

**ABD, AB ve TÜRÖ REKABET HUKUKUNDA
KARTELLERLE MÜCADELE**

H. Gökşin KEKEVİ

ANKARA 2008

© Bu eserin tüm telif hakları
Rekabet Kurumuna aittir. 2008

İlk Baskı, Eylül 2008
Rekabet Kurumu - Ankara

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

Bu çalışma, 06.06.2008 tarihinde Ankara Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsünde Jüri Başkanı Prof. Dr. Bilgin TİRYAKİOĞLU,
Üye Prof. Dr. Osman Berat GÜRZUMAR ve Üye Yrd. Doç. Dr. Gamze
AŞÇIOĞLU ÖZ' den kurulu Tez Jürisi tarafından
Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

ISBN 978-975-8936-58-8

YAYIN

0213

*Oğlum Ferve 'ye,
Olgun bebeğe
ve
adalet için Ferhat gibi dağları delenlere...*

İÇİNDEKİLER

Sayfa No

| | |
|------------------|-----|
| ÖNSÖZ..... | vii |
| SUNUŞ..... | ix |
| KISALTMALAR..... | xi |
| GİRİŞ | 1 |

Birinci Bölüm **KARTELLERE GENEL BİR BAKIŞ**

| | |
|--|----|
| 1.1. Kartel Kavramı | 7 |
| 1.2. Kartellerin Yol Açtığı Zararlar | 9 |
| 1.3. Kartellerin Gizliliği..... | 12 |

İkinci Bölüm **KARTELLERLE MÜCADELENİN TARİHÇESİ**

| | |
|---|----|
| 2.1. Modern Rekabet Yasaları Öncesi | 17 |
| 2.2. ABD Uygulamaları..... | 17 |
| 2.2.1. 1890-1914 | 18 |
| 2.2.2. 1915-1935 | 19 |
| 2.2.3. 1936-1973 | 21 |
| 2.2.4. 1974-1991 | 23 |
| 2.2.5. 1992'den Bugüne | 25 |
| 2.3. AB Uygulamaları..... | 28 |
| 2.3.1. 1962-1978 | 29 |
| 2.3.2. 1979-1988..... | 31 |
| 2.3.3. 1989 Sonrası..... | 33 |

Üçüncü Bölüm **KARTELLERİN ORTAYA ÇIKARILABİLMESİ ve** **SORUŞTURULABİLMESİ İÇİN GEREKLİ KURUMSAL YAPILAR,** **YETKİLER, İSPAT STANDARTLARI VE ARAÇLARI**

| | |
|---|----|
| 3.1. Kartellerin Ortaya Çıkarılabilmesi ve Soruşturulabilmesi İçin Gerekli Kurumsal Yapılar..... | 43 |
| 3.1.1. Amaca Özgülenmiş, Yetkin Bir Örgüt | 43 |
| 3.1.2. Yetkin Bir Kartel Birimi | 44 |
| 3.1.3. Bilgi Teknolojileri Uzmanlarının Varlığı | 45 |
| 3.1.4. Kolluk Kuvvetleri İle İşbirliği İmkânı | 45 |

| | |
|--|----|
| 3.2. Kartellerin Ortaya Çıkarılabilirliği ve Soruşturulabilirliği İçin | |
| Gerekli Yetkiler | 46 |
| 3.2.1. Bilgi İsteme Yetkisi..... | 46 |
| 3.2.2. Yerinde İnceleme Yetkisi..... | 48 |
| 3.2.3. Eksik, Yanlış veya Yanıltıcı Bilgi Verilmesi, Belgelerin İçeriklerinin Değiştirilmesi veya Ortadan Kaldırılması ile İnceleme ve Soruşturmaların Engellenmesinin Etkili Biçimde Cezalandırılabilirliği..... | 49 |
| 3.2.4. İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınması ile Teknik Araçlarla İzleme Yetkisi | 51 |
| 3.2.5. Uluslar Arası İşbirliği Yapma Yetkisi ve Interpol'ün Kırmızı Bülteni..... | 52 |
| 3.2.6. Soruşturma Aşamasında Gizliliği Sağlayabilme Yetkisi | 55 |
| 3.2.7. Kartelleri İhbar Edenlerin Ödüllendirilmesi Yetkisi | 56 |
| 3.2.8. Pişmanlık (Af) Programı Uygulama Yetkisi | 57 |
| 3.2.8.1. Pişmanlık Programına Neden İhtiyaç Duyulmaktadır? | 58 |
| 3.2.8.2. Pişmanlık Programına Yönelik Eleştiriler..... | 60 |
| 3.2.8.3. Pişmanlık Programı Uygulamalarından Örnekler | 61 |
| 3.2.8.4. Pişmanlık Programlarının Başarılı Olabilmesi İçin Gerekli Ön Koşullar | 64 |
| 3.2.8.5. Pişmanlık Programlarının Hazırlanması ve Uygulanmasına İlişkin İlkeler | 65 |
| 3.2.9. İhlalin Kabulü ve İşbirliği Karşılığında Cezalarda İndirim Yaparak İlgililerle Uzlaşma Yetkisi | 70 |
| 3.3. Kartellerin Ortaya Çıkarılabilirliği ve Soruşturulabilirliği İçin | |
| Gerekli İspat Standartları ve Araçları | 72 |
| 3.3.1. <i>Rule of Reason</i> Analizi Yerine <i>Per se</i> Kuralının Kullanılması ve Etki Yerine Amaca Vurgu | 72 |
| 3.3.2. İfadeler ve İkincil Delillerle İspat İmkânının Önemi | 74 |
| 3.3.2.1. İfadelerle İspat İmkânının Önemi..... | 74 |
| 3.3.2.2. İkincil Delillerle İspat İmkânının Önemi | 77 |
| 3.3.2.2.1. Rakipler Arası Bilgi Değişimini Gösteren Delillerin Önemi | 77 |
| 3.3.2.2.2. İktisadi Nitelikli Delillerin Görece Önemsizliği..... | 78 |
| 3.3.3. Devam Eden Tek Bir Uzlaşma Kavramının Kullanılabilirliği..... | 80 |
| 3.3.4. Anlaşma ve Uyumlu Eylem Kavramlarının Birlikte Kullanılabilirliği | 81 |

Dördüncü Bölüm
KARTELLERİN ETKİLİ BİÇİMDE
CEZALANDIRILABİLMESİ İÇİN
GEREKLİ YAPTIRIM VE UYGULAMALAR

| | |
|---|----|
| 4.1. Etkili Yaptırım Kavramı | 83 |
| 4.2. Etkili Para Cezaları | 83 |
| 4.3. Hapis Cezası | 84 |
| 4.3.1. Kartellerle Etkili Mücadele İçin Hapis Cezasının Gerektiğine Dair Görüşün Dayanakları..... | 84 |
| 4.3.1.1. Caydırıcılığı Sağlamaya Yetecek Büyüklükteki Para Cezasının Uygulanmasının Mümkün Olmadığı Görüşü..... | 84 |
| 4.3.1.2. Teşebbüslere Ceza Verilme Nedenlerinin, Kartele Taraf Teşebbüslerin Çalışanları İçin de Geçerli Olduğu Görüşü | 87 |
| 4.3.1.3. Teşebbüslerin, Çalışanlarını Denetleme İmkânının Sınırlı Olduğu Görüşü | 87 |
| 4.3.1.4. Beyaz Yakalılara Yönelik En Caydırıcı Yaptırımın Hapis Cezası Olduğu Görüşü | 88 |
| 4.3.1.5. Tüm Modern Hukuk Düzenlerinde Hırsızlık Suçunun Yaptırımının Hapis Cezası Olduğu Görüşü..... | 89 |
| 4.3.1.6. Benzer Nitelikli Beyaz Yakalı Suçlarının Karşılığının Hapis Cezası Olduğu Görüşü | 90 |
| 4.3.1.7. Hapis Cezasının, Kartellerin Ortaya Çıkarılması, Soruşturulması ve Cezalandırılmasını Kolaylaştıracağı Görüşü | 91 |
| 4.3.1.8. Hapis Cezası Sayesinde Toplumda Konuya İlişkin Bilincin Artacağı Görüşü..... | 92 |
| 4.3.1.9. ABD Uygulamalarından Hareketle, Hapis Cezası Sayesinde Elde Edilen Başarıların Somut Bir Örneğinin Bulunduğu Görüşü..... | 93 |
| 4.3.2. Hapis Cezasına Yönelik Eleştiriler..... | 94 |
| 4.3.2.1. Suç ve Ceza Konusuna İktisadi Yaklaşım: Etkinlik Savunması ve Hapis Cezasının Maliyeti | 94 |
| 4.3.2.2. Hapis Cezasının Yaptırım Uygulanmasını Zorlaştıracığı İddiası | 96 |
| 4.3.2.3. Hapis Cezasına İş Çevrelerinin Karşı Çıkacağı İddiası..... | 97 |
| 4.3.2.4. Hapis Cezasının Sosyal ve Hukuki Normlarla Uyumsuz Olduğu İddiası..... | 98 |

| | |
|---|-----|
| 4.4. Etkili Para ve Hapis Cezasının Özellikleri | 99 |
| 4.4.1. Cezaların Caydırıcılığı Sağlayacak Büyüklükte Olması | 99 |
| 4.4.2. Cezalar Belirlenirken Dikkate Alınan Unsurlar | 103 |
| 4.4.2.1. İhlalin Süresi..... | 103 |
| 4.4.2.2. İhlalin Tekrarı..... | 105 |
| 4.4.2.3. Eksik, Yanlış veya Yanıltıcı Bilgi Verilmesi, Belgelerin İçeriklerinin Değiştirilmesi veya Ortadan Kaldırılması ile İnceleme ve Soruşturmaların Engellenmesi..... | 106 |
| 4.4.2.4. İhlalin Kabulü ve İşbirliği | 107 |
| 4.4.3. Ayrıntılı Düzenlemelerle, Cezalara Karar Verenlerin Takdir Yetkisinin Azaltılması | 108 |
| 4.5. Tazminat | 109 |
| 4.6. Yargı Organının Kartellerle Mücadelede Rolü..... | 110 |

Beşinci Bölüm

TÜRK HUKUKUNDA KARTELLERLE MÜCADELE

| | |
|--|-----|
| 5.1. Kartellerin Ortaya Çıkarılabilmesi ve Soruşturulabilmesi İçin Gerekli Kurumsal Yapılar, Yetkiler, İspat Standartları ve Araçları | 113 |
| 5.1.1. Kartellerin Ortaya Çıkarılabilmesi ve Soruşturulabilmesi İçin Gerekli Kurumsal Yapılar | 113 |
| 5.1.1.1. Amaca Özgülenmiş, Yetkin Bir Örgüt | 113 |
| 5.1.1.2. Yetkin Bir Kartel Birimi..... | 114 |
| 5.1.1.3. Bilgi Teknolojileri Uzmanlarının Varlığı..... | 117 |
| 5.1.1.4. Kolluk Kuvvetleri İle İşbirliği İmkanı..... | 117 |
| 5.1.2. Kartellerin Ortaya Çıkarılabilmesi ve Soruşturulabilmesi İçin Gerekli Yetkiler | 118 |
| 5.1.2.1. Bilgi İsteme Yetkisi..... | 118 |
| 5.1.2.2. Yerinde İnceleme Yetkisi..... | 119 |
| 5.1.2.3. Eksik, Yanlış veya Yanıltıcı Bilgi Verilmesi, Belgelerin İçeriklerinin Değiştirilmesi veya Ortadan Kaldırılması ile İnceleme ve Soruşturmaların Engellenmesinin Etkili Biçimde Cezalandırılabilmesi..... | 121 |
| 5.1.2.4. İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınması ile Teknik Araçlarla İzleme Yetkisi | 127 |
| 5.1.2.5. Uluslar Arası İşbirliği Yapma Yetkisi..... | 132 |
| 5.1.2.6. Soruşturma Aşamasında Gizliliği Sağlayabilme Yetkisi .. | 134 |
| 5.1.2.7. Karteli İhbar Edenlerin Ödüllendirilmesi Yetkisi | 137 |
| 5.1.2.8. Pişmanlık (Af) Programı Uygulama Yetkisi | 137 |
| 5.1.2.9. İhlalin Kabulü ve İşbirliği Karşılığında Cezalarda İndirim Yaparak İlgililerle Uzlaşma Yetkisi | 140 |

| | |
|--|-----|
| 5.1.3. Kartellerin Ortaya Çıkarılabilirliği ve Soruşturulabilirliği İçin Gerekli İspat Standartları ve Araçları | 141 |
| 5.1.3.1. <i>Rule of Reason</i> Analizi Yerine <i>Per se</i> Kuralının Kullanılması ve Etki Yerine Amaca Vurgu..... | 141 |
| 5.1.3.2. İfadeler ve İkincil Delillerle İspat İmkânının Önemi ... | 151 |
| 5.1.3.2.1. İfadelerle İspat İmkânının Önemi | 151 |
| 5.1.3.2.2. İkincil Delillerle İspat İmkânının Önemi | 153 |
| 5.1.3.2.2.1. Rakipler Arası Bilgi Değişimini Gösteren Delillerin Önemi | 155 |
| 5.1.3.2.2.2. İktisadi Nitelikli Delillerin Görece Önemsizliği | 155 |
| 5.1.3.3. Devam Eden Tek Bir Uzlaşma Kavramının Kullanılabilirliği | 159 |
| 5.1.3.4. Anlaşma ve Uyumlu Eylem Kavramlarının Birlikte Kullanılabilirliği | 160 |
| 5.2. Kartellerin Etkili Biçimde Cezalandırılabilirliği İçin Gerekli Yaptırım ve Uygulamalar | 168 |
| 5.2.1. Etkili Para Cezaları | 168 |
| 5.2.1.1. Cezaların Caydırıcılığı Sağlayacak Büyükte Olması | 173 |
| 5.2.1.2. Cezalar Belirlenirken Dikkate Alınan Unsurlar | 176 |
| 5.2.1.2.1. İhlalin Süresi | 176 |
| 5.2.1.2.2. İhlalin Tekrarı | 177 |
| 5.2.1.2.3. Eksik, Yanlış veya Yanıltıcı Bilgi Verilmesi, Belgelerin İçeriklerinin Değiştirilmesi veya Ortadan Kaldırılması ile İnceleme ve Soruşturmaların Engellenmesi | 178 |
| 5.2.1.2.4. Cezaların İşbirliğini Teşvik Edici Olması | 179 |
| 5.2.1.3. Ayrıntılı Düzenlemelerle, Cezalara Karar Verenlerin Takdir Yetkisinin Azaltılması | 180 |
| 5.2.2. Hapis Cezası | 182 |
| 5.2.3. Tazminat | 184 |
| 5.2.4. Yargı Organının Kartellerle Mücadelede Rolü | 186 |
| SONUÇ | 193 |
| ÖZET | 201 |
| ABSTRACT | 203 |
| KAYNAKÇA | 205 |

ÖNSÖZ

1978 yılında, Robert Bork'un, bugün antitröst hukukunun kutsal kitabı olarak nitelendirilen "Antitröst Paradoksu" isimli kitabı yayımlanır. Bork, kitabının ismini ve giriş bölümünün "Antitröstteki Kriz" başlığını taşımasını, ABD'deki antitröst hukuku uygulamalarının rekabeti artırmak yerine, ortadan kaldıran bir noktaya gelmesinin doğurduğu paradoks ve krizle açıklar; bu durumun kendisini üzdüğünü ifade eder¹. Aynı kitabın 1993 tarihli baskısında ise, Bork, yeniden yazdığı giriş bölümüne "Geride Kalan Kriz" başlığını verir ve ruh halini "memnuniyet ve hayal kırıklığının karışımı" şeklinde betimler². Bork, memnuniyetinin, kendisinin ve Chicago Okulu'nun diğer önde gelen isimlerinin görüşleri doğrultusunda antitröst hukukunun gösterdiği evrimden; hayal kırıklığının ise, 15 yıl gibi kısa süre içerisinde yaşanan bu hızlı gelişimi öngörememiş olmasından kaynaklandığını belirtir³.

"Amerika Birleşik Devletleri, Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukuku'nda Kartel Anlaşmalarının Denetimi" başlığını taşıyan ve bu kitaba esas teşkil eden tezde ulaşılan, Türkiye'de kartellerle mücadelede başarı sağlanamadığı yönündeki sonuç, aynı zamanda, Bork'un 1978 yılındaki tespitlerine benzer bir durum ortaya çıkarmaktadır. Çünkü Arı'nın, Nietzsche'den uyarılma ile ifade ettiği üzere, kartellerle mücadelede başarı sağlanamamasının sonucu, bu yapıların daha da güçlenmesi olmaktadır⁴. Bu başarısızlığın kitapta ayrıntılı şekilde incelenecek sebeplerinden biri, kurumsal kapasite bakımından yalnızca Türkiye'deki kurumlar arasında değil, dünyadaki rekabet otoriteleri arasında da ön sıralarda yer alan Rekabet Kurumu'nun, kimi Kurul üyelerinin karşı oy yazılarına⁵ konu olduğu üzere, bu kapasiteyi, olması gereken düzeyde bir performansa dönüştürememesidir. Kartellerle mücadelede başarı sağlanamamasına, kimi Kurul üyelerinin karşı oy yazılarında⁶ caydırıcılıktan uzak şekilde nitelendirilen cezalar vermesi başta olmak üzere, çeşitli kararlarıyla Rekabet Kurulu da etkide bulunmuştur. Keza, olumsuzlukların artmasına, Rekabet Kurulu kararlarını, İnan'ın ifadesiyle "hiç akla gelmeyen ve pek de mantıklı görünmeyen usul kurallarına dayanarak iptal

¹ BORK, R.H. (1993), *The Antitrust Paradox – A Policy at War with Itself – With a New Introduction and Epilogue*, The Free Press, s.ix.

² Ibid, s.ix.

³ Ibid, s.ix-x.

⁴ ARI, H. (2006), "Kartellere Karşı Yaptırımlar: Hukuk ve İktisat Perspektifinden Bir Çerçeve Çalışması", *Rekabet Dergisi*, Sayı:28, s.49.

⁵ Örnek olarak bkz. 03.10.2006 tarih ve 06-69/930-267 sayılı karara ilişkin Rıfki Ünal'ın karşı oy yazısı.

⁶ Örnek olarak bkz. 14.10.2005 tarih ve 05-68/958-259 sayılı karara ilişkin Prof. Dr. Nurettin Kaldırım'ın karşı oy yazısı.

eden”⁷ Danıştay’ın çeşitli kararları da neden olmuştur. Dolayısıyla bu kitabın en büyük amacı, doktrindeki genel kabuller ve dünya uygulamaları ışığında kartellerle mücadelede olması gerekenlere ilişkin görüşler ortaya koyarak, mevcut olumsuzlukların giderilmesine bir nebze de olsa katkıda bulunabilmek ve 15 yıl sonra yeni bir önsöz veya giriş yazabilmektir.

Son olarak, bu kitaba esas teşkil eden tezin, ilk olarak 2005 yılında hazırlandığı ve 2008 yılında nihai halinin verilerek, kabul edildiği belirtilmelidir. Üç yılı aşan bu süreçte, isimleri saymakla, kendilerine duyduğum minnet ise anlatmakla bitmeyecek pek çok kişinin emeği bulunmaktadır. Sevgili eşim Burçin ve ailem, meslektaşlarım Ali Demiröz, Haluk Arı, Hasan Ünlü ve Yaşar Tekdemir, tez danışmanım Yrd. Doç. Dr. Gamze Aşçıoğlu Öz, değerli hocalarım Prof. Dr. Osman Gürzumar, Prof. Dr. Bilgin Tiryakioğlu, Yrd. Doç. Dr. Kerem Cem Sanlı, Prof. Richard Whish ve Prof. Alison Jones, Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı Fevzi Özkan, Hüseyin Dalkılıç nezdinde Hukuk Müşavirliği çalışanları, Perin Pigeş nezdinde Basın Danışmanlığı çalışanları, Tülay Çöl ve Mehmet Gülbahar nezdinde Basın ve Yayın Müdürlüğü çalışanları, Zafer Kızılkıran nezdinde Kütüphane ve Dokümantasyon Müdürlüğü çalışanları, bu isimlerden sadece birkaçıdır. Ancak en büyük teşekkürü yorulduğum her anda, daha güzel bir dünya için işimi iyi yapmam gerektiğini hatırlatarak bana yeniden çalışma şevki aşılana etmem gerekir: Yani oğlum Ferve’ye, işlerini iyi yapmayanların bir üçüncü sayfa hikayesi haline getirdiği Olgun bebeğe ve adalet için Ferhat gibi dağları delenlere...

Ankara, 28.08.2008

H. Gökşin KEKEVİ

⁷ İNAN, N. (2007), *Rekabet Kurumu 10. Yıl Sempozyumu (13 Nisan 2007)*, Ankara, Rekabet Kurumu, s.164.

SUNUŞ

Gökşin Kekevi'nin, "Amerika Birleşik Devletleri, Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Kartel Anlaşmalarının Denetimi" başlıklı yüksek lisans tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Avrupa Birliği ve Uluslararası Ekonomik İlişkiler Ana Bilim Dalı, AT Uluslararası İlişkiler Bölümünde yapmış olduğu yüksek lisans çalışması sonucunda hazırlanmıştır.

Küreselleşme, her şeyi olduğu gibi, hukuk sistemlerini de doğrudan etkilemektedir. Rekabet hukuku da bu etki alanının dışında olmayıp küreselleşmenin etkisiyle gelişen alanlardan biridir. Gerçekten küreselleşmenin uluslararası ticareti ve işletmelerin rekabet politikalarını etkilemesiyle günden güne artan ve güçleşen uluslararası rekabet koşullarına karşın ortaya küresel ölçekte etkileri olan karteller çıkmaktadır. Bu da rekabet hukukunda hem maddi hukuk ve hem de usul hukuku açısından bu nitelikte kartelleri önleyebilecek, etkili yaptırımları ve caydırıcılığı olan kuralların mevcudiyetini gerekli kılmaktadır.

Türkiye'de yeni oluşmakta olan bir alan olarak rekabet hukukunun en önemli konu başlıklarından biri olan karteller, ispatı en güç rekabet ihlallerinden olması nedeniyle, diğer rekabet hukuku sistemlerinde olduğu gibi, Rekabet Kurumunun da en fazla mesai ve kaynak ayırması gereken rekabet hukuku konularının başında gelmektedir. Bunun yanı sıra iktisadi açıdan toplumsal refahın bütünü bakımından yol açtığı zararlar da dikkate alındığında kartellerin önlenmesi için yapılacak akademik çalışmaların değeri daha iyi anlaşılacaktır.

Gökşin Kekevi'nin Amerika Birleşik Devletleri ve Avrupa Topluluğunda kartellerin rekabet hukukunda ele alınışını tarihsel gelişimini de kapsar biçimde incelediği bu çalışmada kartellerin ortaya çıkarılabilmesi için gerekli kurumsal yapıların ve yetkilerin neler olduğu, bu iki gelişmiş rekabet hukuku sisteminde nasıl uygulandığı ayrı ayrı ele alınmış ve daha sonra bu unsurlar, Rekabet Kurulu'nun bu konuda vermiş olduğu kararlar da incelenerek Türk Rekabet Hukuku bakımından bir değerlendirme yapılmıştır.

Kartellerin soruşturulmasında kullanılan usul ve tekniklerin ilgili kararlara da atıf yapılarak incelendiği tez çalışmasında ayrıca kartellere uygulanacak hapis cezası, ağır para cezası gibi etkili yaptırımların nasıl olması gerektiğine, Türk hukuku bakımından güncel olan pişmanlık (af) programlarına ve bu uygulamaların nasıl sonuçlar verdiğine yer verilerek, Türkiye'de bu kurumların uygulanabilirliği konusuna da ışık tutulmuştur.

Bir yüksek lisans tez çalışmasının başarısı öncelikle ve tabii ki akademik gerekleri yerine getirmiş olmasıyla ölçülür. Bununla birlikte rekabet hukuku gibi

gelişmekte olan alanlar bakımından yüksek lisans çalışmalarının aynı zamanda yabancı hukuk sistemlerindeki gelişmeleri yansıtması ve pozitif hukuku da dikkate alarak uygulamaya ışık tutması da son derece önemlidir. Bu açıdan Gökşin Kekevi'nin tez çalışmasını tamamladığı tarih itibarıyla Rekabet Kurulu'nun kartellere ilişkin olarak almış olduğu bütün kararları, kartellerin denetimi konusundaki güncel gelişmeler ışığında inceleyerek, sözkonusu uygulamaları ve etkili bir kartel politikasının olmazsa olmaz unsurlarını somut bir biçimde tezde yansıtması, hem tez çalışmasını orijinal kılmakta ve hem de Kitabı uygulamacılar bakımından önemli bir referans haline getirmektedir.

Gökşin Kekevi'yi verdiği emek ve gayretin niteliğini açıkça ortaya koyan bu özenli çalışmasından dolayı gönülden kutlarken, Kitabın rekabet hukuku alanında çalışanlara yararlı olmasını dilerim.

Ağustos 2008

Yrd. Doç. Dr. Gamze AŞÇIOĞLU ÖZ
Tez Danışmanı

KISALTMALAR

| | |
|-----------------|--|
| AB | : Avrupa Birliği |
| ABA | : American Bar Association |
| ABD | : Amerika Birleşik Devletleri |
| ATAD | : Avrupa Toplulukları Adalet Divanı |
| BIAC | : Business and Industry Advisory Committee |
| Bkz. | : Bakınız |
| CLI | : Competition Law Insight |
| CMLR | : Common Market Law Reports |
| ECLR | : European Competition Law Review |
| ECR | : European Court Reports |
| EFTA | : European Free Trade Association |
| ELR | : European Law Review |
| EPDK | : Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu |
| EU | : European Union |
| FBI | : Federal Bureau of Investigation |
| FTC | : Federal Trade Commission |
| GCR | : Global Competition Review |
| ICN | : International Competition Network |
| İDM | : Avrupa İlk Derece Mahkemesi |
| Komisyon | : Avrupa Komisyonu |
| m. | : Madde |
| OECD | : Organisation for Economic Co-operation and Development |
| OFT | : Office of Fair Trading |
| RKHK | : Rekabetin Korunması Hakkında Kanun |
| s. | : Sayfa |
| TOBB | : Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği |
| UNCTAD | : United Nations Conference on Trade and Development |
| USA | : United States of America |
| WTO | : World Trade Organization |
| YM | : ABD Yüksek Mahkemesi |
| YTL | : Yeni Türk Lirası |

GİRİŞ

İktisadi İşbirliği ve Kalkınma Örgütü-*Organisation for Economic Co-operation and Development* (OECD)'nin "Açık Kartellerle Etkili Şekilde Mücadele Edilmesine İlişkin Tavsiyesi"nde, "fiyat tespiti, ihalelerde danışıklı hareket, arz miktarının kısıtlanması veya kotalar konması, müşterileri, sağlayıcıları, bölgeleri ya da ticaret kanallarını paylaşmak konusunda rakipler arasında varılan rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem veya düzenlemeler" şeklinde tanımlanan kartellerin, "en ciddi rekabet ihlali olduğu" ifade edilmiştir¹. Başta Türkiye olmak üzere, pek çok ülkenin rekabet yasasını kabul ederken model olarak dikkate aldığı, Amerika Birleşik Devletleri (ABD) ve Avrupa Birliği (AB) antitröst mercilerinin en üst düzey yöneticileri de, bu yönde görüş belirtmiştir. Örneğin, Hewitt Pate, ABD Adalet Bakanlığı Antitröst Birimi'nin başındayken, antitröst hukukunun hiçbir alanının kartellerle mücadeleden daha önemli olmadığını, Adalet Bakanlığı'ndaki uygulamaları bakımından üçlü bir hiyerarşinin bulunduğunu, bu çerçevede ilk sırada kartellerle mücadelenin, ikinci sırada yoğunlaşma kontrolünün, üçüncü sırada ise, teşebbüslerin tek taraflı olarak yaptığı hareketlerin geldiğini, nitekim ABD Yüksek Mahkemesi'nin (YM) de, yakın tarihli *Trinko*² kararında, kartelleri, "antitröst alanındaki en büyük kötülük" şeklinde nitelediğini, ifade etmiştir³. Benzer bir durum AB için de geçerlidir. Avrupa Komisyonu'nun (Komisyon) rekabetten sorumlu üyesi Neelie Kroes, göreve gelişinin 100 üncü gününde yaptığı toplantıda, önceliğinin, Kartel Birimi'nin kartellerle olan başarılı mücadelesini sürdürmesi olduğunu belirtmiş⁴; yakın tarihli bir konuşmasında ise, bu mücadelenin artarak devam edeceğini tekrar vurgulamıştır⁵. Özetle, bugün

¹ OECD (1998), "Recommendation of the Council concerning Effective Action Against Hard Core Cartels", C(98)35/FINAL.

² 540 U.S. 398 (2004)

³ PATE, R.H. (2004c), "International Anti-Cartel Enforcement", *Before the 2004 ICN Cartels Workshop, Sydney, Australia*, www.usdoj.gov/atr/public/speeches/206428.htm, s.1-2. Bu yaklaşımın değişmediği, halen ABD Adalet Bakanlığı Antitröst Birimi'nin başında bulunan Thomas Barnett tarafından da belirtilmiştir. Bkz. BARNETT, T.O. (2006b), "Criminal Enforcement of Antitrust Laws: The U.S. Model", *Presented at the Fordham Competition Law Institute's Annual Conference on International Antitrust Law and Policy, New York*, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/218336.pdf>, s.1.

⁴ KROES, N. (2005), "The First Hundred Days", *40th Anniversary of the Studienvereinigung Kartellrecht 1965-2005, International Forum on European Competition Law, Brussels*, <http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/05/205&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

⁵ KROES, N. (2007), "Reinforcing the Fight Against Cartels and Developing Private Antitrust Damage Actions: Two Tools for a more Competitive Europe", *Commission/IBA Joint Conference on EC Competition Policy, Brussels*, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/07/128&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

gelenen noktada karteller, “*serbest piyasa ekonomilerinin kanserli unsurları*” şeklinde nitelendirilmekte ve bunların ortadan kaldırılması gerektiği belirtilmektedir⁶.

Peki, “kanser” şeklinde nitelendirilen karteller yeterince tanınmakta mıdır? Bir OECD çalışmasına göre, bu soruya verilecek cevap “hayır”dır. İlgili çalışmada, “*kartellere yönelik bilgi eksikliğinin, yalnızca kamuoyunda değil, rekabet otoriteleri çalışanlarında da bulunduğu*” ifade edilmiştir⁷. Bu bilgi eksikliği önemli sorunlar ortaya çıkarabilir. Örneğin, bazı rekabet otoriteleri kartellerle nasıl mücadele edileceğini bilmemekte; bu yüzden hem elindeki araçları etkili biçimde kullanamamakta hem de yetersiz kaldığı konuları tespit edip, yasa koyucudan talepte bulunamamaktadır. Rekabet otoriteleri bu sorunu çözseler bile, kamuoyundan ve dolayısıyla da yasama organından talepte bulunduğu, bu sefer, onların bilgi eksikliğinden kaynaklanan olumsuz yanıtlar alabilmektedir. Bu sorun da çözümlenip, kartellerle mücadele için gereken tüm araçlara sahip olduğunda ise, nihai karar merci konumunda olan yargıçların ikna edilememesi durumu ile karşılaşılabilir. Bu nedenle, tezin amacı, kartelleri tanıyarak, etkili mücadele yollarını araştırmak ve bu sayede, son bölümde yapılacağı üzere, Türk rekabet hukukunda olması gerekenlere ilişkin görüşler ortaya koymaktır.

Bunun için birinci bölümde, önce kartel kavramına, ardından zararlarına, son olarak da, kartel üyelerinin⁸, gizliliği temin için yaptıklarına yer verilecektir. Birinci bölümde, özellikle, “Kartellerin Yol Açtığı Zararlar” ve “Kartellerin Gizliliği” başlıkları altında yapılacak açıklamalar, iki hususun anlaşılmasına yardımcı olacaktır. Bunlardan birincisi, kartellerin diğer antitröst ihlallerinden farklılaştığı, bu nedenle, üçüncü bölümde yer verilecek özel yapıları, yetkileri, ispat standartları ve araçlarını gerektirdiğidir. Gerçekten de, diğer antitröst kurallarına benzer şekilde, kartellere ilişkin yasaklamaların ihlal edilmemesi için caydırıcılığın sağlanabilmesi, caydırıcılığın sağlanabilmesi içinse, kartellerin tespit edilebilmesi ve cezalandırılabilmesi gereklidir. Ancak bu noktada, diğer rekabet hukuku ihlalleri ile karteller farklılaşmaktadır çünkü, öncekilerde, gerek eylem gerek eylemi gerçekleştiren genellikle açıktır; tartışma ise, ilgili eylemin ihlal olup olmadığıdır⁹. Kartellerde ise, eylem ve eylemi gerçekleştirenler gizlidir; ancak

⁶ MONTI, M. (2001), “Why Should We Be Concerned with Cartels and Collusive Behaviour?”, *Fighting Cartels—Why and How?* içinde, Swedish Competition Authority, 2001 Konkurrensverket, Sweden, s.14.

⁷ OECD (2000), “Hard Core Cartels”, <http://www.oecd.org/dataoecd/39/63/2752129.pdf>, s.20.

⁸ Tezde kullanılan “kartel üyeleri” ifadesi, karteğe taraf olan teşebbüslerin yanı sıra, bu teşebbüslerin, karteli kuran ve/veya devam ettiren çalışanlarını da kapsamaktadır.

⁹ GAUER, C. ve M. JASPERS (2007), “ECN Model Leniency Programme – a first step towards a harmonised leniency policy in the EU”, *Competition Policy Newsletter*, Spring 2007, s.36. Örneğin, “bağlama (*tying*)” gibi hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin dosyalarda, esas

bir kez bunlar ortaya çıkarıldıktan sonra, artık ihlalin var olup olmadığı tartışması yapılmamaktadır. Kartellerde eylem ve eylemi gerçekleştirenler gizlidir çünkü tespit ve cezalandırma için gereken bilgiler, çoğunlukla, ihlalde bulunanlar tarafından gizlenmektedir¹⁰. Dolayısıyla kartelleri ortaya çıkarabilmek ve soruşturabilmek için özel yapılar kurulmalı, özel yetkiler kullanılmalı, özel ispat standart ve araçları geliştirilmelidir. Bu zorunluluk, “soruşturmalar ciddileştikçe, şüphelilerin akıllanmasından”¹¹ ya da iletişim ve bilişim teknolojilerinin ilerlemesinden¹² her geçen gün daha da artmaktadır. Birinci bölümün anlaşılmasına katkıda bulunacağı ikinci husus ise, kartellerin yol açtığı zararların büyüklüğünün, gerek kartelleri ortaya çıkarabilmek ve soruşturabilmek için ihtiyaç duyulan, özel yapı, yetki, ispat standartları ve araçlarının maliyetini gerek dördüncü bölümde ele alınacak yaptırımları haklı kıldığıdır.

Kartellerin birinci bölümde açıklanacak zararları, bunların tarih boyunca hemen her zaman yasaklanması sonucunu doğurmuştur. Ancak kartellerin, yine birinci bölümde ortaya konacak kendini gizleme becerilerinin de etkisiyle, geçmişte, günümüzdeki gibi “serbest piyasa ekonomisinin kanserli unsurları” şeklinde nitelendirilmediği, hatta zaman zaman teşvik edildiği de görülmektedir¹³. Bugünkü noktaya nasıl gelindiğini anlayabilmek için, ikinci bölümde, modern rekabet yasaları öncesi, ABD ve AB örneklerinde, kartellerle mücadeleye, tarihsel bir süreç içinde bakılacaktır. İkinci bölüm, aynı zamanda, özellikle “2.2.5. (ABD Uygulamaları) 1992’den Bugüne” ve “2.3.3. (AB Uygulamaları) 1989 Sonrası” başlıkları altında yapılacak açıklamalar çerçevesinde, üçüncü ve dördüncü bölümlerde ayrıntılı şekilde incelenecek konulara, genel bir bakış açısı da sağlayacaktır.

Birinci ve ikinci bölümler vasıtasıyla kartelleri tanıdıktan sonra, bunlarla nasıl mücadele edilebileceği incelenecektir. Yukarıda belirtildiği üzere, kartelleri ortaya çıkarabilmek ve soruşturabilmek için özel yapılar kurulmalı, özel yetkiler kullanılmalı, özel ispat standartları ve araçları geliştirilmelidir. Bunun için,

tartışma, eylemin gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği veya kim tarafından gerçekleştirildiğinden ziyade, bu eylemin rekabetçi olup olmadığına ilişkindir.

¹⁰ ICN (2005), “Defining Hard Core Cartel Conduct Effective Institutions Effective Penalties-Building Blocks for Effective Anti-Cartel Regimes”, *Report Prepared by the ICN Working Group on Cartels, ICN 4th Annual Conference, Bonn, Germany*, s.23; WILS, W.P.J. (2003), “Self-Incrimination in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis”, *World Competition*, No:26(4), s.580-581.

¹¹ ANDREWS, P. (2002), “Modernisation-Irish Style”, *E.C.L.R.*, Issue 9, s.473.

¹² CAPOBIANCO, A. (2004), “Information Exchange Under EC Competition Law”, *Common Market Law Review*, No:41, s.1255; G.C.R. (2002c), “An Interview with Olivier Guersent”, April/May 2002, s.33.

¹³ Kartellerin bir yandan yasaklanırken bir yandan teşvik edilmesi, çelişki gibi gözükse de, böyle bir sürecin ne şekilde ortaya çıktığı ikinci bölümdeki açıklamalardan görülebilir. Örnek olarak bkz. “2.2.2. (ABD Uygulamaları) 1915-1935” başlığı altında yapılan açıklamalar.

üçüncü bölümde, başta ABD ve AB olmak üzere çeşitli hukuk düzenlerinde, kartelleri ortaya çıkarmak ve soruşturmak için kullanılan araçlar hakkında bilgi verilecektir. Bu çerçevede, öncelikle, amaca özgülenmiş, yetkin bir örgüt içinde, yetkin bir kartel birimi kurulması gereği ile kartellerle mücadelede, kolluk kuvvetlerinin yapabileceği katkılara yer verilecektir. Üçüncü bölümde, ikinci olarak, bilgi isteme, yerinde inceleme gibi “geleneksel yetkiler” ile kartellerle mücadelede ortaya çıkan ihtiyaçlara cevaben, görece yakın tarihlerde geliştirilen, “iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması ile teknik araçlarla izleme yetkisi”, “uluslar arası işbirliği”, “ihbarcılarının ödüllendirilmesi”, “pişmanlık programı” gibi yetkiler ele alınacaktır. Üçüncü bölümde, son olarak, rekabet otoritelerinin, “kartelin zararlı etkilerini”, “kartelin varlığını ispatlamak için imzalı anlaşmaları”, “kartelin içeriğinde ve aktif üyeliklerinde yaşanan değişiklikleri”, “anlaşma ve uyumlu eylem şeklinde iki kavramın bulunduğu hukuk düzenlerinde, neyin anlaşma, neyin uyumlu eylem olduğunu ve bunlara her bir katılımı” göstermek zorunda olup olmadığı incelenecektir.

Dördüncü bölümde, ortaya çıkarılan ve soruşturulan kartellere uygulanabilecek etkili yaptırımların neler olduğu konusu tartışılacaktır. Bu çerçevede, öncelikle, etkili para cezası kavramı ele alınacak, ardından son yıllara damgasını vuran kartel üyelerine hapis cezası verilmesine ilişkin tartışmalara yer verilecektir. Etkili para ve hapis cezasının özellikleri incelendikten sonra, kartel mağdurlarının, tazminat davaları yoluyla elde edecekleri tazminatın, kartellerle mücadelede, para ve hapis cezasının yanında, üçüncü bir yaptırım olarak etkili bir tamamlayıcı olacağı ortaya konacaktır. Bu bölümde, son olarak, yargı organının kartellerle mücadeledeki rolü analiz edilecektir¹⁴.

¹⁴ Pek çok ülke, rekabet yasalarını kabul ederken, ABD ve AB mevzuatını model olarak dikkate almaktadır. Buna ilaveten, sadece ulusal rekabet hukuklarına bir örnek olarak değil, yüzyılı aşkın tarihçesiyle günümüz rekabet hukuku sistemlerinin de temelini oluşturması nedeniyle, ABD rekabet hukukunun; Türk rekabet hukuku bakımından mehzaz düzenleme kabul edilmesi nedeniyle de, AB rekabet hukukunun öncelikle incelenmesi gerekmektedir. Bkz. ÖZ, G.A. (2000), *Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması*, Rekabet Kurumu, Ankara, s.1 ve 24-25. Ancak, bu nedenlerden dolayı ABD ve AB rekabet hukukuna ağırlık verilse de, bunların ayrı bölümler halinde incelenmesi tercih edilmemiştir. Bunun yerine, tezin, “Türk rekabet hukukunda olması gerekenlere ilişkin görüşler ortaya koymak” şeklinde belirlenen amacını gerçekleştirebilmek için, üçüncü ve dördüncü bölümlerde, pek çok ülkenin rekabet mevzuatı incelemeye tabi tutulmuş ve bu sayede, ABD ve AB’de henüz uygulaması bulunmayan çeşitli öneriler ileri sürülebilmiştir. Güney Kore rekabet hukukundan hareketle geliştirilen, kartelleri ihbar edenlerin ödüllendirilmesi önerisi buna bir örnektir. Üçüncü ve dördüncü bölümlerde, “ABD” ve “AB” şeklinde alt başlıklar açılmamasının sebebi ise, her başlık bakımından böyle bir ayırım yapılması imkanının bulunmamasıdır. Örneğin, hapis cezasına ilişkin kısımda, bu yaptırımın bulunmadığı AB’den bahsetmek çok fazla anlam ifade etmeyecektir.

Son bölümde ise, önceki bölümlerde sunulan bilgiler çerçevesinde, Türk rekabet hukuku uygulamalarında olan ve olması gerekenler üzerine görüşler ortaya konacaktır.

Birinci Bölüm

KARTELLERE GENEL BİR BAKIŞ

1.1. Kartel Kavramı

OECD'nin Endüstriyel Organizasyon İktisadı ve Rekabet Hukuku Sözlüğü'nde, kartel tanımı, şu şekilde yapılmıştır:

“Kartel, oligopolistik bir endüstride faaliyet gösteren teşebbüsler arasındaki bir anlaşmadır. Kartel üyeleri, fiyat, arz miktarı, pazar payları, müşteri veya bölge paylaşımı, ihalelerde danışıklı hareket¹, ortak satış kanallarının tesisi, kar paylaşımı gibi konularda anlaşmaya varabilirler.”²

AB Rekabet Politikası'nda Kullanılan Terimler Sözlüğü'nde yapılan kartel tanımı aşağıdadır:

“Karteller, fiyatları ve karları arttırmak amacıyla, rekabeti sınırlar veya ortadan kaldırırken, telafi niteliğinde herhangi bir somut fayda sağlamayan, rakip teşebbüsler arası düzenlemelerdir. Uygulamada, bu durum, genellikle, fiyat tespiti, arz miktarının kısıtlanması, pazar paylaşımı, müşteri veya bölgelerin bölüşümü, ihalelerde danışıklı hareket edilmesi veya bunların bileşimi ile gerçekleştirilir. Karteller, tüketicilere ve topluma zarar vermektedir çünkü, kartelde yer alan teşebbüsler, rekabetçi bir piyasadakinden daha yüksek fiyatlar uygulamakta ve daha fazla kar elde etmektedir.”³

¹ 12.10.2004 tarih ve 25611 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun, “İhaleye Fesat Karıştırma” başlıklı 235 inci maddesi uyarınca, “kamu kurum veya kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler veya kooperatifler adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihalelere, katılmak isteyen veya katılan kişilerin, ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma yapmaları”, suçtur. Bu çerçevede, tezde, “ihaleye fesat karıştırma” ifadesi kullanıldığında, kamu alım, satım veya kiralamalarına ilişkin karteller anlaşılmalıdır. Buna karşılık, Türk Ceza Kanunu'nun 235 inci maddesinde tanımlanan “ihaleye fesat karıştırma” suçunun yanı sıra, özel teşebbüslerin açmış olduğu ihalelere, katılmak isteyen veya katılan kişilerin, ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için yaptığı açık veya gizli anlaşmaları kapsamak üzere ise, “ihalelerde danışıklı hareket” ifadesi kullanılacaktır.

² OECD (1993), “Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law”, <http://www.oecd.org/dataoecd/8/61/2376087.pdf>, s.18-19.

³ KOMİSYON (2002), “Glossary of Terms Used in EU Competition Policy”, http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/glossary_en.pdf, s.8.

Ekonomik Terimler Sözlüğü'ndeki kartel tanımı aşağıdadır:

“Benzer malları üreten az sayıdaki büyük firmanın fiyatları belirlemek, üretim veya ihracat hacmini sınırlandırmak, piyasaları bölüştürmek, kısacası piyasada monopolcü duruma gelmek için aralarında yapmış oldukları gizli veya açık anlaşmalara kartel adı verilir.”⁴

Açık Kartellerle Etkili Şekilde Mücadele Edilmesine İlişkin OECD Tavsiyesi'nde yapılan ve “Giriş” bölümünde aktarılan “açık kartel” tanımına ise, rekabet otoriteleri tarafından genel kabul görmesinden⁵ kaynaklanan öneminden dolayı tekrar yer verilmelidir:

“Açık karteller, fiyat tespiti, ihalelerde danışıklı hareket, arz miktarının kısıtlanması veya kotalar konması, müşterileri, sağlayıcıları, bölgeleri ya da ticaret kanallarını paylaşmak konusunda rakipler arasında varılan rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem veya düzenlemelerdir.”⁶

Yukarıdaki tanımlar çerçevesinde iki sonuca ulaşılabilir. Bunlardan birincisi, konuya ilişkin kaynaklarda zaman zaman “kartel”, zaman zaman “açık kartel” ifadeleri kullanılsa da, bunlar arasında, özellikle bu tezin amacı bakımından önem taşıyan bir fark bulunmadığıdır. İkincisi ise, esas itibarıyla, dört grup eylemin kartel davranışı olarak nitelendirildiğidir: “Fiyat tespiti”, “arz miktarının kontrolü”, “pazar paylaşımı” ve “ihalelerde danışıklı hareket”. Bu dört başlık altında toplanabilecek eylemler çeşitli şekiller alabilmektedir⁷:

1) Fiyat Tespiti: Rakipler fiyatları arttırmak, sabitlemek veya belli bir ürün veya hizmet için fiyat oluşturmak konusunda uzlaşmaya⁸ varabilirler. Asgari fiyatı belirlemek, indirimleri kaldırmak, standart fiyat formüllerini benimsemek ve benzerleri de, fiyat tespiti olarak kabul edilen uzlaşmalardandır.

2) Arz Miktarının Kontrolü: Arz miktarının kontrolüne ilişkin uzlaşmalar, üretim, satış miktarı, pazardaki büyüme yüzdesi ve benzerlerinin belirlenmesine ilişkindir.

3) Pazar Paylaşımı: Rakiplerin müşterileri, sağlayıcıları, bölgeleri, ürünleri veya ticaret kanallarını paylaşmak konusunda uzlaşmaya varması, bu kapsamda değerlendirilir.

4) İhalelerde Danışıklı Hareket: Rakipler herhangi bir satış, sözleşme veya proje için yapılan ihalelere ilişkin kazanma sırasını belirleyebilir, bu

⁴ SEYİDOĞLU, H. (1992), *Ekonomik Terimler Sözlüğü*, Güzem Yayınları, Ankara, s.456.

⁵ ICN 2005, s.12.

⁶ OECD 1998.

⁷ ICN 2005, s.10.

⁸ Tezde, “uzlaşma” ifadesi, rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem veya düzenlemeleri kapsayan bir üst kavram olarak kullanılmaktadır.

ihaleleri aralarında paylaşabilir ya da suni olarak ihaleyi kaznanın, kaybedenlere karşılık vermesi konusunda uzlaşmaya varabilirler.

Bu noktada belirtilmesi gereken, OECD Tavsiyesi'nde, "*maliyet azaltmak veya arz miktarını yükseltmek suretiyle etkinliği arttıracak uzlaşmaların, açık kartel kategorisinde sayılamayacağı*" sonucuna ulaşıldığıdır⁹. "*Açık kartel eylemleri: Gördüğünüzde anlarsınız, fakat nasıl tanımlayacaksınız*" ifadesiyle¹⁰ işaret edildiği üzere, bu ayrımı uygulamada yapmak genelde kolaydır ama kapsamlı bir tanımlı kağıda geçirmek mümkün değildir. Bu nedenle olsa gerektir ki, örneğin, ABD'de Sherman Yasası'nın 1 inci, AB'de Roma Antlaşması'nın 81(1) inci ve Türkiye'de 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un¹¹ 4 üncü maddesinde, rakipler arasındaki rekabeti sınırlayıcı uzlaşmalar yasaklanırken, tanım bir yana, "kartel" kelimesi bile kullanılmamıştır. Bu yüzden sorunun çözümünün, "*5 dakika kuralı*" çerçevesinde, uygulamaya ve mahkeme kararlarına bırakılabileceği ifade edilmektedir¹². Bu kurala göre, bir uzlaşmanın maliyet azaltacağı veya arz miktarını yükseltmek suretiyle etkinliği arttıracığına dair tartışma 5 dakikayı aşarsa, konu, kartel olarak değerlendirilmemelidir.

1.2. Kartellerin Yol Açtığı Zararlar

Bu başlık altında, öncelikle, kartellerin zararlarına ilişkin genel değerlendirmelere yer verilmelidir¹³. Kartellerin yol açtığı fiyat artışı, müşterilerden, kartel üyelerine, "fiyat artışı x satılan miktar" kadarlık bir gelir transferine neden olmaktadır. Fiyat artışı neticesinde, bazı kişilerin ilgili ürünü artık satın alamayarak, bu mal veya hizmetten mahrum kalması, kartellerin yol açtığı diğer bir zarardır. Burada, kartel üyelerine aktarılan bir kazanç olmamakla birlikte, toplumun önemli bir kaybı söz konusudur. Karteller, üyeleri üzerindeki, maliyetleri azaltmak ve yenilikler yapmak yönündeki baskıları azaltır. Bu

⁹ OECD 1998.

¹⁰ JOSHUA, J.M. (2003), "The UK's New Cartel Offence and Its Implications for EC Competition Law: A Tangled Web", *ELR*, No:28, October 2003, s.621.

¹¹ 13.12.1994 tarih ve 22140 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

¹² CALVANI, T. (2004), "Competition Penalties & Damages in a Cartel Context: Criminalisation & the Case for Custodial Sentences", *ICN Workshop on Cartels, Sydney, Australia*, s.6.

¹³ Calvani 2004, s.3; OECD 1998; OECD (2002), "Report on the Nature and the Impact of Hard Core Cartels And Sanctions Against Cartels Under National Competition Laws", DAF/COMP(2002)7, s.2 ve 6; OECD (2004), "Cartels: Sanctions Against Individuals", DAF/COMP(2004)39 s.102; PATE, R.H. (2003b), "Anti-Cartel Enforcement: The Core Antitrust Mission", *Before the British Institute of International and Corporate Law Third Annual Conference on International and Comparative Competition Law the Transatlantic Antitrust Dialogue, London, England, www.usdoj.gov/atr/public/speeches/201199.htm*, s.2 ve 4 ile WERDEN, G.J. ve M.J. SIMON (1987), "Why Price Fixers Should Go to Prison?", *The Antitrust Bulletin*, Winter 1987, s.924.

zararlar, beraberlerinde, başka iktisadi, sosyal, kültürel ve siyasal problemler de doğurmaktadır. Bu çerçevede; enflasyonun artmasından, etkinliğin ortadan kalkmasından, yalnızca tüketicilerin değil, gerek aynı sektörde hukuka uygun biçimde rekabet etmek isteyen gerek, kartel konusu ara ürün niteliğinde ise, bunun alıcısı konumundaki teşebbüslerin zarara uğramasından, daha kaliteli ürünün, daha az fiyatla, daha çok kişi tarafından satın alınamaması nedeniyle sosyal problemler oluşmasından, girişimciliğin azalmasından ve halkın serbest piyasa ekonomisine olan güveninin sarsılmasından, bahsedilebilir.

Yukarıdaki tespitlerin soyut kaldığı ve doğruluğunun bulunmadığı şeklinde gelebilecek olası itirazlara karşılık olarak, aşağıda, somut örneklere yer verilmiştir:

ABD Adalet Bakanlığı Antitröst Birimi'nin, "Federal Soruşturma Bürosu-*Federal Bureau of Investigation (FBI)*" yardımı ile elde ettiği *Lysine* karteli toplantılarına ilişkin gizli kamera görüntüleri, kartelleri tüm yönleri ile tanımak bakımından ders niteliğindedir¹⁴. Anılan görüntülerden, ABD, Avrupa ve Asya şirketlerinden üst düzey yöneticilerin, ABD fiyatlarını temel değişken olarak kabul ederek, diğer ülkelerdeki fiyatları tespit ettiği anlaşılmaktadır. Belirtmek gerekir ki, yapılanlar genel fiyat düzeyine ya da fiyat aralığına ilişkin tartışmalar değildir. Üst düzey yöneticiler, Hawaii'de, lüks bir otel odasında toplanmakta ve kısa süre içinde, ABD ile Kanada'daki fiyatların, bir sonraki günden itibaren geçerli olmak üzere, 1,16 \$ olması üzerinde anlaşmaktadır. Dikkat edileceği üzere, tespit edilen fiyat, 1,10 veya 1,20 değil, tam olarak 1,16'dır. Toplantının ilerleyen bölümlerinde, benzer uzlaşma, diğer ülkeler için de sağlanmaktadır¹⁵. Yine elde edilen görüntülerde, kartel üyeleri, geçmiş yılın satış rakamlarını inceleyerek pazarın büyüklüğünü tespit ettikten sonra, bir sonraki yılın büyüme tahminleri olan 14.000 tonun nasıl paylaşılacağı üzerinde anlaşmaya varmaktadır¹⁶. Bir başka toplantı kaydında, yapılan kontrollerin ardından, anlaşmalara uyum konusunda, bir yöneticinin, büyük mutluluk içinde, şunları söylediği görülmektedir: "*Tam isabet*"¹⁷. *Lysine* karteli sonucunda, ilk altı ayda fiyat artışı %70'e; nihai tahlilde ise, iki katına ulaşmıştır. Kartel üyeleri, açılan davalardan vazgeçmeleri için, zarar görenlere, 50 milyon \$ üzerinde tazminat ödemeye mecbur kalmıştır¹⁸. *Lysine* kartelinin zararını belki de en açık

¹⁴ GRIFFIN, J.M. (2001), "An Inside View of a Cartel at Work: Common Characteristics of International Cartels", *Fighting Cartels-Why and How?* içinde, Swedish Competition Authority, 2001 Konkurrensvetket, Sweden, s.29-55 ve HAMMOND, S.D. (2001b), "The Fly on the Wall Has Been Bugged-Catching an International Cartel in the Act", *International Law Congress 2001, EU Competition Law, Dublin, Ireland, UK*, www.usdoj.gov/atr/public/speeches/8280.htm

¹⁵ Griffin 2001, s.47 ve Hammond 2001b, s.5.

¹⁶ Griffin 2001, s.49 ve Hammond 2001b, s.6.

¹⁷ Griffin 2001, s.54 ve Hammond 2001b, s.7.

¹⁸ Griffin 2001, s.36

ortaya koyan ise, uluslar arası kartelin ABD ayağını oluşturan ADM şirketi başkanının, en büyük rakibi ile anlaşırken sarf ettiği, gizli kamera ile kaydedilen şu sözleridir: “Sloganımız: Rakiplerimiz dostumuz, müşterilerimiz düşmanımızdır!”¹⁹

Graphite Electrodes kartelinde, fiyatlar 2000 \$’lar seviyesinden, 3200-3500 \$’a çıkmış, yani %60’ın üstünde artmıştır. Yapılan her fiyat artışı ile değerlendirilen hisse senetleri sayesinde, anlaşmayı yapanlar milyonlarca doları ceplerine indirirken, müşteri konumundaki çelik üreticileri büyük mağduriyet yaşamıştır²⁰.

Citric Acid kartelinden dolayı, liste fiyatları %30’dan fazla artmış ve 100 milyon doları aşan ilave bir gelir kartel üyelerine transfer olmuştur. Kartel içindeki teşebbüsler, zarar görenlere, 120 milyon doların üzerinde tazminat ödemeye mecbur kalmıştır²¹.

Danimarka’da, *Driving Schools* karteline taraf olan teşebbüslerden birinin temsilcisi şu ifadeleri kullanmıştır:

“Bu şekilde rekabet etmeye devam edersek, yapacağımız ufak bir hesap, her birimizin, bir yıl için 75.000 Danimarka Kronu’ndan, müşterilerimiz lehine vazgeçtiğimizi gösterecektir. Bence bu, yapılmaması gereken bir aptallıktır.”²²

Yukarıdaki kartellerin istisnai nitelikte olmadığı, Prof. John Connor’ın 674 kartel davasını inceledikten sonra ulaştığı, karteller neticesinde fiyat artış medyanının²³ %25 olduğu şeklindeki sonuç ile ortadadır. Anılan çalışmada, incelenen davaların %80’inde, fiyat artışının %10’dan; %60’ında ise, %20’den fazla olduğu da ortaya konmuştur²⁴. Benzer şekilde, OECD’nin 2002 tarihli raporunda, incelenen 14 dava çerçevesinde fiyat artış medyanının %15-20 arasında olduğu ifade edilmektedir²⁵.

Dünya Bankası için hazırlanan bir çalışma, yakın zamanlarda gün ışığına çıkarılan uluslar arası kartellerden, zararlarına ilişkin olarak daha sağlıklı veri elde edilebilen 19’unun, gelişmekte olan ülkelere etkisinin, tüm ithalatlarının

¹⁹ Griffin 2001, s.40 ve Hammond 2001b, s.3.

²⁰ Griffin 2001, s.35.

²¹ Ibid, s.36.

²² OECD 2002, s.8.

²³ Terimleri küçükten büyüğe doğru sıraya konmuş bir seride, tam ortaya düşen ve seriyi iki eşit kısma bölen değere, “medyan” adı verilmektedir. Medyanın, aşırı değerlerin bulunduğu durumlarda, ortalamayı temsil bakımından, aritmetik ortalamaya kıyasla daha güvenilir olduğu ifade edilmektedir (Seyidoğlu 1992, s.563).

²⁴ CLI (2004), “Cartel Fines May Not Be High Enough”, *Competition Law Insight*, 23 November 2004, s.16 ve WILS, W.P.J. (2005), “Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?”, *World Competition*, No:28(2), s.139.

²⁵ OECD 2002, s.9.

%3,7'sine karşılık geldiğini ve bunlardan bazılarının %50'lere ulaşan fiyat artışlarına yol açtığını ortaya koymaktadır. Verilen zararın ciddiyetini vurgulayabilmek için, gelişmekte olan ülkelerin, 19 kartel tarafından etkilenen toplam 51,1 milyar \$'lık ithalatının, bu ülkelere, 1997'de, gelişmeleri için yapılan 39,4 milyar \$'lık yabancı yardımlarını aştığı belirtilmelidir²⁶.

Kartellerin yol açtığı zararlara, Türkiye'den de örnekler verilebilir. *Seramik*²⁷ kararında, yalnızca nakliyenin kimin tarafından ödeneceği konusunda bir anlaşma yapılmış olsaydı bile, bunun tüketicilerin alım maliyetine %2-7 arasında ek yük getireceği; ilgili kartelde, ihlalin çok daha kapsamlı olduğu ve uzun bir döneme yayıldığı²⁸ göz önünde bulundurulduğunda, çok daha büyük bir zararın ortaya çıktığı belirtilmiştir. *Demir Çelik*²⁹ kararında, 29.12.2003 tarihli toplantı neticesinde, nervürlü inşaat demiri fiyatlarının 390 \$/ton'dan, 450 \$/ton'a çıkarıldığı tespit edilmiştir. Bu artışın kartele taraf teşebbüslere, yaklaşık olarak 400 milyon \$'lık bir gelir transferi sağladığı sonucuna ulaşılabilir³⁰. Bu kartelde de, ihlalin kapsamlı olduğu ve uzun bir döneme yayıldığı³¹ vurgulanmalıdır. *Tıbbi Sarf Malzemeleri II*³² kararında yer verilen kartel üyeleri arasındaki bir telefon görüşmesinde ise, "yalnızca stent konusunda varılan bir anlaşmanın bile, firmalara, en yalın hesapla ayda 50.000 \$'lık bir kazanç sağlayacağı" ifade edilmiştir.

1.3. Kartellerin Gizliliği

Karteller, çoğunlukla, karmaşık ve uzun sürelidir. Bu süreçte, bazı teşebbüsler, kartelin yürütülmesinde, diğerlerinden daha aktif olabilir. Bazıları, kartele taraf olmaktan bir süre için vazgeçip, sonra tekrar katılabilir. Bazı teşebbüsler, toplantılara ya da haberleşmelere, anlaşmaya katılma niyeti olmaksızın, bilgilenecek amacı ile katılmış olabilir. Kartelin tüm üyeleri, her

²⁶ LEVENSTEIN, M. ve V.Y. SUSLOW (2003), "Contemporary International Cartels and Developing Countries: Economic Effects and Implications for Competition Policy", *Antitrust Law Journal*, No:71, s.801.

²⁷ Seramik, 24.02.2004 tarih ve 04-16/123-26 sayılı karar.

²⁸ Kararda, kartele taraf teşebbüslerin, 14.12.1994'ten başlayıp, devam eden süreçte, satım fiyatı ve şartlarını tespit ettiği, arz miktarının kontrolü-pazar paylaşımı içinde bulunduğu ve rekabete duyarlı bilgileri değiştirdiği sonucuna ulaşılmıştır.

²⁹ Demir Çelik, 14.10.2005 tarih ve 05-68/958-259 sayılı karar.

³⁰ 400 milyon \$'lık gelir transferi sonucuna, kartele taraf teşebbüslerin 2004 yılı Türkiye satışları toplamı olan yaklaşık 7 milyon tonluk rakam, artış miktarı olan 60 \$/ton ile çarpılarak ulaşılmıştır.

³¹ Kararda, kartele taraf teşebbüslerin, 1995'ten başlayıp, devam eden süreçte, alım ve satım fiyatı ile şartlarını tespit ettiği, arz miktarını kontrol ettiği ve rekabete duyarlı bilgi değişimi içinde bulunduğu sonucuna ulaşılmıştır.

³² Tıbbi Sarf Malzemeleri II, 16.03.2007 tarih ve 07-24/236-76 sayılı karar.

zaman uyum içinde hareket etmeyebilir. Kartellerin bu yapısının, varlıkları konusunda bir belirsizlik yaratacağı açıktır³³.

Bu belirsizlik, uzlaşma konularından bazıları, “en büyük alıcılara, diğerleri için belirlenen liste fiyatlarını uygulamaya çalışmak gerçekçi olmayacağı düşünüldüğünden, daha düşük fiyat uygulamak³⁴”, “kartel neticesinde yükselen fiyatlardan dolayı pazara girme imkanına kavuşan teşebbüslere karşı, birlikte fiyat savaşı vermek³⁵”, “yılın belli dönemlerinde rekabet etmek, belli dönemlerinde etmemek³⁶” gibi şekillerde ise, daha da artacak; kamuoyu ve hatta rekabet otoriteleri, ilgili pazarların rekabetçi olduğu yönünde bir izlenim edinebilecektir.

Kartellerin yapısından ve konusundan kaynaklanan bu belirsizlik, aşağıdaki yöntemlerle gizlenmeleri de eklenince, bu oluşumların rekabet otoriteleri tarafından ortaya çıkarılmalarını ve soruşturulmalarını iyice güçleştirmektedir:

ABD’de *Lysine* karteline ilişkin gizli kamera görüntülerinde, kartel üyeleri rekabet otoritelerine yakalanmaktan kaçınmaları gerektiğini belirtmektedir³⁷. Bunun için, kartel toplantısı, sektörel bir fuarın olduğu zamana denk getirilerek şüphe uyandırmamak istenmiştir. Fuardan dolayı tüm müşteriler de aynı şehirde bulunduğu için, toplantı odasına toplu şekilde girip çıkarak şüphe uyandırmamak için, giriş-çıkış farklı zamanlarda gerçekleştirilmiştir. Kartel üyeleri, toplantıda, tüm tedbirleri aldıklarına dair inançla, müşteriler ve FBI hakkında espriler yapmıştır³⁸. Kayıtlar, kartel üyelerinin, bir başka kartel toplantısına yasal kılıf oluşturmak üzere, teşebbüs birliği toplantısı için bir araya geldikleri izlenimi yarattıklarını da ortaya koymaktadır. Bu çerçevede, gerçekle ilgisi olmayan gündemler ve toplantı kararları hazırlanıp, dağıtılmıştır³⁹.

Anılan kartelin, yalnızca rekabet otoritelerinden değil, teşebbüslerden birinin antitröst düzenlemelerine uyum programını uygulamaya kararlı hukuk

³³ WHISH, R. (2001), “Fighting Cartels: The Legal Meaning of Conspiracy”, *Fighting Cartels-Why and How?* içinde, Swedish Competition Authority, 2001 Konkurrensvetket, Sweden, s.102.

³⁴ Örnek olarak bkz. Avrupa Komisyonu [Komisyon]’un *Citric Acid* (2002 OJ L239/18) karteli kararı (ARBAULT, F. ve F. PEIRÓ (2002a), “The Citric Acid Cartel”, *Competition Policy Newsletter*, No:1, February 2002, s.34).

³⁵ Örnek olarak bkz. Komisyon’ün *Citric Acid* (Arbault ve Peiro 2002a, s.35) veya *Luxembourg Beer* (2002 OJ L253/21) (BRIDGELAND, P. (2002), “Market Sharing Cartel on the Luxembourg Beer Market”, *Competition Policy Newsletter*, No:1, February 2002, s.38) karteli kararları.

³⁶ Örnek olarak bkz. Komisyon’ün *Industrial and Medical Gases* (2003 OJ L84/1) karteli kararı (RIVAS, J. ve J. BRANTON (2003), “Developments in EC Competition Law in 2002: An Overview”, *Common Market Law Review*, No:40, s.1209).

³⁷ Griffin 2001, s.41 ve Hammond 2001b, s.2.

³⁸ Griffin 2001, s.40-41 ve Hammond 2001b, s.3.

³⁹ Griffin 2001, s.43-46 ve Hammond 2001b, s.4-5.

müşavirinden de gizlendiği ifade edilmektedir⁴⁰. Buna göre, kapsamlı bir uyum programı uygulayan kartel üyesi şirketlerden birinin hukuk müşaviri, antitröst kuralları hakkında bilgilendirdiği çalışanlara sıkı kurallar getirerek, bunlara uyulmaması halinde ciddi cezalar verileceğini belirtmiştir. Bu kurallar gereğince, ilgili hukuk müşavirine, rakip şirket yöneticisi ile teknolojik bilgi değişimi için yapılacak toplantı hakkında bilgi verilmiştir. Bu toplantıya katılmakta ısrar eden hukuk müşaviri, konuya verdiği önemden dolayı tüm toplantı boyunca, hatta lavaboya giderken bile şirketinin yöneticisinin yanında olmuş; kendisinin bulunmadığı ortamlarda rakip şirket yöneticisi ile görüşülmesine izin vermemiştir. Günün sonunda işini hakkıyla yaptığını düşünerek huzur bulan hukuk müşaviri, aldatıldığını, kartel gün ışığına çıktığında öğrenmiştir. Çünkü hukuk müşavirinin yanında ilk kez tanışmış gibi davranan, görüşmeye kendilerini tanıtmakla, kartlarını değiştirmekle, kariyerleri ve aileleri hakkında kısa bilgiler vermekle başlayan yöneticiler, aslında yıllardır bir araya gelmiş, akşam yemeği yemiş, golf oynamış ve bu arada da dünya çapında karteller kurmuşlardır. Konuyu daha da ilginç kılan bir husus ise, hukuk müşavirinin çalıştığı şirketteki diğer personelin de, kendi yöneticileri ile rakip şirket yöneticisi arasındaki bu ilişkiyi biliyor olmalarıdır. Nitekim kendilerine verilen talimat uyarınca, hukuk müşavirinin bulunduğu ortamlarda, rakip şirket yöneticisi aradığında, kendi yöneticilerini bilgilendirmek için kod isim kullanmışlardır.

ABD'deki *Vitamin* karteli mensuplarının, düzenli olarak yaptıkları rekabet otoritelerinin yerinde incelemelerine benzeyen- iç denetimlerle, aleyhlerine kullanılacak delilleri ortadan kaldırdığı; pazar paylaşımına ilişkin anlaşmaya uyulup uyulmadığını denetlemekte kullanılacağı için, mutlaka saklanması gereken belgelerin ise, disketlere kopyalanarak, bir kartel üyesinin büyükannesinin evine saklandığı belirtilmektedir⁴¹.

AB'deki *Pre-insulated Pipes*⁴² karteli üyeleri, Komisyon'un çok açık kartel belgeleri elde ettiği yerinde incelemelerden sonra, toplantıların zamanı ve yerini gizlemek konusunda daha fazla gayret göstermek koşuluyla, ihlallerine devam edebilecekleri sonucuna ulaşmıştır. Bu doğrultuda; toplantıların AB dışında yapılması, imkan varsa, bu toplantılara uçak yerine araba ile gidilmesi, araba ile gelme imkanı bulunmayanlara ise, kartel üyesi şirketlerden

⁴⁰ Griffin 2001, s.42 ve Hammond 2001b, s.3-4.

⁴¹ OECD 2002, s.8. AB'deki *SAS-Maersk Air* (2001) OJ L265 kartelinde de, belgeler evde saklanmıştır. Bkz. RIVERO, E.M. (2001), "Recent Cases in the Transport Sector: Commission Fines Scandinavian Airlines System (SAS) and Maersk Air for Market-Sharing", *Competition Policy Newsletter*, No:3, October 2001, s.42.

⁴² *Pre-insulated Pipes* (1999) OJ L24/1.

birine ait özel uçağın tahsis edilmesi kararlaştırılmıştır⁴³. Nitekim kartel, Komisyon'un incelemeye başlanmasının ardından, dokuz ay daha devam etmiştir⁴⁴.

AB'deki *Graphite Electrodes*⁴⁵ kartelinde; toplantılar için yapılan harcamalar nakit olarak ödenmiş ve muhasebeleştirilirken, seyahat için yapıldığı bilgisine yer verilmemiştir. Kartel toplantılarında belge dağıtılmamış veya toplantı sonunda yok edilmiştir. Kartel üyeleri haberleşme için, cep telefonları ile evdeki faksları kullanmıştır. Kartelde, teşebbüsler ve bazı bireyler için kod adları kullanılmış; örneğin, kartelin liderlerinden SGL'e, "BMW" kod adı verilmiştir⁴⁶.

AB'deki *Specialty Graphite*⁴⁷ kartelinde, *Cartonboard*⁴⁸ ve *Greek Ferries*⁴⁹ kartellerine benzer şekilde, oligopolistik bağımlılık savunması yapabilmek için, kimin, hangi fiyatı, hangi tarihte, ne sıra ile duyuracağı üzerinde anlaşılmıştır⁵⁰.

AB'deki *Organic Peroxides*⁵¹ kartelinde; karteli organize etmek, tarafların uzlaşmasını sağlamak ve kartelin düzgün işlemesi için istatistiki bilgiler toplamak amaçlarına yönelik olarak, Zürih'te paravan bir şirket kurulmuştur. Düzenli bir şekilde Zürih'te yapılan toplantılarla belirlenen pazar paylarına ilişkin belgeler, paravan şirket tarafından saklanmıştır. Tarafların, bu belgeleri, Zürih'te inceleme imkanına sahip olduğu, ama kopya alamayacakları da kararlaştırılmıştır. Toplantılara ilişkin seyahat harcamaları da paravan şirket tarafından yapılmıştır Diğer belgelerin gönderilmesinde ise, konutlardaki fakslar kullanılmıştır⁵².

⁴³ GERADIN, D. ve D. HENRY (2005), "The EC Fining Policy for Violations of Competition Law: An empirical Review of the Commission Decisional Practice and the Community Courts' Judgments", *The Global Competition Law Centre Working Papers Series, GCLC Working Paper 03/05*, s.37.

⁴⁴ SCHAUB, A. (2001), "Cartel Enforcement by the European Commission", *Fighting Cartels-Why and How?* içinde, Swedish Competition Authority, 2001 Konkurrensvetket, Sweden, s.187.

⁴⁵ Graphite Electrodes (2002) OJ L100/1.

⁴⁶ BREIT, I. (2001), "Commission Fines Eight Companies in Graphite Electrode Cartel", *Competition Policy Newsletter*, No:3, October 2001, s.34; Geradin ve Henry 2005, s.30.

⁴⁷ Specialty Graphite (Commission Press Release IP/02/1906 of 17 December 2002).

⁴⁸ Cartonboard (1994) OJ L243/1. Bkz. SOAMES, T. (1996), "An Analysis of the Principles of Concerted Practice and Collective Dominance: A Distinction without a Difference?", *E.C.L.R.*, No:1/1996, s.24.

⁴⁹ Greek Ferries (1999) OJ L109/24. Bkz. Geradin ve Henry 2005, s.37.

⁵⁰ BERMUDEZ, A.G. (2003), "The Specialty Graphite Price-Fixing Cartels", *Competition Policy Newsletter*, No:1, Spring 2003, s.66.

⁵¹ Organic Peroxides (Commission Press Release IP/03/1700 of 10 December 2003).

⁵² PETERS, T. (2004), "Commission Fines Members of the Organic Peroxides Cartel", *Competition Policy Newsletter*, No:1, Spring 2004, s.46; Geradin ve Henry 2005, s.30.

İspanya’da *Hotel* kartelinde, kartel toplantısında, “enflasyonun 2-4 puan üzerinde fiyat artışı sağlamak için ciddi bir gayret sarf etmeliyiz” ifadesini kullanan teşebbüs birliği başkanı, aynı dönemde İspanyol Hükümeti’ne, “enflasyonla mücadele politikasına yardımcı olabilmek için fiyatları arttırmayacaklarını” da söylemiştir⁵³.

Avustralya’da, 1970’lerden 1990’ların başına kadar süren *Express Freight* kartelinde, müşteri paylaşımı anlaşmasının bozulmaması için, yüke kasten zarar verilerek, hatta bazen ortadan kaldırılıp kaybedildiği izlenimi yaratılarak, müşterilerin anlaşma çerçevesinde gitmek zorunda oldukları şirkete dönmeleri sağlanmıştır⁵⁴.

Konuya ilişkin olarak Türkiye’den de örnek verilebilir. *Tıbbi Sarf Malzemeleri II* kararında yer verilen bir telefon görüşmesinde, karteğe taraf teşebbüslerden birinin sahibi, şirketin bölge müdürlüğündeki bir çalışanı, ihalelerin hangi sıraya göre paylaşılacağına dair bir faksı, kartel üyesi diğer teşebbüslere gönderdiği için sert bir şekilde uyarmıştır. Anılan görüşmede, şirket ortağı, kendilerinin de, şirket merkezinde elektronik posta ve benzeri yazılı belgeleri ortadan kaldırdıklarını, gerekli her türlü tedbiri aldıklarını; bu çerçevede, kartel görüşmelerini de telefonla yaptıklarını belirtmiştir. Şirket ortağı, bölge müdürlüğü çalışanının, gönderilen metnin muhatabının, karteğe taraf diğer teşebbüsler olduğu, yaptıkları iş güvene dayandığı için faksın gönderilmesinde sakınca görmediği yönündeki savunmasını da kesin bir üslupla reddetmiş; yazılı belge üretilmemesini, bir kere daha vurgulamıştır⁵⁵.

“Kartellerin Yol Açtığı Zararlar” ve “Kartellerin Gizliliği” başlıkları altındaki açıklamalar çerçevesinde, çeşitli yazarlar tarafından ulaşılan şu sonuçların doğru olduğu düşünülmektedir⁵⁶: Karteller, basit, hiçbir zararı olmayan centilmenlik anlaşmaları değildir. Aksine, bu tür anlaşmalarla, masum yurttaşların cüzdanlarındaki paralar, lüks otellerde yapılan toplantılarla, iyi giyimli hırsızlar tarafından çalınmaktadır. Dolayısıyla kartellerin, hırsızlıktan ve zimmet gibi beyaz yakalı suçlarından farksız olduğu, hatta daha ağır ceza gerektirdiği bile ifade edilebilir. Çünkü kurbanlar, çoğunlukla, soyulduklarının farkında bile değildirler.

⁵³ OECD 2002, s.8.

⁵⁴ SAMUEL, G. (2004), “2004 ICN Cartels Workshop Welcome Speech”, *ICN Cartel Workshop, Sydney, Australia*.

⁵⁵ Bu telefon görüşmesinin tamamına, “5.1.2.4. İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınması ile Teknik Araçlarla İzleme Yetkisi” başlığı altında yer verilmiştir.

⁵⁶ Calvani 2004, s.3; Hammond 2001b, s.2; Joshua 2003, s.634; OECD 2004, s.102; Pate 2003b, s.2 ve Wils 2005, s.151.

İkinci Bölüm

KARTELLERLE MÜCADELENİN TARİHÇESİ

2.1. Modern Rekabet Yasaları Öncesi

“Giriş” bölümünde de belirtildiği üzere, mücadele yöntemleri ve kararlılığı değişmekle beraber, karteller, tarihte, hemen her zaman yasaklanmıştır. Örneğin, daha milattan önce 483’te, Codex Iustinianum ile, belirlenen fiyatın altında satış yapılmamasına ilişkin anlaşmalar yasaklanmıştır. Bu yasağa aykırı hareketin cezası, 50 altındır. Yasağın kağıt üzerinde kalmaması için gereken tedbir de alınmıştır: Kuralı uygulamayan otoritelere 40 altın ceza verilmesi. Yine daha o zamandan bazı sektörler istisna da tanınmıştır. Buna örnek olarak, kamuya açık hamamlar gösterilebilir¹. Yaptırımlar Ortaçağ’da çok daha ciddidir çünkü kartel kuran tüccarlar, kulaklarını ve diğer uzuvlarını kaybetme riski ile karşı karşıyadır².

Yeni ve Yakın çağlarda da, yaptırımlar, bu kadar kanlı olmasa da, devam etmiştir. Örneğin, İngiltere’de, kartel üyelerinin, zarar görenlere, üç katına kadar tazminat ödemesine karar verilebilmekte³; Fransa’da ise, Napoleon Ceza Yasası çerçevesinde, bir yıla kadar hapis ve para cezası uygulanabilmektedir⁴. Günümüzde, birçok yazar, İngiltere ve Fransa’daki bu düzenlemelerin, ABD’deki Sherman Yasası’na ilham verdiğini ifade etmektedir⁵.

2.2. ABD Uygulamaları

ABD kamuoyunun hırsız baronlara⁶ tepkisinden dolayı, en az 26 eyalette antitröst yasaları kabul edilmesinin ardından⁷, benzer bir düzenleme, 1890’da, Sherman Yasası ile federal düzeyde de gerçekleştirilmiştir. Sherman Yasası, yoruma açık lafzıyla, yargıçlara geniş yetkiler vermiştir. Bu nedenle, kartellerle

¹ PAULIS, E. (2004), “Key Developments in the International Fight Against Cartels: The Perspective of ICN Member Agencies”, *ICN Cartel Workshop, Sydney, Australia*, s.1-2

² OECD 2004, s.91.

³ Baker 2001, s.700; Pate 2003b, s.5.

⁴ Paulis 2004, s.1, Wils 2005, s.122.

⁵ Baker 2001, s.700; Pate 2003b, s.5; Wils 2005, s.122.

⁶ Baker 2001, 714 ve BAKER, D.I. (2003), “Jailing Conspirators: A Critical Part of US Anti-Cartel Enforcement”, *G.C.R.*, February 2003, s.27.

⁷ KOVACIC, W.E. (2001), “Private Monitoring and Antitrust Enforcement: Paying Informants to Reveal Cartels”, *The George Washington Law Review*, October/December 2001, Volume 69, No:5/6, s.788.

mücadele, büyük ölçüde mahkemelerin yorumlarına bağlı olarak şekillenmiştir⁸. Bu çerçevede, ABD’deki kartellerle mücadele tarihi beş ana döneme ayrılabilir⁹.

2.2.1. 1890-1914

Sherman Yasası’nın birinci maddesi ile karteller yasaklanmış; bu yasağa uymayanlara, bir yıla kadar hapis ve 5.000 \$’a kadar para cezası getirilmiştir. Bu yaptırımların çok ağır olmaması, 1901 ile 1909 yılları arasındaki Theodore Roosevelt dönemine kadar, antitröst uygulamalarına ayrılan kamu kaynaklarının az olması¹⁰, 19 uncu yüzyılın sonundaki iktisatçılardan çoğunun Sherman Yasası’nı küçümsemesi¹¹ gibi nedenlerin etkisiyle, Yasa’nın ilk uygulamaları, sendikalara yönelik müdahaleler dışında¹², “kasırğa” niteliğinde değildir¹³.

Bu dönemde, başlangıçta tartışılan konu, rekabeti sınırlayıcı anlaşmanın varlığından ziyade, ilgili teşebbüslerce de varlığı kabul edilen anlaşmanın hukuka uygun olup olmadığıdır. Buna örnek olarak, *US v. Trans-Missouri Freight Association*¹⁴, *US v. Joint Traffic Association*¹⁵ ve *US v. Addyston Pipe & Steel Co.*¹⁶ davaları gösterilebilir¹⁷. Gerçekten de, *Common Law*’daki “rule of reason (haklı sebep)” ilkesinin, Sherman Yasası çerçevesinde ne şekilde uygulanacağına ilişkin ilk zamanlardaki belirsizlik, anlaşmaların gizlenmemesi sonucunu doğurmuştur¹⁸. Ancak YM’nin görüşlerini ortaya koymaya başlamasıyla, teşebbüsler, anlaşmaların gizlenmesi konusunda arayış içine girmiş ve çareyi, başka bir YM kararında bulmuşlardır. Bir dizi birleşme neticesinde kurulan ve ülkenin şeker üretim kapasitesinin %98’inin kontrolünü sağlayan “Şeker Tröstü”nün, *US v. E.C.Knight Co.*¹⁹ kararında hoşgörü ile karşılanması, General Electric, du Pont, Eastman Kodak, U.S.Steel ve Standard Oil gibi devlerin kurulmasına neden olacak bir birleşme dalgası başlatmıştır. Bu durum, YM’nin, 1904’te, *Northern Securities Co. v. US*²⁰ kararında, Northern

⁸ KOVACIC, W.E. ve C. SHAPIRO (1999), “Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking”, <http://www.haas.berkeley.edu/shapiro/century.pdf>, s.2.

⁹ Baker 2001 ve 2003 ile Kovacic ve Shapiro 1999.

¹⁰ Baker 2001, s.694.

¹¹ Kovacic ve Shapiro 1999, s.2-3.

¹² TAYLOR, K.S. (1996), “Human Society and the Global Economy The Arthritic Hand of Oligopoly”, <http://distance-ed.bcc.ctc.edu/econ100/ksstext/oligopoly/oligopoly.htm>, s.10.

¹³ Kovacic ve Shapiro 1999, s.2-3.

¹⁴ 166 U.S. 290 (1897).

¹⁵ 171 U.S. 505 (1898)

¹⁶ 175 U.S. 211 (1899)

¹⁷ KOVACIC, W.E. (1993), “The Identification and Proof of Horizontal Agreements Under the Antitrust Laws”, *The Antitrust Bulletin*, Spring 1993, s.15.

¹⁸ JACOBSON, J.M. ve D.H. MARKS (1985), “Price-fixing: an overview”, *The Antitrust Bulletin*, Spring 1985, s.206.

¹⁹ 156 U.S. 1 (1895)

²⁰ 193 U.S. 197 (1904)

Pacific ile Great Northern demiryollarının birleşmesini engellemesine kadar devam etmiştir. Hükümet, bu başarı üzerine, ülkenin endüstriyel devlerine karşı, birçok dava açmıştır. Bunlardan en önemlisi, *Standard Oil Co. v. US*'dir²¹. YM, bu davada, “*rule of reason*”ı antitröst analizinin temel yöntemi olarak kabul ederken, Standard Oil’in de, “endüstriyel kıyamet kopacak” şeklindeki gerçekleşmeyen feryatlarına rağmen, 34 parçaya bölünmesine karar vermiştir²².

Standard Oil kararı Hükümeti çok mutlu etse de, Kongre, bu kararlar getirilen *rule of reason* yönteminin, muhafazakar yargıçların, Sherman Yasası’nı, aşırı derecede dar yorumlama eğilimlerini daha da arttırmasından çekinmiştir²³. Bunun için, 1914’te, mahkemelerin yorum imkanını mümkün olduğunca ortadan kaldıracak şekilde ayrıntılı yasaklamalar²⁴ içeren Clayton Yasası’nı çıkarmış; “Federal Ticaret Komisyonu-*Federal Trade Commission* (FTC) Yasası” ile de, antitröst meselelerinde uzmanlaşacak bir yönetsel yapı kurmuştur²⁵.

2.2.2. 1915-1935

1914 yılında çıkarılan yasalarla antitröst hukuku uygulamalarına hız kazandırılmak istense de, bu amaç gerçekleşmemiştir. Bunun çeşitli nedenleri bulunmaktadır.

İlk olarak, 1912’de, A.J.Eddy’nin yazdığı “Yeni Rekabet (*The New Competition*)” kitabının etkilerinden bahsedilmelidir. Eddy, rekabet yerine işbirliği tercihini yaparken, modern iktisat teorilerinin ortaya koyduğu, “gizli fiyat indirimlerini ortadan kaldırmak için, bağtlanan fiyatların açık olması gereği”ni, ilginç bir şekilde daha o zamandan kavramış ve fiyat indirimlerini sınırlamanın bir yolu olarak, fiyat bilgisi değişimini savunmuştur. Bir avantajı da Sherman Yasası’nı açıkça ihlal etmemek olan bu yöntem, Yasa’nın ilk yıllarındaki belirsizlikler büyük ölçüde ortadan kalktığından, arayış içinde olan teşebbüsler tarafından hızla benimsenmiştir²⁶.

²¹ 221 U.S. 1 (1911)

²² Kovacic ve Shapiro 1999, s.4.

²³ Ibid, s.5.

²⁴ Belli bağlama (*tying*) ve münhasır bayilik anlaşmaları, yönetim kurullarına çapraz biçimde yönetici atanması (*interlocking directorate*) yasaklanmış ve hisse senedinin satın alınması yoluyla gerçekleştirilen birleşmeler kontrol edilmeye başlanmıştır.

²⁵ Kovacic ve Shapiro 1999, s.5.

²⁶ AREEDA, P.E. ve L. KAPLOW (1997), *Antitrust Analysis Problems, Text, Cases*, Fifth Edition, Aspen Publishers, New York, U.S.A., s.309; KUHN, K.U. ve X. VIVES (UA), *Information exchanges among Firms and their Impact on Competition*, European Union-European Commission, Luxembourg, s.61-2. Eddy’nin ulaşmak istediği sonuçlar, teorik bir yanılığın nedeniyle, Danimarka’da, devlet eliyle gerçekleştirilmiştir. 1990 tarihli Danimarka Rekabet Yasası, tam rekabet piyasasının temel koşulunun şeffaflık olduğu yönündeki görüşlerden

İkinci olarak, Savaş Endüstrileri Kurulu (*War Industries Board*) deneyiminin etkilerinden bahsetmek gerekir. Birinci Dünya Savaşı sırasında fiyat kontrolü ve üretim planlaması yapan Savaş Endüstrileri Kurulu'nun çoğu personeli, büyük endüstrilerden alınmıştı. Bu nedenle, Savaş Endüstrileri Kurulu'nun kararları, genellikle özel sektörün çıkarlarına göre şekillenmekteydi. Savaş Endüstrileri Kurulu savaşın ardından dağılsa da, özel sektör, bu dönemde elde ettiği olumlu çalışma koşullarının devamı için kulis yapmış; sınırsız rekabetin kaynak israfına neden olacağını, buna karşılık, işbirliği ve sektör içi regülasyonun, daha iyi ekonomik ve sosyal koşullar sağlayacağı görüşünü savunmuştur. Yukarıda değinildiği üzere, doktrin de desteklenen bu görüş, Hükümet üzerinde de etkilerini göstermiştir. Nitekim, Başkan Herbert Hoover bile, işletmelere, teşebbüs birlikleri kanalıyla bilgi değiştirmelerini ve rekabetin olumsuzluklarını engellemek için işbirliği yapmalarını tavsiye etmiştir²⁷.

Bu gelişmeler, “Birlikçilik (*Associationalism*)” akımının başlamasına neden olmuş, yüzlerce birlik kurulmuştur. Birlikler, yalnızca bilgi değişimine değil, aynı zamanda, “Ahlak Kuralları (*Codes of Ethics*)” veya “Adil Rekabet Kuralları (*Codes of Fair Competition*)” gibi adlarla anılan, teşebbüsler arası rekabetin engellenip, işbirliğini teşvik için tasarlanmış sektörel kuralların yürütülmesine de aracılık etmiştir²⁸. Bu duruma rekabet otoritelerinin müdahalesi ise gecikmemiştir. 19 uncu yüzyılın sonunda tröstleşmeye konu olan sektörlerin hemen hepsine, bu dönemde, teşebbüs birliği aracılığıyla gerçekleştirilen faaliyetlerden dolayı soruşturma açılmıştır. Ancak bu soruşturmaların başarılı olduğunu söylemek mümkün değildir. Örneğin, *Maple Flooring Manufacturer's Association v. US*²⁹ ve *Cement Manufacturers Protective Association v. US*³⁰ kararlarında, YM, “seçkin” şeklinde nitelendirdiği iktisatçıların, “ürünün homojen ve nakliye maliyetlerinin standart olduğu çimento gibi ürünlerde, tek bir fiyatın kaçınılmaz olduğu” yönündeki görüşlerine dayanarak, teşebbüs birlikleri kanalıyla bilgi değişiminin, işletmelerin daha etkin

hareketle, fiyat ve diğer ticari bilgilerin açık olması ilkesi üzerine kurulmuştur. Bu varsayımın, genellikle oligopol yapıda olan piyasalar üzerindeki olumsuz etkisi için bkz. ALBÆK, S., H.P. MØLLGAARD ve P.B. OVERGAARD (1996), “Law-Assisted Collusion? The Transparency Principle in the Danish Competition Act”, *E.C.L.R.*, No:6/1996, s.339-343.

²⁷ Kovacic ve Shapiro 1999, s.5-6; BISSOCOLI, E.F. (2000), “Trade Associations and Information Exchange under US Antitrust and EC Competition Law”, *World Competition*, Vol:23, No:1, s.80.

²⁸ Bissocoli 2000, s.80-81.

²⁹ 268 U.S. 563 (1925) (Areeda ve Kaplow 1997, s.304-308).

³⁰ 268 U.S. 588 (1925) (Areeda ve Kaplow 1997, 334-335; WHITNEY, S.N. (1958), *Antitrust Policies: American Experience in twenty industries Volume 2: Famous Antitrust Cases*, Twentieth Century Fund, New York, s.292-294).

üretim ve fiyat kararları vermesini sağladığına, böylece kriz çıkmasının engellendiğine hükmetmiştir³¹.

YM, yukarıda özetlenen, rakipler arası işbirliğine büyük hoşgörü ile yaklaşan kararlarına rağmen, belli bir döneme kadar, iyi gizlenememiş(!) anlaşmaların, 1918'de *Chicago Board of Trade v. US*³² ile getirdiği çok ayrıntılı *rule of reason* analizine tabi tutulmadan, *per se* kuralı çerçevesinde yasaklanabileceği düşüncesini korumuştur. *US v. Trenton Potteries Co.*³³, bunun göstergesidir. Ancak, 1929'daki buhranın ardından rekabete dayalı modelin tamamen reddi ve 1933'teki Milli Sanayinin İyileştirilmesi Yasası'na (*National Industrial Recovery Act*) götüren gelişmeler, YM'nin bile pazar ekonomisine olan inancını yitirmesine neden olmuştur. Bunun açık örneği, YM'nin, *Appalachian Coals, Inc. v. US*'de³⁴, kömür üreticilerinin ortak pazarlama anlaşmasıyla getirmek istedikleri arz kısıtlama planı gibi çıplak bir yatay kısıtlamayı bile yasaklamayı reddetmesidir. YM'nin bu kararı, sonradan, "kriz dönemi gafleti (*depression-era aberration*)" olarak nitelendirilmiştir³⁵.

2.2.3. 1936-1973

1930'ların ortalarında, Yeni Çözüm'ün (*New Deal*) ilk yıllarında büyük umut bağlanan iktisadi planlama modelleri parıltısını kaybetmiş; Başkan Franklin Roosevelt, iktisadi restorasyonun rekabetle sağlanacağına inanan danışmanlarına kulak vermiştir. Devlet regülasyonları, planlaması ve mülkiyeti yerine, serbest pazar ekonomisini ve bu çerçevede antitröst kurallarını öne çıkaran bu düşüncenin arkasında, Chicago Üniversitesi iktisatçılarından Henry Simons, Jacob Viner ve Frank Knight yer almaktaydı. Bu çerçevede, Adalet Bakanlığı Antitröst Birimi'ne, özellikle Thurman Arnold ile doruğa çıkan parlak atamalar yapılmıştır³⁶. Ancak Thurman Arnold ve meslektaşlarının önünde,

³¹ Whitney 1958, s.293. Bu iki kararın oluşmasında, Adalet Bakanlığı Antitröst Birimi'nin yaptığı hatalar da etkili olmuştur. Örneğin, YM kararında da belirtildiği üzere, *Maple Flooring*'de Birlik dışındaki fiyat görüşmelerine vurgu yapılmamıştır. *Cement Manufacturers*'da ise, mazur görülebilecek istatistiki eylemlerden hareket edilmiş; yukarıda değinilen iktisatçıların görüşleri çerçevesinde başarılı olacağı şüpheli olsa da, baz nokta fiyatlandırmasından kaynaklanan fiyatların birlikte değişimi konusu gündeme getirilmemiştir (Whitney 1958, s.293-294). Nitekim, Hükümet'in bu hataları, Kovacic ve Shapiro'nun, "*dönemin antitröst yönetimine atamaların sönük olduğu*" ifadesini açıklamaktadır. Konuya ilişkin en ilginç söz ise, FTC Yasası'nın mimarlarından Louis Brandeis'nin, dönemin FTC üyelerini "aptal" şeklinde nitelendirmesidir (Kovacic ve Shapiro 1999, s.8). Bu durum, "Giriş" bölümündeki, "bazı rekabet otoritelerinin kartellerle nasıl mücadele edileceğini bilmediği" şeklindeki tespite, tarihten verilebilecek bir örnektir.

³² 246 U.S. 231 (1918)

³³ 273 U.S. 392 (1927)

³⁴ 288 U.S. 344 (1933)

³⁵ Kovacic ve Shapiro 1999, s.7.

³⁶ İbid, s.9.

YM kararlarından kaynaklanan engeller bulunmaktaydı. Bu kararlar, antitröst hukukunun özüne tamamen aykırı niteliği ile *Appalachian Coals* ve yaptığı *rule of reason* tanımı ile, pek çok davanın, yetersiz inceleme gerekçesiyle, davalı lehine sonuçlanmasına neden olan *Chicago Board of Trade*'di³⁷.

Bu dönemde, YM, öncelikle, bu engelleri ortadan kaldıracı kararlar vermiştir. Bu çerçevede, ilk olarak, *US v. Socony-Vacuum Oil Co.*³⁸ dan bahsedilebilir. Fiyatı etkileyen tüm anlaşmaların *per se* yasaklanması yönünde bir yorumu ortaya koyan bu karar, bugün için katı bir yaklaşım olarak gözükse de, amacı Sherman Yasası'nın yeniden hayata döndürülmesiydi³⁹. 1940'taki bu karardan beri, ABD'de, amacı veya etkisi, fiyat tespiti, arzın belirlenmesi, pazar paylaşımı ya da ihalelerde danışıklı hareket olan yatay uzlaşmalar, kaçınılmaz olarak rekabete zarar verecekleri gerekçesi ile *per se* yasaktır⁴⁰.

Bunun ardından ise, hem anlaşma tanımını genişleten hem de anlaşmaların ikincil (*circumstantial*) delillerle de ispatlanabileceğini söyleyen içerikleriyle, *Interstate Circuit, Inc. v. US*⁴¹, *American Tobacco, Co. v. US*⁴², *US v. Paramount Pictures, Inc.*⁴³ ve *Theatre Enterprises, Inc. v. Paramount Film Distributing Corp.*⁴⁴ kararlarının zikredilmesi gerekir (*Socony-Vacuum* bu gruba da dahil edilebilir)⁴⁵. İkincil delillerin önemi, kartel üyelerinin uzlaşmanın varlığını gösteren doğrudan delilleri gizlemesinden kaynaklanmaktadır⁴⁶.

Bu kararların anlaşma tanımını genişletmesi, bir süre için oligopolistik bağımlılığın da bir anlaşma türü olup olmadığı tartışmalarına neden olmuştur. Ancak YM, 1954'te, *Theatre Enterprises* ile bu tartışmaya son noktayı koymuştur: Bilinçli paralellik, ilave faktörler olmadan tek başına ihlal değildir.

Antitröst yasalarının, özellikle 2. Dünya Savaşı sonrasında, giderek artan bir kararlılıkla uygulanmasında, bu kararların yanı sıra, başka faktörler de etkili olmuştur. Amerikalılar, Alman endüstrisindeki kartellerin, faşizme ve ardından da savaş makinelerine dönüşerek İkinci Dünya Savaşı'na kaynak teşkil ettiğini, çok doğru bir şekilde saptamıştır⁴⁷. Nitekim 1955'te, şirketlere ve bireylere

³⁷ İbid, s.9.

³⁸ 310 U.S. 150 (1940).

³⁹ Kovacic ve Shapiro 1999, s.9-10.

⁴⁰ Kovacic 2001, s.784-5.

⁴¹ 306 U.S. 208 (1939).

⁴² 328 U.S. 781 (1946).

⁴³ 334 U.S. 131 (1948).

⁴⁴ 346 U.S. 537 (1954).

⁴⁵ Kovacic 1993, s.22-23.

⁴⁶ Kovacic 2001, s.785-6.

⁴⁷ FOX, E.M. ve R. PITOFESKY (1997), "United States", E.M. Graham ve J.D. Richardson (der.), *Global Competition Policy* içinde, Institute for International Economics, Washington D.C., U.S.A., s.236; WESSELING, R. (2000), *The Modernisation of EC Antitrust Law*, Hart Publishing, USA,

uygulanabilecek para cezaları, 50.000 \$'a çıkarılmıştır⁴⁸. Soğuk Savaşa girilmesiyle birlikte ortaya çıkan McCarthy döneminin “gizli planların varlığı” hezeyanlarının da, antitröst hukukuna etkileri olmuştur. Bu korkular, elektrikli aletler pazarında, General Electric ve Westinghouse gibi ülkenin önde gelen şirket yöneticilerinin anlaşma içinde olduğunun ortaya çıkarılmasıyla daha da artmıştır⁴⁹. Silahlı eylemin bulunmadığı bir kartelden dolayı hapis cezasına ilk muhatap olanlar da, basında geniş yer tutan bu kartelin üyeleridir⁵⁰. Kartelin ortaya çıkarılmasının ardından, ilgili teşebbüslere, yüzlerce tazminat davası açıldığı da belirtilmelidir⁵¹.

Ancak antitröst yasalarının çok katı bir şekilde uygulandığı 1960'larda bile, Sherman Yasası'nın 1 inci maddesini ihlal edenlere verilebilecek ceza, 1955'teki değişikliğe rağmen, sadece 50.000 \$'a kadar para ve 1 yıla kadar hapis cezası olduğundan ve bunlar da, yukarıdaki elektrikli aletler kartelinde olduğu üzere, üst sınıra kadar uygulanmadığından, kartellerle mücadelenin etkili seviyelere geldiğini söylemek mümkün değildir⁵².

2.2.4. 1974-1991

1970'lerde, petrol krizinden dolayı artan enflasyonun halkta yarattığı huzursuzluğun etkisiyle, kartellerle mücadelenin güçlendirilmesi yönünde büyük bir kamuoyu oluşmuştur. Bu nedenle Kongre hemen hiçbir tartışma olmaksızın⁵³, o güne kadar trafik cezaları gibi algılanan⁵⁴ yaptırımların artırılmasına karar vermiştir. Bu çerçevede, 1974 yılında kabul edilen bir yasa ile, bireylere uygulanabilecek hapis cezası, bir yıldan üç yıla; para cezası ise, 50.000 \$'dan, 250.000 \$'a çıkarılmıştır. Şirketlere uygulanabilecek para cezası ise, 20 kat artırılarak, 1.000.000 \$'a yükseltilmiştir. Yine aynı amaç doğrultusunda, rekabet otoritelerinin kaynakları da artırılmıştır⁵⁵.

Ancak kartellerle etkili mücadele için bu değişiklikleri yapan Kongre, yargıçların, kartel üyelerini ağır biçimde cezalandırmak, özellikle de hapis cezası

s.13. Nitekim, Rita Hayworth'ın başrolünde oynadığı “Gilda” filminin (1946) arka planda yer alan konularından biri olan, uluslararası bir kartelin iktidarını ele geçirme mücadelesi, dönemin bu belirgin korkusunu yansıtmaktadır.

⁴⁸ Baker 2001, s.695 ve 700 ile 2003, s.25.

⁴⁹ BAKER, J.B. (1993), “Two Sherman Act Section 1 Dilemmas: Parallel Pricing, the Oligopoly Problem and Contemporary Economic Theory”, *The Antitrust Bulletin*, Spring 1993, s.175-6.

⁵⁰ Baker 2001, s.694 ve 2003, s.25 ile Wils 2005, s.123.

⁵¹ Baker 2001, s.700.

⁵² Baker 2001, s.695 ve 2003, s.25.

⁵³ Baker 2001, s.695 ve 2003, s.25.

⁵⁴ KLAWITER, D.C. (2001), “After the Deluge: The Powerful Effect of Substantial Criminal Fines, Imprisonment, and Other Penalties in the Age of International Cartel Enforcement”, *The George Washington Law Review*, October/December 2001, Volume 69, No:5/6, s.747.

⁵⁵ Baker 2001, s.695 ve 2003, s.25.

vermek hususundaki isteksizliklerini hesaba katamamıştır. Yargıçların bu konudaki isteksizliklerinin temel sebebi, “*kartel üyelerinin, çoğunlukla, toplum açısından bir tehdit yaratmayan, birlikte bira içilip, golf oynanan, bağış organizasyonlarının destekçisi, toplumun temel direği niteliğinde insanlar olarak görülmesi*” şeklinde ifade edilmektedir⁵⁶. Bu görüşe göre, kartel üyeleri, bir kere yakalandıklarında, tövbekar görünüşleri ile yargıçları, aynı eylemi bir daha yapmayacaklarına ikna etmektedir. İkinci olarak, Gary Becker’in, 1968 tarihli, “Suç ve Ceza: İktisadi Bir Yaklaşım” başlıklı makalesinde ortaya koyduğu, “en etkin yaptırımın, para cezası olduğu” yönündeki görüşün etkilerinden bahsedilebilir. Chicago Okulu’ndan Richard Posner gibi isimlerin de desteklediği bu görüşün⁵⁷, 1970’ler ile 1980’lere damgasını vurarak, yargıçların, hapis cezası vermemek yönündeki tutumlarını etkilediği düşünülmektedir⁵⁸.

Yukarıdaki faktörlerin etkisiyle, kartel üyelerine karşı açılan davalarda, Kongre’nin iradesi ve Adalet Bakanlığı’nın talebine rağmen, ağır yaptırımların özellikle de hapis cezasının elde edilmesi mümkün olamamıştır⁵⁹. Örneğin; bir yargıç, 1974’te, kartel üyelerine, hapis cezası yerine, iş adamlarının öğle yemeklerinde, fiyat tespitinin kötülükleri üzerine konuşma yapma cezası vermiştir⁶⁰. Bu ceza, Yale Law Journal’da yayımlanan birçok makalenin konusu olmuştur. Bunlarda ulaşılan, “*eğer fiyat tespitinin yaptırımı, para cezası ve zorunlu konuşma yapmak olacaksa, antitröst kanunları ancak köylerdeki park kuralları kadar yasaklayıcı olabilir*” şeklindeki sonuç çarpıcıdır⁶¹.

Yargıçların kartel üyelerini ağır biçimde cezalandırmak, özellikle de hapis cezası vermek hususundaki isteksizliklerine çare, 1984 tarihli Ceza İnfaz Yasası (*The Criminal Fine Enforcement Act*) ile 1987 ve 1991 tarihli Cezalandırma Rehberlerindeki (*Sentencing Guidelines*) düzenlemeler sayesinde bulunmuştur:

⁵⁶ Baker 2001, s.706 ve 712 ile 2003, s.26.

⁵⁷ BECKER, G. (1968), “Crime and Punishment: An Economic Approach”, *Journal of Political Economy*, Volume 76, s.169; POSNER, R. (1980), “Optimal Sentences for White Collar Criminals”, *American Criminal Law Review*, Volume 17, s.409. Becker ve takipçilerinin, “hapis yerine para cezası verilmeli” tercihinde bulunurken ileri sürdükleri gerekçeler ile bunlara ilişkin değerlendirmelere, “4.3.2.1.Suç ve Ceza Konusuna İktisadi Yaklaşım: Etkinlik Savunması ve Hapis Cezasının Maliyeti” başlığı altında yer verilecektir.

⁵⁸ Werden ve Simon 1987, s.922-923.

⁵⁹ Baker 2001, s.695.

⁶⁰ Bu cezanın, daha sonra Carter döneminde Adalet Bakanlığı Müsteşar Yardımcısı (*Deputy Attorney General*) olacak kadar saygın bir yargıç tarafından verilmesi, kararın önemini arttırmaktadır.

⁶¹ Calvani 2004, s.11.

1984 tarihli Yasa, şirketler ve bireylerin, yasa dışı eylemleri ile verdikleri zararın ya da elde ettikleri kazancın iki katına kadar cezalandırılabilmesine olanak sağlamıştır. Bu düzenleme, *Lysine, Graphite Electrodes, Vitamin, Art Auction* gibi uluslar arası kartellere, 1990'lı yıllarda, dokuz haneli rakamlara ulaşan cezalar verilebilmesinin yolunu açmıştır⁶².

1987 ve bunu tadil eden 1991 tarihli Cezalandırma Rehberleri ise, cezaların hangi kriterlere göre verileceği konusunda çok detaylı düzenlemeler getirerek, yargıçların takdir yetkisini önemli ölçüde sınırlamıştır. Bu rehberler, aynı zamanda, antitröst kurallarının ihlal edilmesinin ağır bir suç olduğu ve bu ağır suçun, hapis cezasını gerektirdiği mesajını da hakimlere vermiştir⁶³.

Kartellerin çok ağır bir suç olduğu mesajını tekrarlayan diğer bir konu ise, 1990 tarihli bir yasa ile, bireylere uygulanabilecek para cezasının 350.000 \$'a; şirketlere uygulanabilecek para cezasının ise, 10.000.000 \$'a çıkarılmasıdır⁶⁴.

2.2.5.1992'den Bugüne

1992 sonrasındaki şu üç gelişme, 1991'e kadar yapılanlarla oluşturulan hukuki alt yapı üzerinde, kartellerle mücadelenin artmasını sağlamıştır:

Bunlardan birincisi, Berlin Duvarı'nın yıkılması ve Sovyetler Birliği'nin dağılmasının ardından, serbest piyasaya ekonomisine olan inancın artması ve buna paralel olarak, amaçları iyi belirlenmiş, etkili antitröst yasalarının gerekliliğine dair görüşün, ABD dahil olmak üzere, tüm dünyaya yerleşmesidir⁶⁵.

İkinci olarak, 1978'de yürürlüğe giren Pişmanlık (Af) Programı'nda (*Amnesty Program*), 1993'te yapılan değişikliklerle⁶⁶ elde edilen başarılı

⁶² Klawiter 2001, s.748-749 ve Kovacic 2001, s.790.

⁶³ Baker 2001, s.706 ve 2003, s.25-26; Klawiter 2001, s.750 ve Kovacic 2001, s.790.

⁶⁴ Kovacic 2001, s.790.

⁶⁵ PATE, R.H. (2004a), "Securing the Benefits of Global Competition", *Tokyo American Center, Tokyo, Japan*, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/205389.pdf>, s.3-4.

⁶⁶ Bu değişiklik hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SPRATLING, G.R. (1998), "The Corporate Leniency Policy: Answers to Recurring Questions", *ABA Antitrust Section 1998 Spring Meeting, Washington D.C.*, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/1626.htm>; SPRATLING, G.R. (1999), "Making Companies an Offer They Shouldn't Refuse", *Bar Association of the District of Columbia's 35th Annual Symposium on Associations and Antitrust, Washington D.C.*, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/2247.htm>; HAMMOND, S.D. (2001a), "When Calculating the Costs and Benefits of Applying for Corporate Amnesty, How Do You Put a Price Tag on an Individual's Freedom?", *The Fifteenth Annual National Institute on White Collar Crime, San Francisco, California*, www.usdoj.gov/atr/public/speeches/7647.htm.

sonuçlardan bahsedilmelidir⁶⁷. Pişmanlık programına ilk başvuruyu yapanlara, gerekli koşulların sağlanması halinde cezadan %100 indirim, başka bir deyişle bağışıklık sağlanması konusunda, Adalet Bakanlığı Antitröst Birimi'nin takdir hakkını kaldıran bu değişiklik, 1990'da, Sherman Yasası'ndaki cezaların arttırılmasının da etkisiyle, programın kullanımını yaygınlaştırmıştır⁶⁸.

Üçüncü olarak, başta *Lysine*, *Vitamin* ve *Art Auction* olmak üzere, uluslar arası kartellerin gün ışığına çıkarılmasından bahsedilmelidir⁶⁹. Gerçekten de, özellikle *Lysine* kartelinin, Adalet Bakanlığı ile işbirliği yapan bir şirket çalışanının yardımı ile elde edilen gizli kamera görüntüleri, ABD'nin önde gelen televizyon kanallarında yayınlanarak⁷⁰; yaşananların anlatıldığı ve sonradan sinema hakları Hollywood tarafından satın alınan "Muhbir-The Informant" adlı kitap ise en çok satanlar listesine girerek⁷¹, kartellerin arsız doğasının⁷² herkes tarafından anlaşılmasını sağlamıştır.

Lysine kadar etki yaratan diğer bir uluslar arası kartel, Pişmanlık Programı sayesinde ortaya çıkan *Vitamin* karteli olmuştur. Yaklaşık 10 yıl boyunca, pek çok ülke bakımından fiyat belirleyen ve ürünün niteliği gereği, tüm tüketicileri etkileyen bu kartel, o kadar başarılı ve karlı olmuştur ki, kartelin bir üyesi, kendilerini, "Vitamin A.Ş." olarak adlandırmıştır. ABD kartellerle mücadele tarihinin en büyük davası olduğu için, cezalar da buna uygun olmuştur: HLR'a 500 ve BASF'a 250 milyon \$ para ve üst düzey yöneticilere hapis cezası⁷³. 500 milyon \$'ın, yalnızca antitröst suçları bakımından değil, tüm suçlar bakımından, ABD tarihinde uygulanan en büyük ceza olduğu ifade edilmektedir⁷⁴.

Son olarak, yine Pişmanlık Programı sayesinde ortaya çıkan *Art Auction* kartelinin yarattığı etkilerden bahsedilmelidir. Kartelin ortaya çıkarılmasının ardından açılan dava neticesinde, "rüya takım" olarak adlandırılan bir ekip tarafından yapılan pahalı ve saldırgan savunmaya rağmen, ABD'nin en zengin iş

⁶⁷ HAMMOND, S.D. (2001c), "From Hollywood to Hong Kong—Criminal Antitrust Enforcement Is Coming to a City near You", *Antitrust Beyond Borders, Chicago, Illinois*, www.usdoj.gov/atr/public/speeches/9891.htm, s.3.

⁶⁸ Konunun ayrıntıları "3.2.8. Pişmanlık (Af) Programı Uygulama Yetkisi" başlığı altında incelenecektir.

⁶⁹ Pate 2004a, s.4.

⁷⁰ Griffin 2001, s.32; Hammond 2001c, s.4.

⁷¹ Hammond 2001c, s.2.

⁷² Griffin 2001, s.38-39; Hammond 2001b, s.2.

⁷³ Hammond 2001c, s.5.

⁷⁴ HAMMOND, S.D. (2005a), "An Overview of Recent Developments in the Antitrust Division's Criminal Enforcement Program", *Before the American Bar Association Midwinter Leadership Meeting, Kona, Hawaii*, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/207226.pdf>, s.7.

adamlarından Alfred Taubman'a, üstelik 78 yaşında, 1 yıl hapis cezası verilmesi, ABD medyasında geniş bir yer bulmuştur⁷⁵.

Adalet Bakanlığı çalışanlarının, AB'deki meslektaşları tarafından "yerel, küçük işlerle uğraşıyorsunuz" şeklindeki esprilerinden de kurtulmalarını sağlayan bu süreç⁷⁶, küresel çapta yapılan tanıtımların da etkisiyle, "Pandorra'nın kutusunun açılmasını" sağlamıştır⁷⁷. Çünkü yukarıdaki gibi kararlar, zincirleme bir etki yaratarak, tazminat davalarını, kartellerle küresel mücadeleyi ve şirketlerin konuya ilişkin hassasiyetlerini, bu çerçevede de, Pişmanlık Programı'na yeni başvuruları arttırmıştır⁷⁸.

ABD'de, bugün gelinen noktada, bir konuda uzlaşmıştır: Kartellerle mücadele antitröst hukukunun en büyük önceliğidir⁷⁹.

Nitekim Kongre de, bu konuda, ABD antitröst otoritelerine büyük destek vermektedir. Buna verilebilecek bir örnek, Adalet Bakanlığı Antitröst Birimi yöneticilerinin talebi doğrultusunda, 2004'te gerçekleştirilen yasal düzenlemelerdir. 22.06.2004'te, Başkan Bush'un imzası ile yürürlüğe giren ve Amerikan Barolar Birliği-*American Bar Association* (ABA) tarafından da destek verilen⁸⁰ bu yasa değişikliği⁸¹, bireylere uygulanabilecek hapis cezasını 10 yıla, para cezasını ise 1.000.000 \$'a çıkarmıştır. Aynı yasa, şirketlere uygulanabilecek para cezasını da 100.000.000 \$'a yükseltmiştir. Bu yasa ile, Pişmanlık Programı'na başvuruların daha da artırılması için, programa başvuran teşebbüslerin, açılan tazminat davalarında, verilen zararın üç katına kadarından kartele taraf diğer teşebbüsler ile müteselsilen sorumlu olması kuralı değiştirilerek, zarar gören davacılarla tam işbirliği yapmaları koşuluyla⁸², sadece kendi verdikleri zarardan sorumlu olması kuralı da getirilmiştir. Bu değişikliğin anlamı, örneğin, pazar payı %6 olan bir teşebbüsün, Pişmanlık Programı'na

⁷⁵ Pate 2003b, s.3; Wils 2005, s.143.

⁷⁶ GCR (2003c), "The Architects of Enforcement", *G.C.R.*, October 2003, s.21.

⁷⁷ Joshua 2003, s.640.

⁷⁸ Klawiter 2001.

⁷⁹ Hammond 2005a, s.1; Kovacic 2001, s.789; PATE, R.H. (2004b), "Current Issues in International Antitrust Enforcement", *Before the Fordham Corporate Law Institute 31st Annual Conference on International Antitrust Law & Policy-Antitrust Perspectives Roundtable, New York, NY*, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/206479.pdf>, s.1.

⁸⁰ PATE, R.H. (2003c), "Vigorous and Principled Antitrust Enforcement: Priorities and Goals", *Before the Antitrust Section of the American Bar Association Annual Meeting, San Francisco, California*, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/201241.pdf>, s.4-6.

⁸¹ 15 U.S.C. § 1.

⁸² Bu işbirliğine bir örnek, Pişmanlık Programı'na başvuran teşebbüsün, zarar gören davacılarla, kartele ilişkin bilgi ve belgeler sunmasıdır.

başvurması halinde, sorumluluğunun %300 yerine yalnızca %6 olmasıdır ki bunun önemli bir teşvik olduğu açıktır⁸³.

Kongre'nin kartellerle mücadeleye verdiği büyük desteğe ilişkin diğer bir örnek, Adalet Bakanlığı Antitröst Birimi'ne, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması ile teknik araçlarla izleme yetkisini verilmesidir⁸⁴. Şubat 2005'te, Kongre'ye sunulan konuya ilişkin yasa teklifi, Amerikan Barolar Birliği Antitröst Birimi'nin, kartellerle sınırlı kalmak kaydıyla olumlu görüş bildirmesinin⁸⁵ de etkisiyle, Senato'da, oybirliği ile kabul edilmiş ve Temsilciler Meclisi'ne gönderilmiştir. Temsilciler Meclisi tarafından da kabul edilerek, 09.03.2006 tarihinde, Başkan Bush'un imzası ile yürürlüğe giren bu yasa ile, Adalet Bakanlığı Antitröst Birimi, kartellerin ortaya çıkarılması bakımından çok önemli yetkilerden birine daha sahip olmuştur⁸⁶.

2.3. AB Uygulamaları

Karteller, Avrupa'da, 19 uncu yüzyıldan farklı olarak, İkinci Dünya Savaşı öncesinde, Yugoslavya dışında yasaklamaya tabi tutulmamıştır⁸⁷. Aksine, Almanya'da olduğu gibi teşvik edildiğinden⁸⁸ ya da İngiltere'de olduğu gibi, "yasaklamak zararlı olacağından, izin verelim ama düzenlemeye tabi tutalım" anlayışı benimsendiğinden⁸⁹, çok yaygın ve saygın kabul edilmiştir⁹⁰.

ABD, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra, Almanya örneğinin etkisiyle, Avrupalı müttefiklerine kartellere ilişkin yasaklamaların benimsenmesi konusunda telkinde bulunmuştur⁹¹. Bunun etkisiyle, 1951'de, Avrupa Kömür Çelik Topluluğu Antlaşması'nda, ardından Almanya'da, sonra da 1957'de, Roma Antlaşması'nda, kartellere dair yasaklama getirilmiştir. Böylece, Avrupa'da zaten var olan hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin

⁸³ GCR (2005), "Cutting-Edge Issues in Cartels", *G.C.R.*, April 2005, s. 22-24; Hammond 2005a, s.11-12; Pate 2004a, s.10.

⁸⁴ 18 U.S.C. § 2516(1)(r).

⁸⁵ ABA (2005), Comments of the ABA Section of Antitrust Law on S. 443: "Antitrust Criminal Investigative Improvements Act of 2005", <http://www.abanet.org/antitrust/comments/2005/06-05/com-crmlnal-invest-improv.pdf>.

⁸⁶ MASOUDİ, G.F. (2007), "Cartel Enforcement in the United States (And Beyond)", *Presented at the Cartel Conference, Budapest, Hungary*, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/221868.pdf>, s.4-5.

⁸⁷ Wils 2005, s.137.

⁸⁸ Fox ve Pitofsky 1997, s.236; Wesseling 2000, s.13.

⁸⁹ Baker 2001, s.711.

⁹⁰ Wils 2005, s.137.

⁹¹ Ibid, s.134-137.

yasaklamaların⁹² yanına, kartellere ilişkin kısıtlamalar eklenerek, mücadele yeniden başlatılmıştır.

AB'deki kartellerle mücadelenin gösterdiği tarihsel gelişim, Van Der Woude'nin, Komisyon'un yaptırımlarının artmasına bağlı olarak yaptığı üçlü ayırmadan hareket ederek incelenebilir⁹³.

2.3.1. 1962-1978

Karteller, Roma Antlaşması'nın 81 inci maddesinde yasaklanmış, ancak bu yasaklama, muafiyet sisteminin bulunması, yalnızca teşebbüslere para cezası uygulanabilmesi gibi düzenlemelerle yumuşatılmıştır⁹⁴. Keza, 1960'ların sonu ile 1970'ler boyunca, kartellere verilen para cezalarının düşük olduğu söylenebilir. Gerçekten de, ilk olarak 1969'da *Quinine*⁹⁵ karteline ilişkin kararlar uygulanmaya başlanan para cezaları, genelde, ilgili teşebbüslerin cirosunun %2'sinin altındadır. Örneğin, 1973'te, *Sugar*⁹⁶ karteline verilen ceza, sadece %1 oranındadır⁹⁷.

Bu dönemde, kartellerle mücadelenin hukuki alt yapısı da şekillenmeye başlanmıştır. Bu çerçevede değinilmesi gereken ilk dava, *Dyestuffs*'dir⁹⁸. İlgili olayda Komisyon, fiyatlarını birlikte arttıran teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karar verirken, bu iktisadi delilin yanında, bayilere aynı gün ve saatte gönderilen artış duyurularındaki ifadelerin aynı olması, toplantı notları gibi belgeleri kullanmıştır⁹⁹. Kararın iptali için başvuru Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD), "*teşebbüslerin rakiplerinin davranışlarını dikkate alarak hareket edebileceklerini, ama bu davranışlara ilişkin belirsizliklerin ortadan kaldırılıp işbirliği içinde hareket etmelerinin yasak olduğunu*", "*paralel davranışların, tek başına uyumlu eylem olmasa da, normal olmayan rekabet koşullarına yol açması halinde, kuvvetli bir delil olacağını*", "*ihlal sonucuna ulaşılabilmesi için, pazardaki faaliyetlerin detaylı bir analizinin yapılması ve*

⁹² Örnek olarak bkz. Almanya'daki 1923 tarihli "İktisadi Gücün Kötüye Kullanılmasına İlişkin Düzenleme" (Wils 2005, s.136).

⁹³ VAN DER WOUDE, M. (2000), "The Commission's Anti-Cartel Offensive", *IBC Advanced EC Competition Law Conference, Brussels*, s.1. Enflasyondan arındırılarak karşılaştırma yapıldığında para cezalarının artmadığını söyleyen bir görüş için bkz. WILS, W.P.J. (1995), "E.C. Competition Fines: To Deter or Not to Deter", *Yearbook of European Law*, 15, s.19-20.

⁹⁴ Wils 2005, s.134.

⁹⁵ *Quinine* (1969) OJ L192/5.

⁹⁶ *Sugar* (1973) OJ L140/17.

⁹⁷ Geradin ve Henry 2005, s.5.

⁹⁸ Cases 48/69 etc., *ICI v. Commission (Dyestuffs)* [1972] ECR 619.

⁹⁹ *Dyestuffs* (1969) OJ L195/11.

delillere bütün olarak bakılması gerektiğini” belirtmiştir¹⁰⁰. Ancak ATAD’ın, bu ifadelerle rağmen, ayrıntılı bir piyasa analizi yapmaması, büyük ölçüde iktisadi nitelikli delillere, özellikle de fiyat duyurularına ağırlık verip, bunlarla belirsizliklerin ortadan kaldırıldığını söylemesi, yıllarca sürececek bir tartışma başlatmıştır. Çünkü, Korah ve Joliet gibi yazarlara göre, bu karar, başta iyi niyetli fiyat duyuruları olmak üzere bazı kolaylaştırıcı araçların, belirsizliklerin ortadan kaldırılması; oligopolistik fiyatlandırma gibi rasyonel paralel davranışların da, normal olmayan pazar koşulları olarak kabul edilip, geniş tanımlanmış uyumlu eylem çerçevesinde cezalandırılmasına yol açabilecektir¹⁰¹.

Komisyon’un doğruluğu genel kabul gören¹⁰² kararına, ATAD’ın, belki de, 1940’larda YM’nin yaptığı gibi, rekabet hukuku uygulamalarını kuvvetlendirmek için yazdığı bu gerekçeye yapılan eleştiriler, 20 yıl sonra Joliet’nin, “raportör yargıç” olarak görev yapacağı *Woodpulp*¹⁰³ kararının temellerini atmıştır. Ama bu eleştirilerin, etkilerini, daha o dönemde bile gösterdiği söylenebilir. Gerçekten de, *Sugar*¹⁰⁴ kararında, maddi ve iktisadi nitelikli delillerin hepsine değinilip, çok daha dikkatli bir dil kullanılmıştır. Bu davada, ATAD, “*teşebbüslerin pazardaki politikalarını bağımsız olarak belirlemesi gerektiğini, bu bağımsızlık şartının, rakiplerin davranışlarına akıllıca ayak uydurulmasına engel olmadığını, ama rakiplerle pazardaki davranışları etkileyecek şekilde doğrudan veya dolaylı ilişki kurulmasını da yasakladığını*” belirtmiştir. ATAD, bu çerçevede, çeşitli bilgi değişimleri ve toplantı notları ile belgelenen rakipler arası iletişimin, belirsizlikleri ortadan kaldırarak, pazar paylaşımı şeklindeki paralel davranışlara yol açtığına ve böylece, m.81(1)’in ihlal edildiğine hükmetmiştir¹⁰⁵. Paralel davranış yanında,

¹⁰⁰ JONES, A. ve B. SUFRIN (2004), *EC Competition Law Text, Cases, and Materials*, Second Edition, Oxford University Press, New York, US., s.819-820; Soames 1996, s.25-26; Whish 2001, s.108 ve 111-112.

¹⁰¹ KORAH, V. (1997), *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practices*, Sixth Edition, Hart Publishing, Oxford, U.K., s.51. Ayrıca bkz. JONES, A. (1993), “Woodpulp: Concerted Practice and/or Conscious Parallelism?”, *E.C.L.R.*, No:6/1993, s.275; OSTI, C. (1994), “Information Exchanges in the Obscure Light of Woodpulp”, *E.C.L.R.*, No:3/1994, s.179; VAN GERVEN, G. ve E.N. VARONA (1994), “The Wood Pulp Case and the Future of Concerted Practices”, *Common Market Law Review*, No:31, s.589.

¹⁰² Örneğin Hawk, ABD mahkemelerinin de, Komisyon’un kararındaki delilleri bütün olarak değerlendirip, “artı faktörler (*plus factors*)” yaklaşımı çerçevesinde, Sherman Yasası kapsamındaki bir anlaşmanın varlığı sonucuna ulaşacağını kabul ederken, ATAD’ın yalnızca iktisadi nitelikli kanıtlara dayanmasının yanlış sonuçlara götürebileceğini söylemektedir. Bkz. STEVENS, D. (1995), “Covert Collusion and Conscious Parallelism in Oligopolistic Markets: A Comparison of E.C. and U.S. Competition Law”, *Yearbook of European Law*, 15, s.69.

¹⁰³ Cases C-89/85 etc., *Ahlstrom Oy v. Commission (Woodpulp)* [1993] ECR I 1307.

¹⁰⁴ Cases 40/73 etc., *Suiker Unie v. Commission (Sugar)* [1975] ECR 1663.

¹⁰⁵ GUERRIN, M. ve G. KYRIAZIS (1992), “Cartels: Proof and Procedural Issues”, B.E. Hawk (der.), *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy* içinde, s.808; Soames 1996, s.26; Whish 2001, s.108.

uzlaşmayı gösteren belgelere dayanan bu yaklaşım, üstelik akıllıca ayak uydurmaların uyumlu eylem olmadığını açıkça söylemesine rağmen, “dolaylı ilişki” ifadesinden dolayı, oligopolistik pazarlardaki fiyat duyuruları ve liderliğinin, m.81(1) kapsamında değerlendirilebileceği endişelerini ortadan kaldırmamıştır¹⁰⁶.

Bu dönemde değinilmesi gereken son dava, “uyumlu eylemin varlığı için ilgili teşebbüsler arasında ilişki veya en azından bilgi değişimi gereklidir” şeklindeki ifadenin yer aldığı, *Züchner*¹⁰⁷ kararıdır. ATAD’ın bu ifadeyle ispat yükünü azaltması¹⁰⁸, aynı kararda, akıllıca ayak uydurma neticesinde oluşan paralel davranışların yasak olmadığını tekrarlamasına rağmen, uyumlu eylemin bilinçli paralellığı kapsayabileceği yönündeki endişelerin bir diğer kaynağı olmuştur¹⁰⁹.

2.3.2. 1979-1988

1970’lerin ekonomik kriz ortamının yarattığı Avrupa karamsarlığının (*Europessimism*) yavaşlattığı bütünleşme sürecinin, 1980’lerde tekrar hızlanması¹¹⁰, Komisyon’un da rekabet hukuku uygulamalarında daha aktif olmasını sağlamıştır. Nitekim Komisyon, 1979’da, %4’e varan para cezası uyguladığı¹¹¹ *Pioneer*¹¹² kararında, daha sert ceza politikasını ilk kez duyurmuş; 1983’teki, 13. Rekabet Politikası Raporu’nda ise, “görece hafif cezaların uygulandığı yaklaşık 20 yıllık deneyimin, teşebbüsleri, açık ihlallerden bile caydıramadığını” belirterek, değişiklik mesajını tekrarlamıştır¹¹³. Ancak bu dönemin farklılığı, artan cezalarla sınırlı değildir. Komisyon’un kararlarında, Roma Antlaşması ve ATAD içtihatları ile şekillenen kuralları esnetmek şeklinde bir yaklaşım da gözlemlenmektedir. Bunun ilk örneği *Woodpulp*¹¹⁴ kararında görülebilir.

Woodpulp, Komisyon’un, iktisadi nitelikli delillere dayanarak uyumlu eylemi ortaya koyma çabasını göstermektedir. Komisyon, yaptığı analizler çerçevesinde, paralel fiyat artışlarının oligopolistik fiyatlandırma ile açıklanamayacağını, çünkü pazarın oligopol nitelikte olmadığını söylemiştir.

¹⁰⁶ Van Gerven ve Varona 1994, s.591-592.

¹⁰⁷ Case 172/80, *Züchner v. Bayerische Vereinsbank* [1981] ECR 2021.

¹⁰⁸ Stevens 1995, s.70.

¹⁰⁹ Van Gerven ve Varona 1994, s.592.

¹¹⁰ DEBEIJ, T. (2000), “European Integration: An Historical Framework”, *Lecture within the framework of Seminar for officials of the Turkish Competition Authority*, College of Europe, Bruges, s.1.

¹¹¹ Geradin ve Henry 2005, s.5.

¹¹² *Pioneer* (1980) OJ L60/21.

¹¹³ Wils 1995, s.40.

¹¹⁴ *Woodpulp* (1985) OJ L85/1.

Komisyon'a göre, üretim ve nakliye maliyetleri birbirinden farklı olan çok sayıda teşebbüsün faaliyet gösterdiği bu pazarda, uzun yıllardır gözlenen paralel ve yüksek fiyatlar, rakipler arasında eş ya da yakın zamanlı fiyat duyuruları -ve yüzeysel olarak bahsedilen maddi deliller- ile sağlanan iletişimin sonucudur¹¹⁵.

Üreticiler arasında fiyat ve satış hedeflerinin belirlendiğine ilişkin toplantı notları, fiyatlara, karlılık oranlarına, satış miktarlarına ve müşterilerin kimliğine dair bilgi değişimi gibi delillere dayanılarak, m.81(1)'in ihlal edildiğine karar verilen *Polypropylene*¹¹⁶ davası da önemli özellikler içermektedir. Bu kararda, Sherman Yasası m.1 uygulamalarına benzer şekilde, anlaşma ve uyumlu eylem birlikte kullanılmış; keza, uzlaşmaya ulaşılan anı tanımlayan statik bir yaklaşım yerine, rekabetin ihlal edildiği bütün süreci kapsayan, “devam eden tek bir uzlaşma (*a single continuing agreement*) – karmaşık düzenlemeler (*complex arrangements*)” kavramı geliştirilmiştir¹¹⁷. Bunların yanında, kartelin ortaya konulmasında bilgi değişimine delil olarak yapılan vurgu da dikkat çekicidir¹¹⁸. Aynı yaklaşım, *PVC*¹¹⁹ ve *LdPE*¹²⁰ kararlarında da bulunmaktadır¹²¹.

Eskiden anlaşma ve uyumlu eylemi ayrı ayrı kullanan Komisyon'un bu konudaki yaklaşım değişikliği, en başta, daha karmaşık ihlallerle karşılaşmasına bağlanabilir. Gerçekten de, bu iki kavramı, uzun süreli ve çok sayıda teşebbüsün taraf olduğu kartellerde ayırmak çok zordur¹²². Ayrıca bu değişikliğin, avukatların, ilk önce, “*noter onaylı bir anlaşma bulunamadığından 'anlaşma yok'*” deyip; ardından da, “*madem ki herkes önceden anlaştığı şekilde davranmadı, o halde 'uyumlu eylem de yok'*” şeklindeki şeytani savunmalarına da cevap niteliğinde olduğu ifade edilmektedir¹²³.

“Devam eden tek bir anlaşma” tanımlaması ise, uzun dönemli kartellerde, ilgili teşebbüslerin uzlaşmalarını tek tek göstermenin imkansızlığı nedeniyle geliştirilmiştir. Bu yaklaşım sayesinde, deliller bütün olarak değerlendirilerek, kartelin varlığı ve belirgin özellikleri ortaya konulmakta;

¹¹⁵ Van Gerven ve Varona 1994.

¹¹⁶ Polypropylene (1986) OJ L230/1.

¹¹⁷ JOSHUA, J.M. (1999), “Cartels and Conspiracies: The Turning of The Tide?”, *IBC Advanced EC Competition Law Conference, Brussels* ve JOSHUA, J.M. (2002), “A Sherman Act Bridgehead in Europe, or a Ghost Ship in Mid-Atlantic? A Close Look at the United Kingdom Proposals to Criminalise Hardcore Cartel Conduct”, *E.C.L.R.*, Issue 5, s.243.

¹¹⁸ Kühn ve Vives, s.102-105.

¹¹⁹ PVC I (1989) OJ L74/1.

¹²⁰ LdPE (1989) OJ L74/21.

¹²¹ BRAUN, R., J.F. RAWLINSON ve K.L. RITTER (1991), *EEC Competition Law-A Practitioner's Guide*, Brussels and Chicago, s.119.

¹²² ANTUNES, L. (1991), “Agreements and Concerted Practices under EEC Competition Law: Is The Distinction Relevant?”, *Yearbook of European Law*, 11, s.57-58; Whish 2001, s.102-104.

¹²³ Joshua 1999, s.7.

aksini gösteren bir kanıt olmadıkça, ilgili teşebbüslerin bu sürecin tamamına katıldığı varsayılmaktadır¹²⁴.

Komisyon, anlaşmaların uygulanabilmesinin, anlaşmalara aykırı davranışların tespitine bağlı olduğu görüşünden hareketle, teşebbüsler arasındaki ticari sır niteliğindeki bilgilerin değişimini, üst bir anlaşmanın delili olarak kabul etmektedir. Çoğu davada anlaşmayı ortaya koyan açık deliller bulmanın imkansız olduğu düşünüldüğünde, bu yaklaşımın, ihlalleri ispat yükünü hafiflettiği açıktır¹²⁵.

2.3.3. 1989 Sonrası

Geliştirdiği kavramsal altyapı çerçevesinde, 1991'deki 21. Rekabet Politikası Raporu'nda belirttiği üzere, daha sıkı bir kartel politikası uygulamayı düşünen Komisyon¹²⁶, beklemediği bir engelle karşılaşmıştır: Topluluk mahkemeleri. Gerçekten de, Komisyon'un verdiği cezalar arttıkça, insan haklarından hareket eden baskı gruplarının da sesleri yükselmiş; bunların, "Komisyon'un karar alma sürecinde, teşebbüslerin haklarının yeterli olmadığı", "yaptırımların yüksekliği düşünüldüğünde, Komisyon kararlarının, idare hukuku yerine, ceza hukuku standartlarıyla değerlendirilmesi gerektiği; oysa ATAD'ın delilleri detaylı incelemeyip, genel bir denetim ile yetindiği ve Komisyon'a karşı aşırı hoşgörülü olduğu" şeklinde özetlenebilecek eleştirileri, üye devletler üzerinde de etkili olmuş ve belli usul kuralları yeniden düzenlenmiştir¹²⁷. Ama asıl etkinin, 1989'da kurulan Avrupa İlk Derece Mahkemesi'nin-*European Court of First Instance* (İDM), 1990'ların başında, Komisyon'un tabiri ile "aşırı kuralcı" bir yaklaşım benimsemesi şeklinde ortaya çıktığı söylenebilir¹²⁸. Nitekim, bu dönemde, Komisyon aleyhine pek çok karar verilmiştir.

İlk olarak *Polypropylene*¹²⁹ davasından bahsedilebilir. Komisyon'un kararını büyük ölçüde onaylasa da, İDM'nin, "teşebbüslerin başvurularını ayrı davalar halinde kabul etmekle böldüğü delilleri, bir de tek tek incelemesi", Komisyon çalışanlarında endişe yaratmıştır. Çünkü, yukarıda değinildiği üzere, Komisyon'un karmaşık kartel davalarındaki başarısı, delillerin bütün olarak

¹²⁴ Joshua 1999; Van Gerven ve Varona 1994, s.606; Whish 2001, s.102 ve 104-105.

¹²⁵ Kühn ve Vives, s.104-105; Stevens 1995, s.70-71.

¹²⁶ Wils 1995, s.40-41.

¹²⁷ JOSHUA, J.M. (1995), "Attitudes to Anti-Trust Enforcement in the EU and US: Dodging the Traffic Warden, or Respecting the Law?", http://europa.eu.int/common/competition/speeches/text/sp1995_044_en.html ve JOSHUA, J.M. (2004), "Oral Statements in EC Competition Proceedings: A Due Process Short-Cut", *Competition Law Insight*, No:26, 7 December 2004, s.3.

¹²⁸ RANDOLPH, F. (1993), "An Overview of the Recent Opinion in the PVC Appeal", *E.C.L.R.*, No:6/1993, s.239.

¹²⁹ Cases T-1/89 etc., *Rhone-Poulenc SA v. Commission (Polypropylene)* [1991] ECR II-867.

değerlendirilmesine bağlıdır. Sonradan Kartel Birimi'nin başına geçecek Joshua'nın, "gizli kartel anlaşmaları ticari sözleşmelere benzemez; uzlaşmalar nadiren yazılı hale getirilir. Bir kanıt katılımcıların hepsinde bulunmaz. Dolayısıyla delilleri yok etmekte en başarılı olanı ödüllendirmek yanlış olur. İhlalleri ve delilleri bütün olarak değerlendirmek yerine parçalamak, bir savunma taktiğidir" şeklindeki sözleri, bunu açıkça ortaya koymaktadır¹³⁰. Nitekim, Komisyon çalışanlarından Guerrin ve Kyriazis¹³¹, İDM'nin uygulamasının sakıncalarını, "kartel üyelerinin, uyumlu davranışların zamanlamasını, dış görünüşünü değiştirmekle veya zaman zaman anlaşmayı bozucu hareketlerde bulunmakla cezalandırılmaktan kurtulabilecek olmaları" şeklinde açıklamıştır.

PVC'deki¹³² İDM kararının Komisyon üzerindeki etkilerini ise, Joshua şu sözlerle ifade etmiştir: "Açık bir fiyat tespit anlaşmasına ilişkin dosyanın mahkeme aşamasının formalite olacağını beklerken, büyük bir şok yaşadık"¹³³. Gerçekten de, ATAD hukuk sözcüsü Van Gerven'in hazırladığı görüşte, "yalnızca üç çalışma dilinde kabul edilen kararın, diğer iki dilde hazırlanması için, Komisyon'un rekabetten sorumlu üyesinin yetkilendirilmesi" ve "kararın kabulünün ardından, hukuk bürosunun içeriği etkilemeyecek değişiklikler yapması" şeklinde ifade edilen davranışların¹³⁴, İDM'yi, kararın "yokluğu (*non-existent*)" sonucuna ulaştırması, AB rekabet hukuku ile ilgilenen herkes bakımından şaşırtıcı olmuştur. İDM, aynı gerekçeyle LdPE¹³⁵ kararını da bozmuştur.

Komisyon'a son darbe, *Woodpulp* kararı ile ATAD'dan gelmiştir¹³⁶. Bu davanın, ATAD'da raportör yargıç olarak görev yapan Prof. Joliet'nin, 20 yıl önce *Dyestuffs* kararına getirdiği eleştiriler çerçevesinde şekillendiği belirtilebilir. Gerçekten de ATAD, Joliet'nin görüşleri doğrultusunda, öncelikle, kararına esas teşkil edecek ayrıntılı bir pazar analizi yaptırmıştır. İlgili çalışmada, fiyat duyurularının maliyetlerini planlamak isteyen alıcıların talebi ile ortaya çıktığı, keza, duyurulan fiyatın altındaki bedellerle de sözleşme bağtlandığı; fiyatların, alıcıların birden fazla sağlayıcı ile çalışması, üreticilerin birbirlerinden mal alması gibi nedenlerle kısa sürede yayıldığı; rasyonel gerekçelerle ortaya çıkan bu şeffaflık, "az sayıda satıcı ve alıcılar grubu" şeklinde tanımlanabilecek pazar yapısı ile birleştirildiğinde, oligopolistik fiyatlandırma savunmasının kabul edilebileceği söylenmiştir. Analizleri yapan

¹³⁰ Joshua 1999, s.8.

¹³¹ Guerrin ve Kyriazis 1992, s.810-812.

¹³² Cases T-79/89 etc., BASF and others v. Commission (PVC Cartel I) [1992] ECR II-315.

¹³³ Joshua 1999, s.4.

¹³⁴ Randolph 1993.

¹³⁵ Cases T-80/89 etc., BASF and others v. Commission (LdPE) [1995] ECR II-729.

¹³⁶ Joshua 1999, s.5.

uzmanlar, anlaşmanın varlığı ya da yokluğu konusunda fikir beyan etmediklerini; sadece, paralel davranışlar için, anlaşma dışında bir açıklamanın var olup olmadığını araştırdıklarını açıkça belirtmiştir¹³⁷. Bu süreçte, ATAD, Komisyon'dan, kararda dayanılan maddi delillerle, hangi teşebbüslerin, ne kadar süre ile uzlaştıkları arasındaki bağın kesin olarak kurulmasını istemiştir. Komisyon bu talebe, “*delillerin teşebbüs ve süre esasına dayanılarak bölünmemesi gerektiğini*” söyleyerek karşı çıkmıştır. Bunun üzerine ATAD, “ağaçlar için ormanı gözden kaçırın” bir yaklaşımla¹³⁸, tüm belgeleri değerlendirme dışı bırakmış ve pazardaki paralel davranışların oligopolistik fiyatlandırma neticesinde ortaya çıktığına; bunun da, m.81(1) kapsamında olmadığına hükmetmiştir.

ATAD'ın bu sonuca ulaşmasında, Joliet'nin yanında, Komisyon'un sertleşen rekabet hukuku uygulamalarına karşı esen rüzgarların etkili olduğu belirtilebilir. Komisyon'un kararının, deliller arasındaki bağların sıkı kurulup, tartışmalı iktisadi kavramlara fazla dayanılmasaydı daha iyi olacağını, Komisyon çalışanları bile kabul etmektedir¹³⁹. Ancak, onlar ve başka yazarlar tarafından şu iki gerçeğin de altı çizilmektedir. Birincisi, toplantı notları ve teşebbüsler arası yazışmalar gibi önemli maddi delillerin varlığıdır¹⁴⁰. Nitekim, toplam satışların %40'ını gerçekleştiren üreticilerin, “fiyat takipçisi” olarak nitelendirilip karar kapsamı dışında tutulması, ATAD tarafından “çelişki” olarak nitelendirilse de, Komisyon'un yalnızca paralel davranışlardan hareket etmediğinin bir göstergesidir¹⁴¹. İkinci olarak, ATAD'ın, *Dyestuffs*'taki çizgisinden ayrıldığına dikkat edilmelidir. Bunun açık örneği, *Dyestuffs*'ta delillerin bütün olarak değerlendirilmesi gerektiğini söylerken, *Woodpulp*'da, Komisyon'dan aksini talep etmesidir¹⁴². Kanaatimizce, bu veriler çerçevesinde ATAD'ın yapması gereken, rasyonel paralel davranışların rekabet kurallarını ihlal etmediğini açıkça belirtmesi, ama bunun *Woodpulp*'da geçerli olmadığını söyleyip, Komisyon'un kararını onaylamasıydı. Ama yukarıda değinilen nedenlerle, ATAD, “uyumlu eylem yoktur” yanıtını seçmiştir.

ATAD, bunun yanında, Komisyon'un kartel davalarındaki ispat sorumluluğunu da büyük ölçüde arttırmıştır. Kararda geçen, “*paralel davranışların, tek rasyonel açıklaması uyumlu eylem olmadıkça, ihlal kabul edilmeyeceği*” şeklindeki ifade, m.81(1)'in ihlalinin, iktisadi delillerle ispatlanabileceği anlamına gelmektedir. Ancak yukarıdaki yanıt, iktisadi nitelikli

¹³⁷ Van Gerven ve Varona 1994.

¹³⁸ Joshua 1999, s.5.

¹³⁹ Joshua 1995, s.12.

¹⁴⁰ Guerrin ve Kyriazis 1992, s.803.

¹⁴¹ BERASATEGI, J. (1997), “Competition Policy and Oligopolies: A Critic on Collective Dominance” (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), College of Europe, Bruges, s.25.

¹⁴² Joshua 1995, s.10-12.

delillere aşırı biçimde bel bağlamanın ne kadar problemli olduğunu, Komisyon çalışanlarının *Woodpulp* davası pahasına öğrenmelerini sağlamıştır¹⁴³. Keza, ATAD'ın, gerek delillerin parçalanması gerek ihlalin varlığının kesin delillerle (*firm, precise and consistent body of evidence*) ortaya konulması yönündeki talebi, Komisyon'un ispat yükümlülüğünü maddi deliller bakımından da arttırmıştır. Gerçekten de, Komisyon'un, *Polypropylene* gibi davalarda benimsediği, kartelin varlığını ortaya koyup, aksini gösteren bir kanıt olmadıkça, ilgili teşebbüslerin bu sürecin tamamına katıldıklarını varsayan yaklaşımının, ATAD'ın getirdiği standartlar altında yaşamasının mümkün olmadığı açıktır¹⁴⁴.

*“Komisyon'un Kartel Birimi ikileme karşı karşıyadır. Kısıtlı kaynaklarını gizli anlaşmaları ortaya çıkarmak için kullanmaya devam mı etmelidir; yoksa gelişmiş uzlaşma yöntemleri, olumsuz mahkeme kararları ve teşebbüslerin giderek artan oyalayıcı taktikleri, Komisyon'un yetkilerini kullanılmaz hale mi getirmiştir?”*¹⁴⁵

Stevens'in bu endişesi, Komisyon çalışanları tarafından da paylaşılmıştır. Örneğin, Joshua¹⁴⁶ Mahkeme kararlarını, Wils¹⁴⁷ ise, genel olarak Topluluk rekabet hukuku uygulamalarını çok sert şekilde eleştirdiği makalelerinde, *“AB'nin haklara çok fazla vurgu yaparken, yükümlülükleri ihmal ettiğini”*, *“mahkemeler tarafından, usul kurallarına, asıl amaçlarının ötesinde önem verildiğini; örneğin, PVC kararının, teşebbüslerin haklarını korumak amacıyla hizmet etmediğini”* ve en önemlisi, *“bu olumsuzlukların arkasında, ABD'deki rekabet kültürünün aksine, Avrupa'nın kartel kültürünün yer aldığı”* belirtmiştir. Bu eleştirilerin, ileride değinilecek mahkeme kararlarının Komisyon adına olumlu sonuçlanmasında büyük etkisi olmuştur. Ancak iki gelişmenin daha altı çizilmelidir. Bunlardan birincisi, Joshua'nın¹⁴⁸ şu ifadesinde saklıdır: *“Avukatlar Komisyon'un yetkilerine saldırırken, ulusal hükümetler yetersiz uygulama sistemlerinin AB ile uyumlaştırılmasını teklif ediyordu”*. Kanaatimizce, Topluluk rekabet hukukunun, rekabet yasalarını yeni kabul eden üye ya da üyeliğe aday ülkeler tarafından örnek alındığı bir dönemde bulunulması, mahkemelerin, rekabet hukuku uygulamalarını kuvvetlendirme yaklaşımını, yeniden benimsemelerinde etkili olmuştur. İkinci olarak, 1993'teki Avrupa Birliği ve 1999'daki Amsterdam Antlaşmaları ile bütünleşme sürecinin hız kazanmasının etkili olduğu belirtilmelidir. Gerçekten de *Woodpulp* sonrası gelişmeler, genellikle Komisyon'un arzuladığı şekildedir.

¹⁴³ Ibid, s.10.

¹⁴⁴ Stevens 1995, s.73-76; Van Gerven ve Varona 1994, s.606-607.

¹⁴⁵ Stevens 1995, s.47.

¹⁴⁶ Joshua 1995.

¹⁴⁷ Wils 1995.

¹⁴⁸ Joshua 1999, s.6.

Komisyon, bu dönemde, ilk olarak, *PVC* dosyasında İDM'nin verdiği kararın temyizi için, ATAD'a başvurmuştur. ATAD, Komisyon'un kararının "varlığı"na, ama önemli usul hataları nedeniyle iptaline hükmetmiştir¹⁴⁹. Bunun üzerine Komisyon, usul hatalarını düzeltip, kararı bir daha kabul etmiştir¹⁵⁰.

Komisyon'un yeni kararları, cezalandırma politikasındaki değişimi de açıkça ortaya koymaktadır. Örneğin, *Cartonboard* kararında, ilgili teşebbüslere, fiyat tespiti, tespit edilen fiyatların aylar öncesinden duyurulması, ticari sır niteliğindeki bilgilerin değişimi, pazar paylaşımı ve arz kontrolü konularında uzlaştıkları gerekçesiyle para cezası uygulanırken, esas alınan oran, kartelin liderleri için %9; diğerleri için ise %7,5 olmuştur¹⁵¹. *Woodpulp*'dan gerekli dersi almış gözükken Komisyon, "pazardaki paralel davranışların tek başına uzlaşmayı ortaya koyabileceğini" söylemesine rağmen, maddi delillere ağırlık verip, bunları iktisadi nitelikli delillerle desteklemiştir. Kararda, *Polypropylene* davasında olduğu gibi, anlaşma ve uyumlu eylem ifadeleri birlikte kullanılmış; karmaşık düzenlemeler kavramı da devam ettirilmiştir¹⁵².

Yukarıda belirtilen etkenler doğrultusunda, Komisyon, bu kararların iptali için başvuru Topluluk mahkemelerinde istediği sonuçları elde etmeye başlamıştır. Gerçekten de, *Polypropylene*¹⁵³, *PVC*¹⁵⁴ ve *Cartonboard*¹⁵⁵ davalarında, İDM ve ATAD'ın verdiği kararların ortak özelliği, Komisyon'un geliştirdiği kavramların büyük ölçüde kabul görmesidir¹⁵⁶.

Bu davalarla uyumlu eyleme açıklık getiren ATAD'a göre, kavramın üç unsuru vardır; "uzlaşma", "davranış" ve "bu ikisi arasındaki nedensellik bağı". Ancak, *Sugar* kararında yapılan tanım çerçevesinde, aksi ilgili teşebbüslerce

¹⁴⁹ Cases C-137/92P etc., Commission v. BASF and others (PVC I) [1994] ECR I-2555.

¹⁵⁰ PVC II (1994) OJ L239/14.

¹⁵¹ Geradin ve Henry 2005, s.6.

¹⁵² Soames 1996, s.29.

¹⁵³ Case C-51/92P etc., Hercules Chemicals NV v. Commission (Polypropylene) [1999] CMLR 976.

¹⁵⁴ Cases T-305/94 etc., Limburgse Vinyl Maatschappij NV and Others v. Commission (PVC II) [1999] ECR I-931 ve Joined Cases C-238/99P etc., Limburgse Vinyl Maatschappij NV and Others v. Commission (PVC II) [2002] ECR I-8375.

¹⁵⁵ Cases T-334/94 etc., Sarrío SA v. Commission (Cartonboard) [1998] ECR II-1439 ve Cases C-291/98 P Sarrío SA v. Commission (Cartonboard) [2000] ECR I-9991

¹⁵⁶ ART, J.Y. (1999), "Developments in EC Competition Law in 1998: An Overview", *Common Market Law Review*, No:36, s.971-1026; McQUAIL, T. (2000), "Price Collusion Between Competitors", *IBC Pricing in Europe Conference, London*; SPINKS, S. (2000), "Review of Major Events and Policy Issues", *IBC Advanced EC Competition Law Conference, Brussels*; WESSELING, R. (2004), "PVC II Appeal Cases", *Common Market Law Review*, No:41, s.1141-1155; WESSELY, T.W. (2001), "Polypropylene Appeal Cases", *Common Market Law Review*, No:38, s.739-765; WHISH, R. (2000), "Recent Developments in Community competition Law 1998/1999", *ELR*, No:25, s.219-246.

kanıtlanmadıkça, rakiplerin birbirleri ile değiştirdikleri bilgileri dikkate alarak davranışlarını belirledikleri karinesinin bulunduğu da eklenmiştir.

ATAD, ikinci olarak, m.81'in lafzından hareketle, uyumlu eylemin antirekabetçi bir etki ortaya çıkmaya bile ihlal teşkil ettiğini belirtmiştir. Bu çerçevede, teşebbüslerin, rekabeti kısıtlama amacı içeren toplantılara katıldığının gösterilmesinin, aksi teşebbüslerce ispatlanmadıkça, ihlal için yeterli olacağını söylemiştir.

Bu kararlarla, anlaşma ile uyumlu eylem arasında yapay bir ayırım yaparak, uygulamaya da zarar vermiş, AB rekabet hukukuna 20 yıldır damgasını vuran, akademik bir tartışma son bulmuştur¹⁵⁷. Çünkü bu kararlar, anlaşma ve uyumlu eylem kavramları arasındaki farkın büyük ölçüde kalktığını göstermektedir. Her ne kadar, uyumlu eylem için uzlaşma ve davranışın birarada bulunması gerektiği söylene de, getirilen karinelerle yalnızca uzlaşmanın gösterilmesi yeterli kılınmıştır. Çünkü, teşebbüslerin rakiplerinden aldıkları bilgiden etkilenmeden davranışta bulduklarını ispatlamaları güçtür. Dolayısıyla, Komisyon'un kararında belirtilen, “*önemli olan anlaşma ve uyumlu eylem arasındaki ayırım değil; m.81 kapsamındaki uzlaşmalar ile salt paralel davranışlar arasındaki ayırmadır*” şeklindeki görüş kabul edilmiştir. Bu çerçevede, anlaşma ile uyumlu eylem arasındaki yegane fark, uyumlu eylemdeki ispat yükünün biraz daha hafif olmasıdır¹⁵⁸. Komisyon, eğer elindeki deliller anlaşma olduğu sonucuna ulaşmak için yeterli değilse, başta bilgi değişimi olmak üzere, teşebbüsler arasındaki rekabetçi davranışları etkileyebilecek ilişkilere dayanarak uyumlu eylemden hareket edebilecektir.

Bu davalarda önemli olan diğer bir husus ise, “devam eden tek bir uzlaşma (*a single continuing agreement*) – karmaşık düzenlemeler (*complex arrangements*)” kavramının onaylanmasıdır. Bu çerçevede, teşebbüslerin kartelin tüm eylemlerinden birlikte sorumlu tutulabilmesini ifade eden, “müteselsil sorumluluk (*shared responsibility*)” ilkesi de kabul edilmiştir.

Bu dönemde, Komisyon'un kartellerle mücadele çabalarına önemli bir destek de, *UK Tractors* davası ile sağlanmıştır. Komisyon, Birleşik Krallık'ta faaliyet gösteren üretici ve ithalatçıların yaptığı bilgi değişim anlaşmasına ilişkin muafiyet talebini reddetmiştir¹⁵⁹. Kararın gerekçesi, giriş engellerinin yüksek olduğu yoğunlaşmış pazardaki satış miktarlarına ilişkin detaylı bilgi değişiminin, şeffaflığı arttırarak, teşebbüslerin rekabet güdülerini ortadan kaldıracığı ve

¹⁵⁷ Joshua 2002, s.243.

¹⁵⁸ NEVEN, D., P. PAPANDROPOULOS ve P. SEABRIGHT (1998), *Trawling for Minnows European Competition Policy and Agreements Between Firms*, Centre for Economic Policy Research, Great Britain, s.61.

¹⁵⁹ UK Agricultural Tractor Registration Exchange (1992) OJ L68/19.

pazara girmek isteyen teşebbüslerin hemen farkedilip, yanıt verilmesine imkan sağlayacak niteliği ile giriş engeli yaratacağıdır. Bu karar, İDM¹⁶⁰ ve ATAD¹⁶¹ tarafından da onaylanmıştır¹⁶². Bundan önceki davalarda m.81(1)'i ihlal ettiği söylenen bilgi değişimi, her zaman fiyat tespiti, arz kontrolü gibi üst anlaşmaların parçasıyken, ilk kez¹⁶³, tek başına bilgi değişimini yasaklayan¹⁶⁴ bu karar, teşebbüsler arası bilgi değişiminin, gizli anlaşmaların ispatında, önemli bir delil olduğuna dair mesajı da tekrarlamaktadır¹⁶⁵.

Mahkemelerin biçimsel bir yaklaşımdan kaçındığı bu kararlar, Komisyon'un kartel politikasına yardımcı niteliktedir¹⁶⁶. Bu durum, kartel biriminin başında yer alan Joshua'nın, mahkeme kararlarının yeni bir dönemin habercisi olabileceğini belirtmesine ve Van Bael'in¹⁶⁷ "*a la Carte Cezalandırma: AB Rekabet Hukuku Piyangosu*" başlıklı makalesine cevap niteliğindeki şu ifadeleri kullanmasına yol açmıştır: "*Artık kartel üyeleri, rakiplerinin masasında, a la Carte yemek yediklerini iddia edemeyecekler*"¹⁶⁸.

Komisyon'un kartel politikasına yardımcı olan diğer bir husus ise, pişmanlık programlarıdır. ABD'nin başarılı tecrübelerinden yararlanılarak, ilk olarak 1996 yılında kabul edilen Pişmanlık Programı¹⁶⁹, çeşitli eksikliklerinden dolayı, yerini, 2002 tarihli programa¹⁷⁰ bırakmıştır. 2002 tarihli programdaki

¹⁶⁰ Case T-35/92 etc., John Deere Ltd v. Commission (UK Tractors) [1994] ECR II-957.

¹⁶¹ Case C-7/95P etc., John Deere Ltd v. Commission (UK Tractors) [1998] ECR I-3111.

¹⁶² Konuyu "yenilikler" boyutu bakımından değerlendirip, kararın yanlış olduğunu savunan bir görüş için bkz. ALBACH, H. (1996), "The U.K. Agricultural Tractors Information Exchange System", H. Albach, J.Y. Jin ve C. Schenk (der.), *Collusion through Information Sharing? New Trends in Competition Policy* içinde, Edition Sigma, Germany, s.123-135.

¹⁶³ Bazı kaynaklarda *Fatty Acids* (1987) OJ L3/17 kararı zikredilse de, bu davadaki bilgi değişimi, ilgili teşebbüsler arasındaki kota tespiti anlaşmasının bir parçasıdır.

¹⁶⁴ GREEN, N. ve A. ROBERTSON (1997), *Commercial Agreements and Competition Law Practice and Procedure in the UK and EC*, Second Edition, Kluwer Law International, London, U.K., s.524.

¹⁶⁵ Kühn ve Vives, s.112-113.

¹⁶⁶ Whish 2000, s.226. Komisyon'un, ATAD'ın *Polypropylene* kararına atıf yaparak, "devam eden tek bir anlaşma (*a single continuing agreement*) – karmaşık düzenlemeler (*complex arrangements*)" kavramını kullanmasına örnek için bkz. *Lombard Club* karteline ilişkin olarak WINTERSTEIN, A. (2002), "Commission Fines Eight Austrian Banks for Participating in the 'Lombard Club' Cartel", *Competition Policy Newsletter*, No:3, October 2002, s.32 ve *Concrete Reinforcing Bars* karteline ilişkin olarak LAINA, F. (2003), "Commission Fines Participants in Concrete Reinforcing Bars Cartel", *Competition Policy Newsletter*, No: 1, Spring 2003, s.68.

¹⁶⁷ VAN BAEL, I. (1995), "Fining a la Carte: The Lottery of EU Competition Law", *ECLR*, No:4/1995, s.237-243.

¹⁶⁸ Joshua 1999, s.16.

¹⁶⁹ Commission Notice on the non-imposition or reduction of fines in cartel cases [1996] OJ C207/4.

¹⁷⁰ Commission Notice on the non-imposition or reduction of fines in cartel cases [2002] OJ C45/3.

eksiklikler ise, 2006 yılında kabul edilen programla¹⁷¹ büyük ölçüde giderilmiştir. Pek çok kartelin ortaya çıkarılmasını sağlayan¹⁷² bu programlara ilişkin ayrıntılı açıklamalara, “3.2.8. Pişmanlık (Af) Programı Uygulama Yetkisi” başlığı altında yer verilecektir.

1962 tarih ve 17/62 sayılı Tüzüğün¹⁷³ yerine geçen, üçüncü ve dördüncü bölümlerde incelenecek, 2003 tarih ve 1/2003 sayılı Tüzük¹⁷⁴, kartellerle mücadeleyi daha da ileri noktaya götürmüştür. Çünkü, kartel dosyalarında edinilen tecrübeler neticesinde, Komisyon’un yerinde inceleme ve bilgi isteme yetkileri arttırılmış¹⁷⁵, yaptırımlar çeşitlendirilerek, kuvvetlendirilmiş, muafiyet sistemi kaldırılarak, kaynakların kartellerle mücadeleye aktarılmasına imkan sağlanmıştır¹⁷⁶.

Bütün bunların kartellerle mücadeleye katkıları, Komisyon’un, kartellere ilişkin kararlarının sayısındaki artıştan da görülebilir. Komisyon, 2000 ile 2005 yılları arasında, kartellere ilişkin olarak, 38 kez, madde 81(1)’in ihlal edildiği kararını vermiştir ki, yılda yaklaşık 6 karara tekabül eden bu rakam, önceki 30 sene ortalamasının iki katıdır¹⁷⁷. Komisyon’un kartellere ilişkin kararlarının sayısı artarken, verilen cezaların miktarları da artmaktadır. Örneğin, 2001’de, kartel dosyalarında verilen 1,8 milyar Euro’luk ceza, AB’nin kurulmasından, 2000 yılına kadar geçen zamanda verilenlerden daha fazladır¹⁷⁸. 2006’da, 1,84 milyar Euro ile, 2001’dekinden de fazla para cezası verilmiş ama bu rekorun kırılması da çok uzun sürmemiştir¹⁷⁹. Gerçekten de, 2007’nin daha

¹⁷¹ Commission Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases [2006] OJ C298/17.

¹⁷² Örneğin, 1996 tarihli programa, 80’nin üstünde başvuru yapılmıştır. Bkz. BARENNEs, M. ve B. VAN BARLINGEN (2005), “The European Commission’s 2002 Leniency Notice in Practice”, *Competition Policy Newsletter*, No:3, Autumn 2005, s.6. 2006 yılında yapılan başvuru sayısı ise, 104’tür. Bkz. LOWE, P. (2007a), “Commission’s Enforcement Record in 2006”, *Competition Policy Newsletter*, No:1, Spring 2007, s.1.

¹⁷³ Council Regulation 17/62 of 16 February 1962 implementing Articles 81 and 82 of the Treaty, OJ L 13/204.

¹⁷⁴ Council Regulation (EC) No. 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, OJ L 1 of 4.1.2003.

¹⁷⁵ Buna bir örnek, konutlarda yerinde inceleme yapma yetkisinin verilmesidir.

¹⁷⁶ Monti 2001, s.20 ve PERETZ, G. (2000), “Cartels and Fining Policy”, *IBC Advanced EC Competition Law Conference, Brussels*, s.5-6.

¹⁷⁷ KROES, N. (2006), “Delivering on the Crackdown: Recent Developments in the European Commission’s Campaign against Cartels”, *The 10th Annual Competition Conference at the European Institute, Fiesole, Italy*, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/06/595&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>.

¹⁷⁸ RIVAS, J. ve F. STROUD (2002), “Developments in EC Competition Law in 2001: An Overview”, *Common Market Law Review*, No:39, s.1101.

¹⁷⁹ KALLAUGHER, J. ve A. WEITBRECHT (2007), “Articles 81 and 82 EC in 2006 – The Year in Review”, *E.C.L.R.*, Issue 5, s.318.

dördüncü ayında, *Elevators and Escalators*¹⁸⁰ kartelinde yer alan teşebbüslere uygulanan 992 milyon Euro'luk cezanın da etkisiyle, ceza toplamı, 2 milyar Euro'yu aşmıştır¹⁸¹. Hemen belirtmek gerekir ki, bu yüksek ceza politikası, Topluluk mahkemeleri tarafından da kabul görmektedir¹⁸².

Bu noktada, 4056/1986 sayılı Tüzüğü¹⁸³ yürürlükten kaldıran, 1419/2006 sayılı Tüzük'ten¹⁸⁴ de bahsedilmelidir. Avrupa Parlamentosu'nun büyük bir çoğunlukla verdiği destek ve Avrupa Ekonomik ve Sosyal Komitesi'nin olumlu görüşünün de etkisiyle, Komisyon'un teklifinden sadece 9 ay sonra, Avrupa Konseyi'nin, 25.09.2006 tarihinde, oybirliğiyle, düzenli hat taşımacılığında kartel benzeri yapılanmalara muafiyet sağlayan 4056/1986 sayılı Tüzüğü yürürlükten kaldırması, AB'deki kartellere yönelik tutum değişikliğinin bir başka göstergesidir¹⁸⁵.

Bütün bunlar, Joshua'nın yeni bir dönemin başlamak üzere olduğu şeklindeki, yukarıda yer verilen görüşünü desteklemektedir. Yeni bir dönemin başladığı hususunda, tereddüte mahal bırakmayacak gelişme ise, OECD'nin, AB rekabet hukuku ve politikasına ilişkin olarak 2005 yılında hazırladığı gözden geçirme raporunda yer alan, gerçek kişilere de yaptırım uygulanabilmesine yönelik önerinin¹⁸⁶ hayata geçirilmesi olacaktır¹⁸⁷. Anılan raporda, tüzel kişiler yanında, karteletaraf olan gerçek kişilere de yaptırım uygulanabilmesine imkan verecek değişikliklerin gerçekleştirilmesinin, AB'nin kartellerle mücadelesindeki başarısını arttıracığı ifade edilmiştir. Rapora göre, AB mevzuatı, gerçek kişilere uygulanabilecek para cezasına cevaz vermektedir ama bu yaptırımın etkisi, diğer yaptırımlara, özellikle de hapis cezasına kıyasla

¹⁸⁰ Elevators and Escalators (Commission Press Release IP/07/209 of 21 February 2007)

¹⁸¹ LOWE, P. (2007b), "Introduction to Cartels Working Group Plenary Session", *ICN Annual Conference, Moscow*, http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/text/sp2007_06_en.pdf, s.6.

¹⁸² Örnek olarak, ATAD'ın *Pre-insulated Pipes* karteline ilişkin Joined Cases C-189/02 etc., *Dansk Rorindustri and Others v. Commission (Pre-insulated Pipes)* [2005] ECR I-5425 kararı. Bkz. NORDLANDER, K. (2006), "Pre-insulated Pipes Appeal Cases", *Common Market Law Review*, No:43, s.583-595.

¹⁸³ Council Regulation (EEC) No. 4056/86 laying down detailed rules for the application of Articles 81 and 82 of the Treaty to maritime transport, OJ L 378 of 1.12.1986.

¹⁸⁴ Council Regulation (EC) No. 1419/2006 repealing Council Regulation (EEC) No. 4056/86 on the application of Articles 81 and 82 of the Treaty to maritime transport and amending Council Regulation No. 1/2003, OJ L 269 of 28.9.2006.

¹⁸⁵ BENINI, F. ve C. BERMIG (2007), "Milestones in Maritime Transport: EU Ends Exemptions", *Competition Policy Newsletter*, No:1, Spring 2007, s.20-22.

¹⁸⁶ OECD (2005b), "Competition Law and Policy in the European Union", <http://www.oecd.org/dataoecd/7/41/35908641.pdf>, s.72

¹⁸⁷ Wils 2005, s.134.

sınırlıdır. Raporda, bu nedenle, AB mevzuatında yapılacak değişlikle hapis cezasının getirilmesi; en azından, bu yaptırımın, üye devletlerin mevzuatı yardımıyla uygulanabilmesine yönelik tartışmaların başlatılmasının faydalı olacağı sonucuna ulaşılmıştır.

İkinci Bölüm

KARTELLERLE MÜCADELENİN TARİHÇESİ

2.1. Modern Rekabet Yasaları Öncesi

“Giriş” bölümünde de belirtildiği üzere, mücadele yöntemleri ve kararlılığı değişmekle beraber, karteller, tarihte, hemen her zaman yasaklanmıştır. Örneğin, daha milattan önce 483’te, Codex Iustinianum ile, belirlenen fiyatın altında satış yapılmamasına ilişkin anlaşmalar yasaklanmıştır. Bu yasağa aykırı hareketin cezası, 50 altındır. Yasağın kağıt üzerinde kalmaması için gereken tedbir de alınmıştır: Kuralı uygulamayan otoritelere 40 altın ceza verilmesi. Yine daha o zamandan bazı sektörler istisna da tanınmıştır. Buna örnek olarak, kamuya açık hamamlar gösterilebilir¹. Yaptırımlar Ortaçağ’da çok daha ciddidir çünkü kartel kuran tüccarlar, kulaklarını ve diğer uzuvlarını kaybetme riski ile karşı karşıyadır².

Yeni ve Yakın çağlarda da, yaptırımlar, bu kadar kanlı olmasa da, devam etmiştir. Örneğin, İngiltere’de, kartel üyelerinin, zarar görenlere, üç katına kadar tazminat ödemesine karar verilebilmekte³; Fransa’da ise, Napoleon Ceza Yasası çerçevesinde, bir yıla kadar hapis ve para cezası uygulanabilmektedir⁴. Günümüzde, birçok yazar, İngiltere ve Fransa’daki bu düzenlemelerin, ABD’deki Sherman Yasası’na ilham verdiğini ifade etmektedir⁵.

2.2. ABD Uygulamaları

ABD kamuoyunun hırsız baronlara⁶ tepkisinden dolayı, en az 26 eyalette antitröst yasaları kabul edilmesinin ardından⁷, benzer bir düzenleme, 1890’da, Sherman Yasası ile federal düzeyde de gerçekleştirilmiştir. Sherman Yasası, yoruma açık lafzıyla, yargıçlara geniş yetkiler vermiştir. Bu nedenle, kartellerle

¹ PAULIS, E. (2004), “Key Developments in the International Fight Against Cartels: The Perspective of ICN Member Agencies”, *ICN Cartel Workshop, Sydney, Australia*, s.1-2

² OECD 2004, s.91.

³ Baker 2001, s.700; Pate 2003b, s.5.

⁴ Paulis 2004, s.1, Wils 2005, s.122.

⁵ Baker 2001, s.700; Pate 2003b, s.5; Wils 2005, s.122.

⁶ Baker 2001, 714 ve BAKER, D.I. (2003), “Jailing Conspirators: A Critical Part of US Anti-Cartel Enforcement”, *G.C.R.*, February 2003, s.27.

⁷ KOVACIC, W.E. (2001), “Private Monitoring and Antitrust Enforcement: Paying Informants to Reveal Cartels”, *The George Washington Law Review*, October/December 2001, Volume 69, No:5/6, s.788.

mücadele, büyük ölçüde mahkemelerin yorumlarına bağlı olarak şekillenmiştir⁸. Bu çerçevede, ABD’deki kartellerle mücadele tarihi beş ana döneme ayrılabilir⁹.

2.2.1. 1890-1914

Sherman Yasası’nın birinci maddesi ile karteller yasaklanmış; bu yasağa uymayanlara, bir yıla kadar hapis ve 5.000 \$’a kadar para cezası getirilmiştir. Bu yaptırımların çok ağır olmaması, 1901 ile 1909 yılları arasındaki Theodore Roosevelt dönemine kadar, antitröst uygulamalarına ayrılan kamu kaynaklarının az olması¹⁰, 19 uncu yüzyılın sonundaki iktisatçılardan çoğunun Sherman Yasası’nı küçümsemesi¹¹ gibi nedenlerin etkisiyle, Yasa’nın ilk uygulamaları, sendikalara yönelik müdahaleler dışında¹², “kasırğa” niteliğinde değildir¹³.

Bu dönemde, başlangıçta tartışılan konu, rekabeti sınırlayıcı anlaşmanın varlığından ziyade, ilgili teşebbüslerce de varlığı kabul edilen anlaşmanın hukuka uygun olup olmadığıdır. Buna örnek olarak, *US v. Trans-Missouri Freight Association*¹⁴, *US v. Joint Traffic Association*¹⁵ ve *US v. Addyston Pipe & Steel Co.*¹⁶ davaları gösterilebilir¹⁷. Gerçekten de, *Common Law*’daki “*rule of reason* (haklı sebep)” ilkesinin, Sherman Yasası çerçevesinde ne şekilde uygulanacağına ilişkin ilk zamanlardaki belirsizlik, anlaşmaların gizlenmemesi sonucunu doğurmuştur¹⁸. Ancak YM’nin görüşlerini ortaya koymaya başlamasıyla, teşebbüsler, anlaşmaların gizlenmesi konusunda arayış içine girmiş ve çareyi, başka bir YM kararında bulmuşlardır. Bir dizi birleşme neticesinde kurulan ve ülkenin şeker üretim kapasitesinin %98’inin kontrolünü sağlayan “Şeker Tröstü”nün, *US v. E.C.Knight Co.*¹⁹ kararında hoşgörü ile karşılanması, General Electric, du Pont, Eastman Kodak, U.S.Steel ve Standard Oil gibi devlerin kurulmasına neden olacak bir birleşme dalgası başlatmıştır. Bu durum, YM’nin, 1904’te, *Northern Securities Co. v. US*²⁰ kararında, Northern

⁸ KOVACIC, W.E. ve C. SHAPIRO (1999), “Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking”, <http://www.haas.berkeley.edu/shapiro/century.pdf>, s.2.

⁹ Baker 2001 ve 2003 ile Kovacic ve Shapiro 1999.

¹⁰ Baker 2001, s.694.

¹¹ Kovacic ve Shapiro 1999, s.2-3.

¹² TAYLOR, K.S. (1996), “Human Society and the Global Economy The Arthritic Hand of Oligopoly”, <http://distance-ed.bcc.ctc.edu/econ100/ksstext/oligopoly/oligopoly.htm>, s.10.

¹³ Kovacic ve Shapiro 1999, s.2-3.

¹⁴ 166 U.S. 290 (1897).

¹⁵ 171 U.S. 505 (1898)

¹⁶ 175 U.S. 211 (1899)

¹⁷ KOVACIC, W.E. (1993), “The Identification and Proof of Horizontal Agreements Under the Antitrust Laws”, *The Antitrust Bulletin*, Spring 1993, s.15.

¹⁸ JACOBSON, J.M. ve D.H. MARKS (1985), “Price-fixing: an overview”, *The Antitrust Bulletin*, Spring 1985, s.206.

¹⁹ 156 U.S. 1 (1895)

²⁰ 193 U.S. 197 (1904)

Pacific ile Great Northern demiryollarının birleşmesini engellemesine kadar devam etmiştir. Hükümet, bu başarı üzerine, ülkenin endüstriyel devlerine karşı, birçok dava açmıştır. Bunlardan en önemlisi, *Standard Oil Co. v. US*'dir²¹. YM, bu davada, “*rule of reason*”ı antitröst analizinin temel yöntemi olarak kabul ederken, Standard Oil’in de, “endüstriyel kıyamet kopacak” şeklindeki gerçekleşmeyen feryatlarına rağmen, 34 parçaya bölünmesine karar vermiştir²².

Standard Oil kararı Hükümeti çok mutlu etse de, Kongre, bu kararlar getirilen *rule of reason* yönteminin, muhafazakar yargıçların, Sherman Yasası’nı, aşırı derecede dar yorumlama eğilimlerini daha da artırmasından çekinmiştir²³. Bunun için, 1914’te, mahkemelerin yorum imkanını mümkün olduğunca ortadan kaldıracak şekilde ayrıntılı yasaklamalar²⁴ içeren Clayton Yasası’nı çıkarmış; “Federal Ticaret Komisyonu-*Federal Trade Commission* (FTC) Yasası” ile de, antitröst meselelerinde uzmanlaşacak bir yönetsel yapı kurmuştur²⁵.

2.2.2. 1915-1935

1914 yılında çıkarılan yasalarla antitröst hukuku uygulamalarına hız kazandırılmak istense de, bu amaç gerçekleşmemiştir. Bunun çeşitli nedenleri bulunmaktadır.

İlk olarak, 1912’de, A.J.Eddy’nin yazdığı “Yeni Rekabet (*The New Competition*)” kitabının etkilerinden bahsedilmelidir. Eddy, rekabet yerine işbirliği tercihini yaparken, modern iktisat teorilerinin ortaya koyduğu, “gizli fiyat indirimlerini ortadan kaldırmak için, bağtlanan fiyatların açık olması gereği”ni, ilginç bir şekilde daha o zamandan kavramış ve fiyat indirimlerini sınırlamanın bir yolu olarak, fiyat bilgisi değişimini savunmuştur. Bir avantajı da Sherman Yasası’nı açıkça ihlal etmemek olan bu yöntem, Yasa’nın ilk yıllarındaki belirsizlikler büyük ölçüde ortadan kalktığından, arayış içinde olan teşebbüsler tarafından hızla benimsenmiştir²⁶.

²¹ 221 U.S. 1 (1911)

²² Kovacic ve Shapiro 1999, s.4.

²³ Ibid, s.5.

²⁴ Belli bağlama (*tying*) ve münhasır bayilik anlaşmaları, yönetim kurullarına çapraz biçimde yönetici atanması (*interlocking directorate*) yasaklanmış ve hisse senedinin satın alınması yoluyla gerçekleştirilen birleşmeler kontrol edilmeye başlanmıştır.

²⁵ Kovacic ve Shapiro 1999, s.5.

²⁶ AREEDA, P.E. ve L. KAPLOW (1997), *Antitrust Analysis Problems, Text, Cases*, Fifth Edition, Aspen Publishers, New York, U.S.A., s.309; KUHN, K.U. ve X. VIVES (UA), *Information exchanges among Firms and their Impact on Competition*, European Union-European Commission, Luxembourg, s.61-2. Eddy’nin ulaşmak istediği sonuçlar, teorik bir yanılığın nedeniyle, Danimarka’da, devlet eliyle gerçekleştirilmiştir. 1990 tarihli Danimarka Rekabet Yasası, tam rekabet piyasasının temel koşulunun şeffaflık olduğu yönündeki görüşlerden

İkinci olarak, Savaş Endüstrileri Kurulu (*War Industries Board*) deneyiminin etkilerinden bahsetmek gerekir. Birinci Dünya Savaşı sırasında fiyat kontrolü ve üretim planlaması yapan Savaş Endüstrileri Kurulu'nun çoğu personeli, büyük endüstrilerden alınmıştı. Bu nedenle, Savaş Endüstrileri Kurulu'nun kararları, genellikle özel sektörün çıkarlarına göre şekillenmekteydi. Savaş Endüstrileri Kurulu savaşın ardından dağılsa da, özel sektör, bu dönemde elde ettiği olumlu çalışma koşullarının devamı için kulis yapmış; sınırsız rekabetin kaynak israfına neden olacağını, buna karşılık, işbirliği ve sektör içi regülasyonun, daha iyi ekonomik ve sosyal koşullar sağlayacağı görüşünü savunmuştur. Yukarıda değinildiği üzere, doktrin de desteklenen bu görüş, Hükümet üzerinde de etkilerini göstermiştir. Nitekim, Başkan Herbert Hoover bile, işletmelere, teşebbüs birlikleri kanalıyla bilgi değiştirmelerini ve rekabetin olumsuzluklarını engellemek için işbirliği yapmalarını tavsiye etmiştir²⁷.

Bu gelişmeler, “Birlikçilik (*Associationalism*)” akımının başlamasına neden olmuş, yüzlerce birlik kurulmuştur. Birlikler, yalnızca bilgi değişimine değil, aynı zamanda, “Ahlak Kuralları (*Codes of Ethics*)” veya “Adil Rekabet Kuralları (*Codes of Fair Competition*)” gibi adlarla anılan, teşebbüsler arası rekabetin engellenip, işbirliğini teşvik için tasarlanmış sektörel kuralların yürütülmesine de aracılık etmiştir²⁸. Bu duruma rekabet otoritelerinin müdahalesi ise gecikmemiştir. 19 uncu yüzyılın sonunda tröstleşmeye konu olan sektörlerin hemen hepsine, bu dönemde, teşebbüs birliği aracılığıyla gerçekleştirilen faaliyetlerden dolayı soruşturma açılmıştır. Ancak bu soruşturmaların başarılı olduğunu söylemek mümkün değildir. Örneğin, *Maple Flooring Manufacturer's Association v. US*²⁹ ve *Cement Manufacturers Protective Association v. US*³⁰ kararlarında, YM, “seçkin” şeklinde nitelendirdiği iktisatçıların, “ürünün homojen ve nakliye maliyetlerinin standart olduğu çimento gibi ürünlerde, tek bir fiyatın kaçınılmaz olduğu” yönündeki görüşlerine dayanarak, teşebbüs birlikleri kanalıyla bilgi değişiminin, işletmelerin daha etkin

hareketle, fiyat ve diğer ticari bilgilerin açık olması ilkesi üzerine kurulmuştur. Bu varsayımın, genellikle oligopol yapıda olan piyasalar üzerindeki olumsuz etkisi için bkz. ALBÆK, S., H.P. MØLLGAARD ve P.B. OVERGAARD (1996), “Law-Assisted Collusion? The Transparency Principle in the Danish Competition Act”, *E.C.L.R.*, No:6/1996, s.339-343.

²⁷ Kovacic ve Shapiro 1999, s.5-6; BISSOCOLI, E.F. (2000), “Trade Associations and Information Exchange under US Antitrust and EC Competition Law”, *World Competition*, Vol:23, No:1, s.80.

²⁸ Bissocoli 2000, s.80-81.

²⁹ 268 U.S. 563 (1925) (Areeda ve Kaplow 1997, s.304-308).

³⁰ 268 U.S. 588 (1925) (Areeda ve Kaplow 1997, 334-335; WHITNEY, S.N. (1958), *Antitrust Policies: American Experience in twenty industries Volume 2: Famous Antitrust Cases*, Twentieth Century Fund, New York, s.292-294).

üretim ve fiyat kararları vermesini sağladığına, böylece kriz çıkmasının engellendiğine hükmetmiştir³¹.

YM, yukarıda özetlenen, rakipler arası işbirliğine büyük hoşgörü ile yaklaşan kararlarına rağmen, belli bir döneme kadar, iyi gizlenememiş(!) anlaşmaların, 1918'de *Chicago Board of Trade v. US*³² ile getirdiği çok ayrıntılı *rule of reason* analizine tabi tutulmadan, *per se* kuralı çerçevesinde yasaklanabileceği düşüncesini korumuştur. *US v. Trenton Potteries Co.*³³, bunun göstergesidir. Ancak, 1929'daki buhranın ardından rekabete dayalı modelin tamamen reddi ve 1933'teki Milli Sanayinin İyileştirilmesi Yasası'na (*National Industrial Recovery Act*) götüren gelişmeler, YM'nin bile pazar ekonomisine olan inancını yitirmesine neden olmuştur. Bunun açık örneği, YM'nin, *Appalachian Coals, Inc. v. US*'de³⁴, kömür üreticilerinin ortak pazarlama anlaşmasıyla getirmek istedikleri arz kısıtlama planı gibi çıplak bir yatay kısıtlamayı bile yasaklamayı reddetmesidir. YM'nin bu kararı, sonradan, "kriz dönemi gafleti (*depression-era aberration*)" olarak nitelendirilmiştir³⁵.

2.2.3. 1936-1973

1930'ların ortalarında, Yeni Çözüm'ün (*New Deal*) ilk yıllarında büyük umut bağlanan iktisadi planlama modelleri parıltısını kaybetmiş; Başkan Franklin Roosevelt, iktisadi restorasyonun rekabetle sağlanacağına inanan danışmanlarına kulak vermiştir. Devlet regülasyonları, planlaması ve mülkiyeti yerine, serbest pazar ekonomisini ve bu çerçevede antitröst kurallarını öne çıkaran bu düşüncenin arkasında, Chicago Üniversitesi iktisatçılarından Henry Simons, Jacob Viner ve Frank Knight yer almaktaydı. Bu çerçevede, Adalet Bakanlığı Antitröst Birimi'ne, özellikle Thurman Arnold ile doruğa çıkan parlak atamalar yapılmıştır³⁶. Ancak Thurman Arnold ve meslektaşlarının önünde,

³¹ Whitney 1958, s.293. Bu iki kararın oluşmasında, Adalet Bakanlığı Antitröst Birimi'nin yaptığı hatalar da etkili olmuştur. Örneğin, YM kararında da belirtildiği üzere, *Maple Flooring*'de Birlik dışındaki fiyat görüşmelerine vurgu yapılmamıştır. *Cement Manufacturers*'da ise, mazur görülebilecek istatistiki eylemlerden hareket edilmiş; yukarıda değinilen iktisatçıların görüşleri çerçevesinde başarılı olacağı şüpheli olsa da, baz nokta fiyatlandırmasından kaynaklanan fiyatların birlikte değişimi konusu gündeme getirilmemiştir (Whitney 1958, s.293-294). Nitekim, Hükümet'in bu hataları, Kovacic ve Shapiro'nun, "*dönemin antitröst yönetimine atamaların sönük olduğu*" ifadesini açıklamaktadır. Konuya ilişkin en ilginç söz ise, FTC Yasası'nın mimarlarından Louis Brandeis'nin, dönemin FTC üyelerini "aptal" şeklinde nitelendirmesidir (Kovacic ve Shapiro 1999, s.8). Bu durum, "Giriş" bölümündeki, "bazı rekabet otoritelerinin kartellerle nasıl mücadele edileceğini bilmediği" şeklindeki tespite, tarihten verilebilecek bir örnektir.

³² 246 U.S. 231 (1918)

³³ 273 U.S. 392 (1927)

³⁴ 288 U.S. 344 (1933)

³⁵ Kovacic ve Shapiro 1999, s.7.

³⁶ İbid, s.9.

YM kararlarından kaynaklanan engeller bulunmaktaydı. Bu kararlar, antitröst hukukunun özüne tamamen aykırı niteliği ile *Appalachian Coals* ve yaptığı *rule of reason* tanımı ile, pek çok davanın, yetersiz inceleme gerekçesiyle, davalı lehine sonuçlanmasına neden olan *Chicago Board of Trade*'di³⁷.

Bu dönemde, YM, öncelikle, bu engelleri ortadan kaldıracı kararlar vermiştir. Bu çerçevede, ilk olarak, *US v. Socony-Vacuum Oil Co.*³⁸ dan bahsedilebilir. Fiyatı etkileyen tüm anlaşmaların *per se* yasaklanması yönünde bir yorumu ortaya koyan bu karar, bugün için katı bir yaklaşım olarak gözükse de, amacı Sherman Yasası'nın yeniden hayata döndürülmesiydi³⁹. 1940'taki bu karardan beri, ABD'de, amacı veya etkisi, fiyat tespiti, arzın belirlenmesi, pazar paylaşımı ya da ihalelerde danışıklı hareket olan yatay uzlaşmalar, kaçınılmaz olarak rekabete zarar verecekleri gerekçesi ile *per se* yasaktır⁴⁰.

Bunun ardından ise, hem anlaşma tanımını genişleten hem de anlaşmaların ikincil (*circumstantial*) delillerle de ispatlanabileceğini söyleyen içerikleriyle, *Interstate Circuit, Inc. v. US*⁴¹, *American Tobacco, Co. v. US*⁴², *US v. Paramount Pictures, Inc.*⁴³ ve *Theatre Enterprises, Inc. v. Paramount Film Distributing Corp.*⁴⁴ kararlarının zikredilmesi gerekir (*Socony-Vacuum* bu gruba da dahil edilebilir)⁴⁵. İkincil delillerin önemi, kartel üyelerinin uzlaşmanın varlığını gösteren doğrudan delilleri gizlemesinden kaynaklanmaktadır⁴⁶.

Bu kararların anlaşma tanımını genişletmesi, bir süre için oligopolistik bağımlılığın da bir anlaşma türü olup olmadığı tartışmalarına neden olmuştur. Ancak YM, 1954'te, *Theatre Enterprises* ile bu tartışmaya son noktayı koymuştur: Bilinçli paralellik, ilave faktörler olmadan tek başına ihlal değildir.

Antitröst yasalarının, özellikle 2. Dünya Savaşı sonrasında, giderek artan bir kararlılıkla uygulanmasında, bu kararların yanı sıra, başka faktörler de etkili olmuştur. Amerikalılar, Alman endüstrisindeki kartellerin, faşizme ve ardından da savaş makinelerine dönüşerek İkinci Dünya Savaşı'na kaynak teşkil ettiğini, çok doğru bir şekilde saptamıştır⁴⁷. Nitekim 1955'te, şirketlere ve bireylere

³⁷ İbid, s.9.

³⁸ 310 U.S. 150 (1940).

³⁹ Kovacic ve Shapiro 1999, s.9-10.

⁴⁰ Kovacic 2001, s.784-5.

⁴¹ 306 U.S. 208 (1939).

⁴² 328 U.S. 781 (1946).

⁴³ 334 U.S. 131 (1948).

⁴⁴ 346 U.S. 537 (1954).

⁴⁵ Kovacic 1993, s.22-23.

⁴⁶ Kovacic 2001, s.785-6.

⁴⁷ FOX, E.M. ve R. PITOFESKY (1997), "United States", E.M. Graham ve J.D. Richardson (der.), *Global Competition Policy* içinde, Institute for International Economics, Washington D.C., U.S.A., s.236; WESSELING, R. (2000), *The Modernisation of EC Antitrust Law*, Hart Publishing, USA,

uygulanabilecek para cezaları, 50.000 \$'a çıkarılmıştır⁴⁸. Soğuk Savaşa girilmesiyle birlikte ortaya çıkan McCarthy döneminin “gizli planların varlığı” hezeyanlarının da, antitröst hukukuna etkileri olmuştur. Bu korkular, elektrikli aletler pazarında, General Electric ve Westinghouse gibi ülkenin önde gelen şirket yöneticilerinin anlaşma içinde olduğunun ortaya çıkarılmasıyla daha da artmıştır⁴⁹. Silahlı eylemin bulunmadığı bir kartelden dolayı hapis cezasına ilk muhatap olanlar da, basında geniş yer tutan bu kartelin üyeleridir⁵⁰. Kartelin ortaya çıkarılmasının ardından, ilgili teşebbüslere, yüzlerce tazminat davası açıldığı da belirtilmelidir⁵¹.

Ancak antitröst yasalarının çok katı bir şekilde uygulandığı 1960'larda bile, Sherman Yasası'nın 1 inci maddesini ihlal edenlere verilebilecek ceza, 1955'teki değişikliğe rağmen, sadece 50.000 \$'a kadar para ve 1 yıla kadar hapis cezası olduğundan ve bunlar da, yukarıdaki elektrikli aletler kartelinde olduğu üzere, üst sınıra kadar uygulanmadığından, kartellerle mücadelenin etkili seviyelere geldiğini söylemek mümkün değildir⁵².

2.2.4. 1974-1991

1970'lerde, petrol krizinden dolayı artan enflasyonun halkta yarattığı huzursuzluğun etkisiyle, kartellerle mücadelenin güçlendirilmesi yönünde büyük bir kamuoyu oluşmuştur. Bu nedenle Kongre hemen hiçbir tartışma olmaksızın⁵³, o güne kadar trafik cezaları gibi algılanan⁵⁴ yaptırımların artırılmasına karar vermiştir. Bu çerçevede, 1974 yılında kabul edilen bir yasa ile, bireylere uygulanabilecek hapis cezası, bir yıldan üç yıla; para cezası ise, 50.000 \$'dan, 250.000 \$'a çıkarılmıştır. Şirketlere uygulanabilecek para cezası ise, 20 kat artırılarak, 1.000.000 \$'a yükseltilmiştir. Yine aynı amaç doğrultusunda, rekabet otoritelerinin kaynakları da artırılmıştır⁵⁵.

Ancak kartellerle etkili mücadele için bu değişiklikleri yapan Kongre, yargıçların, kartel üyelerini ağır biçimde cezalandırmak, özellikle de hapis cezası

s.13. Nitekim, Rita Hayworth'ın başrolünde oynadığı “Gilda” filminin (1946) arka planda yer alan konularından biri olan, uluslararası bir kartelin iktidarını ele geçirme mücadelesi, dönemin bu belirgin korkusunu yansıtmaktadır.

⁴⁸ Baker 2001, s.695 ve 700 ile 2003, s.25.

⁴⁹ BAKER, J.B. (1993), “Two Sherman Act Section 1 Dilemmas: Parallel Pricing, the Oligopoly Problem and Contemporary Economic Theory”, *The Antitrust Bulletin*, Spring 1993, s.175-6.

⁵⁰ Baker 2001, s.694 ve 2003, s.25 ile Wils 2005, s.123.

⁵¹ Baker 2001, s.700.

⁵² Baker 2001, s.695 ve 2003, s.25.

⁵³ Baker 2001, s.695 ve 2003, s.25.

⁵⁴ KLAWITER, D.C. (2001), “After the Deluge: The Powerful Effect of Substantial Criminal Fines, Imprisonment, and Other Penalties in the Age of International Cartel Enforcement”, *The George Washington Law Review*, October/December 2001, Volume 69, No:5/6, s.747.

⁵⁵ Baker 2001, s.695 ve 2003, s.25.

vermek hususundaki isteksizliklerini hesaba katamamıştır. Yargıçların bu konudaki isteksizliklerinin temel sebebi, “*kartel üyelerinin, çoğunlukla, toplum açısından bir tehdit yaratmayan, birlikte bira içilip, golf oynanan, bağış organizasyonlarının destekçisi, toplumun temel direği niteliğinde insanlar olarak görülmesi*” şeklinde ifade edilmektedir⁵⁶. Bu görüşe göre, kartel üyeleri, bir kere yakalandıklarında, tövbekar görünüşleri ile yargıçları, aynı eylemi bir daha yapmayacaklarına ikna etmektedir. İkinci olarak, Gary Becker’in, 1968 tarihli, “Suç ve Ceza: İktisadi Bir Yaklaşım” başlıklı makalesinde ortaya koyduğu, “en etkin yaptırımın, para cezası olduğu” yönündeki görüşün etkilerinden bahsedilebilir. Chicago Okulu’ndan Richard Posner gibi isimlerin de desteklediği bu görüşün⁵⁷, 1970’ler ile 1980’lere damgasını vurarak, yargıçların, hapis cezası vermemek yönündeki tutumlarını etkilediği düşünülmektedir⁵⁸.

Yukarıdaki faktörlerin etkisiyle, kartel üyelerine karşı açılan davalarda, Kongre’nin iradesi ve Adalet Bakanlığı’nın talebine rağmen, ağır yaptırımların özellikle de hapis cezasının elde edilmesi mümkün olamamıştır⁵⁹. Örneğin; bir yargıç, 1974’te, kartel üyelerine, hapis cezası yerine, iş adamlarının öğle yemeklerinde, fiyat tespitinin kötülükleri üzerine konuşma yapma cezası vermiştir⁶⁰. Bu ceza, Yale Law Journal’da yayımlanan birçok makalenin konusu olmuştur. Bunlarda ulaşılan, “*eğer fiyat tespitinin yaptırımı, para cezası ve zorunlu konuşma yapmak olacaksa, antitröst kanunları ancak köylerdeki park kuralları kadar yasaklayıcı olabilir*” şeklindeki sonuç çarpıcıdır⁶¹.

Yargıçların kartel üyelerini ağır biçimde cezalandırmak, özellikle de hapis cezası vermek hususundaki isteksizliklerine çare, 1984 tarihli Ceza İnfaz Yasası (*The Criminal Fine Enforcement Act*) ile 1987 ve 1991 tarihli Cezalandırma Rehberlerindeki (*Sentencing Guidelines*) düzenlemeler sayesinde bulunmuştur:

⁵⁶ Baker 2001, s.706 ve 712 ile 2003, s.26.

⁵⁷ BECKER, G. (1968), “Crime and Punishment: An Economic Approach”, *Journal of Political Economy*, Volume 76, s.169; POSNER, R. (1980), “Optimal Sentences for White Collar Criminals”, *American Criminal Law Review*, Volume 17, s.409. Becker ve takipçilerinin, “hapis yerine para cezası verilmeli” tercihinde bulunurken ileri sürdükleri gerekçeler ile bunlara ilişkin değerlendirmelere, “4.3.2.1.Suç ve Ceza Konusuna İktisadi Yaklaşım: Etkinlik Savunması ve Hapis Cezasının Maliyeti” başlığı altında yer verilecektir.

⁵⁸ Werden ve Simon 1987, s.922-923.

⁵⁹ Baker 2001, s.695.

⁶⁰ Bu cezanın, daha sonra Carter döneminde Adalet Bakanlığı Müsteşar Yardımcısı (*Deputy Attorney General*) olacak kadar saygın bir yargıç tarafından verilmesi, kararın önemini arttırmaktadır.

⁶¹ Calvani 2004, s.11.

1984 tarihli Yasa, şirketler ve bireylerin, yasa dışı eylemleri ile verdikleri zararın ya da elde ettikleri kazancın iki katına kadar cezalandırılabilmesine olanak sağlamıştır. Bu düzenleme, *Lysine, Graphite Electrodes, Vitamin, Art Auction* gibi uluslar arası kartellere, 1990'lı yıllarda, dokuz haneli rakamlara ulaşan cezalar verilebilmesinin yolunu açmıştır⁶².

1987 ve bunu tadil eden 1991 tarihli Cezalandırma Rehberleri ise, cezaların hangi kriterlere göre verileceği konusunda çok detaylı düzenlemeler getirerek, yargıçların takdir yetkisini önemli ölçüde sınırlamıştır. Bu rehberler, aynı zamanda, antitröst kurallarının ihlal edilmesinin ağır bir suç olduğu ve bu ağır suçun, hapis cezasını gerektirdiği mesajını da hakimlere vermiştir⁶³.

Kartellerin çok ağır bir suç olduğu mesajını tekrarlayan diğer bir konu ise, 1990 tarihli bir yasa ile, bireylere uygulanabilecek para cezasının 350.000 \$'a; şirketlere uygulanabilecek para cezasının ise, 10.000.000 \$'a çıkarılmasıdır⁶⁴.

2.2.5.1992'den Bugüne

1992 sonrasındaki şu üç gelişme, 1991'e kadar yapılanlarla oluşturulan hukuki alt yapı üzerinde, kartellerle mücadelenin artmasını sağlamıştır:

Bunlardan birincisi, Berlin Duvarı'nın yıkılması ve Sovyetler Birliği'nin dağılmasının ardından, serbest piyasaya ekonomisine olan inancın artması ve buna paralel olarak, amaçları iyi belirlenmiş, etkili antitröst yasalarının gerekliliğine dair görüşün, ABD dahil olmak üzere, tüm dünyaya yerleşmesidir⁶⁵.

İkinci olarak, 1978'de yürürlüğe giren Pişmanlık (Af) Programı'nda (*Amnesty Program*), 1993'te yapılan değişikliklerle⁶⁶ elde edilen başarılı

⁶² Klawiter 2001, s.748-749 ve Kovacic 2001, s.790.

⁶³ Baker 2001, s.706 ve 2003, s.25-26; Klawiter 2001, s.750 ve Kovacic 2001, s.790.

⁶⁴ Kovacic 2001, s.790.

⁶⁵ PATE, R.H. (2004a), "Securing the Benefits of Global Competition", *Tokyo American Center, Tokyo, Japan*, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/205389.pdf>, s.3-4.

⁶⁶ Bu değişiklik hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SPRATLING, G.R. (1998), "The Corporate Leniency Policy: Answers to Recurring Questions", *ABA Antitrust Section 1998 Spring Meeting, Washington D.C.*, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/1626.htm>; SPRATLING, G.R. (1999), "Making Companies an Offer They Shouldn't Refuse", *Bar Association of the District of Columbia's 35th Annual Symposium on Associations and Antitrust, Washington D.C.*, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/2247.htm>; HAMMOND, S.D. (2001a), "When Calculating the Costs and Benefits of Applying for Corporate Amnesty, How Do You Put a Price Tag on an Individual's Freedom?", *The Fifteenth Annual National Institute on White Collar Crime, San Francisco, California*, www.usdoj.gov/atr/public/speeches/7647.htm.

sonuçlardan bahsedilmelidir⁶⁷. Pişmanlık programına ilk başvuruyu yapanlara, gerekli koşulların sağlanması halinde cezadan %100 indirim, başka bir deyişle bağışıklık sağlanması konusunda, Adalet Bakanlığı Antitröst Birimi'nin takdir hakkını kaldıran bu değişiklik, 1990'da, Sherman Yasası'ndaki cezaların arttırılmasının da etkisiyle, programın kullanımını yaygınlaştırmıştır⁶⁸.

Üçüncü olarak, başta *Lysine*, *Vitamin* ve *Art Auction* olmak üzere, uluslar arası kartellerin gün ışığına çıkarılmasından bahsedilmelidir⁶⁹. Gerçekten de, özellikle *Lysine* kartelinin, Adalet Bakanlığı ile işbirliği yapan bir şirket çalışanının yardımı ile elde edilen gizli kamera görüntüleri, ABD'nin önde gelen televizyon kanallarında yayınlanarak⁷⁰; yaşananların anlatıldığı ve sonradan sinema hakları Hollywood tarafından satın alınan "Muhbir-The Informant" adlı kitap ise en çok satanlar listesine girerek⁷¹, kartellerin arsız doğasının⁷² herkes tarafından anlaşılmasını sağlamıştır.

Lysine kadar etki yaratan diğer bir uluslar arası kartel, Pişmanlık Programı sayesinde ortaya çıkan *Vitamin* karteli olmuştur. Yaklaşık 10 yıl boyunca, pek çok ülke bakımından fiyat belirleyen ve ürünün niteliği gereği, tüm tüketicileri etkileyen bu kartel, o kadar başarılı ve karlı olmuştur ki, kartelin bir üyesi, kendilerini, "Vitamin A.Ş." olarak adlandırmıştır. ABD kartellerle mücadele tarihinin en büyük davası olduğu için, cezalar da buna uygun olmuştur: HLR'a 500 ve BASF'a 250 milyon \$ para ve üst düzey yöneticilere hapis cezası⁷³. 500 milyon \$'ın, yalnızca antitröst suçları bakımından değil, tüm suçlar bakımından, ABD tarihinde uygulanan en büyük ceza olduğu ifade edilmektedir⁷⁴.

Son olarak, yine Pişmanlık Programı sayesinde ortaya çıkan *Art Auction* kartelinin yarattığı etkilerden bahsedilmelidir. Kartelin ortaya çıkarılmasının ardından açılan dava neticesinde, "rüya takım" olarak adlandırılan bir ekip tarafından yapılan pahalı ve saldırgan savunmaya rağmen, ABD'nin en zengin iş

⁶⁷ HAMMOND, S.D. (2001c), "From Hollywood to Hong Kong—Criminal Antitrust Enforcement Is Coming to a City near You", *Antitrust Beyond Borders, Chicago, Illinois*, www.usdoj.gov/atr/public/speeches/9891.htm, s.3.

⁶⁸ Konunun ayrıntıları "3.2.8. Pişmanlık (Af) Programı Uygulama Yetkisi" başlığı altında incelenecektir.

⁶⁹ Pate 2004a, s.4.

⁷⁰ Griffin 2001, s.32; Hammond 2001c, s.4.

⁷¹ Hammond 2001c, s.2.

⁷² Griffin 2001, s.38-39; Hammond 2001b, s.2.

⁷³ Hammond 2001c, s.5.

⁷⁴ HAMMOND, S.D. (2005a), "An Overview of Recent Developments in the Antitrust Division's Criminal Enforcement Program", *Before the American Bar Association Midwinter Leadership Meeting, Kona, Hawaii*, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/207226.pdf>, s.7.

adamlarından Alfred Taubman'a, üstelik 78 yaşında, 1 yıl hapis cezası verilmesi, ABD medyasında geniş bir yer bulmuştur⁷⁵.

Adalet Bakanlığı çalışanlarının, AB'deki meslektaşları tarafından "yerel, küçük işlerle uğraşıyorsunuz" şeklindeki esprilerinden de kurtulmalarını sağlayan bu süreç⁷⁶, küresel çapta yapılan tanıtımların da etkisiyle, "Pandorra'nın kutusunun açılmasını" sağlamıştır⁷⁷. Çünkü yukarıdaki gibi kararlar, zincirleme bir etki yaratarak, tazminat davalarını, kartellerle küresel mücadeleyi ve şirketlerin konuya ilişkin hassasiyetlerini, bu çerçevede de, Pişmanlık Programı'na yeni başvuruları arttırmıştır⁷⁸.

ABD'de, bugün gelinen noktada, bir konuda uzlaşmıştır: Kartellerle mücadele antitröst hukukunun en büyük önceliğidir⁷⁹.

Nitekim Kongre de, bu konuda, ABD antitröst otoritelerine büyük destek vermektedir. Buna verilebilecek bir örnek, Adalet Bakanlığı Antitröst Birimi yöneticilerinin talebi doğrultusunda, 2004'te gerçekleştirilen yasal düzenlemelerdir. 22.06.2004'te, Başkan Bush'un imzası ile yürürlüğe giren ve Amerikan Barolar Birliği-*American Bar Association* (ABA) tarafından da destek verilen⁸⁰ bu yasa değişikliği⁸¹, bireylere uygulanabilecek hapis cezasını 10 yıla, para cezasını ise 1.000.000 \$'a çıkarmıştır. Aynı yasa, şirketlere uygulanabilecek para cezasını da 100.000.000 \$'a yükseltmiştir. Bu yasa ile, Pişmanlık Programı'na başvuruların daha da artırılması için, programa başvuran teşebbüslerin, açılan tazminat davalarında, verilen zararın üç katına kadarından kartele taraf diğer teşebbüsler ile müteselsilen sorumlu olması kuralı değiştirilerek, zarar gören davacılarla tam işbirliği yapmaları koşuluyla⁸², sadece kendi verdikleri zarardan sorumlu olması kuralı da getirilmiştir. Bu değişikliğin anlamı, örneğin, pazar payı %6 olan bir teşebbüsün, Pişmanlık Programı'na

⁷⁵ Pate 2003b, s.3; Wils 2005, s.143.

⁷⁶ GCR (2003c), "The Architects of Enforcement", *G.C.R.*, October 2003, s.21.

⁷⁷ Joshua 2003, s.640.

⁷⁸ Klawiter 2001.

⁷⁹ Hammond 2005a, s.1; Kovacic 2001, s.789; PATE, R.H. (2004b), "Current Issues in International Antitrust Enforcement", *Before the Fordham Corporate Law Institute 31st Annual Conference on International Antitrust Law & Policy-Antitrust Perspectives Roundtable, New York, NY*, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/206479.pdf>, s.1.

⁸⁰ PATE, R.H. (2003c), "Vigorous and Principled Antitrust Enforcement: Priorities and Goals", *Before the Antitrust Section of the American Bar Association Annual Meeting, San Francisco, California*, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/201241.pdf>, s.4-6.

⁸¹ 15 U.S.C. § 1.

⁸² Bu işbirliğine bir örnek, Pişmanlık Programı'na başvuran teşebbüsün, zarar gören davacılarla, kartele ilişkin bilgi ve belgeler sunmasıdır.

başvurması halinde, sorumluluğunun %300 yerine yalnızca %6 olmasıdır ki bunun önemli bir teşvik olduğu açıktır⁸³.

Kongre'nin kartellerle mücadeleye verdiği büyük desteğe ilişkin diğer bir örnek, Adalet Bakanlığı Antitröst Birimi'ne, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması ile teknik araçlarla izleme yetkisini verilmesidir⁸⁴. Şubat 2005'te, Kongre'ye sunulan konuya ilişkin yasa teklifi, Amerikan Barolar Birliği Antitröst Birimi'nin, kartellerle sınırlı kalmak kaydıyla olumlu görüş bildirmesinin⁸⁵ de etkisiyle, Senato'da, oybirliği ile kabul edilmiş ve Temsilciler Meclisi'ne gönderilmiştir. Temsilciler Meclisi tarafından da kabul edilerek, 09.03.2006 tarihinde, Başkan Bush'un imzası ile yürürlüğe giren bu yasa ile, Adalet Bakanlığı Antitröst Birimi, kartellerin ortaya çıkarılması bakımından çok önemli yetkilerden birine daha sahip olmuştur⁸⁶.

2.3. AB Uygulamaları

Karteller, Avrupa'da, 19 uncu yüzyıldan farklı olarak, İkinci Dünya Savaşı öncesinde, Yugoslavya dışında yasaklamaya tabi tutulmamıştır⁸⁷. Aksine, Almanya'da olduğu gibi teşvik edildiğinden⁸⁸ ya da İngiltere'de olduğu gibi, "yasaklamak zararlı olacağından, izin verelim ama düzenlemeye tabi tutalım" anlayışı benimsendiğinden⁸⁹, çok yaygın ve saygın kabul edilmiştir⁹⁰.

ABD, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra, Almanya örneğinin etkisiyle, Avrupalı müttefiklerine kartellere ilişkin yasaklamaların benimsenmesi konusunda telkinde bulunmuştur⁹¹. Bunun etkisiyle, 1951'de, Avrupa Kömür Çelik Topluluğu Antlaşması'nda, ardından Almanya'da, sonra da 1957'de, Roma Antlaşması'nda, kartellere dair yasaklama getirilmiştir. Böylece, Avrupa'da zaten var olan hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin

⁸³ GCR (2005), "Cutting-Edge Issues in Cartels", *G.C.R.*, April 2005, s. 22-24; Hammond 2005a, s.11-12; Pate 2004a, s.10.

⁸⁴ 18 U.S.C. § 2516(1)(r).

⁸⁵ ABA (2005), Comments of the ABA Section of Antitrust Law on S. 443: "Antitrust Criminal Investigative Improvements Act of 2005", <http://www.abanet.org/antitrust/comments/2005/06-05/com-crmlnal-invest-improv.pdf>.

⁸⁶ MASOUDİ, G.F. (2007), "Cartel Enforcement in the United States (And Beyond)", *Presented at the Cartel Conference, Budapest, Hungary*, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/221868.pdf>, s.4-5.

⁸⁷ Wils 2005, s.137.

⁸⁸ Fox ve Pitofsky 1997, s.236; Wesseling 2000, s.13.

⁸⁹ Baker 2001, s.711.

⁹⁰ Wils 2005, s.137.

⁹¹ Ibid, s.134-137.

yasaklamaların⁹² yanına, kartellere ilişkin kısıtlamalar eklenerek, mücadele yeniden başlatılmıştır.

AB'deki kartellerle mücadelenin gösterdiği tarihsel gelişim, Van Der Woude'nin, Komisyon'un yaptırımlarının artmasına bağlı olarak yaptığı üçlü ayırmadan hareket ederek incelenebilir⁹³.

2.3.1. 1962-1978

Karteller, Roma Antlaşması'nın 81 inci maddesinde yasaklanmış, ancak bu yasaklama, muafiyet sisteminin bulunması, yalnızca teşebbüslere para cezası uygulanabilmesi gibi düzenlemelerle yumuşatılmıştır⁹⁴. Keza, 1960'ların sonu ile 1970'ler boyunca, kartellere verilen para cezalarının düşük olduğu söylenebilir. Gerçekten de, ilk olarak 1969'da *Quinine*⁹⁵ karteline ilişkin kararlar uygulanmaya başlanan para cezaları, genelde, ilgili teşebbüslerin cirosunun %2'sinin altındadır. Örneğin, 1973'te, *Sugar*⁹⁶ karteline verilen ceza, sadece %1 oranındadır⁹⁷.

Bu dönemde, kartellerle mücadelenin hukuki alt yapısı da şekillenmeye başlanmıştır. Bu çerçevede değinilmesi gereken ilk dava, *Dyestuffs*'dir⁹⁸. İlgili olayda Komisyon, fiyatlarını birlikte arttıran teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karar verirken, bu iktisadi delilin yanında, bayilere aynı gün ve saatte gönderilen artış duyurularındaki ifadelerin aynı olması, toplantı notları gibi belgeleri kullanmıştır⁹⁹. Kararın iptali için başvuru Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD), "*teşebbüslerin rakiplerinin davranışlarını dikkate alarak hareket edebileceklerini, ama bu davranışlara ilişkin belirsizliklerin ortadan kaldırılıp işbirliği içinde hareket etmelerinin yasak olduğunu*", "*paralel davranışların, tek başına uyumlu eylem olmasa da, normal olmayan rekabet koşullarına yol açması halinde, kuvvetli bir delil olacağını*", "*ihlal sonucuna ulaşılabilmesi için, pazardaki faaliyetlerin detaylı bir analizinin yapılması ve*

⁹² Örnek olarak bkz. Almanya'daki 1923 tarihli "İktisadi Gücün Kötüye Kullanılmasına İlişkin Düzenleme" (Wils 2005, s.136).

⁹³ VAN DER WOUDE, M. (2000), "The Commission's Anti-Cartel Offensive", *IBC Advanced EC Competition Law Conference, Brussels*, s.1. Enflasyondan arındırılarak karşılaştırma yapıldığında para cezalarının artmadığını söyleyen bir görüş için bkz. WILS, W.P.J. (1995), "E.C. Competition Fines: To Deter or Not to Deter", *Yearbook of European Law*, 15, s.19-20.

⁹⁴ Wils 2005, s.134.

⁹⁵ *Quinine* (1969) OJ L192/5.

⁹⁶ *Sugar* (1973) OJ L140/17.

⁹⁷ Geradin ve Henry 2005, s.5.

⁹⁸ Cases 48/69 etc., *ICI v. Commission (Dyestuffs)* [1972] ECR 619.

⁹⁹ *Dyestuffs* (1969) OJ L195/11.

delillere bütün olarak bakılması gerektiğini” belirtmiştir¹⁰⁰. Ancak ATAD’ın, bu ifadelerle rağmen, ayrıntılı bir piyasa analizi yapmaması, büyük ölçüde iktisadi nitelikli delillere, özellikle de fiyat duyurularına ağırlık verip, bunlarla belirsizliklerin ortadan kaldırıldığını söylemesi, yıllarca sürececek bir tartışma başlatmıştır. Çünkü, Korah ve Joliet gibi yazarlara göre, bu karar, başta iyi niyetli fiyat duyuruları olmak üzere bazı kolaylaştırıcı araçların, belirsizliklerin ortadan kaldırılması; oligopolistik fiyatlandırma gibi rasyonel paralel davranışların da, normal olmayan pazar koşulları olarak kabul edilip, geniş tanımlanmış uyumlu eylem çerçevesinde cezalandırılmasına yol açabilecektir¹⁰¹.

Komisyon’un doğruluğu genel kabul gören¹⁰² kararına, ATAD’ın, belki de, 1940’larda YM’nin yaptığı gibi, rekabet hukuku uygulamalarını kuvvetlendirmek için yazdığı bu gerekçeye yapılan eleştiriler, 20 yıl sonra Joliet’nin, “raportör yargıç” olarak görev yapacağı *Woodpulp*¹⁰³ kararının temellerini atmıştır. Ama bu eleştirilerin, etkilerini, daha o dönemde bile gösterdiği söylenebilir. Gerçekten de, *Sugar*¹⁰⁴ kararında, maddi ve iktisadi nitelikli delillerin hepsine değinilip, çok daha dikkatli bir dil kullanılmıştır. Bu davada, ATAD, “*teşebbüslerin pazardaki politikalarını bağımsız olarak belirlemesi gerektiğini, bu bağımsızlık şartının, rakiplerin davranışlarına akıllıca ayak uydurulmasına engel olmadığını, ama rakiplerle pazardaki davranışları etkileyecek şekilde doğrudan veya dolaylı ilişki kurulmasını da yasakladığını*” belirtmiştir. ATAD, bu çerçevede, çeşitli bilgi değişimleri ve toplantı notları ile belgelenen rakipler arası iletişimin, belirsizlikleri ortadan kaldırarak, pazar paylaşımı şeklindeki paralel davranışlara yol açtığına ve böylece, m.81(1)’in ihlal edildiğine hükmetmiştir¹⁰⁵. Paralel davranış yanında,

¹⁰⁰ JONES, A. ve B. SUFRIN (2004), *EC Competition Law Text, Cases, and Materials*, Second Edition, Oxford University Press, New York, US., s.819-820; Soames 1996, s.25-26; Whish 2001, s.108 ve 111-112.

¹⁰¹ KORAH, V. (1997), *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practices*, Sixth Edition, Hart Publishing, Oxford, U.K., s.51. Ayrıca bkz. JONES, A. (1993), “Woodpulp: Concerted Practice and/or Conscious Parallelism?”, *E.C.L.R.*, No:6/1993, s.275; OSTI, C. (1994), “Information Exchanges in the Obscure Light of Woodpulp”, *E.C.L.R.*, No:3/1994, s.179; VAN GERVEN, G. ve E.N. VARONA (1994), “The Wood Pulp Case and the Future of Concerted Practices”, *Common Market Law Review*, No:31, s.589.

¹⁰² Örneğin Hawk, ABD mahkemelerinin de, Komisyon’un kararındaki delilleri bütün olarak değerlendirip, “artı faktörler (*plus factors*)” yaklaşımı çerçevesinde, Sherman Yasası kapsamındaki bir anlaşmanın varlığı sonucuna ulaşacağını kabul ederken, ATAD’ın yalnızca iktisadi nitelikli kanıtlara dayanmasının yanlış sonuçlara götürebileceğini söylemektedir. Bkz. STEVENS, D. (1995), “Covert Collusion and Conscious Parallelism in Oligopolistic Markets: A Comparison of E.C. and U.S. Competition Law”, *Yearbook of European Law*, 15, s.69.

¹⁰³ Cases C-89/85 etc., *Ahlstrom Oy v. Commission (Woodpulp)* [1993] ECR I 1307.

¹⁰⁴ Cases 40/73 etc., *Suiker Unie v. Commission (Sugar)* [1975] ECR 1663.

¹⁰⁵ GUERRIN, M. ve G. KYRIAZIS (1992), “Cartels: Proof and Procedural Issues”, B.E. Hawk (der.), *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy* içinde, s.808; Soames 1996, s.26; Whish 2001, s.108.

uzlaşmayı gösteren belgelere dayanan bu yaklaşım, üstelik akıllıca ayak uydurmaların uyumlu eylem olmadığını açıkça söylemesine rağmen, “dolaylı ilişki” ifadesinden dolayı, oligopolistik pazarlardaki fiyat duyuruları ve liderliğinin, m.81(1) kapsamında değerlendirilebileceği endişelerini ortadan kaldırmamıştır¹⁰⁶.

Bu dönemde değinilmesi gereken son dava, “uyumlu eylemin varlığı için ilgili teşebbüsler arasında ilişki veya en azından bilgi değişimi gereklidir” şeklindeki ifadenin yer aldığı, *Züchner*¹⁰⁷ kararıdır. ATAD’ın bu ifadeyle ispat yükünü azaltması¹⁰⁸, aynı kararda, akıllıca ayak uydurma neticesinde oluşan paralel davranışların yasak olmadığını tekrarlamasına rağmen, uyumlu eylemin bilinçli paralellığı kapsayabileceği yönündeki endişelerin bir diğer kaynağı olmuştur¹⁰⁹.

2.3.2. 1979-1988

1970’lerin ekonomik kriz ortamının yarattığı Avrupa karamsarlığının (*Europessimism*) yavaşlattığı bütünleşme sürecinin, 1980’lerde tekrar hızlanması¹¹⁰, Komisyon’un da rekabet hukuku uygulamalarında daha aktif olmasını sağlamıştır. Nitekim Komisyon, 1979’da, %4’e varan para cezası uyguladığı¹¹¹ *Pioneer*¹¹² kararında, daha sert ceza politikasını ilk kez duyurmuş; 1983’teki, 13. Rekabet Politikası Raporu’nda ise, “görece hafif cezaların uygulandığı yaklaşık 20 yıllık deneyimin, teşebbüsleri, açık ihlallerden bile caydıramadığını” belirterek, değişiklik mesajını tekrarlamıştır¹¹³. Ancak bu dönemin farklılığı, artan cezalarla sınırlı değildir. Komisyon’un kararlarında, Roma Antlaşması ve ATAD içtihatları ile şekillenen kuralları esnetmek şeklinde bir yaklaşım da gözlemlenmektedir. Bunun ilk örneği *Woodpulp*¹¹⁴ kararında görülebilir.

Woodpulp, Komisyon’un, iktisadi nitelikli delillere dayanarak uyumlu eylemi ortaya koyma çabasını göstermektedir. Komisyon, yaptığı analizler çerçevesinde, paralel fiyat artışlarının oligopolistik fiyatlandırma ile açıklanamayacağını, çünkü pazarın oligopol nitelikte olmadığını söylemiştir.

¹⁰⁶ Van Gerven ve Varona 1994, s.591-592.

¹⁰⁷ Case 172/80, *Züchner v. Bayerische Vereinsbank* [1981] ECR 2021.

¹⁰⁸ Stevens 1995, s.70.

¹⁰⁹ Van Gerven ve Varona 1994, s.592.

¹¹⁰ DEBEIJ, T. (2000), “European Integration: An Historical Framework”, *Lecture within the framework of Seminar for officials of the Turkish Competition Authority*, College of Europe, Bruges, s.1.

¹¹¹ Geradin ve Henry 2005, s.5.

¹¹² *Pioneer* (1980) OJ L60/21.

¹¹³ Wils 1995, s.40.

¹¹⁴ *Woodpulp* (1985) OJ L85/1.

Komisyon'a göre, üretim ve nakliye maliyetleri birbirinden farklı olan çok sayıda teşebbüsün faaliyet gösterdiği bu pazarda, uzun yıllardır gözlenen paralel ve yüksek fiyatlar, rakipler arasında eş ya da yakın zamanlı fiyat duyuruları -ve yüzeysel olarak bahsedilen maddi deliller- ile sağlanan iletişimin sonucudur¹¹⁵.

Üreticiler arasında fiyat ve satış hedeflerinin belirlendiğine ilişkin toplantı notları, fiyatlara, karlılık oranlarına, satış miktarlarına ve müşterilerin kimliğine dair bilgi değişimi gibi delillere dayanılarak, m.81(1)'in ihlal edildiğine karar verilen *Polypropylene*¹¹⁶ davası da önemli özellikler içermektedir. Bu kararda, Sherman Yasası m.1 uygulamalarına benzer şekilde, anlaşma ve uyumlu eylem birlikte kullanılmış; keza, uzlaşmaya ulaşılan anı tanımlayan statik bir yaklaşım yerine, rekabetin ihlal edildiği bütün süreci kapsayan, “devam eden tek bir uzlaşma (*a single continuing agreement*) – karmaşık düzenlemeler (*complex arrangements*)” kavramı geliştirilmiştir¹¹⁷. Bunların yanında, kartelin ortaya konulmasında bilgi değişimine delil olarak yapılan vurgu da dikkat çekicidir¹¹⁸. Aynı yaklaşım, *PVC*¹¹⁹ ve *LdPE*¹²⁰ kararlarında da bulunmaktadır¹²¹.

Eskiden anlaşma ve uyumlu eylemi ayrı ayrı kullanan Komisyon'un bu konudaki yaklaşım değişikliği, en başta, daha karmaşık ihlallerle karşılaşmasına bağlanabilir. Gerçekten de, bu iki kavramı, uzun süreli ve çok sayıda teşebbüsün taraf olduğu kartellerde ayırmak çok zordur¹²². Ayrıca bu değişikliğin, avukatların, ilk önce, “*noter onaylı bir anlaşma bulunamadığından 'anlaşma yok'*” deyip; ardından da, “*madem ki herkes önceden anlaştığı şekilde davranmadı, o halde 'uyumlu eylem de yok'*” şeklindeki şeytani savunmalarına da cevap niteliğinde olduğu ifade edilmektedir¹²³.

“Devam eden tek bir anlaşma” tanımlaması ise, uzun dönemli kartellerde, ilgili teşebbüslerin uzlaşmalarını tek tek göstermenin imkansızlığı nedeniyle geliştirilmiştir. Bu yaklaşım sayesinde, deliller bütün olarak değerlendirilerek, kartelin varlığı ve belirgin özellikleri ortaya konulmakta;

¹¹⁵ Van Gerven ve Varona 1994.

¹¹⁶ Polypropylene (1986) OJ L230/1.

¹¹⁷ JOSHUA, J.M. (1999), “Cartels and Conspiracies: The Turning of The Tide?”, *IBC Advanced EC Competition Law Conference, Brussels* ve JOSHUA, J.M. (2002), “A Sherman Act Bridgehead in Europe, or a Ghost Ship in Mid-Atlantic? A Close Look at the United Kingdom Proposals to Criminalise Hardcore Cartel Conduct”, *E.C.L.R.*, Issue 5, s.243.

¹¹⁸ Kühn ve Vives, s.102-105.

¹¹⁹ PVC I (1989) OJ L74/1.

¹²⁰ LdPE (1989) OJ L74/21.

¹²¹ BRAUN, R., J.F. RAWLINSON ve K.L. RITTER (1991), *EEC Competition Law-A Practitioner's Guide*, Brussels and Chicago, s.119.

¹²² ANTUNES, L. (1991), “Agreements and Concerted Practices under EEC Competition Law: Is The Distinction Relevant?”, *Yearbook of European Law*, 11, s.57-58; Whish 2001, s.102-104.

¹²³ Joshua 1999, s.7.

aksini gösteren bir kanıt olmadıkça, ilgili teşebbüslerin bu sürecin tamamına katıldığı varsayılmaktadır¹²⁴.

Komisyon, anlaşmaların uygulanabilmesinin, anlaşmalara aykırı davranışların tespitine bağlı olduğu görüşünden hareketle, teşebbüsler arasındaki ticari sır niteliğindeki bilgilerin değişimini, üst bir anlaşmanın delili olarak kabul etmektedir. Çoğu davada anlaşmayı ortaya koyan açık deliller bulmanın imkansız olduğu düşünüldüğünde, bu yaklaşımın, ihlalleri ispat yükünü hafiflettiği açıktır¹²⁵.

2.3.3. 1989 Sonrası

Geliştirdiği kavramsal altyapı çerçevesinde, 1991'deki 21. Rekabet Politikası Raporu'nda belirttiği üzere, daha sıkı bir kartel politikası uygulamayı düşünen Komisyon¹²⁶, beklemediği bir engelle karşılaşmıştır: Topluluk mahkemeleri. Gerçekten de, Komisyon'un verdiği cezalar arttıkça, insan haklarından hareket eden baskı gruplarının da sesleri yükselmiş; bunların, "Komisyon'un karar alma sürecinde, teşebbüslerin haklarının yeterli olmadığı", "yaptırımların yüksekliği düşünüldüğünde, Komisyon kararlarının, idare hukuku yerine, ceza hukuku standartlarıyla değerlendirilmesi gerektiği; oysa ATAD'ın delilleri detaylı incelemeyip, genel bir denetim ile yetindiği ve Komisyon'a karşı aşırı hoşgörülü olduğu" şeklinde özetlenebilecek eleştirileri, üye devletler üzerinde de etkili olmuş ve belli usul kuralları yeniden düzenlenmiştir¹²⁷. Ama asıl etkinin, 1989'da kurulan Avrupa İlk Derece Mahkemesi'nin-*European Court of First Instance* (İDM), 1990'ların başında, Komisyon'un tabiri ile "aşırı kuralcı" bir yaklaşım benimsemesi şeklinde ortaya çıktığı söylenebilir¹²⁸. Nitekim, bu dönemde, Komisyon aleyhine pek çok karar verilmiştir.

İlk olarak *Polypropylene*¹²⁹ davasından bahsedilebilir. Komisyon'un kararını büyük ölçüde onaylasa da, İDM'nin, "teşebbüslerin başvurularını ayrı davalar halinde kabul etmekle böldüğü delilleri, bir de tek tek incelemesi", Komisyon çalışanlarında endişe yaratmıştır. Çünkü, yukarıda değinildiği üzere, Komisyon'un karmaşık kartel davalarındaki başarısı, delillerin bütün olarak

¹²⁴ Joshua 1999; Van Gerven ve Varona 1994, s.606; Whish 2001, s.102 ve 104-105.

¹²⁵ Kühn ve Vives, s.104-105; Stevens 1995, s.70-71.

¹²⁶ Wils 1995, s.40-41.

¹²⁷ JOSHUA, J.M. (1995), "Attitudes to Anti-Trust Enforcement in the EU and US: Dodging the Traffic Warden, or Respecting the Law?", http://europa.eu.int/common/competition/speeches/text/sp1995_044_en.html ve JOSHUA, J.M. (2004), "Oral Statements in EC Competition Proceedings: A Due Process Short-Cut", *Competition Law Insight*, No:26, 7 December 2004, s.3.

¹²⁸ RANDOLPH, F. (1993), "An Overview of the Recent Opinion in the PVC Appeal", *E.C.L.R.*, No:6/1993, s.239.

¹²⁹ Cases T-1/89 etc., *Rhone-Poulenc SA v. Commission (Polypropylene)* [1991] ECR II-867.

değerlendirilmesine bağlıdır. Sonradan Kartel Birimi'nin başına geçecek Joshua'nın, "gizli kartel anlaşmaları ticari sözleşmelere benzemez; uzlaşmalar nadiren yazılı hale getirilir. Bir kanıt katılımcıların hepsinde bulunmaz. Dolayısıyla delilleri yok etmekte en başarılı olanı ödüllendirmek yanlış olur. İhlalleri ve delilleri bütün olarak değerlendirmek yerine parçalamak, bir savunma taktiğidir" şeklindeki sözleri, bunu açıkça ortaya koymaktadır¹³⁰. Nitekim, Komisyon çalışanlarından Guerrin ve Kyriazis¹³¹, İDM'nin uygulamasının sakıncalarını, "kartel üyelerinin, uyumlu davranışların zamanlamasını, dış görünüşünü değiştirmekle veya zaman zaman anlaşmayı bozucu hareketlerde bulunmakla cezalandırılmaktan kurtulabilecek olmaları" şeklinde açıklamıştır.

PVC'deki¹³² İDM kararının Komisyon üzerindeki etkilerini ise, Joshua şu sözlerle ifade etmiştir: "Açık bir fiyat tespit anlaşmasına ilişkin dosyanın mahkeme aşamasının formalite olacağını beklerken, büyük bir şok yaşadık"¹³³. Gerçekten de, ATAD hukuk sözcüsü Van Gerven'in hazırladığı görüşte, "yalnızca üç çalışma dilinde kabul edilen kararın, diğer iki dilde hazırlanması için, Komisyon'un rekabetten sorumlu üyesinin yetkilendirilmesi" ve "kararın kabulünün ardından, hukuk bürosunun içeriği etkilemeyecek değişiklikler yapması" şeklinde ifade edilen davranışların¹³⁴, İDM'yi, kararın "yokluğu (*non-existent*)" sonucuna ulaştırması, AB rekabet hukuku ile ilgilenen herkes bakımından şaşırtıcı olmuştur. İDM, aynı gerekçeyle LdPE¹³⁵ kararını da bozmuştur.

Komisyon'a son darbe, *Woodpulp* kararı ile ATAD'dan gelmiştir¹³⁶. Bu davanın, ATAD'da raportör yargıç olarak görev yapan Prof. Joliet'nin, 20 yıl önce *Dyestuffs* kararına getirdiği eleştiriler çerçevesinde şekillendiği belirtilebilir. Gerçekten de ATAD, Joliet'nin görüşleri doğrultusunda, öncelikle, kararına esas teşkil edecek ayrıntılı bir pazar analizi yaptırmıştır. İlgili çalışmada, fiyat duyurularının maliyetlerini planlamak isteyen alıcıların talebi ile ortaya çıktığı, keza, duyurulan fiyatın altındaki bedellerle de sözleşme bağtlandığı; fiyatların, alıcıların birden fazla sağlayıcı ile çalışması, üreticilerin birbirlerinden mal alması gibi nedenlerle kısa sürede yayıldığı; rasyonel gerekçelerle ortaya çıkan bu şeffaflık, "az sayıda satıcı ve alıcılar grubu" şeklinde tanımlanabilecek pazar yapısı ile birleştirildiğinde, oligopolistik fiyatlandırma savunmasının kabul edilebileceği söylenmiştir. Analizleri yapan

¹³⁰ Joshua 1999, s.8.

¹³¹ Guerrin ve Kyriazis 1992, s.810-812.

¹³² Cases T-79/89 etc., BASF and others v. Commission (PVC Cartel I) [1992] ECR II-315.

¹³³ Joshua 1999, s.4.

¹³⁴ Randolph 1993.

¹³⁵ Cases T-80/89 etc., BASF and others v. Commission (LdPE) [1995] ECR II-729.

¹³⁶ Joshua 1999, s.5.

uzmanlar, anlaşmanın varlığı ya da yokluğu konusunda fikir beyan etmediklerini; sadece, paralel davranışlar için, anlaşma dışında bir açıklamanın var olup olmadığını araştırdıklarını açıkça belirtmiştir¹³⁷. Bu süreçte, ATAD, Komisyon'dan, kararda dayanılan maddi delillerle, hangi teşebbüslerin, ne kadar süre ile uzlaştıkları arasındaki bağın kesin olarak kurulmasını istemiştir. Komisyon bu talebe, “*delillerin teşebbüs ve süre esasına dayanılarak bölünmemesi gerektiğini*” söyleyerek karşı çıkmıştır. Bunun üzerine ATAD, “ağaçlar için ormanı gözden kaçırın” bir yaklaşımla¹³⁸, tüm belgeleri değerlendirme dışı bırakmış ve pazardaki paralel davranışların oligopolistik fiyatlandırma neticesinde ortaya çıktığına; bunun da, m.81(1) kapsamında olmadığına hükmetmiştir.

ATAD'ın bu sonuca ulaşmasında, Joliet'nin yanında, Komisyon'un sertleşen rekabet hukuku uygulamalarına karşı esen rüzgarların etkili olduğu belirtilebilir. Komisyon'un kararının, deliller arasındaki bağların sıkı kurulup, tartışmalı iktisadi kavramlara fazla dayanılmasaydı daha iyi olacağını, Komisyon çalışanları bile kabul etmektedir¹³⁹. Ancak, onlar ve başka yazarlar tarafından şu iki gerçeğin de altı çizilmektedir. Birincisi, toplantı notları ve teşebbüsler arası yazışmalar gibi önemli maddi delillerin varlığıdır¹⁴⁰. Nitekim, toplam satışların %40'ını gerçekleştiren üreticilerin, “fiyat takipçisi” olarak nitelendirilip karar kapsamı dışında tutulması, ATAD tarafından “çelişki” olarak nitelendirilse de, Komisyon'un yalnızca paralel davranışlardan hareket etmediğinin bir göstergesidir¹⁴¹. İkinci olarak, ATAD'ın, *Dyestuffs*'taki çizgisinden ayrıldığına dikkat edilmelidir. Bunun açık örneği, *Dyestuffs*'ta delillerin bütün olarak değerlendirilmesi gerektiğini söylerken, *Woodpulp*'da, Komisyon'dan aksini talep etmesidir¹⁴². Kanaatimizce, bu veriler çerçevesinde ATAD'ın yapması gereken, rasyonel paralel davranışların rekabet kurallarını ihlal etmediğini açıkça belirtmesi, ama bunun *Woodpulp*'da geçerli olmadığını söyleyip, Komisyon'un kararını onaylamasıydı. Ama yukarıda değinilen nedenlerle, ATAD, “uyumlu eylem yoktur” yanıtını seçmiştir.

ATAD, bunun yanında, Komisyon'un kartel davalarındaki ispat sorumluluğunu da büyük ölçüde arttırmıştır. Kararda geçen, “*paralel davranışların, tek rasyonel açıklaması uyumlu eylem olmadıkça, ihlal kabul edilmeyeceği*” şeklindeki ifade, m.81(1)'in ihlalinin, iktisadi delillerle ispatlanabileceği anlamına gelmektedir. Ancak yukarıdaki yanıt, iktisadi nitelikli

¹³⁷ Van Gerven ve Varona 1994.

¹³⁸ Joshua 1999, s.5.

¹³⁹ Joshua 1995, s.12.

¹⁴⁰ Guerrin ve Kyriazis 1992, s.803.

¹⁴¹ BERASATEGI, J. (1997), “Competition Policy and Oligopolies: A Critic on Collective Dominance” (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), College of Europe, Bruges, s.25.

¹⁴² Joshua 1995, s.10-12.

delillere aşırı biçimde bel bağlamanın ne kadar problemli olduğunu, Komisyon çalışanlarının *Woodpulp* davası pahasına öğrenmelerini sağlamıştır¹⁴³. Keza, ATAD'ın, gerek delillerin parçalanması gerek ihlalin varlığının kesin delillerle (*firm, precise and consistent body of evidence*) ortaya konulması yönündeki talebi, Komisyon'un ispat yükümlülüğünü maddi deliller bakımından da arttırmıştır. Gerçekten de, Komisyon'un, *Polypropylene* gibi davalarda benimsediği, kartelin varlığını ortaya koyup, aksini gösteren bir kanıt olmadıkça, ilgili teşebbüslerin bu sürecin tamamına katıldıklarını varsayan yaklaşımının, ATAD'ın getirdiği standartlar altında yaşamasının mümkün olmadığı açıktır¹⁴⁴.

*“Komisyon'un Kartel Birimi ikileme karşı karşıyadır. Kısıtlı kaynaklarını gizli anlaşmaları ortaya çıkarmak için kullanmaya devam mı etmelidir; yoksa gelişmiş uzlaşma yöntemleri, olumsuz mahkeme kararları ve teşebbüslerin giderek artan oyalayıcı taktikleri, Komisyon'un yetkilerini kullanılmaz hale mi getirmiştir?”*¹⁴⁵

Stevens'in bu endişesi, Komisyon çalışanları tarafından da paylaşılmıştır. Örneğin, Joshua¹⁴⁶ Mahkeme kararlarını, Wils¹⁴⁷ ise, genel olarak Topluluk rekabet hukuku uygulamalarını çok sert şekilde eleştirdiği makalelerinde, *“AB'nin haklara çok fazla vurgu yaparken, yükümlülükleri ihmal ettiğini”*, *“mahkemeler tarafından, usul kurallarına, asıl amaçlarının ötesinde önem verildiğini; örneğin, PVC kararının, teşebbüslerin haklarını korumak amacıyla hizmet etmediğini”* ve en önemlisi, *“bu olumsuzlukların arkasında, ABD'deki rekabet kültürünün aksine, Avrupa'nın kartel kültürünün yer aldığı”* belirtmiştir. Bu eleştirilerin, ileride değinilecek mahkeme kararlarının Komisyon adına olumlu sonuçlanmasında büyük etkisi olmuştur. Ancak iki gelişmenin daha altı çizilmelidir. Bunlardan birincisi, Joshua'nın¹⁴⁸ şu ifadesinde saklıdır: *“Avukatlar Komisyon'un yetkilerine saldırırken, ulusal hükümetler yetersiz uygulama sistemlerinin AB ile uyumlaştırılmasını teklif ediyordu”*. Kanaatimizce, Topluluk rekabet hukukunun, rekabet yasalarını yeni kabul eden üye ya da üyeliğe aday ülkeler tarafından örnek alındığı bir dönemde bulunulması, mahkemelerin, rekabet hukuku uygulamalarını kuvvetlendirme yaklaşımını, yeniden benimsemelerinde etkili olmuştur. İkinci olarak, 1993'teki Avrupa Birliği ve 1999'daki Amsterdam Antlaşmaları ile bütünleşme sürecinin hız kazanmasının etkili olduğu belirtilmelidir. Gerçekten de *Woodpulp* sonrası gelişmeler, genellikle Komisyon'un arzuladığı şekildedir.

¹⁴³ Ibid, s.10.

¹⁴⁴ Stevens 1995, s.73-76; Van Gerven ve Varona 1994, s.606-607.

¹⁴⁵ Stevens 1995, s.47.

¹⁴⁶ Joshua 1995.

¹⁴⁷ Wils 1995.

¹⁴⁸ Joshua 1999, s.6.

Komisyon, bu dönemde, ilk olarak, *PVC* dosyasında İDM'nin verdiği kararın temyizi için, ATAD'a başvurmuştur. ATAD, Komisyon'un kararının "varlığı"na, ama önemli usul hataları nedeniyle iptaline hükmetmiştir¹⁴⁹. Bunun üzerine Komisyon, usul hatalarını düzeltip, kararı bir daha kabul etmiştir¹⁵⁰.

Komisyon'un yeni kararları, cezalandırma politikasındaki değişimi de açıkça ortaya koymaktadır. Örneğin, *Cartonboard* kararında, ilgili teşebbüslere, fiyat tespiti, tespit edilen fiyatların aylar öncesinden duyurulması, ticari sır niteliğindeki bilgilerin değişimi, pazar paylaşımı ve arz kontrolü konularında uzlaştıkları gerekçesiyle para cezası uygulanırken, esas alınan oran, kartelin liderleri için %9; diğerleri için ise %7,5 olmuştur¹⁵¹. *Woodpulp*'dan gerekli dersi almış gözükken Komisyon, "pazardaki paralel davranışların tek başına uzlaşmayı ortaya koyabileceğini" söylemesine rağmen, maddi delillere ağırlık verip, bunları iktisadi nitelikli delillerle desteklemiştir. Kararda, *Polypropylene* davasında olduğu gibi, anlaşma ve uyumlu eylem ifadeleri birlikte kullanılmış; karmaşık düzenlemeler kavramı da devam ettirilmiştir¹⁵².

Yukarıda belirtilen etkenler doğrultusunda, Komisyon, bu kararların iptali için başvuru Topluluk mahkemelerinde istediği sonuçları elde etmeye başlamıştır. Gerçekten de, *Polypropylene*¹⁵³, *PVC*¹⁵⁴ ve *Cartonboard*¹⁵⁵ davalarında, İDM ve ATAD'ın verdiği kararların ortak özelliği, Komisyon'un geliştirdiği kavramların büyük ölçüde kabul görmesidir¹⁵⁶.

Bu davalarla uyumlu eyleme açıklık getiren ATAD'a göre, kavramın üç unsuru vardır; "uzlaşma", "davranış" ve "bu ikisi arasındaki nedensellik bağı". Ancak, *Sugar* kararında yapılan tanım çerçevesinde, aksi ilgili teşebbüslerce

¹⁴⁹ Cases C-137/92P etc., Commission v. BASF and others (PVC I) [1994] ECR I-2555.

¹⁵⁰ PVC II (1994) OJ L239/14.

¹⁵¹ Geradin ve Henry 2005, s.6.

¹⁵² Soames 1996, s.29.

¹⁵³ Case C-51/92P etc., Hercules Chemicals NV v. Commission (Polypropylene) [1999] CMLR 976.

¹⁵⁴ Cases T-305/94 etc., Limburgse Vinyl Maatschappij NV and Others v. Commission (PVC II) [1999] ECR I-931 ve Joined Cases C-238/99P etc., Limburgse Vinyl Maatschappij NV and Others v. Commission (PVC II) [2002] ECR I-8375.

¹⁵⁵ Cases T-334/94 etc., Sarrío SA v. Commission (Cartonboard) [1998] ECR II-1439 ve Cases C-291/98 P Sarrío SA v. Commission (Cartonboard) [2000] ECR I-9991

¹⁵⁶ ART, J.Y. (1999), "Developments in EC Competition Law in 1998: An Overview", *Common Market Law Review*, No:36, s.971-1026; McQUAIL, T. (2000), "Price Collusion Between Competitors", *IBC Pricing in Europe Conference, London*; SPINKS, S. (2000), "Review of Major Events and Policy Issues", *IBC Advanced EC Competition Law Conference, Brussels*; WESSELING, R. (2004), "PVC II Appeal Cases", *Common Market Law Review*, No:41, s.1141-1155; WESSELY, T.W. (2001), "Polypropylene Appeal Cases", *Common Market Law Review*, No:38, s.739-765; WHISH, R. (2000), "Recent Developments in Community competition Law 1998/1999", *ELR*, No:25, s.219-246.

kanıtlanmadıkça, rakiplerin birbirleri ile değiştirdikleri bilgileri dikkate alarak davranışlarını belirledikleri karinesinin bulunduğu da eklenmiştir.

ATAD, ikinci olarak, m.81'in lafzından hareketle, uyumlu eylemin antirekabetçi bir etki ortaya çıkmaya bile ihlal teşkil ettiğini belirtmiştir. Bu çerçevede, teşebbüslerin, rekabeti kısıtlama amacı içeren toplantılara katıldığının gösterilmesinin, aksi teşebbüslerce ispatlanmadıkça, ihlal için yeterli olacağını söylemiştir.

Bu kararlarla, anlaşma ile uyumlu eylem arasında yapay bir ayırım yaparak, uygulamaya da zarar vermiş, AB rekabet hukukuna 20 yıldır damgasını vuran, akademik bir tartışma son bulmuştur¹⁵⁷. Çünkü bu kararlar, anlaşma ve uyumlu eylem kavramları arasındaki farkın büyük ölçüde kalktığını göstermektedir. Her ne kadar, uyumlu eylem için uzlaşma ve davranışın birarada bulunması gerektiği söylene de, getirilen karinelerle yalnızca uzlaşmanın gösterilmesi yeterli kılınmıştır. Çünkü, teşebbüslerin rakiplerinden aldıkları bilgiden etkilenmeden davranışta bulduklarını ispatlamaları güçtür. Dolayısıyla, Komisyon'un kararında belirtilen, “*önemli olan anlaşma ve uyumlu eylem arasındaki ayırım değil; m.81 kapsamındaki uzlaşmalar ile salt paralel davranışlar arasındaki ayırmadır*” şeklindeki görüş kabul edilmiştir. Bu çerçevede, anlaşma ile uyumlu eylem arasındaki yegane fark, uyumlu eylemdeki ispat yükünün biraz daha hafif olmasıdır¹⁵⁸. Komisyon, eğer elindeki deliller anlaşma olduğu sonucuna ulaşmak için yeterli değilse, başta bilgi değişimi olmak üzere, teşebbüsler arasındaki rekabetçi davranışları etkileyebilecek ilişkilere dayanarak uyumlu eylemden hareket edebilecektir.

Bu davalarda önemli olan diğer bir husus ise, “devam eden tek bir uzlaşma (*a single continuing agreement*) – karmaşık düzenlemeler (*complex arrangements*)” kavramının onaylanmasıdır. Bu çerçevede, teşebbüslerin kartelin tüm eylemlerinden birlikte sorumlu tutulabilmesini ifade eden, “müteselsil sorumluluk (*shared responsibility*)” ilkesi de kabul edilmiştir.

Bu dönemde, Komisyon'un kartellerle mücadele çabalarına önemli bir destek de, *UK Tractors* davası ile sağlanmıştır. Komisyon, Birleşik Krallık'ta faaliyet gösteren üretici ve ithalatçıların yaptığı bilgi değişim anlaşmasına ilişkin muafiyet talebini reddetmiştir¹⁵⁹. Kararın gerekçesi, giriş engellerinin yüksek olduğu yoğunlaşmış pazardaki satış miktarlarına ilişkin detaylı bilgi değişiminin, şeffaflığı arttırarak, teşebbüslerin rekabet güdülerini ortadan kaldıracığı ve

¹⁵⁷ Joshua 2002, s.243.

¹⁵⁸ NEVEN, D., P. PAPANDROPOULOS ve P. SEABRIGHT (1998), *Trawling for Minnows European Competition Policy and Agreements Between Firms*, Centre for Economic Policy Research, Great Britain, s.61.

¹⁵⁹ UK Agricultural Tractor Registration Exchange (1992) OJ L68/19.

pazara girmek isteyen teşebbüslerin hemen farkedilip, yanıt verilmesine imkan sağlayacak niteliği ile giriş engeli yaratacağıdır. Bu karar, İDM¹⁶⁰ ve ATAD¹⁶¹ tarafından da onaylanmıştır¹⁶². Bundan önceki davalarda m.81(1)'i ihlal ettiği söylenen bilgi değişimi, her zaman fiyat tespiti, arz kontrolü gibi üst anlaşmaların parçasıyken, ilk kez¹⁶³, tek başına bilgi değişimini yasaklayan¹⁶⁴ bu karar, teşebbüsler arası bilgi değişiminin, gizli anlaşmaların ispatında, önemli bir delil olduğuna dair mesajı da tekrarlamaktadır¹⁶⁵.

Mahkemelerin biçimsel bir yaklaşımdan kaçındığı bu kararlar, Komisyon'un kartel politikasına yardımcı niteliktedir¹⁶⁶. Bu durum, kartel biriminin başında yer alan Joshua'nın, mahkeme kararlarının yeni bir dönemin habercisi olabileceğini belirtmesine ve Van Bael'in¹⁶⁷ "*a la Carte Cezalandırma: AB Rekabet Hukuku Piyangosu*" başlıklı makalesine cevap niteliğindeki şu ifadeleri kullanmasına yol açmıştır: "*Artık kartel üyeleri, rakiplerinin masasında, a la Carte yemek yediklerini iddia edemeyecekler*"¹⁶⁸.

Komisyon'un kartel politikasına yardımcı olan diğer bir husus ise, pişmanlık programlarıdır. ABD'nin başarılı tecrübelerinden yararlanılarak, ilk olarak 1996 yılında kabul edilen Pişmanlık Programı¹⁶⁹, çeşitli eksikliklerinden dolayı, yerini, 2002 tarihli programa¹⁷⁰ bırakmıştır. 2002 tarihli programdaki

¹⁶⁰ Case T-35/92 etc., John Deere Ltd v. Commission (UK Tractors) [1994] ECR II-957.

¹⁶¹ Case C-7/95P etc., John Deere Ltd v. Commission (UK Tractors) [1998] ECR I-3111.

¹⁶² Konuyu "yenilikler" boyutu bakımından değerlendirip, kararın yanlış olduğunu savunan bir görüş için bkz. ALBACH, H. (1996), "The U.K. Agricultural Tractors Information Exchange System", H. Albach, J.Y. Jin ve C. Schenk (der.), *Collusion through Information Sharing? New Trends in Competition Policy* içinde, Edition Sigma, Germany, s.123-135.

¹⁶³ Bazı kaynaklarda *Fatty Acids* (1987) OJ L3/17 kararı zikredilse de, bu davadaki bilgi değişimi, ilgili teşebbüsler arasındaki kota tespiti anlaşmasının bir parçasıdır.

¹⁶⁴ GREEN, N. ve A. ROBERTSON (1997), *Commercial Agreements and Competition Law Practice and Procedure in the UK and EC*, Second Edition, Kluwer Law International, London, U.K., s.524.

¹⁶⁵ Kühn ve Vives, s.112-113.

¹⁶⁶ Whish 2000, s.226. Komisyon'un, ATAD'ın *Polypropylene* kararına atıf yaparak, "devam eden tek bir anlaşma (*a single continuing agreement*) – karmaşık düzenlemeler (*complex arrangements*)" kavramını kullanmasına örnek için bkz. *Lombard Club* karteline ilişkin olarak WINTERSTEIN, A. (2002), "Commission Fines Eight Austrian Banks for Participating in the 'Lombard Club' Cartel", *Competition Policy Newsletter*, No:3, October 2002, s.32 ve *Concrete Reinforcing Bars* karteline ilişkin olarak LAINA, F. (2003), "Commission Fines Participants in Concrete Reinforcing Bars Cartel", *Competition Policy Newsletter*, No: 1, Spring 2003, s.68.

¹⁶⁷ VAN BAEL, I. (1995), "Fining a la Carte: The Lottery of EU Competition Law", *ECLR*, No:4/1995, s.237-243.

¹⁶⁸ Joshua 1999, s.16.

¹⁶⁹ Commission Notice on the non-imposition or reduction of fines in cartel cases [1996] OJ C207/4.

¹⁷⁰ Commission Notice on the non-imposition or reduction of fines in cartel cases [2002] OJ C45/3.

eksiklikler ise, 2006 yılında kabul edilen programla¹⁷¹ büyük ölçüde giderilmiştir. Pek çok kartelin ortaya çıkarılmasını sağlayan¹⁷² bu programlara ilişkin ayrıntılı açıklamalara, “3.2.8. Pişmanlık (Af) Programı Uygulama Yetkisi” başlığı altında yer verilecektir.

1962 tarih ve 17/62 sayılı Tüzüğün¹⁷³ yerine geçen, üçüncü ve dördüncü bölümlerde incelenecek, 2003 tarih ve 1/2003 sayılı Tüzük¹⁷⁴, kartellerle mücadeleyi daha da ileri noktaya götürmüştür. Çünkü, kartel dosyalarında edinilen tecrübeler neticesinde, Komisyon’un yerinde inceleme ve bilgi isteme yetkileri arttırılmış¹⁷⁵, yaptırımlar çeşitlendirilerek, kuvvetlendirilmiş, muafiyet sistemi kaldırılarak, kaynakların kartellerle mücadeleye aktarılmasına imkan sağlanmıştır¹⁷⁶.

Bütün bunların kartellerle mücadeleye katkıları, Komisyon’un, kartellere ilişkin kararlarının sayısındaki artıştan da görülebilir. Komisyon, 2000 ile 2005 yılları arasında, kartellere ilişkin olarak, 38 kez, madde 81(1)’in ihlal edildiği kararını vermiştir ki, yılda yaklaşık 6 karara tekabül eden bu rakam, önceki 30 sene ortalamasının iki katıdır¹⁷⁷. Komisyon’un kartellere ilişkin kararlarının sayısı artarken, verilen cezaların miktarları da artmaktadır. Örneğin, 2001’de, kartel dosyalarında verilen 1,8 milyar Euro’luk ceza, AB’nin kurulmasından, 2000 yılına kadar geçen zamanda verilenlerden daha fazladır¹⁷⁸. 2006’da, 1,84 milyar Euro ile, 2001’dekinden de fazla para cezası verilmiş ama bu rekorun kırılması da çok uzun sürmemiştir¹⁷⁹. Gerçekten de, 2007’nin daha

¹⁷¹ Commission Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases [2006] OJ C298/17.

¹⁷² Örneğin, 1996 tarihli programa, 80’nin üstünde başvuru yapılmıştır. Bkz. BARENNEs, M. ve B. VAN BARLINGEN (2005), “The European Commission’s 2002 Leniency Notice in Practice”, *Competition Policy Newsletter*, No:3, Autumn 2005, s.6. 2006 yılında yapılan başvuru sayısı ise, 104’tür. Bkz. LOWE, P. (2007a), “Commission’s Enforcement Record in 2006”, *Competition Policy Newsletter*, No:1, Spring 2007, s.1.

¹⁷³ Council Regulation 17/62 of 16 February 1962 implementing Articles 81 and 82 of the Treaty, OJ L 13/204.

¹⁷⁴ Council Regulation (EC) No. 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, OJ L 1 of 4.1.2003.

¹⁷⁵ Buna bir örnek, konutlarda yerinde inceleme yapma yetkisinin verilmesidir.

¹⁷⁶ Monti 2001, s.20 ve PERETZ, G. (2000), “Cartels and Fining Policy”, *IBC Advanced EC Competition Law Conference, Brussels*, s.5-6.

¹⁷⁷ KROES, N. (2006), “Delivering on the Crackdown: Recent Developments in the European Commission’s Campaign against Cartels”, *The 10th Annual Competition Conference at the European Institute, Fiesole, Italy*, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/06/595&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>.

¹⁷⁸ RIVAS, J. ve F. STROUD (2002), “Developments in EC Competition Law in 2001: An Overview”, *Common Market Law Review*, No:39, s.1101.

¹⁷⁹ KALLAUGHER, J. ve A. WEITBRECHT (2007), “Articles 81 and 82 EC in 2006 – The Year in Review”, *E.C.L.R.*, Issue 5, s.318.

dördüncü ayında, *Elevators and Escalators*¹⁸⁰ kartelinde yer alan teşebbüslere uygulanan 992 milyon Euro'luk cezanın da etkisiyle, ceza toplamı, 2 milyar Euro'yu aşmıştır¹⁸¹. Hemen belirtmek gerekir ki, bu yüksek ceza politikası, Topluluk mahkemeleri tarafından da kabul görmektedir¹⁸².

Bu noktada, 4056/1986 sayılı Tüzüğü¹⁸³ yürürlükten kaldıran, 1419/2006 sayılı Tüzük'ten¹⁸⁴ de bahsedilmelidir. Avrupa Parlamentosu'nun büyük bir çoğunlukla verdiği destek ve Avrupa Ekonomik ve Sosyal Komitesi'nin olumlu görüşünün de etkisiyle, Komisyon'un teklifinden sadece 9 ay sonra, Avrupa Konseyi'nin, 25.09.2006 tarihinde, oybirliğiyle, düzenli hat taşımacılığında kartel benzeri yapılanmalara muafiyet sağlayan 4056/1986 sayılı Tüzüğü yürürlükten kaldırması, AB'deki kartellere yönelik tutum değişikliğinin bir başka göstergesidir¹⁸⁵.

Bütün bunlar, Joshua'nın yeni bir dönemin başlamak üzere olduğu şeklindeki, yukarıda yer verilen görüşünü desteklemektedir. Yeni bir dönemin başladığı hususunda, tereddüte mahal bırakmayacak gelişme ise, OECD'nin, AB rekabet hukuku ve politikasına ilişkin olarak 2005 yılında hazırladığı gözden geçirme raporunda yer alan, gerçek kişilere de yaptırım uygulanabilmesine yönelik önerinin¹⁸⁶ hayata geçirilmesi olacaktır¹⁸⁷. Anılan raporda, tüzel kişiler yanında, karteğe taraf olan gerçek kişilere de yaptırım uygulanabilmesine imkan verecek değişikliklerin gerçekleştirilmesinin, AB'nin kartellerle mücadelesindeki başarısını arttıracığı ifade edilmiştir. Rapora göre, AB mevzuatı, gerçek kişilere uygulanabilecek para cezasına cevaz vermektedir ama bu yaptırımın etkisi, diğer yaptırımlara, özellikle de hapis cezasına kıyasla

¹⁸⁰ Elevators and Escalators (Commission Press Release IP/07/209 of 21 February 2007)

¹⁸¹ LOWE, P. (2007b), "Introduction to Cartels Working Group Plenary Session", *ICN Annual Conference, Moscow*, http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/text/sp2007_06_en.pdf, s.6.

¹⁸² Örnek olarak, ATAD'ın *Pre-insulated Pipes* karteline ilişkin Joined Cases C-189/02 etc., *Dansk Rorindustri and Others v. Commission (Pre-insulated Pipes)* [2005] ECR I-5425 kararı. Bkz. NORDLANDER, K. (2006), "Pre-insulated Pipes Appeal Cases", *Common Market Law Review*, No:43, s.583-595.

¹⁸³ Council Regulation (EEC) No. 4056/86 laying down detailed rules for the application of Articles 81 and 82 of the Treaty to maritime transport, OJ L 378 of 1.12.1986.

¹⁸⁴ Council Regulation (EC) No. 1419/2006 repealing Council Regulation (EEC) No. 4056/86 on the application of Articles 81 and 82 of the Treaty to maritime transport and amending Council Regulation No. 1/2003, OJ L 269 of 28.9.2006.

¹⁸⁵ BENINI, F. ve C. BERMIG (2007), "Milestones in Maritime Transport: EU Ends Exemptions", *Competition Policy Newsletter*, No:1, Spring 2007, s.20-22.

¹⁸⁶ OECD (2005b), "Competition Law and Policy in the European Union", <http://www.oecd.org/dataoecd/7/41/35908641.pdf>, s.72

¹⁸⁷ Wils 2005, s.134.

sınırlıdır. Raporda, bu nedenle, AB mevzuatında yapılacak değişikle hapis cezasının getirilmesi; en azından, bu yaptırımın, üye devletlerin mevzuatı yardımıyla uygulanabilmesine yönelik tartışmaların başlatılmasının faydalı olacağı sonucuna ulaşılmıştır.

Üçüncü Bölüm

KARTELLERİN ORTAYA ÇIKARILABİLMESİ ve SORUŞTURULABİLMESİ İÇİN GEREKLİ KURUMSAL YAPILAR, YETKİLER, İSPAT STANDARTLARI VE ARAÇLARI

3.1. Kartellerin Ortaya Çıkarılabilmesi ve Soruşturulabilmesi İçin Gerekli Kurumsal Yapılar

Kartellerin ortaya çıkarılabilmesi ve soruşturulabilmesi için, her şeyden önce, belli özellikleri haiz kurumsal yapılar oluşturulmalıdır.

3.1.1. Amaca Özgülenmiş, Yetkin Bir Örgüt

Başta kartellerle etkili mücadele olmak üzere, tüm rekabet kurallarının kağıt üzerinde kalmayıp, etkili biçimde uygulanabilmesinin ilk koşulunun, amaca özgülenmiş, yetkin bir örgütün varlığına bağlı olduğu genel kabul görmektedir¹. Bu sonuca ulaşılırken, ABD'nin kartellerle mücadelede elde ettiği başarıda, Adalet Bakanlığı Antitröst Birimi'nin rolüne vurgu yapılmaktadır². Gerçekten de, Adalet Bakanlığı Antitröst Birimi, özellikle 20 inci yüzyılın başı³, 1930'ların ikinci yarısı⁴, 1970'ler⁵ ve 1990'lar gibi kaynaklarının arttığı dönemlerde, kartellerle mücadelede giderek daha etkili olmuştur.

Buna karşılık, amaca özgülenmiş örgütlerin bulunmadığı hukuk düzenlerinde, rekabet kuralları, özellikle de kartellere ilişkin yasaklamalar uygulanmayıp, kağıt üzerinde kalmıştır. Buna en açık örnek, Fransa, Hollanda, Avusturya, Lüksemburg gibi ülkelerde, 1950'lerde getirilen antitröst kurallarına uyulmaması halinde uygulanabilecek hapis cezası ve diğer yaptırımların, konunun takipçisi olabilecek yetkin örgütlerin bulunmamasından dolayı uygulanamamasıdır⁶. Bu durum, cinayet, çocukların cinsel istismarı gibi suçların yanında, antitröst suçlarının öncelik kazanması ihtimalinin fazla olmaması ile açıklanmaktadır⁷.

¹ Örnek olarak bkz. Wils 2005, s.148-149; Kovacic 2001, s.784.

² Wils 2005, s.148-149; Kovacic 2001, s.789.

³ Baker 2001, s.694.

⁴ Kovacic ve Shapiro 1999, s.9; Baker 2001, s.694.

⁵ Baker 2001, s.695 ve 2003, s.25.

⁶ Wils 2005, s.133-134 ve 149.

⁷ Ibid, s.149.

Benzer şekilde amaca özgülenmiş örgütün bulunduğu, ama kaynaklarının yeterli olmadığı durumlarda da başarılı bir uygulama olmayacaktır. Örneğin, Komisyon'un kartel birimi yöneticilerinden biri olan Olivier Guersent, AB'de karara ulaşma sürecinin yavaşlığının gerekçelerinden biri olarak, geçmişte kartellerle mücadeleye yeterince personel ayrılmamasını ve gereken önceliğin verilmemesini göstermiştir⁸.

3.1.2. Yetkin Bir Kartel Birimi

Kartellerle etkili mücadele için, amaca özgülenmiş, yetkin bir örgütün içinde, yetkin bir kartel biriminin kurulması gerektiği genel kabul görmektedir. Nitekim, bir Uluslararası Rekabet Ağı-*International Competition Network* (ICN) çalışmasına görüş bildiren rekabet otoriteleri, özellikle *per se* kuralının etkisiyle, sektörleri yakından tanımanın kartel soruşturmalarında daha az önem taşıdığını ifade etmiştir⁹. Rekabet otoritelerine göre, kartel soruşturmasının, pişmanlık programının uygulanması, yerinde incelemelerin organizasyonu, tanıklarla görüşülmesi, bilgi teknolojilerine hakimiyet, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması ile teknik araçlarla izleme gibi çeşitli teknik ve hukuki gerekleri bulunmaktadır. Örneğin, yerinde incelemelerin organize edilerek yürütülmesi, başlı başına uzmanlık isteyen bir olaydır. Çünkü önce arama emri gibi usul kurallarının gereğinin yerine getirilmesi; ardından da, ekiplerin oluşturulması, engellemelerle baş edilebilmesi, belgelerin yok edilmesinin önlenmesi gerekmektedir. Keza, görüşmeler yapılması ve ifade alınmasındaki başarı da, büyük ölçüde, bunu gerçekleştirecek personelin eğitimi ve tecrübesine bağlıdır. Sonuç olarak, rekabet otoriteleri, deneyimleri çerçevesinde, kartel soruşturmasının üstesinden ancak uzmanlaşmış bir birimin gelebileceğini; bu birimin içinde, istenirse, sektörel uzmanlaşmaya gidilebileceğini ifade etmiştir. Nitekim başta ABD ve AB olmak üzere, gelişmiş rekabet hukuku sistemlerinin tamamında, kartel birimlerinin oluşturulduğu görülmektedir¹⁰.

Anılan ICN çalışmasında, kartel birimlerinin kimlerden oluştuğuna dair bilgi de yer almaktadır¹¹. Bu birimlerde çalışan personelin çoğunluğu hukukçudur. Buna karşılık ekonomistler çok azdır. Bunun nedenleri, "*per se*

⁸ GCR 2002c, s.33.

⁹ ICN 2005, s.31-47.

¹⁰ BARNETT, T.O. (2006a), "Seven Steps to Better Cartel Enforcement", *Presentation to the 11th Annual Competition Law & Policy Workshop, European Union Institute, Florence, Italy*, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/216453.pdf>, s.2; CLI (2005), "EU's Leniency Policy Calls for Thought", *Competition Law Insight*, 12 April 2005, s.1; MALRIC-SMITH, P. ve A. SAARELA (2005), "Reorganisation of Cartel Work in DG Competition", *Competition Policy Newsletter*, No: 2, Summer 2005, s.43; YSEWYN, J. ve E. JORDAN (2003), "Cashing in on Cartels", *E.C.L.R.*, Issue 6, s.235.

¹¹ ICN 2005, s.33.

kuralından dolayı, kartelden doğan zarar konusunda iktisadi analizlere ihtiyaç duyulmaması” ve “özellikle hapis cezaları söz konusu ise, hukuki tartışmaların çıkma olasılığı fazla olduğundan, usul kurallarına sıkı sıkıya riayet edilmesinin gerekmesi” şeklinde açıklanmıştır. İktisatçılar fazla olmasa da, kartel birimlerindeki personel, diğer antitröst birimlerine göre çok daha çeşitlidir. Bunun en önemli nedeni ise, bilgi teknolojileri uzmanlarının istihdam edilmesidir. Konuya ilişkin daha ayrıntılı açıklamalara, “3.1.3. Bilgi Teknolojileri Uzmanlarının Varlığı” başlığı altında yer verilecektir.

3.1.3. Bilgi Teknolojileri Uzmanlarının Varlığı

Rekabet otoriteleri, başta yerinde incelemeler olmak üzere, faaliyetleri bakımından, bilgi teknolojileri uzmanlarının varlığının çok önemli olduğunu belirtmektedir¹². Bilgi teknolojileri uzmanları, özellikle, yerinde incelemelerin başarısında çok önemlidir. Bunun sebebi, giderek artan biçimde, bilgilerin elektronik ortamda saklanması ve silinmiş dosyalar, şifre korumalı haberleşme veya arşiv sistemleri ile karşılaşılmıştır.

Ancak bilgi teknolojileri uzmanlarının işlevi, yerinde incelemeler ile sınırlı değildir. Elde edilen bilgilerin elektronik ortamda işlenmesi, delillerin, AB’de olduğu üzere, savunma hakkının kullanılabilmesi için elektronik ortamda ilgililere gönderilmesi gibi işlevleri de bulunmaktadır¹³.

Bu nedenlerle, rekabet otoriteleri, ya kurum içinde bilgi teknolojileri uzmanları istihdam etmekte ya da dışarıdan hizmet almaktadır. Örneğin, AB’de, Komisyon bünyesinde elektronik ortamda saklanan bilgilere ulaşmakta uzmanlaşmış bir birim bulunmaktadır¹⁴. ABD’de ise, Adalet Bakanlığı Antitröst Birimi, FBI uzmanlarından yararlanmaktadır¹⁵.

3.1.4. Kolluk Kuvvetleri İle İşbirliği İmkânı

Kartellerle mücadelede, kolluk kuvvetlerinden destek alınması büyük önem arz etmektedir. Bazı ülkelerde, rekabet otoriteleri, yerinde inceleme, görüşme yapma gibi yetkilerini, doğrudan kolluk kuvvetleri vasıtası ile kullanmaktadır. Buna verilebilecek örneklerin başında, ABD gelmektedir. FBI’da çalışan ajanlar, Adalet Bakanlığı Antitröst Birimi’ndeki savcılarının koordinasyonunda, aramaları gerçekleştirmekte, görüşmeler yapmaktadır. Bilişim uzmanlarını istihdam eden, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda

¹² Ibid, s.43.

¹³ Ibid, s.46.

¹⁴ LOWE, P. (2006), “Speech at the Cartel Working Group Plenary Session”, *ICN Annual Conference, Cape Town, South Africa*, http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/text/sp2006_007_en.pdf, s.4.

¹⁵ Wils 2005, s.149.

alınması ile teknik araçlarla izleme teknolojisine sahip, görüşmeler yapma konusunda uzman FBI'nın, kartellerle mücadeleye katkısının çok önemli olduğu belirtilmektedir¹⁶. Bu konudaki diğer bir örnek, federal polis teşkilatında yalnızca kartellerle ilgilenen bir birimin kurulduğu Brezilya'dır¹⁷.

Rekabet otoriteleri ile kolluk kuvvetleri arasında, yukarıdaki örneklerdeki gibi bir yardım ilişkisi olmasa bile, yine de belli konularda işbirliği sağlanmalıdır. Nitekim AB'de uygulama bu yöndedir. Komisyon uzmanları, yapacakları yerinde incelemelerde, gerek görürlerse, üye devletlerin kolluk kuvvetlerinden yardım alabilmektedir¹⁸. Yerinde inceleme yetkisini kullanırken çeşitli problemlerle karşılaşan görevlilerin, kolluk kuvvetlerinin desteğini almalarının önemi, "3.2.2. Yerinde İnceleme Yetkisi" başlığı altında incelenecektir.

Kolluk kuvvetlerinin yardımları, kamu kaynaklarının etkin kullanımını da sağlayacaktır. Örneğin, çok sayıda bilgi teknolojileri uzmanı istihdam etmek yerine, bu konuda kolluk kuvvetlerinden yardım alınabilir. Delil olarak kullanılacak belgelerdeki el yazılarının analiz edilmesinde de, kolluk kuvvetlerinin uzman birimlerinden destek alınabilir¹⁹.

3.2. Kartellerin Ortaya Çıkarılabilmesi ve Soruşturulabilmesi İçin Gerekli Yetkiler

İkinci olarak, kartellerin ortaya çıkarılabilmesi ve soruşturulabilmesi için gerekli yetkilerden bahsedilmelidir. Hemen belirtmek gerekir ki, bu yetkiler, birbirlerinin ikamesi değil, tamamlayıcıdır.

3.2.1. Bilgi İsteme Yetkisi

Rekabet otoritelerinin antitröst ihlallerini ortaya çıkarırken kullandığı yetkilerden biri, bilgi isteme yetkisidir. Bilgi isteme yetkisi, yerinde inceleme yetkisinden farklı olarak, fiziki varlığı olmayan, daha açık bir ifade ile yazılı halde bulunmayan bilgilerin de elde edilmesini sağladığından önemlidir²⁰. Bilgi isteme yetkisine bu imkanı, ABD ve AB'de, teşebbüslerin sessiz kalma hakkına sahip olmamaları sağlamaktadır. Gerçekten de, ABD'de, tüzel kişilerin

¹⁶ Ibid, s.149; HAMMOND, S.D. (2004b), "Cornerstones of an Effective Leniency Program", *Presented before the ICN Workshop on Leniency Programs, Sydney, Australia*, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/206611.pdf>, s.1.

¹⁷ DE ARAUJO, K.V.M.M., P.R.P. PUGLIESE ve A.G. CASTILLO (2003), "European Union and Brazil: Leniency in Cartel Cases—Achievements and Shortcomings", *E.C.L.R.*, Issue 9, s.470.

¹⁸ Alman Rekabet Otoritesi (*Bundeskartellamt*) da, kolluk kuvvetlerinden benzer bir yardım almaktadır. Bkz. <http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/download/pdf/ICN-Template.pdf>

¹⁹ ICN 2005, s.39.

²⁰ Wils 2003, s.583.

Anayasa'daki 5 inci değişlikle sağlanan susma hakkından faydalanması mümkün deęildir²¹. AB'de de, Topluluk mahkemeleri, teşebbüslerin, kendileri veya diğer teşebbüsler aleyhine kullanılabilirler olsa bile, tüm sorulara cevap vermek ve belge sunmak yükümlülüğü altında olduğunu belirtmiştir. Bunun tek istisnası, “rakiplerinizle hiç fiyat tespit ettiniz mi?” veya “81 inci maddeyi ihlale niyetlendiniz mi?” gibi ihlali kabul etmeye açıkça zorlayan sorulardır²². Buna karşılık, rakiplerle yapılan toplantı bilgileri, bu toplantıların öncesinde, sırasında veya sonrasında hazırlanan gündemler, notlar, katılımcı listeleri, raporlar, çalışma metinleri, tablolar, hazırlık evrakları gibi bilgi ve belgeler istenebilmektedir²³.

Yukarıdaki gibi taleplerde bulunabilmenin kartellerle mücadelede ne kadar etkili bir araç olduğuna örnek, AB'deki *Sodium Gluconate*²⁴ kartelinden verilebilir. Bu dosyada, Komisyon'un bilgi isteme yazısına cevaben, teşebbüslerden biri, rakiplerle yapılan toplantılara ilişkin kayıtları ve bu toplantılardan çıkan sonuçları vererek, kartelin tüm unsurları ile ortaya konmasında etkili olmuştur²⁵.

Ancak, rekabet otoritelerinin bilgi isteme yetkilerini etkili biçimde kullanabilmeleri için, ne sormaları gerektiğini bilmelerine yetecek kadar bilgiye ihtiyaç duymaları veya rekabet otoriteleri doğru sorular sorsa bile, ilgililerin doğru cevaplar vermeyerek ihlali gizleme yolunu seçebilmeleri gibi durumlar, rekabet otoritelerinin başka yetkilere de sahip olmasını gerektirmektedir²⁶.

²¹ Baker 2001, s.708; Wils 2003, s.577 ile 2005, s.124 ve 150.

²² Case 374/87, Orkem v. Commission [1989] ECR 3283. Ayrıca bkz. KINSELLA, S. ve K. DALY (2001), “Defence Strategies in International Cartels an EU Perspective”, *ABA Cartels Workshop, Brussels*, <http://www.abanet.org/antitrust/committees/criminal/cartel.doc>, s.19; Wils 2003, s.574-576.

²³ Kinsella ve Daly 2001, s.17.

²⁴ Sodium Gluconate (Commission Press Release IP/01/1355 of 19 March 2002).

²⁵ Buna rağmen Komisyon, bilgi talebine cevap verilmesinin teşebbüslerin işbirliği yükümlülüğü içinde olduğunu belirtmiş ve sadece %40 oranında indirim yapmıştır. Bkz. ARBAULT, F. ve S. SUURNAKKI (2002), “The Sodium Gluconate Cartel”, *Competition Policy Newsletter*, No:1, February 2002, s.30. Belirtmek gerekir ki, Topluluk mahkemelerine göre, teşebbüslerin, bilgi talebinin gereğini yerine getirmesi, Komisyon bakımından, bu işbirliğinden dolayı cezada bir indirim yapılması zorunluluğu doğurmamaktadır. Örneğin, İDM, *Belgian Beer* karteline ilişkin Case T-38/02 Groupe Danone v. Commission (Belgian Beer) [2005] ECR II-4407 kararında, Komisyon'un, kartel toplantılarının tarihlerine, katılımcılarına ve konularına ilişkin olarak yönelttiği soruların, teşebbüsler tarafından yanıtlanmasının, işbirliğinden dolayı bir indirim yapılması zorunluluğu doğurmadığına çünkü teşebbüslerin, zaten bu tür bilgi taleplerine cevap verme yükümlülüklerinin bulunduğuna hükmetmiştir. Bkz. KRISTOF, M. (2006), “Developments in Cartel Case-law: Commission Decisions and Court Judgments of 2005 ”, *Competition Policy Newsletter*, No:1, Spring 2006, s.59. İDM'nin bu kararı, ATAD tarafından da onaylanmıştır. Bkz. Case C-3/06 Groupe Danone v. Commission (Belgian Beer) [2007] ECR I-1331.

²⁶ Wils 2003, s.583-586.

3.2.2. Yerinde İnceleme Yetkisi

Kartellerle etkili mücadele için yapılması gerekenlerden birinin, rekabet otoritelerine yerinde inceleme yetkisi vermek olduğu konusunda genel kabul bulunmaktadır. Bu nedenle, örneğin ABD ve AB’de, bu yetki, işyerlerinin yanı sıra, konutlarda da kullanılabilir.²⁷

ABD’de arama, mahkeme kararı ile kendilerine arama yetkisi verilen ve herhangi bir engelleme olasılığını ortadan kaldırmak üzere silah taşıyan FBI ajanları tarafından yapılmaktadır. AB’de ise incelemeyi, Komisyon uzmanları, üye devlet yetkililerinin işbirliği ile yapmaktadır. Komisyon uzmanlarının incelemelerde yaptığı iş, ABD’deki FBI ajanlarının yaptığı ile hemen hemen aynıdır. Her iki rejimde de, genellikle sabahları erken saatlerde inceleme yapılacak yere gidilmekte²⁸; çalışma masaları, dolaplar, taşıtlar ve benzeri yerler aranmaktadır. İnceleme esnasında, ajanda, not gibi belgelere de bakılmakta, bilgisayarlar kontrol edilmektedir. ABD’de, daha ayrıntılı incelemeye tabi tutulmak istenen belge ve bilgisayarlar merkeze götürülürken, AB’de, buna, kopya almanın mümkün olmadığı hallerde başvurulmaktadır²⁹. Özetle, her iki rejim arasındaki yegane farkın, AB’de incelemeyi yapanların silah taşımaması olduğu ifade edilmektedir³⁰. Ancak bu fark, Komisyon yetkililerinin bir odaya kilitlenmesi³¹ gibi doğrudan engellemelerle karşılaşıldığında, önemli olabilmektedir.

Yerinde incelemenin engellenmesi, teşebbüslerin, incelemelerin başladığına dair birbirlerine şifreli mesajlar göndermeleri³² örneğinde olduğu üzere, dolaylı da olabilmektedir. Nitekim Komisyon’un bir basın duyurusunda yer alan aşağıdaki ifade, rekabet otoritelerinin niçin başka yetkilere de ihtiyaç duyduğunu açıklamaktadır:

*“Komisyon uzmanları ile üye devletlerdeki meslektaşlarının kartellere ilişkin kesin kanıtlar elde etmeleri, özellikle yakın zamanlarda, imkansız yakın bir görev haline gelmiştir; çünkü bazı firmalar, çalışanlarına, ‘kırmızı alarm’ tatbikatlarıyla, baskın için gelen rekabet uzmanlarının işlerini nasıl güçleştireceklerini öğretmekte tereddüt etmemektedir.”*³³

²⁷ Örnek olarak bkz. Baker 2003, s.25; Hammond 2004b, s.2; Kovacic 2001, s.783-784.

²⁸ Bu nedenle yerinde incelemelere, “şafak baskını (*dawn raids*)” de denilmektedir.

²⁹ Kinsella ve Daly 2001, s.18-19.

³⁰ GCR (2001), “The Pitfalls of Seeking Cartel Leniency”, *GCR*, April/May 2001, s.27-28.

³¹ *Ibid*, s.28.

³² BELLAMY, C. ve G.D. CHILD (1993), *Common Market Law of Competition*, Fourth Edition, Sweet&Maxwell Limited, London, U.K, s.176; Geradin ve Henry 2005, s.37.

³³ LEVY, N. ve R. O’DONOGHUE (2004), “The EU Leniency Programme Comes of Age”, *World Competition*, No:27(1), s.77.

3.2.3. Eksik, Yanlış veya Yanıltıcı Bilgi Verilmesi, Belgelerin İçeriklerinin Değiştirilmesi veya Ortadan Kaldırılması ile İnceleme ve Soruşturmaların Engellenmesinin Etkili Biçimde Cezalandırılabilmesi

Bilgi isteme ve benzeri yetkilerin amacına hizmet edebilmesi için, ilgililerin yapacağı fayda-maliyet analizinde, sonuç, işbirliği yönünde olmalıdır. Nitekim ABD Barolar Birliği'nin organize ettiği bir kartel çalıştayında, Avrupa'dan iki avukat, "Uluslar Arası Kartellerde Savunma Stratejileri-AB Perspektifi" konulu sunumlarında, "*bilgi ve belgelerin bu analiz yapıldıktan sonra rekabet otoritelerine verilebileceğini ya da yok edilebileceğini*" ifade etmiştir³⁴. Bu nedenle, işbirliğinin reddinin etkili biçimde cezalandırılması, böylece, ilgililere maliyetinin yükseltilmesi gereklidir³⁵. Aksi takdirde, antitröst otoritesinden gelen bilgi isteme yazısı üzerine, amirlerinin talimat verdiği iki çalışanın, ihalelerde danışıklı harekete ilişkin iki araba dolusu evrakı yakmaları, bir istisna olması gerekirken, hem bu olayın yaşandığı Avustralya'nın hem de diğer rekabet otoritelerinin sıkça karşılaştıkları bir durum haline gelir³⁶. Bu nedenle gelişmiş rekabet hukuku sistemlerinde, özellikle de ABD'de, ilgilileri, eksik, yanlış, yanıltıcı bilgi vermekten, belgelerin içeriklerini değiştirmekten veya ortadan kaldırmaktan ve inceleme ile soruşturmaları engellemekten caydırmaya yönelik ağır cezalar bulunmaktadır.

ABD'de, şifahi olarak eksik, yanlış veya yanıltıcı bilgi verilmesinin cezası, 5 yıla kadar hapis ve/veya 250.000 \$'a kadar para cezasıdır. Yazılı olarak eksik, yanlış veya yanıltıcı bilgi verilmesinin cezası, bireyler için 5 yıla kadar hapis ve/veya 250.000 \$'a kadar para cezası; tüzel kişiler içinse 500.000 \$'a kadar para cezasıdır. Belgelerin içeriklerinin değiştirilmesi veya ortadan kaldırılmasının cezası, bireyler için 20 yıla kadar hapis ve/veya 250.000 \$'a kadar para cezası; tüzel kişiler içinse 500.000 \$'a kadar para cezasıdır. İnceleme ve soruşturmaları engellenmenin cezası, bireyler için 20 yıla kadar hapis ve/veya 250.000 \$'a kadar para cezası; tüzel kişiler içinse 500.000 \$'a kadar para cezasıdır³⁷. Dikkat edileceği üzere, eksik, yanlış veya yanıltıcı bilgi verenlere uygulanabilecek hapis cezasının süresi, 2004'teki yasa değişikliğine kadar, kartele taraf olanlara verilebilecek 3 yıllık cezadan daha fazladır. Belgelerin içeriklerini değiştiren veya ortadan kaldıranlar ile inceleme ve soruşturmaları engelleyenlere uygulanabilecek para cezası ise, yeni yasa ile kartel üyelerine uygulanabilecek 10 yıldan hala daha fazladır. Bu sayede, azami 3 ya da yeni

³⁴ Kinsella ve Daly 2001, s.21.

³⁵ Wils 2003, s.582.

³⁶ OECD 2002, s.8.

³⁷ HAMMOND, S.D. (2004a), "Dealing with Obstruction in Cartel Investigations", *Presented Before the ICN Workshop on Cartels, Sydney, Australia*, s.45-51.

düzenleme ile 10 yıl hapse girmemek için, eksik, yanlış, yanıltıcı bilgi vermek, belgelerin içeriklerini değiştirmek veya ortadan kaldırmak ile inceleme ve soruşturmaları engellemek niyetinde olanlara, esasında daha fazla risk aldıkları mesajı verilmektedir³⁸.

ABD’de, yine konuya verilen önemden dolayı, bilgi-belge sunanlardan, eksik, yanlış veya yanıltıcı bilgi vermediklerine dair yazılı taahhüt alınmaktadır. Benzer bir uygulama, federal ihalelere katılanlara, tekliflerini tamamıyla bağımsız şekilde belirlediklerine dair taahhütname imzalatılmasıdır. Gerçeğin farklı olduğu ortaya çıkarsa, kartele ilişkin soruşturma yanında, gerçeğe aykırı beyanlardan dolayı da soruşturma başlatılmaktadır³⁹.

Yukarıdaki düzenlemelerin nasıl uygulandığına dair bir örnek, *Carbon* kartelinden verilebilir. Anılan kartelde, bir teşebbüs, yanıltıcı bilgi ve belgeler vererek, Adalet Bakanlığı yetkililerinin, fiyat tespit toplantılarını, yasal iş görüşmeleri şeklinde değerlendirmelerini sağlamaya çalışmıştır. Teşebbüs, bununla da yetinmemiş; yanıltıcı bilgi ve belgeleri, kartelin bir diğer üyesine, Adalet Bakanlığı’nın sorularına cevap verirken kullanmaları için göndermiştir. Ayrıca, rakiplerle olan ilişkileri gösteren belgeleri yok etmesi için, bir ekip de görevlendirmiştir. Bu nedenle, ilgili teşebbüse para; çalışanlarına ise, hem para hem de hapis cezası verilmiştir⁴⁰. Benzer bir durum, bir Japon firmasının, kartele ilişkin belgeleri, ABD’deki şubesinden, Japonya’daki merkeze göndermesinde yaşanmıştır⁴¹.

AB’de ise, yıllarca eksik, yanlış veya yanıltıcı bilgi verilmesi, incelemelerin engellenmesi ile belgelerin içeriklerinin değiştirilmesi veya ortadan kaldırılmasının cezası, caydırıcı olmaktan uzak kalmış; bu eksiklik, 1/2003 sayılı yeni Tüzük sayesinde, ABD kadar olmasa da, bir ölçüde giderilmiştir. Bugün, bu tür eylemlerinden dolayı teşebbüslere, ilk olarak, önceki yıl cirolarının %1’ine kadar ceza verilebilmekte; ardından da, eylemin devam ettiği her bir gün için, önceki iş yılındaki ortalama günlük cironun %5’ini geçmeyen bir ceza uygulanabilmektedir.

³⁸ PATE, R.H. (2003a), “The DOJ International Antitrust Program—Maintaining Momentum”, *Before the American Bar Association Section of Antitrust Law 2003 Forum on International Competition Law, New York City*, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/200736.pdf>, s.5-6.

³⁹ Bu konuya ilişkin daha ayrıntılı açıklama ve örnek olaylar için bkz. Hammond 2004a, s.46-47.

⁴⁰ Pate 2003a, s.4-5; Pate 2003b, s.4; PATE, R.H. (2003d), “The Honorable Konrad Von Finckenstein and North American Antitrust Enforcement”, *2003 Annual Fall Conference on Competition Law Canadian Bar Association, Ottawa, Canada*, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/201336.pdf>, s.7.

⁴¹ GUSTAFSON, L.K., B.M. COLLINS ve B. McKAY (2004), “Criminal Consequences of Anticompetitive Conduct”, *South Texas Law Review*, Vol:45, 2003-2004, s.93.

ABD ve AB dışında verilebilecek diğerk bir örnek, Birleşik Krallık'tır. Konuya ilişkin caydırıcılığın önemini kavrayan Birleşik Krallık'da, 2002'de çıkarılan yasayla, kasten veya ihmalen, eksik, yanlış veya yanıltıcı bilgi verme ile yerinde incelemenin engellenmesinin cezası, 2 yıla kadar hapis ve/veya maktu olmayan para cezası; belgelerin içeriklerinin değıştirilmesi veya ortadan kaldırılmasının cezası ise, 5 yıla kadar hapis ve/veya maktu olmayan para cezası şeklinde belirlenmiştir⁴².

3.2.4. İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınması ile Teknik Araçlarla İzleme Yetkisi

Kartellerle mücadelede en etkili araçlardan birinin, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması ile teknik araçlarla izleme yetkisi olduğu konusunda, öğretilerde, genel kabul bulunmaktadır⁴³. Bu genel kabule uygun olarak, söz konusu yetkiye sahip rekabet otoritelerinin sayısı hızla artmaktadır. Örneğın, Kanada'da, 1999'dan⁴⁴; Birleşik Krallık'da, 2002'den beri bu yetki kullanılabilir⁴⁵.

ABD'de, bu imkan, yakın bir zamana kadar, ancak kartel üyelerinden birinin işbirliği halinde kullanılabilir⁴⁶ idi. Örneğın *Lysine* soruşturmasında, bu sayede telefonlar dinlenebilmiş ve toplantılar gizli kamera ile kayda alınabilmiştir. Kartel üyelerinin büyük bir rahatlık içinde yaptığı görüşmelerin, FBI tarafından gizlice kaydedilmesi ile elde edilen deliller, gerek teşebbüslerin tamamının Adalet Bakanlığı ile ceza konusunda anlaşmaya varmasında gerek kartellerin arsız doğasının⁴⁷ dünya çapında anlaşılmasında, çok faydalı olmuştur. Bu nedenledir ki, Şubat 2005'te, Kongre'ye sunulan konuya ilişkin yasa teklifi, Amerikan Barolar Birliği Antitröst Birimi'nin, kartellerle sınırlı kalmak kaydıyla olumlu görüş bildirmesinin⁴⁸ de etkisiyle, Senato'da, oybirliği ile kabul edilmiş ve Temsilciler Meclisi'ne gönderilmiştir. Temsilciler Meclisi tarafından da kabul edilerek, 09.03.2006 tarihinde, Başkan Bush'un imzası ile yürürlüğe giren yasa⁴⁸

⁴² MacNEIL, I. (2003), "Criminal Investigations in Competition Law", *E.C.L.R.*, Issue 4, s.155.

⁴³ Örnek olarak bkz. Baker 2003, s.25; Hammond 2004b, s.2; Kovacic 2001, s.783-784; Wils 2005, s.149.

⁴⁴ Joshua 2004, s.6; MacNeil 2003, s.153-154.

⁴⁵ SULLIVAN, M. ve J. FILION (2004), "The Basics of International Cartel Enforcement in Canada", *A Paper Prepared for the Osgoode Hall Continuing Legal Education Program: Canada's Competition Regime: Thinking Strategically a Practical Guide for Business*, Osgoode Hall Law School, York University, s.7-8.

⁴⁶ Griffin 2001 ve Hammond 2001b.

⁴⁷ ABA 2005.

⁴⁸ 18 U.S.C. § 2516(1)(r).

ile, Adalet Bakanlığı Antitröst Birimi, kartellerin ortaya çıkarılması bakımından çok önemli yetkilerden birine daha sahip olmuştur⁴⁹.

AB’de ise, ilgililer tarafından hazırlanıp, Komisyon’a sunulan kayıtların kullanılabilmesi söz konusu olsa da⁵⁰, henüz iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması ile teknik araçlarla izleme yetkisi mevcut değildir. Ancak, böyle bir yetkiye, en azından üye devletlerin mevzuatı yardımıyla sahip olunmasının, kartellerle mücadeleyi çok daha etkili kılacağı açıktır. Çünkü ABD’de yasa teklifini sunan senatörlerin ileri sürdüğü şu gerekçenin evrensel bir geçerlilik taşıdığı düşünülmektedir:

“Antitröst otoriteleri, eğer kartellerin kapalı kapılar ardında yürütülen faaliyetlerine sızma imkanına sahip değilse, doğası gereği gizli bu oluşumların ortaya çıkarılması son derece zordur. Oysa fiyat tespiti, ihalelerde danışıklı hareket ve benzeri rekabet ihlalleri, en az, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması ile teknik araçlarla izleme imkanının mevcut olduğu diğer beyaz yakalı suçlar kadar tüketicilerden çalmaktadır. Antitröst otoritesine, kartelleri ortaya çıkarmaları için gerekli her türlü aracı sunmamız hayatidir. Bu nedenle, antitröst otoritesine, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması ile teknik araçlarla izleme yetkisini vererek, onların, bu tür suç örgütlerinin üzerine saldırgan bir biçimde gitme imkanlarını artıracaktır.”⁵¹

3.2.5. Uluslar Arası İşbirliği Yapma Yetkisi ve Interpol’ün Kırmızı Bülteni

Küreselleşen dünyada, karteller de küreselleşmekte; *Lysine* ve *Vitamin* gibi hemen her ülkeyi kapsayan uluslar arası kartellerle karşılaşmaktadır. Bunlarla mücadelede ise, rekabet otoritelerinin ulusal düzeyde geçerli olan yetkileri yetersiz kalmaktadır. Bu nedenle, günümüzde, “merkezi ve şubeleri, ilgili rekabet otoritesinin yetki alanı dışında kalan teşebbüslerde, yerinde inceleme nasıl yapılabilir? Bu teşebbüslerin bilgi taleplerine cevap vermesi ne şekilde sağlanabilir? Verilen para ve hapis cezaları nasıl uygulanabilir?” gibi cevaplanması güç sorular, rekabet otoritelerinin karşısına sıkça çıkmaktadır.

Bu sorulara verilecek cevapların birlikte aranmasını sağlamak üzere, ABD Adalet Bakanlığı Antitröst Birimi’nin öncülüğünde, 1999’da, 25 ülkenin

⁴⁹ Masoudi 2007, s.4-5.

⁵⁰ Kinsella ve Daly 2001, s.19.

⁵¹ DeWINE, M., H. KOHL ve P. LEAHY (2005), “DeWine, Kohl Introduce Bill to Strengthen Antitrust Enforcement”, <http://www.senate.gov/~kohl/press/05/02/2005217946.html>. ABD’deki bu yasanın bireysel özgürlükler bakımından yarattığı tehlikenin, yasanın gerekçesinde ileri sürülen faydaları gölgelediği yönündeki bir görüş için bkz. OLIVA, S.M. (2005), “Analysis of S. 443: The Antitrust Criminal Investigative Improvements Act of 2005”, http://www.voluntarytrade.org/downloads/5C01_Analysis.pdf.

ve Komisyon'un katılımıyla, Washington'da uluslar arası bir çalıştay düzenlenmiştir. Bu çalıştayın başarısı, 2000'de Birleşik Krallık, 2001'de Kanada, 2002'de Brezilya ve 2003'te AB rekabet otoritelerinin ev sahipliğinde yapılan toplantılara zemin teşkil etmiştir⁵². Çalıştaylar, daha sonra, rekabet hukuku konusunda en etkin uluslar arası yapı olduğu ifade edilen⁵³ ICN şemsiyesi altında, 2004'te Avustralya'da, 2005'te Güney Kore'de, 2006'da Hollanda'da ve 2007'de El Salvador'da yapılmıştır. Deneyimlerin paylaşılmasını, meslektaşların kaynaşmasını sağlayan bu toplantıların da etkisiyle, rekabet otoriteleri arasında işbirliği zemini oluşmuştur⁵⁴.

Bu işbirliği zemini sayesinde, rekabet otoriteleri, eş zamanlı yerinde incelemeler gerçekleştirebilmek, elde ettikleri bilgileri paylaşabilmek gibi imkanlara kavuşmuştur. Örneğin, Aralık 2002'de, ABD ile AB rekabet otoriteleri bir plastik katkı maddesi üreticilerine yönelik olarak eş zamanlı inceleme gerçekleştirmiştir⁵⁵. Şubat 2003'te, yine plastik katkı maddesi endüstrisine yönelik olarak gerçekleştirilen eş zamanlı yerinde inceleme ise, çok daha kapsamlıdır. Bu dosyada, ABD, AB, Kanada ve Japonya'da, yani üç kıtada, 250'nin üzerinde uzman ve ajan inceleme yapmıştır. Uluslar arası bir kartele ilişkin olarak, dört hukuk düzeninde, eş zamanlı olarak yürütülen bu ilk deneyimde, AB üyesi altı ülkedeki 14 şirkette, yerinde inceleme gerçekleştirilmiştir⁵⁶.

Uluslar arası işbirliği, Karşılıklı Adli Yardım Antlaşmaları-*Mutual Legal Assistance Treaties* sayesinde, bugün öyle bir noktaya gelmiştir ki, bir otorite, kendi yetki alanı içinde, diğeri adına yerinde inceleme yapabilmekte, ifade alabilmekte, hatta para cezalarının tahsiline yardımcı olabilmektedir⁵⁷. Örneğin, ABD kaynakları ile Mısır'da yapılacak kanalizasyon ihalesi için kurulan bir uluslar arası kartelle ilgili olarak, 100'den fazla Alman görevli, Almanya'da, ABD adına inceleme yapmıştır⁵⁸. Keza *Carbon Fiber* karteline ilişkin olarak yürütülen soruşturma çerçevesinde, ABD adına inceleme yapan Japon yetkililer, ABD'deki büyük jüri incelemesinden saklanmak üzere Japonya'ya getirilen fiyat tespit anlaşmalarını bulmuştur⁵⁹.

⁵² Hammond 2005a, s.4.

⁵³ Örnek olarak bkz. SCHONEVELD, F.R. (2003), "Cartel Sanctions and International Competition Policy: Cross-Border Cooperation and Appropriate Forums for Cooperation", *World Competition*, No:26(3).

⁵⁴ Hammond 2005a, s.5.

⁵⁵ Gustafson, Collins ve McKay 2003, s.95.

⁵⁶ Gustafson, Collins ve McKay 2003, s.95; Hammond 2005a, s.5; Pate 2003b, s.5.

⁵⁷ Hammond 2005a, s.5.

⁵⁸ Hammond 2005a, s.4-5; Pate 2003b, s.4-5.

⁵⁹ Pate 2003b, s.5.

Bu başlık altında son olarak, ABD'nin 2001 yılından itibaren İnterpol'ün "Kırmızı Bülteni (*Red Notice*)" vasıtasıyla uygulamaya başladığı politikadan bahsedilmelidir⁶⁰. Bu politika çerçevesinde, Interpol'ün yayımladığı Kırmızı Bülten'e, antitröst suçlarından arananların isimleri verilmektedir. Bununla temel olarak amaçlanan, ABD ile aranan kişinin yakalandığı ülke arasında, konuya ilişkin uluslar arası antlaşmanın var olması halinde iadeyi sağlamaktır. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, antitröst suçları ile ilgili olarak yakalananların iadesine ilişkin uluslar arası antlaşmalar çok azdır. Bu nedenle, Adalet Bakanlığı'nın Kırmızı Bülten uygulamasının sonucu, genelde ilgililerin ABD'ye iadesi değildir. Ancak bu uygulamayla sağlanan bir fayda, aşağıdaki örnekle açıklanabilir:

Bir Japon iş adamı, iş görüşmesi yaptığı Hindistan'dan ayrılırken, antitröst suçu nedeniyle ismi Kırmızı Bülten'e konduğu için tutuklanmıştır. İş adamının çıkarıldığı Hindistan mahkemesi, tutukluluğu sona erdirse de yurt dışına çıkışa izin vermemiş ve iş adamının her gün mahkemeye gelerek, Hindistan'da bulunduğu dair beyanda bulunmasını istemiştir. Mahkemenin, iş adamının, ABD ile Hindistan arasında antitröst suçlarının iadesine ilişkin bir antlaşma olmadığı için ülkesine dönmesine izin vermesine kadarsa, üç ay geçmiştir. Özetle; Adalet Bakanlığı, konuya ilişkin uluslar arası antlaşmaların yokluğunda, antitröst suçlarından dolayı arananların ABD'ye iadesini sağlayamamaktadır. Ama en azından yukarıdaki örnekte olduğu üzere, iş adamlarını zor duruma düşürerek, kendi iradeleri ile ABD'ye gelmelerini sağlamaya çalışmaktadır⁶¹.

Bu noktada belirtilmesi gereken, ABD yetkililerinin, iadeyi sağlayacak antlaşmaların yapılabilmesi için, diğer ülkeler, özellikle de AB üyesi devletler nezdinde kulis faaliyetleri yürüttüğüdür. Bu faaliyetlerin meyvesini vermek üzere olduğuna dair bir örnek, Morgan Crucible şirketinin eski yönetim kurulu başkanı Ian Norris'e ilişkindir⁶². Ian Norris, 2004 yılında, ABD'de gıyabında yapılan yargılama sonucunda, fiyat tespiti ile inceleme ve soruşturmanın engellenmesi suçlarından mahkum edilmiştir. Bunun üzerine, ABD Adalet Bakanlığı, ABD ile Birleşik Krallık arasında yürürlüğe konan 2003 tarihli Suçluların İadesi Antlaşması'na ve yine 2003 tarihli Birleşik Krallık Suçluların İadesi Yasası'na dayanarak, anılan şahsın, ABD'ye iadesini talep etmiştir. Bu talep, Birleşik Krallık'daki bir ceza mahkemesi tarafından kabul edilmiştir. Bu kararın bozulması için başvuru yapılan Temyiz Mahkemesi'nde de sonuç

⁶⁰ Pate 2003a, s.7.

⁶¹ MAGNEY, J.S. ve R.C. ANDERSON (2004), "Recent Developments in Criminal Enforcement of US Antitrust Laws", *World Competition*, No:27(1), s.101 ve 105-106. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. BARNETT, B. ve W. DILLON (2004), "To Catch a Thief: Border Watches, Interpol, & Extradition", *ICN Cartel Workshop, Sydney, Australia*.

⁶² Masoudi 2007, s.4.

değişmemiştir. Bunun üzerine, Ian Norris, Birleşik Krallık'daki en üst mahkeme olan Lordlar Kamarası'na başvurmuştur ki temyiz süreci halen devam etmektedir. Ian Norris, burada da arzuladığı sonucu elde edemezse, Birleşik Krallık İçişleri Bakanlığı tarafından, cezasını çekmesi için ABD'ye iade edilecektir.

Bu açıklamalar çerçevesinde, özellikle son yıllarda giderek artan uluslar arası kartellerle etkili mücadele için, rekabet otoritelerine, uluslar arası işbirliği imkanı sağlayacak yetkiler verilmesi gerektiği belirtilebilir.

3.2.6. Soruşturma Aşamasında Gizliliği Sağlayabilme Yetkisi

Rekabet otoritelerinin soruşturma aşamasında gizliliği sağlayabilme yetkisinin önemini, ABD'nin kartellerle mücadelesindeki büyük başarısının dayanaklarını inceleyen çalışmalarında, Baker⁶³ ve Joshua⁶⁴, şu şekilde açıklamaktadır:

Teşebbüsler yanında bireylerin de hapis ve para cezası ile karşı karşıya olduğu ABD sisteminde, soruşturma sürecinde kurulan büyük jürinin topladığı bilgilere, soruşturulanların dahi ulaşması mümkün değildir. Bu sayede, kimin ne kadar bilgi verdiğini ve dosyanın kuvvetlenmesi için hangi bilgilere ihtiyaç duyduğunu, sadece Adalet Bakanlığı Antitröst Birimi savcılarını bilmektedir. Adalet Bakanlığı'nın iç yazışmalarını da kapsayan⁶⁵ dosyaya giriş konusundaki bu engel, büyük jüri soruşturmasının potansiyel hedeflerinin, ayrı avukatlar tarafından temsil edilmesi gerekliliğiyle, daha da yükseltilmiştir. Gerçekten de, kartel içinde yer alanların, birbirleri aleyhinde vereceği ifadeler ile cezalardan bağışıklık veya indirim kazanabiliyor olmalarının yarattığı çıkar çatışması, avukatların, meslek kuralları gereğince, bir teşebbüs ile o teşebbüsün çalışanlarına bile aynı anda vekalet edememesi sonucunu doğurmaktadır. Böyle bir durumda, avukatların, durumu ilgililere bildirip, birini tercih etmesi zorunludur⁶⁶. Bu düzenlemeler nedeniyle, soruşturulanların karşılaştıkları bilinmezlikten kaynaklanan korkular, savcılara, “bireyler ile teşebbüsler”, “bireyler ile bireyler” ve “teşebbüsler ile teşebbüsler” arasında, “eğer bize bilgi verirsen, cezadan bağışıklık sağlarız ya da indirim yaparız” ifadesi kullanılarak,

⁶³ Baker 2001, s.699 ve 708-710 ile 2003, s.26.

⁶⁴ Joshua 2002, s.241.

⁶⁵ HENRY, R.E., “New Problems and Possibilities Brought by the Globalisation of Criminal Prosecution”, www.abanet.org/antitrust/committees/criminal/new_problems.html, s.5-6.

⁶⁶ Bu tercihin yapılması gerektiği, ilgililere, Adalet Bakanlığı tarafından da bildirilmekte ve konunun takipçisi olunmaktadır. Bkz. ANTOINE, O.N. ve C.E. KOOB (2006), “United States”, *Cartel Regulation*, GCR, London, s.192.

bir yarış başlatma imkanı vermektedir ki, bu süreç, “iti ite kırdırma (*dog eat dog*)” şeklinde de adlandırılmaktadır⁶⁷.

AB’de de, soruşturma konusu teşebbüslerin, Komisyon’un soruşturma raporunun (*statement of objections*) kendilerine tebliğinden önce, dosyaya giriş hakkı bulunmamaktadır. Keza, dosyaya giriş hakkı, ABD’dekine benzer şekilde, Komisyon’un iç yazışmalarını da kapsamamaktadır⁶⁸. Ancak AB’de, ABD’deki kadar başarılı sonuçların ortaya çıkmasını engelleyen iki eksiklik bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, soruşturma kapsamındaki farklı avukatlar tarafından temsil edilmesi konusunda kesin bir kuralın mevcut olmamasıdır. İkincisi ise, yalnızca teşebbüslere ceza verilebilmesi, buna karşılık, teşebbüslerdeki kartel faaliyetlerine katılan çalışanların, bireysel sorumluluğun bulunmamasıdır⁶⁹. Bu iki nedenden dolayı, hem soruşturma aşamasında gizlilik daha az sağlanabilmekte hem de soruşturulanlar arasında, gizlilik sayesinde başlatılabilecek yarış, yalnızca teşebbüsler ile sınırlı kalmaktadır.

Baker ve Joshua’nın yukarıdaki açıklamaları çerçevesinde, kartellerle etkili mücadelenin sağlanabilmesi için, rekabet otoritelerine, soruşturma aşamasında gizliliği sağlayabilme, başka bir deyişle, dosyaya girişleri engelleyebilme imkanı verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

3.2.7. Kartelleri İhbar Edenlerin Ödüllendirilmesi Yetkisi

Kovacic, kartelleri, antitröst otoritelerine ihbar edenlere ödül verilmesinin faydalı olacağını ifade etmektedir⁷⁰. Çünkü, nasıl ki kartelleri ortaya çıkarmak için pişmanlık programları⁷¹ ile kartel üyelerine para cezasından bağışıklık kazanma şeklinde bir ödül veriliyorsa, kartel içinde yer almayan, ancak bir şekilde kartelin varlığı hakkında bilgi sahibi olan üçüncü kişilere de, para ödülü verilerek antitröst otoritelerine ihbarda bulunmaları sağlanmalıdır. Muhbirlerin sağlayabileceği katkılara örnekler, kartelin örgütlenmesi, eylemleri, kilit katılımcıları hakkında rekabet otoritesine bilgi-belge vermek, tanıklık yapmak ve kartel üyelerinin görüşmelerinin, teknik araçlarla izlenmesine yardımcı olmaktır. Kovacic, ihbarda bulunanların verdiği bilgilerin inandırıcı olmayacağına dair eleştirileri de⁷², aynı problemin pişmanlık programından yararlananlar bakımından da söz konusu olduğu, ancak örneğin *Art Auction* ve

⁶⁷ Baker 2001, s.699 ve 708-710 ile 2003, s.26.

⁶⁸ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Commission Notice on the rules for access to the Commission file in cases pursuant to Articles 81 and 82 of the EC Treaty, Articles 53, 54 and 57 of the EEA Agreement and Council Regulation (EC) No 139/2004 [2005] OJ C325/7.

⁶⁹ BOYCE, J., J. LENSCHOW, D. LOUKAS ve H. NIEMEYER (2006), “European Union”, *Cartel Regulation*, GCR, London, s.51.

⁷⁰ Kovacic 2001, s.776 ve 780.

⁷¹ “3.2.8. Pişmanlık (Af) Programı Uygulama Yetkisi” başlığı altında incelenecektir.

⁷² Örnek olarak Wils 2003, s.586.

Food Additives kartellerine ilişkin davalarda, bu yöndeki savunmalara rağmen, ihlal kararının çıktığı şeklinde cevaplamıştır⁷³.

Kovacic'in düşüncelerine uygulamadan verilebilecek örnek, Güney Kore'dir. Kore Rekabet Otoritesi'nden Kim; 2002'den beri kartelleri ihbar eden üçüncü kişilere ödül verildiğini, ödülün miktarının verilen ceza toplamının %5'ine kadar ulaşabildiğini ama her halükarda 1 milyar Won'u (yaklaşık olarak 1 milyon ABD \$'ını) geçmediğini belirtmiştir. Kim, programın başarısının, 2005 yılında, ödül tavanının 100 milyondan 1 milyar Won'a çıkarılması ve ihbarcıların kimliklerinin daha sıkı şekilde korunmaya başlamasından sonra arttığını ifade etmiştir. Gerçekten de, 2002 ile 2004 yılları arasında, sadece dört dosyada programa başvuru yapılmışken; değişikliğin yapıldığı 2005'te, bu sayı hemen dörde çıkmıştır⁷⁴.

Varlığı diğer yetkiler kadar önemli olmasa ve belki de bu nedenle henüz yaygın bir uygulaması bulunmasa da, ihbarcıların ödüllendirilmesinin, kartellerle mücadelede etkili olabileceği düşünülmektedir. Çünkü bu sayede, kartelin içinde yer almadığı halde varlığından bir şekilde haberdar olanlar, örneğin kartel toplantısının yapıldığı otelin personeli, teşebbüslerin, karteğe taraf olmayan ama varlığını bilen çalışanları, hatta eski eş veya sevgililer⁷⁵, rekabet otoritelerine başvurmaya teşvik edilmektedir.

3.2.8. Pişmanlık (Af) Programı Uygulama Yetkisi

ABD Kartel Birimi'nin başındaki Hammond'ın, ABD'de 1978'de yürürlüğe giren, 1993'te yapılan değişikliğin ardından kartellerle mücadelede sağladığı başarılarından dolayı başta AB olmak üzere birçok hukuk düzenine örnek teşkil eden pişmanlık programları⁷⁶ hakkındaki aşağıdaki sözleri, konunun daha ayrıntılı incelenmesini gerekli kılmaktadır.

“Antitröst Birimi savcıları olarak, her hukuk düzeninde bulunmayan şu araçlara sahip olduğumuz için çok şanslıyız: İncelemelerimizde, görüşme ve sorgulama konusunda hayli eğitilmiş FBI ajanlarından yardım almaktayız. ABD antitröst yasalarını ihlal eden bireylerin, hapis cezası tehdidinden dolayı, ceza indirimi karşılığında yaptıklarını itiraf etme ve işbirliği yapma saiki fazla.

⁷³ Tanık ifadelerinin delil niteliği, “3.3.2.1. İfadelerle İspat İmkânının Önemi” başlığı altında incelenecektir.

⁷⁴ KIM, B. (2005), “Measures to Improve Cartel Detection (Other than Leniency)”, *ICN Cartel Workshop, Seoul, Korea*, s.3-5.

⁷⁵ Baker 2001, s.708 ve 2003, s.26.

⁷⁶ Pişmanlık ya da af programı ile kastedilen, ilk başvuruyu yapanlara cezalardan %100 indirim, başka bir deyişle bağışıklık sağlayan düzenlemelerdir. Başta AB olmak üzere, bazı pişmanlık programlarında yer verilen %100 indirim dışındaki haller ise, “3.2.9. İhlalin Kabulü ve İşbirliği Karşılığında Cezalarda İndirim Yaparak İlgililerle Uzlaşma Yetkisi” başlığı altında incelenecektir.

İşbirliği yapanlar sayesinde, kartel toplantılarını gizlice kaydetmek imkanına sahibiz. Diğer inceleme yetkilerimize örnek olarak, bireyleri yeminli ifade vermeye zorlayabilmemizi, Interpol ve ulusal göçmen otoriteleri sayesinde kartel üyelerini bulabilmemizi, sorgulayabilmemizi, tutuklayabilmemizi ve iade ettirebilmemizi, işyerlerinde ve evlerde arama yapabilmemizi söyleyebiliriz. Bu yetkilerimizin tamamı çok faydalıdır ve sık kullanılmaktadır. Ancak uluslar arası kartellerin ortaya çıkartılması ve soruşturulmasında, Pişmanlık Programı, bu yetkilerin tamamından daha fazla etkili olmuştur. Hiç şüphesiz, pişmanlık programları, kartellerle mücadele için geliştirilmiş en büyük araçtır. Kartel toplantılarının gizlice kaydedilmesi veya konutların aranması gibi yetkiler her hukuk düzeninde bulunmayabilir. Ama pişmanlık programları, kartellerle mücadelenin, ceza, özel veya idare hukuku içinde bulunması fark etmeksizin, etkili şekilde uygulanma potansiyeline sahiptir.”⁷⁷.

3.2.8.1. Pişmanlık Programına Neden İhtiyaç Duyulmaktadır?

Pişmanlık programlarının başlıca faydaları şunlardır:

Her şeyden önce, pişmanlık programları, kartel üyeleri üzerinde, aşağıda tasvir edilen baskıyı yaratarak, rekabet otoritelerine başvuruda bulunmalarını sağlamak ve varlığı bilinmeyen kartelleri ortaya çıkarmaktadır:

“Kartel üyelerinin bir acil durum toplantısı planladığını varsayalım. Toplantı başladığında masadaki bir sandalye boş. Karteldekilerden biri toplantıya gelmedi ve aramalara da cevap vermiyor. Masadakiler heyecanlanmaya başlıyor. Gelmeyen üye karteli sona erdirmeye ve diğerlerinin isimlerini, rekabet otoritesine bildirmeye mi karar verdi? Yoksa sadece uçağı mı kaçırdı? Yakalanma riskinin çok yüksek olduğu böyle bir ortamda, kime güveneceksiniz? Kartelin her bir üyesi, ceza almamak karşılığında diğerlerinin, kendisini ihbar edebileceğini ve böylece geleceğinin kararabileceğini bilmektedir. Böylesine hassas bir durumda olduğunuzu farz edin ve kendinize şu soruyu sorun: Çıkarlarımı koruması konusunda rakiplerime gerçekten güvenebilir miyim?”⁷⁸

Pişmanlık programlarının diğer bir faydası, sessizliği, kartel soruşturmalarındaki geleneksel cevap olmaktan çıkarmaktır⁷⁹. Bu da yine, pişmanlık programlarının kartel üyeleri üzerinde yarattığı, yukarıda tasvir edilen baskı neticesinde gerçekleşmektedir. Nitekim ABD’de, Adalet Bakanlığı yetkililerinin açıklamalarına göre, pişmanlık programına başvuruların yarısı,

⁷⁷ Hammond 2004b, s.2.

⁷⁸ Ibid, s.11.

⁷⁹ De Araujo, Pugliese ve Castillo 2003, s.464; Joshua 2004, s.3.

soruşturma başladıktan sonra yapılmıştır⁸⁰. Örneğin *Vitamin* kartelinde, Rhone-Poulenc, soruşturma yaklaşık 2 yıldır devam ederken pişmanlık programına başvurmaya karar vermiştir⁸¹.

Üçüncü olarak, pişmanlık programları sayesinde elde edilen bilgi ve belgelerin, ispat gücü en yüksek delillerden olduğu belirtilmelidir⁸². Gerçekten de, örneğin ABD ve Kanada’da, pişmanlık programları çerçevesinde bilgi-belge edinilen hiçbir dosya, sanıkların saldırgan ve pahalı savunmalarına rağmen kaybedilmemiştir. Çünkü bizzat uzlaşmaya varan, başka bir deyişle, kartel toplantısının yapıldığı odada bulunan tarafından ifade verilmektedir⁸³. Bir rekabet otoritesinin, kendisine intikal eden şikayetlerin yalnızca %5’inin ihlal şüphesi doğurabilecek nitelikte olduğunu belirtmesi göz önünde bulundurulduğunda, pişmanlık programı çerçevesinde elde edilen bilgilerin önemi daha iyi anlaşılacaktır⁸⁴.

Pişmanlık programlarının diğer bir faydası, kartelin ortaya çıkarıldığı pazarda, bir daha kartel kurulmasını güçleştirmesidir. Bu durum özellikle düopol pazarlar bakımından geçerlidir. Gerçekten de, örneğin *Art Auction* kartelinde, pişmanlık programına başvuran Christie’s hiçbir ceza ödemezken; tek rakibi olan Sotheby’s, ABD’de 2000 yılında 45 milyon \$, AB’de ise, 2002’de, dünya çapındaki cirosunun %6’sına denk gelecek şekilde, 20,4 milyon € ceza ödemek zorunda kalmıştır. Keza açılan tazminat davalarını sonlandırabilmek için, Christie’s ile birlikte 537 milyon \$’lık tazminatı ödemeyi taahhüt etmesi gerekmiştir. Bunların neticesinde de mali durumu bozulmuştur⁸⁵. Bu gelişmelerden sonra, dünya çapında düopol niteliğindeki bu pazarda, bu iki rakibin yeniden uzlaşmaya varabilmeleri, pek olası görülmemektedir.

Beşinci olarak, yukarıdaki *Art Auction* kartelinde olduğu üzere, pişmanlık programlarının, mağdurların zararının tazminine yardımcı olduğu belirtilmelidir⁸⁶. Çünkü öncelikle kartel ortaya çıkmakta; ardından da, başvuru yapanın verdiği bilgilerin de etkisiyle, kartelin yol açtığı zararlar ortaya konabilmektedir. Nitekim ABD’de, bu çerçevede, 2004’te kabul edilen yasayla, pişmanlık programına başvuran teşebbüslerin, açılan tazminat davalarında verilen zararın üç katına kadarından diğer kartel üyeleri ile birlikte sorumlu

⁸⁰ Geradin ve Henry 2005, s.19.

⁸¹ JOSHUA, J.M., M. LOW ve G.SPRATLING (2001), “International Cartels, International Exposure: How to Contain the Pain”, *G.C.R.*, February/March 2001, s.19 ve 24.

⁸² De Araujo, Pugliese ve Castillo 2003, s.464; Levy ve O’Donoghue 2004, s.77; McELWEE, D. (2004), “Should the European Commission Adopt ‘Amnesty Plus’ in Its Fight against Hard-Core Cartels?”, *E.C.L.R.*, Issue 9, s.564; Wils 2003, s.586.

⁸³ GCR 2003c, s.26.

⁸⁴ McElwee 2004, s.564.

⁸⁵ Schoneveld 2003, s.448.

⁸⁶ Pate 2004c, s.4

olması kuralı değiştirilerek, mağdur davacılarla tam işbirliği yapmaları koşuluyla, sadece kendi verdikleri zarardan sorumlu olması kuralı getirilmiştir⁸⁷.

Pişmanlık programları, antitröst otoritelerine, uluslar arası işbirliğinin getirdiği şu faydayı da sağlamaktadır: Kartele ilişkin bilgi ve belgelere, bunların bulunduğu yer fark etmeksizin ulaşabilme imkanı⁸⁸.

Son olarak, pişmanlık programlarının yukarıda yer verilen yararlarının, kısıtlı kamu kaynaklarından tasarruf sağladığı belirtilmelidir⁸⁹. Çünkü karteller daha az maliyetle ortaya çıkarılabilmekte, soruşturmalar erken ve başarı ile tamamlanabilmekte, kartellerin sona ermesi ve bir daha kurulmaması sağlanabilmektedir.

3.2.8.2. Pişmanlık Programına Yönelik Eleştiriler

Pişmanlık programlarının faydaları, bunların hemen kabul edilip, yürürlüğe konmaları gibi bir sonuca yol açmamış, aksine, pek çok itirazın yanıtlanması gerekmiştir. Aşağıda, pişmanlık programlarına karşı ileri sürülen görüşler ile bunlara ilişkin değerlendirmelere yer verilecektir:

Pişmanlık programlarına yöneltilen bir eleştiri, bunların çağdaş değerlere aykırı olduğu yönündedir. Örneğin AB’de, Komisyon, pişmanlık programına ilişkin düşüncelerini ilk olarak ortaya koyduğunda, Avrupa Parlamentosu’nda önemli bir muhalefetle karşılaşmıştır. Hatta kimileri, “insanların birbirlerini ihbar ettiği 50-60 yıl öncesine dönüyoruz” şeklinde benzetmeler yapmıştır⁹⁰. Ancak Joshua’nın da belirttiği gibi, böylesine farklı dönemler ve konular arasında, bu şekilde bir benzetme yapılması, uygun ve mümkün değildir⁹¹.

Diğer bir eleştiri, pişmanlık programlarının ilgili toplumun hukuk geleneklerine aykırı olduğu yönündedir. Nitekim Danimarka Rekabet Otoritesi Başkanı Finn Lauritzen, Danimarka’nın hukuk geleneklerinden dolayı, pişmanlık programı kabulünün diğer ülkelerden daha zor olduğunu, çünkü ihbarcıya, aynı eylemi yapanlar cezalandırılırken indirim yapılmasının adaletsizlik olarak görüldüğünü, ancak buna rağmen, faydalarından dolayı bir pişmanlık programı hazırladıklarını, ifade etmiştir⁹².

⁸⁷ GCR 2005, s.22-24; Hammond 2005a, s.11-12.

⁸⁸ Barnett 2006a, s.6.

⁸⁹ Pate 2004c, s.4; Wils 2003, s.586.

⁹⁰ GCR 2003c, 21. Ayrıca bkz. ARBAULT, F. ve F. PEIRÓ (2002b), “The Commission’s New Notice on Immunity and Reduction of Fines in Cartel Cases: Building on Success”, *Competition Policy Newsletter*, No:2, June 2002, s.15.

⁹¹ GCR 2003c, s.21.

⁹² GCR (2003a), “Interview with Finn Lauritzen”, *G.C.R.*, April 2003, s.11.

Toplumun rekabete bakışından dolayı, pişmanlık programlarına yönelik bir küçümseme de söz konusu olabilmektedir. Örneğin, geçmişte, Komisyon'da kartel biriminin başı olarak görev yapan Joshua, Komisyondakilerin bile, Avrupa'daki teşebbüslerin pişmanlık programına hücum edeceğini tahmin etmediğini ifade etmiştir⁹³. Keza, Güney Kore'de de, pişmanlık programının işlemeyeceği, çünkü başvuru yapacaklara, Konfüçyus geleneğinden dolayı hain damgası vurulacağı ileri sürülmüş; ancak rekabet otoritesine, yabancı sermayeli teşebbüslerin de etkisiyle, programdan yararlanmak üzere başvurular yapılmıştır⁹⁴.

Pişmanlık programlarına cezalandırmadan vazgeçildiği için de eleştiri yöneltilebilmektedir. Örneğin ABD'de, 1978 tarihli Pişmanlık Programı'nda, gerekli koşulların sağlanması halinde, cezadan bağışıklık sağlanması konusunda takdir hakkını kaldıran 1993'teki değişikliğe, bizzat Adalet Bakanlığı'nın pek çok üst düzey yöneticisi karşı çıkmıştır. Ancak geçmişte yılda sadece bir başvuru alınırken, değişikliğin ardından ortalama olarak ayda bir başvuru almak şeklindeki ulaşılan sonuca, değişiklik teklifinde bulunanlar bile şaşırmıştır⁹⁵. Çünkü Af Programı ismi aldatıcıdır. Gerçekte bu yetki, Adalet Bakanlığı'nın elinde, amacı mahkumiyet elde etmek olan bir soruşturma silahı haline gelmekte⁹⁶ ve kartelleri acımasızca soruşturmak için kullanılmaktadır⁹⁷.

3.2.8.3. Pişmanlık Programı Uygulamalarından Örnekler

ABD'de, ilk olarak 1978'de yürürlüğe giren Pişmanlık Programı çerçevesinde yılda sadece bir başvuru alınırken, gerek 1993'te değişiklik yapılması gerek 1994'te bireyler için de Pişmanlık Programı'nın uygulamaya konmasının ardından başvurularda patlama yaşanmıştır⁹⁸. Böylece, *Vitamin*, *Graphite Electrodes*, *Art Auctions*, *USAID Construction*, *Rubber Chemicals* gibi uluslar arası kartellerde, programa başvurmayanlar, milyarlarca dolar para cezası ödemek ve yıllarca hapiste yatmak zorunda kalmıştır⁹⁹. Bugün, kartellerin çoğu, Pişmanlık Programı başvuruları çerçevesinde ortaya çıkarılmaktadır. Bu durumun Pişmanlık Programı'na yarattığı güven, "*Adalet Bakanlığı'nın*

⁹³ GCR 2003c, s.21.

⁹⁴ HUR, J.S. (2004), "Tools & Techniques for Cartel Detection", *ICN Cartel Workshop, Sydney, Australia*, s.7.

⁹⁵ GCR 2003c, s.21.

⁹⁶ JOSHUA, J.M. ve N.V.HINTEN-REED (2001), "Rethinking Leniency at the European Commission", *G.C.R.*, October/November 2001, s.18.

⁹⁷ Pate 2003b, s.6.

⁹⁸ GCR 2003c, s.21.

⁹⁹ Hammond 2005a, s.9-10.

pişmanlık programlarından sonra hala ortaya çıkarılmamış karteller kalmışsa, yeni iktisadi yaklaşımlar bunun için en iyi yol olabilir” ifadesinde görülebilir¹⁰⁰.

AB’de de durum benzerdir. ABD’deki başarıların da etkisi ile kabul edilen 1996 tarihli ilk program, ABD’de başvuru yapanların AB’ye de gelmelerinin etkisi ile¹⁰¹, kartellerle mücadelede önemli başarılar kazanılmasını sağlamıştır. Bu programın uygulandığı kartellere örnekler, *Vitamin*¹⁰², *Luxembourg Beer*¹⁰³, *Carbonless Paper*¹⁰⁴, *Methionine (Animal Feed)*¹⁰⁵, *Art Auction*¹⁰⁶, *Food Flavour Enhancers (Nucleotide)*¹⁰⁷, *Specialty Graphite*¹⁰⁸, *Sorbates*¹⁰⁹, *Carbon and Graphite*¹¹⁰, *Organic Peroxides*¹¹¹, *Copper Plumbing Tube*¹¹², *Monochloroacetic Acid*¹¹³ ve *Copper Fittings*’dir¹¹⁴.

¹⁰⁰ BAKER, J.B. (2001), “New Horizons in Cartel Detection”, *The George Washington Law Review*, October/December 2001, Volume 69, No:5/6, s.828.

¹⁰¹ Wils 2005, s.144.

¹⁰² Vitamin (2003) OJ L6/1. Bkz. PEIRO, F. (2002), “The Vitamin Cartels”, *Competition Policy Newsletter*, No:1, February 2002, s.33.

¹⁰³ Bridgeland 2002, s.38.

¹⁰⁴ Carbonless Paper (2004) OJ L 115/1. Bkz. MARTEIL, E. ve S. SUURNÄKKI (2002), “The Carbonless Paper Cartel”, *Competition Policy Newsletter*, No:1, February 2002, s.43.

¹⁰⁵ Methionine (2003) OJ L255/1. Bkz. PIETERS, S. (2002), “Commission Adopts Cartel Decision Imposing Fines in Methionine (Animal Feed) Cartel”, *Competition Policy Newsletter*, No:3, October 2002, s.55.

¹⁰⁶ Art Auction (Commission Press Release IP/02/1585 of 30 October 2002). Bkz. SAKKERS, E.C. (2003), “Commission Rules Against the Collusive Behaviour of Christie’s and Sotheby’s”, *Competition Policy Newsletter*, No:1, Spring 2003, s.62.

¹⁰⁷ Food Flavour Enhancers (Nucleotide) (2004) OJ L75/1. Bkz. PIETERS, S. (2003), “Commission Adopts Cartel Decision Imposing Fines in Food Flavour Enhancers (Nucleotide) Cartel”, *Competition Policy Newsletter*, No:1, Spring 2003, s.65.

¹⁰⁸ Bermudez 2003, s.66.

¹⁰⁹ Sorbates (Commission Press Release IP/03/1330 of 02 October 2003). Bkz. LIST, B. (2004), “Commission Adopts Cartel Decision Imposing Fines in Sorbates Cartel”, *Competition Policy Newsletter*, No:1, Spring 2004, s.40.

¹¹⁰ Carbon and Graphite (Commission Press Release IP/03/1651 of 03 December 2003). Bkz. VAN BARLINGEN, B. (2004), “Commission Fines Five Companies in Carbon and Graphite Products Cartel”, *Competition Policy Newsletter*, No:1, Spring 2004, s.45.

¹¹¹ Peters 2004, s.47.

¹¹² Copper Plumbing Tube (Commission Press Release IP/04/1065 of 3 September 2004). Bkz. MISCHE, H. (2005), “Commission Adopts Cartel Decision Imposing Fines on Copper Plumbing Tube Producers”, *Competition Policy Newsletter*, No:1, Spring 2005, s.69.

¹¹³ Monochloroacetic Acid (Commission Press Release IP/05/61 of 19 January 2005). Bkz. MAYOCK, C. (2005), “Commission Fines Members of the Monochloroacetic Acid Cartel”, *Competition Policy Newsletter*, No:1, Spring 2005, s.72.

¹¹⁴ Copper Fittings (Commission Press Release IP/06/1222 of 20 September 2006). Bkz. DEMATAKI, G. ve R. WESSELY (2007), “Commission Fines Copper Fittings Producers € 314.7 Million for Price Fixing Cartel”, *Competition Policy Newsletter*, No:1, Spring 2007, s.65.

Ancak 1996 tarihli programdaki, bizzat Komisyon çalışanları¹¹⁵, Komisyon dışındaki rekabet otoritelerinin yetkilileri¹¹⁶ ve diğer kişiler¹¹⁷ tarafından ifade edilen çeşitli belirsizlikleri gidermek¹¹⁸ ve ispat gücü daha yüksek delilleri elde etmeye yönelik olarak, 2002 yılında yeni bir program uygulamaya konmuştur¹¹⁹. 1996'dan 2002'ye kadar uygulanan 1996 tarihli programa, bu süre içerisinde, 80'in biraz üstünde başvuru yapılmışken¹²⁰, ABD ile birlikte çalışılarak çıkarılan¹²¹ 2002 tarihli programın ilk yılındaki başvuru sayısı, 20'den fazladır¹²². 2003 yılında 16 olan başvuru sayısı, 2004'te 29'a¹²³, 2005'te 87'ye¹²⁴, 2006'da 104'e çıkmıştır¹²⁵. Yeni programın başarısının asıl göstergesi ise, başvuruların, eski programın aksine, çoğunlukla, Komisyon'un yerinde incelemelerinden önce yapılmasıdır¹²⁶. 2002 tarihli programın uygulandığı örnekler, *Rubber Chemicals*¹²⁷, *Hydrogen Peroxide and Perborate*¹²⁸, *Acrylic Glass*¹²⁹, *Road Pavement Bitumen*¹³⁰ ve *Synthetic Rubber*'dir¹³¹.

¹¹⁵ Örnek olarak bkz. Arbault ve Peiro 2002b, s.17-18.

¹¹⁶ Örnek olarak bkz. Hammond 2001a, s.3.

¹¹⁷ Örnek olarak bkz. CARLE, J., S.P. LINDEBORG ve E. SEGENMARK (2002), "The New Leniency Notice", *E.C.L.R.*, Issue 6, s.267.

¹¹⁸ Aşağıda belirtileceği üzere, 2002 tarihli programda da değişiklik yapılması ihtiyacı doğuran bu belirsizliklere, "3.2.8.5. Pişmanlık Programlarının Hazırlanması ve Uygulanmasına İlişkin İlkeler" başlığı altında yer verilecektir.

¹¹⁹ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Arbault ve Peiro 2002b.

¹²⁰ Barennes ve Van Barlingen 2005, s.6.

¹²¹ Pate 2003a, s.7.

¹²² VAN BARLINGEN, B. (2003), "The European Commission's 2002 Leniency Notice after One Year of Operation", *Competition Policy Newsletter*, No:2, Summer 2003, s.16.

¹²³ CLI 2005, s.1.

¹²⁴ SUURNAKKI, S. ve M.L. TIerno CENTELLA (2007), "Commission Adopts Revised Leniency Notice to Reward Companies that Report Hard-core Cartels", *Competition Policy Newsletter*, No:1, Spring 2007, s.7.

¹²⁵ Lowe 2007a, s.1.

¹²⁶ Barennes ve Van Barlingen 2005, s.6.

¹²⁷ Rubber Chemicals (Commission Press Release IP/05/1656 of 21 December 2005). Bkz. ASKOLA, E. (2006), "Commission Fines 3 Undertakings a Total of € 76 Million for Participating in Rubber Chemicals Cartel", *Competition Policy Newsletter*, No:1, Spring 2006, s.67.

¹²⁸ Hydrogen Peroxide and Perborate (Commission Press Release IP/06/560 of 3 May 2006). Bkz. BERGER, G. ve L. PIAZZA (2006), "Commission Fines Seven Undertakings a Total of € 388 Million for Participating in a Cartel for Hydrogen Peroxide and Perborate", *Competition Policy Newsletter*, No:3, Autumn 2006, s.32.

¹²⁹ Acrylic Glass (Commission Press Release IP/06/698 of 31 May 2006). Bkz. ANDERSON, E. ve G. BERGER (2006), "Commission Fines Four Undertakings a Total of € 344.5 Million for Participating in an Acrylic Glass Cartel", *Competition Policy Newsletter*, No:3, Autumn 2006, s.34.

¹³⁰ Road Pavement Bitumen (Commission Press Release IP/06/1179 of 13 September 2006). Bkz. NUIJTEN, J. ve B. VAN BARLINGEN (2007), "Commission Fines Fourteen Undertakings a

Kartellerle mücadeledeki katkılarına rağmen, 2002 tarihli programa da çeşitli eleştiriler yöneltilmiş; örneğin, 1996 tarihli programın değiştirilme sebeplerinden biri olan, belirsizlikleri gidermek konusunda yetersiz kaldığı ifade edilmiştir¹³². Komisyon çalışanları tarafından da kabul edilen¹³³ bu eksiklikleri ortadan kaldırmak ve başarıyı arttırmak üzere, son olarak, 2006 tarihli pişmanlık programı uygulamaya konmuştur.

Pişmanlık programlarının ABD ve AB’de sağladığı faydalar, diğer hukuk düzenlerini de etkilemiştir. Bugün, kartellerle mücadelede başarılı olmak isteyip de, pişmanlık programına sahip olmayan hiçbir ülke kalmamıştır¹³⁴. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, pişmanlık programına sahip olmak başarıyı kendiliğinden getirmemektedir. Bunun için belli ön koşulların varlığı gereklidir. Keza, pişmanlık programının düzenlenmesinde ve uygulanmasında da belli gerekler yerine getirilmelidir.

3.2.8.4. Pişmanlık Programlarının Başarılı Olabilmesi İçin Gerekli Ön Koşullar

Pişmanlık programlarının başarılı olabilmesi için üç ön koşul gereklidir¹³⁵. Bu ön koşullardan ilki; kartellerin ortaya çıkarılma ihtimalinin, programa başvuru yapılmaya bile yüksek olmasıdır. Bunun için, antitröst otoriteleri, program dışı yetkilere sahip olmalıdır.

Pişmanlık programlarının başarılı olabilmesi için gerekli ikinci ön koşul; programa başvurmayanlara yönelik ciddi bir yaptırım tehdidinin bulunmasıdır. Hürriyeti bağlayıcı cezaların bulunmadığı hukuk düzenlerinde de pişmanlık programları etkili olabilir. Ancak bu noktada, iki hususa dikkat çekilmelidir¹³⁶. Bunlardan birincisi; eğer bir hukuk düzeninde yalnızca para cezaları uygulanıyorsa, bu cezaların, af için programa başvurulmayı cazip kılacak kadar ağır olması gerektiğidir. İkincisi ise; tüm koşullar eşitse, şahsi sorumluluğun ve hapis cezalarının bulunmadığı hukuk düzenlerindeki pişmanlık programları,

Total of € 266 Million for Participating in an Cartel for Road Pavement Bitumen in the Netherlands”, *Competition Policy Newsletter*, No:1, Spring 2007, s.73.

¹³¹ Synthetic Rubber (Commission Press Release IP/06/1647 of 29 November 2006). Bkz. DE LUCA, M. ve B. LIST (2007), “Commission Fines Producers and Traders of Synthetic Rubber € 519 Million for Price Fixing and Market Sharing Cartel”, *Competition Policy Newsletter*, No:1, Spring 2007, s.69.

¹³² Suurnakki ve Tierno Centella 2007, s.7.

¹³³ Ibid, s.7.

¹³⁴ Örneğin, 2002 yılında dört olan, pişmanlık programına sahip AB üyesi ülke sayısı, şu anda 23’e çıkmıştır. Diğer üye ülkelerde de, pişmanlık programının kabulüne yönelik çalışmalar devam etmektedir. Bkz. Gauer ve Jaspers 2007, s.35.

¹³⁵ Hammond 2004b, s.4-5.

¹³⁶ Ibid, s.7.

bunların bulunduğu sistemlerdeki kadar etkili olamayacaktır¹³⁷. Gerçekten de, bugün AB'deki para cezaları, ABD'deki para cezalarını geçmiştir¹³⁸. Buna rağmen, ABD'deki hapis cezaları olmasaydı, AB'ye bu kadar başvuru yapılacağına şüpheli olduğu ifade edilmektedir¹³⁹. Bunun iki sebebi bulunmaktadır. Birinci sebep, özellikle dördüncü bölümde ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, “*şirket için pişmanlık programına başvurmanın maliyetini ve faydasını hesaplarken, bireylerin özgürlüğüne nasıl fiyat etiketi koyarsınız?*” ifadesinde¹⁴⁰ karşılığını bulan durumdur. Gerçekten de, en etkili yaptırım hapis cezası olduğu için, bu cezadan bağışıklık sağlamanın cazibesi de daha fazladır. İkinci sebep ise, şahsi sorumluluğun bulunduğu hukuk düzenlerinde, “3.2.6. Soruşturma Aşamasında Gizliliği Sağlayabilme Yetkisi” başlıklı bölümde de belirtildiği üzere, pişmanlık programına başvurmak konusundaki tek yarışın teşebbüsler arasında olmamasıdır. Çünkü teşebbüsler arasındaki yarışa ilaveten, özgürlüklerini kaybedecekleri için en büyük kayba uğrayacak çalışanların, gerek kendi aralarında gerek teşebbüslerle yarışı da başlamaktadır. Nitekim, bireysel pişmanlık programının gerçek değeri, kaç tane bireysel başvuru alındığında değil, kaç tane şirketten başvuru alınmasını sağlamasındadır. Başka bir deyişle, bireysel başvuru, örneğin, ceza almaktan korkan veya kariyeri konusunda hayal kırıklığı yaşayan bir çalışanın, antitröst otoritesine gelme olasılığının yaratacağı etkilerle başarı sağlamaktadır¹⁴¹.

Pişmanlık programlarının başarılı olabilmesi için gerekli üçüncü ön koşul ise; kartel üyelerinin programa başvurmaları ya da başvurmamaları halinde neyle karşılaşacaklarını bilmelerini sağlayacak şeffaflığın bulunmasıdır. Bu çerçevede, pişmanlık programlarındaki şeffaflığa ilişkin açıklamalara bir alt başlıkta; cezalardaki şeffaflığa ise, dördüncü bölümde yer verilecektir.

3.2.8.5. Pişmanlık Programlarının Hazırlanması ve Uygulanmasına İlişkin İlkeler

Bu başlık altında öncelikle, pişmanlık programlarının düzenlenmesi ve uygulanmasında göz önünde bulundurulması gereken iki ilkeden bahsedilmelidir. Bu ilkelerden birincisi, “şeffaflık”; ikincisi ise, “başvuranlar lehine yorum”dur.

¹³⁷ Ibid, s.7. Benzer bir ifade için bkz. GCR 2003c, s.22.

¹³⁸ Hammond 2004b, s.7.

¹³⁹ Wils 2005, s.144.

¹⁴⁰ Hammond 2001a, s.1.

¹⁴¹ Hammond 2004b, s.12-14. Benzer ifadeler için bkz. Baker 2001, s.699 ve 708-710 ile Baker 2003, s.26.

“Şeffaflık” ilkesinin önemi, “*bağışıklıktan yararlanıp yararlanamama konusundaki belirsizlik, pişmanlık programını öldürür*”¹⁴² şeklinde ifade edilmektedir. Benzer ifadeler, Komisyon çalışanları tarafından, 1996 tarihli program yerine, 2002 tarihli programın kabul edilmesinin nedenleri açıklanırken de kullanılmıştır¹⁴³.

İkinci ilke ise, “başvuranlar lehine yorum”dur. Tereddütlerin oluştuğu, takdir yetkisinin bulunduğu, yorum yapılmasının gerektiği her durumda, pişmanlık programına başvuranlar lehine sonuca ulaşılması gerektiğini ifade eden bu ilkenin önemi, ABD Pişmanlık Programı’nda, 1993’te yapılan değişikliğin ardından yaşanan gelişmelerden anlaşılabilir. Adalet Bakanlığı Antitröst Birimi’nin geçmişteki yöneticilerinden biri olan Spratling, mimarlarından biri olduğu bu değişiklikten sonra, Antitröst Birimi’ndeki herkese, başvuranlar lehine yorum yapılması talimatı verildiğini, ardından barolara bunun aktarıldığını, avukatların edindikleri olumlu izlenimleri birbirleri ile paylaşması sayesinde de zamanla başvuruların arttığını ifade etmiştir¹⁴⁴. Bu felsefenin değişmediği, Adalet Bakanlığı Antitröst Birimi yetkilileri tarafından sürekli bir biçimde vurgulanmaktadır¹⁴⁵.

Pişmanlık programlarının, bu iki ilke çerçevesinde, düzenlenmesi ve uygulanması şu şekilde olabilir:

Soruşturma başlamadan başvuru yapanlar kural olarak aftan yararlanmalı; bu konuda rekabet otoritesinin takdir yetkisi bulunmamalıdır. ABD’de, 1993’te yapılan değişikliğin temel unsuru bu olmuştur¹⁴⁶. AB’de, 2002 tarihli programla benzer bir düzenleme yapılmış¹⁴⁷ ve bu düzenleme, 2006 tarihli programda sürdürülmüştür.

Pişmanlık programından yararlanmak için başvurma imkanı, soruşturmanın başlamasından sonra da bulunmalıdır. Nitekim ABD’de, pişmanlık programına başvuruların yarısı, ünlü *Vitamin* kartelinde olduğu gibi¹⁴⁸, soruşturma başladıktan sonra yapılmaktadır¹⁴⁹. AB’de ise, 2002 tarihli duyuruyla tanınan, soruşturmanın başlamasının ardından başvuranlara hiç ceza verilmemesi imkanı¹⁵⁰; 2006 tarihli programda da korunmuştur.

¹⁴² Hammond 2004b, s.20.

¹⁴³ Arbault ve Peiro 2002b, s.17-18.

¹⁴⁴ GCR 2003c, s.21.

¹⁴⁵ Hammond 2004b, s.20.

¹⁴⁶ Ibid, s.3.

¹⁴⁷ Arbault ve Peiro 2002b, s.17-20; Van Barlingen 2003, s.21.

¹⁴⁸ Joshua, Low ve Spratling 2001, s.19 ve 24.

¹⁴⁹ Geradin ve Henry 2005, s.19; Hammond 2004b, s.3.

¹⁵⁰ Örnek olarak bkz. Arbault ve Peiro 2002b, s.19-20.

Pişmanlık programlarında, gerek soruşturma başlamadan gerek başladıktan sonra başvuruda bulunanlardan talep edilecek bilgi ve belgeler konusunda, mümkün olduğunca açıklık olmalıdır. Ayrıca, bu programlarda, rekabet otoritelerine, sıra (*marker*) sistemi olarak da adlandırılan, başvuruda bulunanlara, sunmaları istenen bilgi ve belgeleri tamamlayabilmeleri için süre verme ve bu süre zarfında, diğer başvuruları kabul etmeme imkanı tanınmalıdır. Aksi takdirde, AB’de, 1996 ve kısmen 2002 tarihli programlara ilişkin uygulamalarda karşılaşıldığı üzere, teşebbüsler, sunacakları bilgi ve belgelerin aftan yararlanabilmek için yeterli olup olmadığı konusunda tereddüte düşüp, rekabet otoritesine başvurmadan vazgeçebilmektedir¹⁵¹. Keza, adalet duygusuyla bağdaşmadığı ve nihai tahlilde, başvuruları azalttığı ileri sürülebilecek sonuçlar doğabilmektedir. Buna ilişkin çarpıcı bir örnek, Komisyon çalışanlarının 2002 tarihli programın uygulanmasına ilişkin açıklamalarından verilebilir. Komisyon çalışanları, pişmanlık programına başvuru yapanlarla, sunulacak bilgi ve belgelere ilişkin olarak görüşmeler devam ederken, öğle yemeği için ara verilmesi ve bu ara esnasında, aynı karteğe taraf başka bir teşebbüsün bilgi ve belge sunması halinde, programdan bu ikinci teşebbüsün yararlanacağını ifade etmiştir¹⁵². Bu örneğin ortaya koyduğu, pişmanlık programının etkili biçimde uygulanmasına zarar verebilecek belirsizlik ve teşebbüslerin, ihlali kabul etmelerine rağmen aftan yararlanamamaları; üstelik, böyle bir girişimde bulunmayanlara kıyasla dezavantajlı konuma düşmelerinden kaynaklanan adil olmayan sonuçlar, 2006 tarihli programda, ABD uygulamalarından da yararlanarak, düzeltilmek istenmiştir. Bu çerçevede, ilk olarak, başvuruda bulunacaklardan istenenler, olabildiğince ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. Buna göre, soruşturma başlamadan yapılacak başvurularda, Komisyon’a, temel olarak, karteğe taraf olan teşebbüslerin isimleri, faaliyetleri, toplantıları gibi konulara ilişkin yazılı veya sözlü açıklamalar ile bunları destekleyen mevcut belgeler sunulmalıdır. Soruşturma başladıktan sonra yapılacak başvurularda ise, bunlara ilaveten, madde 81(1)’in ihlal edildiğini ispatlamaya yetecek delili bulunmayan Komisyon’a, bunu sağlayacak bilgi ve belgeler temin edilmelidir. Bu bilgi ve belgelerin neler olabileceği ise, Komisyon’un elindekilere göre, dosyadan dosyaya farklılık gösterecektir. Ancak Komisyon çalışanlarının genel bir fikir sağlayabilmek için verdikleri örnekte, Komisyon’un elinde bulunan bilgi ve belgelerin doğruluğunu teyit edecek bir ifadenin, bu işlevi görebileceği

¹⁵¹ Bu yönde görüş belirten Komisyon çalışanlarına örnek olarak bkz. Arbault ve Peiro 2002b, s.18; ABD yetkililerine örnek olarak bkz. Hammond 2001a, s.3; konuyla ilgili diğer şahıslara örnek olarak bkz. Carle, Lindeborg ve Segenmark 2002, s.267 ve MAGUIRE, C. (2002), “The European Commission’s New Leniency Notice: Roses and Thorns”, *G.C.R.*, April/May 2002, s.37.

¹⁵² Barennes ve Van Barlingen 2005, s.10.

belirtmiştir¹⁵³. Her dosyanın kendi özel koşullarından kaynaklanan bu tür belirsizlikleri, teşebbüsleri mağdur etmeden aşabilmek için, 2006 tarihli programda, ABD uygulamalarından hareketle, sıra (*marker*) sistemi getirilmiştir. Bu çerçevede, programa başvurmak isteyen teşebbüslere, bilgi ve belgeleri hazırlamaları için dosyaya göre değişen bir süre tanınmakta ve bu süre içerisinde, diğer başvurular kabul edilmemektedir¹⁵⁴.

Pişmanlık programına başvuranlar, program kapsamında olduklarını kısa süre içinde öğrenebilmelidir. Örneğin, AB’de, 1996 tarihli program uyarınca, cezalardan bağışıklığın kesinleşmesinin ancak nihai kararlar mümkün olması, teşebbüsler nezdinde belirsizlik yaratarak başvuruları azaltmaktaydı. Bu nedenle, 2002 tarihli programda, başvuruyu takiben aftan yararlanıldığına dair bir belgenin, rekabetten sorumlu Komisyon üyesince, Komisyon adına imzalanması konusunda düzenleme yapılmıştır¹⁵⁵. 2006 tarihli programda da benimsenen bu uygulama sayesinde, başvuruların sonucu, birkaç hafta içinde öğrenilebilmektedir¹⁵⁶.

Kartelin kurulması için rakiplerini zorlayanlar, pişmanlık programından yararlanmamalıdır. Ancak, yine “başvuranlar lehine yorum” ilkesi çerçevesinde, pişmanlık programına başvuranlara, bu gerekçeyle cezalardan bağışıklık sağlanmaması, rakiplerin karteli kurmak konusunda zorlandığının çok açık olduğu, istisnai hallerle sınırlanmalıdır. Nitekim, Birleşik Krallık’ta, kartel kurmak için rakiplerin zorlandığı sonucuna, sadece fiziksel şiddet veya piyasa dışına çıkarma amacına yönelik şiddetli bir iktisadi baskının ya da bunlara ilişkin tehditlerin, sağlam delillerle ortaya konulması halinde ulaşılmaktadır¹⁵⁷. ABD’de de durum bu yöndedir¹⁵⁸. Benzer şekilde, AB’de de, örneğin *Vitamin*¹⁵⁹ ve *Belgian Beer*¹⁶⁰ kartellerinin ortaya çıkmasına imkan veren teşebbüslere ceza

¹⁵³ Ibid, s.13-14.

¹⁵⁴ 2006 tarihli programa ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Suurnakki ve Tierno Centella 2007.

¹⁵⁵ Arbault ve Peiro 2002b, s.17-20; Van Barlingen 2003, s.21.

¹⁵⁶ Barennes ve Van Barlingen 2005, s.7.

¹⁵⁷ OFT 2005, “Leniency and No-action – OFT’s Interim Note on the Handling of Applications”, <http://www.of.gov.uk/NR/rdonlyres/FE4F98BF-D8C5-48FB-9F7E-D6133F907538/0/of803.pdf>, s.11-12.

¹⁵⁸ MUELLER, T. (2004), “Expulsion from the Garden of Eden”, *G.C.R.*, May 2004, s.33.

¹⁵⁹ Peiro 2002, s.33.

¹⁶⁰ Belgian Beer (2003) OJ L200/1. Bkz. JEPHCOTT, M. (2002), “The European Commission’s New Leniency Notice—Whistling the Right Tune?”, *E.C.L.R.*, Issue 8, s.379; NIJS, B. (2002), “Market-Sharing and Price-Fixing Cartels on the Belgian Beer Market”, *Competition Policy Newsletter*, No:1, February 2002, s.38.

verilmesine yol açan 1996 tarihli programda, 2002’de değişiklik yapılmıştır¹⁶¹. Bu düzenleme, son programda da korunmuştur.

Pişmanlık programında, “Çerçeve Soru (*Omnibus Question*)”, “İlave Af (*Amnesty Plus*)” ve “İlave Ceza (*Penalty Plus*)” şeklinde adlandırılan düzenlemelere yer verilmelidir. Çerçeve Soru (*Omnibus Question*), işbirliği yapanlara yöneltilen ve doğru cevap vermek yükümlülüklerinin olduğu, “başka bir pazardaki kartel anlaşması hakkında bilginiz var mı?” şeklindeki sorudur¹⁶². İlave Af (*Amnesty Plus*) kuralına göre; bir pazara yönelik soruşturmada pişmanlık programından yararlanması mümkün olmayanlar, başka bir pazardaki kartele ilişkin olarak başvuruda bulunurlarsa, hem ikinci pazardaki kartelden dolayı aftan yararlanmakta hem de ilk pazardaki kartelden kaynaklanan cezalarında indirim yapılmaktadır¹⁶³. İlave Ceza (*Penalty Plus*); İlave Af’tan yararlanma imkanı olduğu halde bunu kullanmayanların, bu durumun herhangi bir şekilde ortaya çıkması halinde, cezalarının arttırılmasıdır¹⁶⁴. Bu üçlü yapı, şu şekilde tasvir edilen bir tablo yaratmaktadır:

*“Bir pazarda A, B ve C şirketlerine yönelik olarak fiyat tespitinden dolayı soruşturma yürüttüğümüzü varsayalım. A ve B şirketleri rekabet otoritesinin haberi olmaksızın tamamen farklı bir pazarda X ve Y şirketleri ile de fiyat tespit etmiş olabilir. Uzlaşma olasılıklarından dolayı A ve B şirketlerinin faaliyette bulunduğu bu pazarda da inceleme yapılacaktır. A veya B şirketi bu riskten dolayı İlave Af karşılığında ikinci üründeki karteli ihbar edebilir. Fakat bunu yapmakta acele etmezlerse, bu iki şirket, A ve B’nin başka bir pazardaki faaliyetlerinden dolayı soruşturmaya muhatap olduğunu öğrenen X veya Y şirketinin arkasında kalabilir.”*¹⁶⁵

Bu nedenlerle, yukarıdaki üç düzenlemenin, ABD’nin kartellerle mücadelede kazandığı başarılarında çok büyük etkisi olmuştur. Nitekim Adalet Bakanlığı’nın yürüttüğü soruşturmanın yarısı, bu üç uygulama ile bağlantılıdır¹⁶⁶. Örneğin, sadece *Sorbates* soruşturması, bu üçlü yapı sayesinde,

¹⁶¹ Arbault ve Peiro 2002b, s.18-20. Nitekim, *Rubber Chemicals* kartelinde, af başvurusunda bulunan teşebbüsün, rakiplerini zorladığı yönündeki iddia, Komisyon tarafından, yapılan incelemenin ardından reddedilmiştir. Bkz. Askola 2006, s.67.

¹⁶² Daha ayrıntılı açıklama ve Çerçeve Soru (*Omnibus Question*) uygulamasına örnek için bkz. GCR 2003c, s.22.

¹⁶³ GCR 2003c, s.22.

¹⁶⁴ Nitekim, yakın tarihli bir örnekte, ABD Adalet Bakanlığı Antitröst Birimi, mahkemeden, kartel üyesi bir teşebbüse, İlave Ceza uygulaması çerçevesinde, ağır bir ceza vermesini talep etmiş; bu talep doğrultusunda, ilgili teşebbüse, 12 milyon \$ gibi, 17 milyon \$ olarak belirlenen etkilenen pazar hacmine göre yüksek bir oranda ceza verilmiştir. Bkz. Masoudi 2007, s.8.

¹⁶⁵ Hammond 2004b, s.18.

¹⁶⁶ GCR 2003c, s.22.

12 ayrı soruşturmanın daha aşama aşama başlamasına neden olmuştur¹⁶⁷. Bu yapının, ABD’de kartopu etkisi¹⁶⁸ yaratarak elde ettiği başarı, diğer ülkelerin de bunu takip etmesine yol açmıştır. Buna gösterilebilecek örnek, Birleşik Krallık’tır¹⁶⁹. Buna karşılık AB’de, yapılan eleştirilere rağmen¹⁷⁰, gerek 2002 gerek 2006 tarihli programda İlave Affa yer verilmemiştir.

Başvuru yapanların, “rekabet otoritesi ile sürekli işbirliği içinde olması”, “rekabet otoritesi aksini istemedikçe¹⁷¹, kartel içindeki varlığına son vermesi” gibi düzenlemelerle, listenin uzatılması mümkün olsa da, yukarıda en önemli görülenlere yer verilmiştir¹⁷².

3.2.9. İhlalin Kabulü ve İşbirliği Karşılığında Cezalarda İndirim Yaparak İlgililerle Uzlaşma Yetkisi

ABD’de, Pişmanlık Programı kullanıldıktan sonra işbirliği talebiyle gelenlerin cezaları affedilmese de, başvuru sıraları ve uygulanabilecek azami ceza çerçevesinde belirlenen indirimlerden yararlanabilmektedir. İlgililerin, çok maliyetli bir dava süreci sonunda, ticari sırlarının ortaya çıkması, kamuoyundaki imajlarının bozulması ve en önemlisi azami cezaya çarptırılması¹⁷³ gibi

¹⁶⁷ WARREN, P.H. (2004), “Targeting Industries for Cartel Enforcement”, *ICN Cartel Workshop, Sydney, Australia*.

¹⁶⁸ SPRATLING, G.R. ve D.J. ARP (2003), “A New Paradigm for Counsel Responding to International Cartel Investigations”, *G.C.R.*, October 2003, s.33.

¹⁶⁹ Levy ve O’Donoghue 2004, s.85-86.

¹⁷⁰ Jephcott 2002, s.384; McElwee 2004.

¹⁷¹ Rekabet otoriteleri, pişmanlık programına başvuruda bulunanların, yerinde incelemeler gerçekleştirilmeden kartel içindeki varlığına aniden son vermesinin, örneğin, kartel toplantılarına katılmamasının, diğer kartel üyelerinin, yürütülen soruşturmada şüphelenmesine ve delilleri karartmasına yol açacağı düşüncesindeyse, bu yönde bir talepte bulunabilir. Bkz. Kroes 2006, s.3; Suurnakki ve Tierno Centella 2007, s.14.

¹⁷² ABD Adalet Bakanlığı Antitröst Birimi, yakın bir tarihte, “Af Teklifi/Önceliği (*Affirmative Amnesty*)” şeklinde adlandırılan bir strateji uygulamaya başlamıştır. Buna göre, Antitröst Birimi’ndeki savcılar, kartel oluşumundan şüphelenilen pazarlardaki teşebbüsler ile temasa geçmekte, bu teşebbüslere, şüphelerini aktarıp, pişmanlık programını hatırlatmakta, böylece programa başvuru konusundaki olası bir yarışta, bir çeşit öncelik tanımaktadır. Teklifte bulunulacak teşebbüsler seçilirken, temel olarak, bu teşebbüslerin daha önce pişmanlık programı çerçevesinde Antitröst Birimi ile işbirliği yapıp yapmadığına bakılmaktadır. Antitröst Birimi yetkilileri tarafından bu stratejinin birkaç kez başarıyla kullanıldığı ifade edilse de, konu hakkında kesin bir sonuca ulaşmak için erken olduğu düşünülmektedir. HAMMOND, S.D. (2006a), “Measuring the Value of Second-In Cooperation in Corporate Plea Negotiations”, *The 54th Annual ABA Section of Antitrust Law Spring Meeting, Washington DC*, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/215514.pdf>, s.11.

¹⁷³ *Lysine* kartelindeki kimi şahısların dava yoluna başvurma riskini alıp, azami cezaya muhatap kaldıkları bir örnek için bkz. Griffin 2001, s.37-38 ve HAMMOND, S.D. (2005b), “Transcript of Testimony of Scott D. Hammond before the United States Sentencing Commission Concerning Proposed 2005 Amendments to §2R1.1”, <http://www.usdoj.gov/atr/public/testimony/209071.pdf>, s.3.

olasılıklardan kaçınmak için başvurdukları bu yolun, Adalet Bakanlığı'nın soruşturma süreci bakımından da yararları bulunmaktadır¹⁷⁴. Çünkü bu işbirliği, Adalet Bakanlığı'nın kesin deliller elde etmesine imkan vermekte¹⁷⁵, dosyaların gereksiz yere uzamasını önlemekte; bütün bunlar sayesinde de, kamu kaynaklarının etkin kullanımını sağlamaktadır. Bu nedenlerle, Adalet Bakanlığı Antitröst Birimi'nin kartellerle mücadeledeki başarılarında, soruşturmaların %90'ında kullanılan¹⁷⁶ bu yetkinin en önemli faktörlerden biri olduğu konusunda genel kabul bulunmaktadır¹⁷⁷. Hemen belirtmek gerekir ki, çoğu zaman, soruşturma kapsamındakilerin tamamına yönelik olarak kullanılan¹⁷⁸ bu yetki, yargı denetimine tabidir¹⁷⁹. Ancak bugüne kadarki yüzlerce dosyadan yalnızca birinde, bir yargıç, Antitröst Birimi'nin tavsiye ettiği cezayı az bulup, varılan uzlaşmayı kabul etmemiştir. Bunun üzerine, yeniden tespit edilen miktara ilişkin karar duruşmasında, Antitröst Birimi başsavcı düzeyinde temsil edilmiş ve anılan yargıç, düşük bir oranda artışa ikna edilmiştir¹⁸⁰.

Kanada'da da benzer bir düzenleme vardır. Nitekim Kanada rekabet otoritesi tarafından kullanılan ihlalin kabulü ve işbirliği karşılığında cezalarda indirim yaparak ilgililerle uzlaşma yetkisinin kartellerle mücadeledeki önemi konusunda, bu ülkede de genel bir kabul bulunmaktadır¹⁸¹.

AB de, 1996, 2002 ve 2006 tarihli pişmanlık programlarında, benzer bir düzenlemeye yer vermeye çalışmıştır. Şöyle ki; bu üç programda da, aftan yararlanan belli olduktan sonra, işbirliği yapıp, önemli delil sunanlara, bunu yapma sıralarına göre, cezada indirim yapılmasına yer verilmiştir. Ancak bu indirim, ABD'de ya da Kanada'da olduğu gibi, dosyanın kapanması sonucunu doğurmadığı için aynı etkiyi sağlamamaktadır. Nitekim Komisyon'un rekabetten sorumlu üyesi Kroes, gerek Komisyon kartel birimi yöneticilerinden Oliver Guersent¹⁸² gerek avukatlar¹⁸³ tarafından ifade edilen bu eksikliğin giderilmesi

¹⁷⁴ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Klawiter 2001, s.760-762.

¹⁷⁵ Antitröst Birimi, işbirliği yapanlardan, af programına başvuranlara benzer şekilde, kartele ilişkin bilgi ve belgelerin sunulması, büyük jüri soruşturmaları ile duruşmalarda, eski çalışanlar da dahil olmak üzere, ifade verilmesi gibi taleplerde bulunmaktadır. Bkz. HAMMOND, S.D. (2006b), "The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For All", *OECD Competition Committee Working Party No.3, Paris, France*, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.pdf>, s.15.

¹⁷⁶ Hammond 2006b, s.1.

¹⁷⁷ Örnek olarak bkz. Baker 2001, s.709-710; Joshua 2002, s.241.

¹⁷⁸ Örneğin *Lysine*'de, şirketlerin tamamı uzlaşmaya varmıştır. Bkz. Hammond 2001b, s.7.

¹⁷⁹ ARP, D.J. ve C.R.A. SWAAK (2003), "A Tempting Offer: Immunity from Fines for Cartel Conduct under the European Commission's New Leniency Notice", *E.C.L.R.*, Issue 1, s.12.

¹⁸⁰ Hammond 2006b, s.23-24.

¹⁸¹ GCR 2005, s.27.

¹⁸² GCR 2002c, s.33.

¹⁸³ Örnek olarak bkz. De Araujo, Pugliese ve Castillo 2003, s.474; GCR 2005, s.28-29.

için çalışmalar yürütüldüğünü açıklamıştır¹⁸⁴. Bu çalışmalar neticesinde hazırlanan taslak bir metin, 26.10.2007 tarihinde kamuoyunun görüşlerine sunulmuştur¹⁸⁵. Komisyon tarafından getirilmek istenen sistemde, ABD ve Kanada'ya bir ölçüde benzer şekilde, ihlali kabul edecek teşebbüsler, cezalandırma rehberi esas alınarak belirlenen miktardan, belli bir indirim yapılmak suretiyle saptanan para cezasını ödeyecek; böylece, dosyalar daha hızlı kapanacaktır¹⁸⁶. Konuya ilişkin daha ayrıntılı açıklamalara, "4.4.2.4. İhlalin Kabulü ve İşbirliği" başlığı altında yer verilecektir.

3.3. Kartellerin Ortaya Çıkarılabilmesi ve Soruşturulabilmesi İçin Gerekli İspat Standartları ve Araçları

"1.3. Kartellerin Gizliliği" başlığı altında, kartellerin yapısından ve konusundan kaynaklanan belirsizliklere, çeşitli yöntemlerle gizlenmeleri de eklenince, bu oluşumların rekabet otoriteleri tarafından ortaya çıkarılmalarının ve soruşturulmalarının iyice güçleştiği aktarılmıştır. Bu çerçevede, rekabet otoritelerinin, "kartelin zararlı etkilerini", "kartelin varlığını ispatlamak için imzalı anlaşmaları", "kartelin içeriğinde ve aktif üyeliklerinde yaşanan değişiklikleri", "anlaşma ve uyumlu eylem şeklinde iki kavramın bulunduğu hukuk düzenlerinde, neyin anlaşma, neyin uyumlu eylem olduğunu ve bunlara her bir katılımı" göstermek zorunda olup olmadığı önem kazanmaktadır. Çünkü rekabet otoritelerinin bunları göstermek zorunda olduğu yönündeki bir yorum, rekabet otoritelerinden çok fazla delil talep edilmesi, ağır bir ispat yükü altında bırakılması ve ceza uygulanamaması anlamına gelecektir. Bu nedenle, kartellerle mücadelede başarılı olmak istenen rejimlerde, mevzuat ve çok daha önemlisi, yargı organlarının yardımıyla, aşağıdaki ispat standardı ve araçları geliştirilmiştir¹⁸⁷.

3.3.1. Rule of Reason Analizi Yerine Per se Kuralının Kullanılması ve Etki Yerine Amaca Vurgu

Kartellerle etkili mücadele için, *rule of reason* analizi yerine *per se* kuralının kullanılması konusunda genel bir kabul bulunmaktadır¹⁸⁸. *Per se* kuralı

¹⁸⁴ Kroes 2005.

¹⁸⁵ Bkz. <http://ec.europa.eu/comm/competition/cartels/legislation/settlements.html>

¹⁸⁶ KALLAUGHER, J. ve A. WEITBRECHT (2007), "Articles 81 and 82 EC in 2006 – The Year in Review", *E.C.L.R.*, Issue 5, s.321; KROES, N. (2007), "Reinforcing the Fight Against Cartels and Developing Private Antitrust Damage Actions: Two Tools for a more Competitive Europe", *Commission/IBA Joint Conference on EC Competition Policy, Brussels*, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/07/128&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>, s.3.

¹⁸⁷ Kovacic 2001, s.783-786; Whish 2000, s.226 ve Whish 2001, s.102.

¹⁸⁸ Örnek olarak bkz. ICN 2005, s.14 ve Kovacic 2001, s.783.

sayesinde, doğası gereği zararlı olduğu varsayımından hareketle, kartelin varlığını ispatlamak yeterlidir. Bu çerçevede, *rule of reason* analizinde olduğu gibi, zarara yol açılıp açılmadığını, rekabetin önemli ölçüde azalıp azalmadığını, etkinliğin bulunup bulunmadığını incelemek gerekmemektedir. Keza ilgililer, örneğin, yıkıcı rekabetten kaçınmak için makul seviyede fiyat belirlediklerini ya da pazar paylarının düşük olduğunu iddia edemez. Bu yaklaşımın bir faydası da, gerek rekabet otoriteleri gerek ilgililer bakımından hukuki belirlilik kazandırmasıdır. En önemlisi ise, *per se* kuralının, kartellerin hiçbir şekilde rekabeti arttırmayacağına dair üzerinde uzlaşılan sonuç ile uyumlu olmasıdır¹⁸⁹.

Hukuk düzenlerinin çoğunluğunda olduğu üzere¹⁹⁰, ABD’de de, 1940’taki *Socony-Vacuum*’dan beri, amacı veya etkisi fiyat tespiti, arzın belirlenmesi, pazar paylaşımı ya da ihalelerde danışıklı hareket olan yatay uzlaşmalar, kaçınılmaz olarak rekabete zarar verecekleri gerekçesi ile *per se* yasaktır¹⁹¹.

AB’de de karteller *per se* yasaktır. Örneğin, İDM, ATAD tarafından da onaylanan *Belgian Beer* karteline ilişkin kararında, yerleşik içtihat çerçevesinde, doğası gereği zararlı olduğu varsayımından hareketle, kartellerin varlığının ispatlanmasının yeterli olduğunu ve rekabeti sınırlayıcı etkinin gösterilmesinin gerekmediğini teyit etmiştir. Aynı kararda, rekabeti sınırlayıcı amacın gösterilmesinin yeterli olduğu kartel dosyalarında, pazar tanımı yapmak yönünde bir zorunluluğun bulunmadığı sonucuna da ulaşılmıştır¹⁹². Topluluk mahkemelerinin bu tür kararları çerçevesinde, karteller, 2001 tarihli *de minimis* duyurusunun¹⁹³ kapsamı dışında tutulmuştur¹⁹⁴.

Bunlar dışında verilebilecek örnekler, son yasa değişikliği ile karteğe taraf olanlara hapis cezası verilmesi düzenlemesi getirilirken, *per se* kuralının uygulanacağını da bizzat yasaya koyan İrlanda¹⁹⁵ ve AB’de olduğu gibi, kartellerin, *de minimis* kapsamında yer almadığı Birleşik Krallık’dır¹⁹⁶.

Bu noktada vurgulanması gereken bir husus, karteğe taraf olanlara uygulanacak yaptırımın hapis cezası olduğu hukuk düzenlerinde bile, amaca,

¹⁸⁹ Calvani 2004, s.6; ICN 2005, s.14; Kovacic 2001, s.785-786.

¹⁹⁰ ICN 2005, s.14.

¹⁹¹ Kovacic 2001, s.784-5.

¹⁹² Kristof 2006, s.59.

¹⁹³ OJ 2001, C 368/13.

¹⁹⁴ PEEPERKORN, L. (2002), “New Notice on Agreements of Minor Importance (de minimis Notice)”, *Competition Policy Newsletter*, No:1, February 2002, s.46; Rivas ve Stroud 2002, s.1108.

¹⁹⁵ Andrews 2002, s.470.

¹⁹⁶ VICKERS, J. (2001), “The New UK Competition Regime”, *G.C.R.*, February/March 2001, s.25.

etkiden daha fazla önem verildiğidir. Gerçekten de, ABD ve Birleşik Krallık gibi hapis yaptırımının bulunduğu rejimlerde, hapis cezasının söz konusu olmadığı davalarda, ihlal sonucuna amaç veya etkiden birinin gösterilmesi ile ulaşılabileceği; buna karşılık, hapis cezası için amacın gösterilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁹⁷. Bu çerçevede, hapis cezasının varlığının bile, *rule of reason* analizi yapılması sonucunu doğurmadığı; aksine, *per se* kuralındaki amaca vurgununun, daha da önem kazandığı belirtilebilir.

3.3.2. İfadeler ve İkincil Delillerle İspat İmkânının Önemi

“1.3. Kartellerin Gizliliği” başlığı altında yer verilen kartelleri gizlemek için yapılanlar, artık altında imzaların yer aldığı anlaşma bir yana, not bile bulmanın hemen hemen imkânsız olduğunu göstermektedir. Gerçekten de, pişmanlık programları sayesinde açığa çıkarılan kartellerden, ilgililerin hiçbir not tutulmamasını kararlaştırdığı görülmektedir. Herhangi bir nedenle hazırlanan notlar ise, rekabet otoritesinin konutlara girme yetkisinin olmadığı rejimlerde konutlarda; böyle bir yetkisi varsa ülke dışında; o ülke ile işbirliği antlaşmasının bulunma olasılığı halinde ise, İsviçre gibi tarafsız ülkelerde saklanmaktadır¹⁹⁸. Yani “gizli kartel anlaşmaları, ticari sözleşmelere benzemez; uzlaşmalar nadiren yazılı hale getirilir”¹⁹⁹ ifadesi bile, artık durumu tasvir etmekte yetersiz kalmaktadır. Dolayısıyla, kartellerle mücadelede başarıya ulaşmak isteniyorsa, rekabet otoritelerine, ifadelerle veya ikincil delillerle ispat imkanı verilmesi gerektiği öğretilmektedir²⁰⁰. Bu nedenle, aşağıda, öncelikle ifadelerle ispat imkanının önemine değinilecektir. Ardından “ikincil delil” kavramı incelenecek; bu çerçevede rakipler arası bilgi değişimini gösteren delillerin önemine; buna karşılık, iktisadi nitelikli delillerin kartel dosyalarındaki görece önemsizliğine yer verilecektir.

3.3.2.1. İfadelerle İspat İmkânının Önemi

ABD’de ifadeler çok önemli bir ispat aracıdır²⁰¹. Bunun en açık örneği, “rüya takım” olarak adlandırılan bir ekip tarafından yapılan pahalı ve saldırgan savunmaya rağmen, ABD’nin en zengin iş adamlarından Alfred Taubman’a, 78 yaşında, 1 yıl hapis ve 7.500.000 \$ para cezası verilmesinin, büyük ölçüde, Pişmanlık Programı’ndan yararlanan tek bir kişinin verdiği ifadeler çerçevesinde

¹⁹⁷ ABD için örnek olarak bkz. Werden ve Simon 1987, s.917; Birleşik Krallık için örnek olarak bkz. MURPHY, G. (2003), “OFT Publishes Consultation Paper on Investigating Criminal Cartels”, *E.C.L.R.*, Issue 10, s.550; OECD 2004, s.108.

¹⁹⁸ Örnek olarak bkz. AB’deki *Organic Peroxides* karteli (Peters 2004, s.46; Geradin ve Henry 2005, s.30).

¹⁹⁹ Joshua 1999, s.8.

²⁰⁰ Kovacic 2001, s.783-784.

²⁰¹ Joshua 2002, s.244 ve Joshua 2004, s.5.

gerçekleşmesidir²⁰². Keza, örneğin *Lysine* kartelinde, gizli kamera görüntüleri ve telefon kayıtları yanında, ifadeler de önemli rol oynamıştır²⁰³. Bu nedenle, ABD’de, ilgililer ifade vermeye zorlanabilmektedir²⁰⁴. Kanada²⁰⁵ ve Birleşik Krallık’da²⁰⁶ da benzer bir durum geçerlidir.

Buna karşılık, AB’nin dayandığı Kıta Avrupası sisteminden dolayı²⁰⁷, Komisyon, kartel toplantısı sırasında tutulmuş notlar gibi yazılı delillere, ifadeler gibi sonradan ortaya çıkan delillerden daha fazla değer vermektedir²⁰⁸. Ancak yazılı delil elde etmek konusunda karşılaşılan zorluklar²⁰⁹, ABD’nin yukarıdaki başarıları ve ABD’deki üç katına kadar tazminat davalarının, AB’de pişmanlık programına başvuruları azaltmasının etkisi ile bu durum değişmeye başlamıştır. Gerçekten de, ABD’de tazminat davası açanlar, iddialarını güçlendirmek üzere, dava açtıkları mahkemeler kanalıyla, davalıların AB’de pişmanlık programı çerçevesinde sundukları belgeleri istemektedir. Bu talepler, AB pişmanlık programına başvurmayı planlayan teşebbüslerde bir tereddüt yaratmaktadır çünkü Komisyon’un verdiği para cezaları, çoğunlukla, ABD’deki tazminat davaları neticesinde ödenmesine karar verilen tazminat miktarının altında kalmaktadır. Bu nedenle, 2002 tarihli programın uygulamasında, Komisyon yetkilileri, başvuruların ifadelerini alıp, bunları iç yazışma haline getirmeye başlamıştır. Bu sayede, ABD mahkemelerinin talebi uyarınca, pişmanlık programına başvuranlarca verilmesi zorunlu olan herhangi bir bilgi ve belge de ortaya çıkmamaktadır²¹⁰. Komisyon, bu uygulamaya 2006 tarihli programda yer vererek, mevzuat haline getirmiştir²¹¹.

İfadeler konusundaki bu değişim, aftan yararlanan belli olduktan sonra, cezalarda indirim karşılığında, işbirliği yapanlar bakımından da geçerlidir. Örneğin, *Copper Fittings*²¹² ve *Rubber Chemicals*²¹³ kartellerinde, Komisyon, aftan yararlanan belli olduktan sonra başvurdukları için, cezalarında yalnızca indirim yapılan teşebbüslerin sağladıkları ifadeler çerçevesinde, ihlalin süresi ile coğrafi büyüklüğünün, önceki tespitlerinden daha uzun olduğunu ortaya koymuştur.

²⁰² Kovacic 2001, s.776; Pate 2003b, s.3.

²⁰³ Hammond 2001b, s.5.

²⁰⁴ Baker 2001, s.699; Hammond 2004b, s.2.

²⁰⁵ Örnek olarak bkz. Arp ve Swaak 2003, s.16; GCR 2003c, s.26.

²⁰⁶ Örnek olarak bkz. Joshua 2004, s.5.

²⁰⁷ Joshua 2004, s.3.

²⁰⁸ Arbault ve Peiro 2002b, s.21.

²⁰⁹ De Araujo, Pugliese ve Castillo 2003, s.464.

²¹⁰ ANDERSON, D.G. ve M.J. REYNOLDS (2006), “Immunity and Leniency in EU Cartel Cases: Current Issues”, *E.C.L.R.*, Issue 2, s.83; NORDLANDER, K. (2004), “Discovering Discovery—US Discovery of EC Leniency Statements”, *E.C.L.R.*, Issue 10, s.646-659 ve Van Barlingen 2003.

²¹¹ Suurnakki ve Tierno Centella 2007, s.7-8.

²¹² Demataki ve Wessely 2007, s.66.

²¹³ De Luca ve List 2007, s.69.

Hemen belirtmek gerekir ki, bu değişim, kuşkusuz, Topluluk mahkemelerinin verdiği izin ile gerçekleşmektedir. Örneğin, İDM, ATAD tarafından da onaylanan *Seamless Steel Tubes*²¹⁴ ve *Graphite Electrodes*²¹⁵ gibi kararlarında, teşebbüslerin temsilcileri vasıtasıyla verdikleri yazılı veya sözlü ifadelerin delil olarak kullanılabilmesini belirtmiştir. Ancak, İDM'ye göre, bir teşebbüsün ihlali kabul ettiğine dair açıklama, diğer teşebbüsler tarafından inkar ediliyorsa, bu açıklamanın, başka delillerle desteklenmesi gerekmektedir. Bu noktada akla gelen soru, aynı kartelde yer alan başka bir teşebbüsün ifadelerinin destekleyici delil olarak kabul edilip edilemeyeceğidir. Bu soruya, Komisyon çalışanları, Topluluk mahkemelerinin, yine anılan kararlardaki, delillerin bir bütün olarak değerlendirilmesi yönündeki tespitinden hareketle, olumlu yanıt vermektedir²¹⁶.

Kıta Avrupası hukuk geleneğine sahip ülkelerde de, konuya ilişkin bir değişim gözlemlenmektedir. Örneğin Fransa, yakın bir tarihte kabul ettiği Pişmanlık Programı ile, başvuruların şifahi olarak da yapılabilmesine imkan vermiştir²¹⁷.

Bu konu çerçevesinde son olarak şu görüşe yer verilmelidir:

*“Son zamanlarda kartellerle mücadelenin artmasının etkisiyle, bugünün ve yarının kartel üyelerinin kendilerini ele verecek kağıtlar üretmesi olasılığı, geçmiştekilerden çok daha düşüktür. Rekabet otoritelerinin bulmayı umduğu, dumanı tüten tabanca (smoking gun) niteliğindeki yazılı belgelerin miktarındaki potansiyel azalma, şifahi açıklama ve ifadelerin önemini arttıracaktır.”*²¹⁸

İletişim ve bilişim teknolojilerinin ilerlemesinin kartellere verdiği imkanlar düşünüldüğünde²¹⁹, yukarıdaki görüş iyimser kalmaktadır. Gerçekten de, özellikle iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması ile teknik araçlarla izleme gibi yetkilerin yokluğunda, gelecekte, rekabet otoritelerinin ellerinde, kartelleri ispatlamak için tek araç olarak ifadelerin kalması, çok büyük olasılıktır.

²¹⁴ Komisyon kararı için bkz. *Seamless Steel Tubes* (2003) OJ L140/1. İDM kararı için bkz. *Joined Cases T-67/00 etc., JFE Engineering Corp. and others v. Commission (Seamless Steel Tubes)* [2004] ECR II-2501. ATAD kararı için bkz. *Joined Cases C-403/04 P etc., Sumitomo Metal and others v. Commission (Seamless Steel Tubes)* [2007] ECR I-729.

²¹⁵ İDM kararı için bkz. *Joined Cases T-236/01 etc., Tokai Carbon Co. Ltd. and others v. Commission (Graphite Electrodes)* [2004] ECR II-1181. ATAD kararı için bkz. *Case C-301/04 P, Commission v. SGL Carbon (Graphite Electrodes)* [2006] ECR I-5915.

²¹⁶ *Barennes ve Van Barlingen* 2005, s.8-9.

²¹⁷ MOBLEY, S. ve D. TWEEN (2006), “International Cartel Enforcement and Leniency”, *IBC Advanced EC Competition Law Conference, London*, s.12.

²¹⁸ *Arp ve Swaak* 2003, s.16.

²¹⁹ *Capobianco* 2004, s.1255; *GCR* 2002c, s.33.

3.3.2.2. İkincil Delillerle İspat İmkanının Önemi

ABD’de, YM’nin 1940’lı yıllardaki *Interstate Circuit*, *Socony*, *American Tobacco*, *Paramount Pictures* ve *Theatre Enterprises* kararlarından itibaren, kartellerin, rakipler arası bilgi değişimini gösteren deliller, iktisadi nitelikli deliller gibi ikincil delillerle kanıtlanmasına izin verilmektedir²²⁰. “2.3. AB Uygulamaları” başlığı altında yer verilen *Dyestuffs*, *Sugar* ve devamında gelen kararlardan anlaşılacağı üzere, AB’de de durum bu yöndedir. Bu kısa girişin ardından, aşağıda belirtilecek öneminden dolayı, rakipler arası bilgi değişimini gösteren deliller hakkında bilgi verilmelidir.

3.3.2.2.1. Rakipler Arası Bilgi Değişimini Gösteren Delillerin Önemi

ABD ve AB’de gün ışığına çıkarılan kartellerin ortak bir özelliği, kartele taraf olanların, birbirlerinin anlaşmaya uyup uymadığını kontrol için ayrıntılı denetim mekanizmaları kurmalarıdır. Bu çerçevede, rakipler arasındaki ticari sır niteliğindeki bilgilerin değişimi, en önemli denetim aracı haline gelmektedir²²¹. Nitekim ABD’de, *Lysine* karteline ilişkin gizli kamera görüntüleri, bunu açıkça ortaya koymaktadır. Kartel üyeleri, Ocak ayında yaptıkları toplantıda, geçen yılki satış rakamlarını analiz etmekte ve analiz sonucunda hedeflerine tam olarak ulaştıklarını belirtmektedir²²².

Benzer bir durum AB’de de geçerlidir. Son yıllarda ortaya çıkarılan, *Graphite Electrode*²²³, *Sodium Gluconate*²²⁴, *Vitamin*²²⁵, *Citric Acid*²²⁶, *Belgian Beer*²²⁷, *Carbonless Paper*²²⁸, *Methionine (Animal Feed)*²²⁹, *Food Flavour Enhancers (Nucleotide)*²³⁰, *Specialty Graphite*²³¹, *Concrete Reinforcing Bars*²³², *Industrial Copper Tube*²³³, *Organic Peroxides*²³⁴, *Spanish Raw Tobacco*²³⁵,

²²⁰ Joshua 2002, s.244; Kovacic 1993, s.22-23 ve Kovacic 2001, s.786.

²²¹ Hammond 2001b, s.6.

²²² Griffin 2001, s.53-54; Hammond 2001b, s.6-7.

²²³ Breit 2001, s.34.

²²⁴ Arbault ve Suurnakki 2002, s.30.

²²⁵ Peiro 2002, s.31.

²²⁶ Arbault ve Peiro 2002a, s.34.

²²⁷ Nijjs 2002, s.36.

²²⁸ Marteil ve Suurnakki 2002, s.42.

²²⁹ Pieters 2002, s.55.

²³⁰ Pieters 2003, s.65.

²³¹ Bermudez 2003, s.66.

²³² Concrete Reinforcing Bars (Commission Press Release IP/02/1908 of 17 December 2002). Bkz. Laina 2003, s.68.

²³³ Industrial Copper Tube (2004) OJ L125/50. Bkz. ASKOLA, E. (2004), “Commission Adopts a Cartel Decision Imposing Fines on Industrial Copper Tube Producers”, *Competition Policy Newsletter*, No:1, Spring 2004, s.42.

²³⁴ Peters 2004, s.46.

*Copper Plumbing Tube*²³⁶, *Monochloroacetic Acid*²³⁷, *Industrial Thread*²³⁸, *Rubber Chemicals*²³⁹, *Hydrogen Peroxide and Perborate*²⁴⁰, *Acrylic Glass*²⁴¹, *Copper Fittings*²⁴² ve *Synthetic Rubber*²⁴³ kartellerinin tamamında, varılan uzlaşmaya uyumun tespiti için ayrıntılı bilgi değişim mekanizmaları kurulmuştur. AB’de, *UK Tractors* kararı çerçevesinde, tek başına bilgi değişimi de yasaklanabilmektedir²⁴⁴.

Bu nedenle ABD’de de AB’de de, teşebbüsler arasındaki ticari sır niteliğindeki bilgilerin değişimi, üst bir anlaşmanın delili olarak kabul edilmektedir. Çoğu davada anlaşmayı ortaya koyan açık deliller bulmanın imkansızlığı düşünüldüğünde, ortadan kaldırılması nispeten daha güç olan bu delillerin öneminin artmasının, rekabet otoritelerinin ispat yükünü azaltıcı olduğu açıktır²⁴⁵.

3.3.2.2. İktisadi Nitelikli Delillerin Görece Önemsizliği

Posner, yalnızca, “endüstrinin yapısal özelliklerinin rekabetten kaçınılmasını kolaylaştırması”, “teşebbüslerin performanslarının yatay işbirliği sonucunu desteklemesi ve pazardaki duruma uyumlu eylem dışında rasyonel açıklama getirilememesi”, “kolaylaştırıcı eylemlerin varlığı” gibi iktisadi nitelikli deliller kullanılarak kartelin varlığının ispatlanabileceğini ileri sürse de²⁴⁶, bu kolay değildir. Öncelikle, iktisadi nitelikteki delillerin elde edilmesinin

²³⁵ Spanish Raw Tobacco (Commission Press Release IP/04/1256 of 20 October 2004). Bkz. FONTANA, C.R., M.D. LUCA ve R. MORILLAS (2005), “Commission Fines Companies for Colluding on Raw Tobacco Prices in Spain”, *Competition Policy Newsletter*, No:1, Spring 2005, s.65.

²³⁶ Mische 2005, s.68.

²³⁷ Mayock 2005, s.71.

²³⁸ Industrial Thread (Commission Press Release IP/05/1140 of 14 September 2005). Bkz. CLERC, E. (2006), “Commission Fines Nine Companies a Total of € 43.5 Million for Participating in Industrial Thread Cartels”, *Competition Policy Newsletter*, No:1, Spring 2006, s.64.

²³⁹ Askola 2006, s.66.

²⁴⁰ Berger ve Piazza 2006, s.31.

²⁴¹ Anderson ve Berger 2006, s.33.

²⁴² Demataki ve Wessely 2007, s.65.

²⁴³ De Luca ve List 2007, s.68.

²⁴⁴ Bu karar, “2.3.3. (AB Uygulamaları) 1989 Sonrası” başlığı altında ayrıntılı şekilde incelenmiştir.

²⁴⁵ Kühn ve Vives, s.104-105; Stevens 1995, s.70-71.

²⁴⁶ POSNER, R. (1969), “Oligopoly and the Antitrust Laws: A Suggested Approach”, *Stanford Law Review*, Volume 21, s.1562-1606. Ayrıca bkz. BISHOP, W. (1983), “Oligopoly pricing: a proposal”, *The Antitrust Bulletin*, Summer 1983, s.312-313; HOVENKAMP, H. ve E.T. SULLIVAN (2004), *Antitrust Law, Policy and Procedure: Cases, Materials, Problems*, Fifth Edition, LexisNexis, U.S.A., s.312-313; LOPATKA, J.E. (1996), “Solving the oligopoly problem: Turner’s Try”, *The Antitrust Bulletin*, Winter 1996, s.843-908; McCARTHY, J.T., S.C.

zor olduğu belirtilmelidir. Keza, teşebbüsler, maddi delillerin yokluğunda, öne sürülen görüşlere cevap vermekte çok zorlanmamaktadır. Bu durum, rekabeti sınırlayıcı anlaşma içinde olduğu iddia edilen teşebbüslerin yaptığı savunmalarla ortaya konabilir²⁴⁷.

Teşebbüsler öncelikle pazarı geniş tanımlayarak, atomistik bir piyasa tablosu çizmekte ve böyle bir yapıda anlaşma yapmanın imkansız olduğunu söylemektedir. Rekabet otoritesinin pazarın “oligopol” olduğunu ortaya koyması halindeyse, öncelikle, paralel davranışın bulunmadığı ileri sürülmektedir. İktisat kuramlarınca ortaya konulduğu üzere, uzlaşmanın hemen hiçbir zaman mükemmel olmaması, istisnai farklılıklar ortaya çıkarabilmektedir. Ancak maddi delillerin yokluğunda, teşebbüsler, bunu sonuna kadar kullanmaktadır. Bunun ardından, davranışların rasyonel bir gerekçesinin olduğu iddia edilmektedir ki, bu gerekçe çoğunlukla yine iktisadi yaklaşımlardan elde edilmektedir. Akla yatkın nedenler bulmak çok zor değildir, ancak hiçbir şey bulunamazsa şu söylenmektedir: “Koordinasyon içinde hareket etsek bile-ki böyle hareket etmiyoruz-bunun için anlaşma yapmamıza gerek yok”²⁴⁸. Bu silsile içinde, anlaşmanın varlığını ortaya koymak için kullanılan iktisadi deliller çürütülebilmesi, maddi delillerin önemini arttırmaktadır.

Yalnızca iktisadi nitelikli delillere dayanmanın diğer bir sakıncası ise, teşebbüslerin uzlaşmadan değil de oligopolistik bağımlılıktan kaynaklanan bilinçli paralelliklerinin de ihlal kabul edilmesi olasılığı doğurmasıdır²⁴⁹.

Bu bilgiler çerçevesinde şu sonuca ulaşılabilir: Kendisi de bir iktisatçı olan Prof. Elzinga'nın, Amerikan antitröst tarihinin önemli davalarında, iktisatçıların birbirleri ile çelişen görüşlerini ortaya koyduktan sonra belirttiği üzere, iktisatın rekabet hukuku uygulamalarında önemi yadsınamaz. Ancak iktisadi yaklaşımlarla anlaşmanın varlığı kesin olarak ortaya konulamamaktadır. Bu durum antitröst otoritelerinde, Hercule Poirot, Miss Marple, Sherlock Holmesların istihdam edilmesini gerektirmektedir²⁵⁰. Nitekim, “3.1.2. Yetkin Bir Kartel Birimi” başlığı altında ifade edildiği üzere, rekabet otoritelerinde de

OPPENHEIM ve G.E. WESTON (1981), “*Federal Antitrust Laws*”, Second Edition, West Publishing Co., St.Paul, Minnesota, s.208.

²⁴⁷ J. Baker 1993; HAY, G.A. (2000), “The Meaning of ‘Agreement’ under the Sherman Act: Thoughts from the ‘Facilitating Practices’ Experience”, *Review of Industrial Organization*, No:16, s.122-127.

²⁴⁸ BAKER, J.B. (1996), “Horizontal Price-Fixing in Cyberspace”, *Remarks Before the 1996 Antitrust Conference: Antitrust Issues in Today's Economy- New York*, <http://www.ftc.gov/speeches/other/confbd4.htm>, s.4.

²⁴⁹ Whish 2001, s.107.

²⁵⁰ ELZINGA, K.G. (1984), “New developments on the cartel front”, *The Antitrust Bulletin*, Spring 1984, s.25-26. Benzer bir görüş için bkz. MONTI, G. (1996), “Oligopoly: Conspiracy? Joint Monopoly?, Or Enforceable Competition?”, *World Competition*, Vol:19, No:3, s.101-102.

eğilim bu yöndedir. *Per se* kuralının da etkisiyle, çoğu kartel biriminde, istihdam edilen iktisatçı sayısı azdır²⁵¹. Bu nedenle, J. Baker'in geleceğe dair şu tahminine de katılmak olası değildir:

*“Tarihsel olarak, fiyat tespit vakalarının ortaya çıkarılmasında, iktisadi deliller, diğer pek çok antitröst alanına göre daha az kullanılmıştır. Fakat yeni geliştirilen ekonometrik araçlarla, iktisatçılar da, kartellerin ortaya çıkarılmasında daha büyük rol oynayabilir. Adalet Bakanlığı'nun pişmanlık programlarından sonra, hala ortaya çıkarılmamış karteller kalmışsa, yeni iktisadi yaklaşımlar bunun için en iyi yol olabilir.”*²⁵²

Yukarıdaki açıklamalar bir yana, bizzat J. Baker'in kendisi, iktisadi analizlerin hangi pazarların uzlaşmaya yatkın olduğunu ortaya koyduğunu, buna karşılık uzlaşmanın varlığını kesin olarak ortaya koyamadığını belirtmektedir²⁵³. Bu çerçevede, Hammond'ın ulaştığı, *“Hırsızları, iktisatçılarla yakalayamazsınız”*²⁵⁴ şeklindeki sonucun doğru olduğu düşünülmektedir.

3.3.3. Devam Eden Tek Bir Uzlaşma Kavramının Kullanılabilmesi

Uzun dönemli kartellerde, ilgili teşebbüslerin uzlaşmalarını tek tek göstermek imkansızdır. Bu nedenle uzlaşmaya ulaşılan anı tanımlayan statik bir yaklaşım yerine, rekabetin ihlal edildiği bütün süreci kapsayan “devam eden tek bir uzlaşma (*a single continuing agreement*) – karmaşık düzenlemeler (*complex arrangements*)” yaklaşımı geliştirilmiştir. Bu yaklaşım sayesinde, deliller bütün olarak değerlendirilerek, kartelin varlığı ve belirgin özellikleri ortaya konulmakta; aksini gösteren bir kanıt olmadıkça, ilgili teşebbüslerin bu sürecin tamamına katıldığı varsayılmaktadır²⁵⁵.

ABD'de, YM, *Continental Ore Co. v. Union Carbide&Carbon Corp.*²⁵⁶ davasında, *“delillerin parçalanmaması, resme bütün olarak bakılması gerektiğini”* belirtmiştir²⁵⁷. ABD'de, bu çerçevede, “devam eden tek bir uzlaşma” yaklaşımı kullanılmaktadır²⁵⁸.

İlgili kavramın AB'ye girmesini sağlayan ise, “2.3.3. (AB Uygulamaları) 1989 Sonrası” başlığı altında belirtildiği üzere, *Polypropylene* ve

²⁵¹ ICN 2005, s.33.

²⁵² J. Baker 2001, s.828.

²⁵³ Ibid, s.827.

²⁵⁴ HAMMOND, S.D. (2005c), “Ten Strategies For Winning The Fight Against Hardcore Cartels”, *OECD Competition Committee Prosecutors Program, Paris, France*, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/212270.htm>, s.5.

²⁵⁵ Joshua 1999; Van Gerven ve Varona 1994, s.606; Whish 2001, s.102 ve 104-105.

²⁵⁶ 370 U.S. 690 (1962).

²⁵⁷ Kovacic 1993, s.36.

²⁵⁸ Joshua 2002, s.244.

PVC kararlarına ilişkin olarak açılan davaların ATAD tarafından reddedilmesi olmuştur. Nitekim bu yaklaşımın sıkça kullanıldığı, *Lombard Club*²⁵⁹, *Concrete Reinforcing Bars*²⁶⁰ gibi kararlardan anlaşılmaktadır.

3.3.4. Anlaşma ve Uyumlu Eylem Kavramlarının Birlikte Kullanılabilmesi

ABD’de, Sherman Yasası m.1’de, “sözleşme, kombinasyon, gizli plan (*contract, combination, conspiracy*)” üçlemesi yer alsada, uygulamada bunlar birbirinin yerine kullanılmaktadır²⁶¹.

AB’de ise, anlaşma ve uyumlu eylem kavramlarının ayrı ayrı kullanımına, ABD’deki uygulamalardan hareketle, *Polypropylene* ve *PVC* kararları ile son verilmiştir. Eskiden anlaşma ve uyumlu eylemi ayrı ayrı kullanan Komisyon’un bu konudaki değişikliği, en başta, daha karmaşık ihlallerle karşılaşmasına bağlanabilir. Gerçekten de, bu iki kavramı, uzun süreli ve fazla teşebbüslü kartellerde ayırmak çok zordur²⁶². Ayrıca bu değişikliğin, avukatların, ilk önce, “*noter onaylı bir anlaşma bulunamadığından ‘anlaşma yok’*” deyip; ardından da, “*madem ki herkes önceden anlaştığı şekilde davranmadı, o halde ‘uyumlu eylem de yok’*” şeklindeki şeytani savunmalarına da cevap niteliğinde olduğu ifade edilmektedir²⁶³. “2.3.3. (AB Uygulamaları) 1989 Sonrası” başlığı altında belirtildiği üzere, bu kararlara ilişkin olarak açılan davaların ATAD tarafından reddedilmesiyle, Komisyon’un, “*önemli olan anlaşma ve uyumlu eylem arasındaki ayrım değil; m.81 kapsamındaki uzlaşmalar ile salt paralel davranışlar arasındaki ayrımdır*” şeklindeki görüşü kabul edilmiştir. Bu sayede, anlaşma ile uyumlu eylem arasında yapay bir ayrım yaparak, uygulamaya da zarar vermiş, AB rekabet hukukuna 20 yıldır damgasını vuran akademik bir tartışma son bulmuştur²⁶⁴.

Nitekim son yıllardaki kartel davalarında, bunun da sıkça uygulaması bulunmaktadır. Buna örnek, *Lombard Club* karteline ilişkin karardır. Bu kararda, Komisyon, kartele taraf olan teşebbüslerin, hangi faaliyetlerinin anlaşma, hangi faaliyetlerinin ise uyumlu eylem olduğunu gösterme ihtiyacı duymamış; tüm kartel eylemlerini, m.81(1)’in ihlal edildiği, tek ve karmaşık bir süreç şeklinde tanımlamakla yetinmiştir²⁶⁵.

²⁵⁹ *Lombard Club* (2004) OJ L 56. Bkz. Winterstein 2002, s.32.

²⁶⁰ *Laina* 2003, s.68.

²⁶¹ AREEDA, P.E. (1986), *Antitrust Law An Analysis of Antitrust Principles and Their Application, Volume VI*, Little, Brown and Company, USA, s.7.

²⁶² Antunes 1991, s.57-58; Whish 2001, s.102-104.

²⁶³ Joshua 1999, s.7.

²⁶⁴ Joshua 2002, s.243.

²⁶⁵ Winterstein 2002, s.32.

Dördüncü Bölüm

KARTELLERİN ETKİLİ BİÇİMDE CEZALANDIRILABİLMESİ İÇİN GEREKLİ YAPTIRIM VE UYGULAMALAR

4.1. Etkili Yaptırım Kavramı

Kartele katılıp katılmama kararı, yapılacak fayda-maliyet analizine göre verilir. Fayda, kartelden elde edilecek kazançtır. Maliyet ise, yakalanma halinde karşılaşılabilecek yaptırımdır¹. OECD² ve ICN'in³ yapmış olduğu çalışmalara görüş bildiren rekabet otoriteleri, “etkili yaptırım” kavramının, bu maliyeti arttırarak, potansiyel kartel üyelerini, karteli oluşturmaktan; karteli oluşturanları da, bunu tekrardan caydırmak anlamına geldiğini ifade etmiştir.

Bu amaca yönelik uzun yaptırım listesinden verilebilecek örnekler, para cezası, hapis cezası, tazminat, yöneticilik yapma yasağı, kamuda çalışma yasağı, zorunlu kamu hizmeti, yurt dışına çıkış yasağı, kamu ihalelerinden men ve rekabet yasasının ihlal edildiğinin kamuoyuna duyurulması zorunluluğudur. Ancak bu çalışmada, esas olarak, gerek rekabet otoritelerinin katkıları ile hazırlanan metinlerde⁴ gerek doktrinde, üzerinde en çok görüş bildirilen, dolayısıyla en önemli görülen şu üç yaptırıma yer verilecektir: “Teşebbüslere uygulanan para cezası”, “hapis cezası” ve “tazminat”. Hemen belirtmek gerekir ki, “hakkında en çok görüş bildirilme” ölçütü, bu üçü arasında, hapis cezasına ilişkin bölüme daha ağırlık verilmesi sonucunu da doğuracaktır. Gerçekten de, son yıllarda ABD takip edilerek, başta İrlanda ve İngiltere olmak üzere, kartele taraf olan teşebbüslerin yöneticilerine hapis cezası verilmesine imkan veren yasaların çeşitli hukuk düzenlerinde kabulü, konu ile ilgili tartışmaları çok artırmıştır.

4.2. Etkili Para Cezaları

Teşebbüslere para cezası verilmesi gerektiği konusunda, “teşebbüslerin kartelden fayda elde etmesi”, “para cezası vermek suretiyle, teşebbüslerin, rekabet kurallarına uyma güdüsüne sahip olmalarının sağlanmaya çalışılması”, “kamu kaynaklarının, teşebbüslerin, çalışanlarının eylemlerinden haberdar olup

¹ Werden ve Simon 1987, s.920.

² OECD 2002, s.3.

³ ICN 2005, s.51.

⁴ Örnek olarak bkz. OECD 2002, s.10-11.

olmadığını incelemekle heba edilmemesi” gibi nedenlerden dolayı, genel bir kabul bulunmaktadır⁵.

Teşebbüslere verilecek cezanın büyüklüğü konusunda ise, cezanın, vergi ya da iş yapmanın doğal bir maliyeti şeklinde görülmemesini sağlayacak ciddiyette olması gerektiği görüşü belirtilmektedir⁶. Ancak işte bu “yeterince ciddi cezanın ne olduğu” sorusu, hapis cezasının gerekliliğine ilişkin tartışmaların da başlangıç noktasını oluşturmaktadır. Bu nedenle, etkili para cezaları konusunun incelenmesinin, “4.3.1.1. Caydırıcılığı Sağlamaya Yetecek Büyüklükteki Para Cezasının Uygulanmasının Mümkün Olmadığı Görüşü” ve “4.4. Etkili Para ve Hapis Cezasının Özellikleri” başlıkları altında yapılması tercih edilmiştir.

4.3. Hapis Cezası

4.3.1. Kartellerle Etkili Mücadele İçin Hapis Cezasının Gerektiğine Dair Görüşün Dayanakları

4.3.1.1. Caydırıcılığı Sağlamaya Yetecek Büyüklükteki Para Cezasının Uygulanmasının Mümkün Olmadığı Görüşü

Bir OECD raporunda, caydırıcılığı sağlayacak büyüklükteki cezanın, “*tahmin edilen kartel kazancı x kartelin yakalanma olasılığı*” olduğu sonucuna ulaşılmıştır⁷. Aynı sonuca, ICN’in bir çalışmasında da ulaşılmış; bu konuda, görüş bildiren tüm rekabet otoritelerinin uzlaştığı ifade edilmiştir⁸. Rekabet otoritelerinin caydırıcılığı sağlamaya yetecek büyüklükteki ceza konusunda ulaştığı sonuçlarla, doktrindeki görüşler birbirine benzemektedir. Örneğin, Wils, etkili bir caydırma sağlayacak cezanın, “*kartel neticesindeki fiyat artışı x kartel mensuplarının karlılık artışı x kartelin süresi x kartelin ortaya çıkarılma ve cezalandırılma ihtimali*” olduğunu ifade etmiştir⁹. Konuya ilişkin bir ölçüde benzer bir görüş ise, Gary Becker’in “Suç ve Ceza: İktisadi Bir Yaklaşım” başlıklı çalışmasından¹⁰ hareketle, cezanın caydırıcı olabilmesi için, “*kartelin devamı süresince topluma verilen zarar x yakalanma olasılığı*” şeklinde olması gerektiği yönündedir¹¹.

Yukarıdaki formüllerin unsurlarına ilişkin olarak yapılan ampirik çalışmalarda elde edilen veriler ise aşağıdadır:

⁵ OECD 2004, s.100; Werden ve Simon 1987, s.923; Wils 2005, s.151.

⁶ Hammond 2004b, s.8.

⁷ OECD 2002, s.3.

⁸ ICN 2005, s.53.

⁹ Wils 2005, s.138-140.

¹⁰ Becker 1968.

¹¹ Calvani 2004, s.7; Werden ve Simon 1987, s.924.

“1.2. Kartellerin Yol Açtığı Zararlar” başlığı altında da değinilen Connor’ın çalışmasında, 674 kartel davası incelendikten sonra, karteller neticesinde fiyat artış medyanının %25 olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Aynı çalışmada, incelenen davaların %80’inde, fiyat artışının %10’dan; %60’ında ise, %20’den fazla olduğu da ortaya konmuştur¹². Benzer şekilde, bir OECD raporunda, incelenen 14 dava çerçevesinde, fiyat artış medyanının %15-20 arasında olduğu ifade edilmiştir¹³.

Komisyon’un kartel dosyalarındaki tespitleri ile ABD yazını çerçevesinde, ortalama kartel süresinin, muhafazakar bir tahminle, 5 yıl olduğu ifade edilmektedir¹⁴. Bu sürenin daha uzun olduğunu gösteren çalışmalar da bulunmaktadır¹⁵.

Peter Bryant ve Woodrow Eckard’ın, ABD’de, 1961-1988 tarihleri arasında inceledikleri 184 kartel davası çerçevesinde ulaştıkları sonuç, kartellerin ortaya çıkarılma ve yakalanma olasılığının %13-17 arasında olduğudur¹⁶.

Bütün bu veriler çerçevesinde, caydırıcılığı sağlamaya yetecek büyüklükteki cezanın, karteğe taraf teşebbüslerin ilgili ürünün satışlarından elde ettiği cironun %150’sinden az olmaması gerektiği ifade edilmektedir¹⁷. Bu noktada, ileri sürülen bu asgari oranı daha da arttıracak iki unsura yer verilmelidir. Bunlardan birincisi; %150’lik oranın, cezanın hemen tahsil edileceği olasılığına göre hesaplandığı, yani gecikme faizini içermediğidir¹⁸. İkincisi ise çok daha önemlidir. Karteğe taraf teşebbüslerin elde ettiği kazanç esas alınarak hesaplanan asgari %150 şeklindeki sonucun, topluma verilen zarardan hareket edilseydi, çok daha büyük olacağı açıktır. Çünkü “1.2. Kartellerin Yol Açtığı Zararlar” başlıklı bölümde açıklandığı üzere, kartellerin yol açtığı yegane ve en önemli zarar, fiyat artışı neticesinde müşterilerden, karteğe taraf teşebbüslere yönelen, “fiyat artışı x satılan miktar” kadarlık gelir transferi değildir. Bundan çok daha önemlisi, fiyat artışı neticesinde, bazı bireylerin ilgili ürünü artık satın alamamasıdır. Buna, başka

¹² CLI 2004, s.16; Wils 2005, s.139.

¹³ OECD 2002, s.9.

¹⁴ Wils 2005, s.138-139. Wils, örnek olarak Evenett, Levenstein ve Suslow’un 2001 ve Connor’ın 2004 tarihli çalışmalarını vermiştir.

¹⁵ Calvani 2004, s.8.

¹⁶ Calvani 2004, s.7; OECD 2002, s.13; Wils 2005, s.138. Calvani, konuya ilişkin başka çalışmalar hakkında da bilgi vermiştir.

¹⁷ Wils 2005, s.140; Calvani 2004, s.8.

¹⁸ Wils 2005, s.138.

iktisadi, sosyal, kültürel ve siyasal problem ve zararlar da eklenince, caydırıcılığı sağlamaya yetecek cezanın çok daha artacağı açıktır¹⁹.

Ancak teşebbüslere caydırıcılık sağlamak adına verilecek cezanın, asgari %150'lere gelmesi mümkün değildir. Çünkü, para cezalarına ilişkin olarak yapılan düzenlemelerde azami sınır belirlenmektedir ve bu sınır %150'nin bile çok altındadır. Örneğin, AB'de, teşebbüslerin cirolarının %10'una kadar ceza verilebilirken; ABD'de, kartel süresince etkilenen ticaretin azami %80'ine kadar ceza verilebilmektedir²⁰. Kaldı ki, yasal engel olmasa bile, caydırıcılığı sağlamaya yetecek büyüklükteki cezanın verilmesi, çoğu durumda kartel üyelerinin iflas etmesine yol açacaktır. Nitekim C. Craycraft, J.L.Craycraft ve Gallo'nun, ABD'de, 1955-1993 tarihleri arasında kartel kurduğu tespit edilen 386 teşebbüs nezdinde yaptığı inceleme, caydırıcılığı sağlamaya yetecek büyüklükte ceza verilmesi halinde, bu teşebbüslerin %58'inin iflas edeceğini göstermektedir²¹. İncelemenin, veri kısıtlarından dolayı nispeten büyük şirketleri esas aldığı, eğer daha küçük ölçekli şirketler ele alınsaydı, bu oranın daha da artacağı belirtilmektedir²². Teşebbüslerin iflas etmesinin ise, önemli iktisadi ve sosyal etkilerinin olacağı açıktır²³.

Bu nedenlerle, teşebbüslere caydırıcılığı sağlamaya yetecek kadar yüksek ceza verilememektedir. Nitekim, vitamin kartelindekilerin 9-13 milyar ABD \$ arasında tekel karı elde ettiği; buna karşılık, tüm dünyada 4,4-5,6 milyar ABD \$ arasında para cezası ve tazminat ödediği, ortaya çıkarılma ve cezalandırma olasılığının düşüklüğü göz önünde bulundurulduğunda bu rakamın daha da düşeceği belirtilmektedir²⁴. Mevcut para cezalarının yetersiz kaldığına bir diğer örnek, gerek ABD'de gerek AB'de, *Sodium Gluconate*, *Lysine (Amino Acids)* ve *Citric Acid* kartellerinden dolayı, ABD yetkililerinin ifadesi ile rekor düzeyde cezaya çarptırılan ADM şirketidir. *Lysine* karteline ilişkin gizli kamera kayıtlarındaki, "Sloganımız: *Rakiplerimiz dostumuz, müşterilerimiz düşmanımızdır!*" sözünün sahibi bu şirkete verilen cezalar, kartellerden etkilenen bir sektördeki şirketleri almasına engel olmamıştır²⁵.

Teşebbüslere caydırıcılığı sağlayacak büyüklükte para cezaları uygulanamaması ve böylece, özellikle, cezaların etkisinin daha az hissedildiği binlerce ortaklı halka açık şirketlerin, çalışanlarının yasadışı eylemlerde

¹⁹ Werden ve Simon 1987, s.924.

²⁰ Klawiter 2001, s.754.

²¹ Calvani 2004, s.8-9; Wils 2005, s.141.

²² Wils 2005, s.141.

²³ Calvani 2004, 9; ROSOCHOWICZ, P.H. (2004), "The Appropriateness of Criminal Sanctions in the Enforcement of Competition Law", *E.C.L.R.*, Issue 12, s.755-756.

²⁴ Calvani 2004, s.21.

²⁵ Schoneveld 2003, s.449-450.

bulunmasını engelleme güdüsünün azalması²⁶, karteli kuran ve/veya devam ettiren teşebbüs yöneticilerine ve çalışanlarına yönelik hapis ya da en azından para cezasının gerektiğine dair görüşlerin başlangıç noktasını oluşturmaktadır.

4.3.1.2. Teşebbüslere Ceza Verilme Nedenlerinin, Kartele Taraf Teşebbüslerin Çalışanları İçin de Geçerli Olduğu Görüşü

Teşebbüslere yönelik ceza verme nedenlerinden ilk ikisinin, teşebbüslerin, “kartelden fayda elde etmesi” ve “rekabet kurallarına uyma güdüsüne sahip olmalarının sağlanmaya çalışılması” olduğuna, “4.2. Etkili Para Cezaları” başlığı altında değinilmiştir. Bu iki ceza verme nedeni bireyler için de geçerlidir:

Kartellerden, bireyler de önemli fayda elde ederler. Bu fayda, *Graphite Electrodes* kartelindeki gibi, yapılan her fiyat artışı ile değerlendirilen hisse senetleri sayesinde, milyonlarca doları cebe indirmek şeklinde doğrudan olabileceği gibi²⁷, rekabetçi pazarın belirsizlikleri ortadan kalktığından, sakin, en azından, daha az stresli bir yaşam sürmek şeklinde dolaylı da olabilir²⁸.

Keza, tıpkı teşebbüsler gibi, bireylerin de rekabet kurallarına uyma güdüsüne sahip olmaları sağlanmaya çalışılmalıdır. Bu sayede, işverenlerin veya daha üst düzeydeki yöneticilerin yasadışı eylemlerde bulunulması yönündeki baskılarına, çalışanların direnme olasılığı artacaktır²⁹.

4.3.1.3. Teşebbüslerin, Çalışanlarını Denetleme İmkânının Sınırlı Olduğu Görüşü

Çalışanlar, kendilerine terfi ve ikramiye getirecek yakın dönemdeki sonuçları, emekliliklerinin ardından şirketin ödemek zorunda kalacağı para cezasına tercih edebilir. Şirketler de, çalışanlarının yasadışı eylemlerde bulunmasını engellemek isteseler bile, çalışanlarının bu tercihini öğrenme imkânına sahip olmayabilir³⁰. Nitekim “1.3. Kartellerin Gizliliği” başlıklı bölümde, ABD’deki *Lysine* kartelinde, bir şirket yöneticisinin, uluslar arası karteli, aynı şirketin antitröst düzenlemelerine uyum programını uygulamaya kararlı hukuk müşavirinden de gizlediği aktarılmıştır³¹. Bu nedenle, teşebbüslere caydırıcılığı sağlayacak büyüklükte ceza verilse bile, karteli kuran ve/veya

²⁶ OECD 2004, s.17.

²⁷ Griffin 2001, s.35. Benzer görüşler için bkz. Calvani 2004, s.9; OECD 2004, s.27.

²⁸ OECD 2002, s.18.

²⁹ OECD 2004, s.7 ve 99.

³⁰ Calvani 2004, s.9.

³¹ Griffin 2001, s.42; Hammond 2001b, s.3-4.

devam ettiren teşebbüs çalışanlarına da ceza verilmesi gerektiği ifade edilmektedir³².

4.3.1.4. Beyaz Yakalılara Yönelik En Caydırıcı Yaptırımın Hapis Cezası Olduğu Görüşü

Karteli kuran ve/veya devam ettiren teşebbüs çalışanlarına, para cezası yerine hapis cezası verilmesi gerektiğine dair görüşlerin başlangıç noktasını ise, hapis cezasının beyaz yakalı suçlular üzerindeki caydırıcılığını aktaran aşağıdaki görüşler oluşturmaktadır:

*“Etkili antitröst uygulamalarını destekleyen çok üst düzey yönetici yakın bir dostum, bir keresinde bana şunu söylemişti: Sadece para cezası söz konusu ise, çalıştığım şirket beni ikna edebilir. Ama işin ucunda özgürlüğümün elimden alınması söz konusu ise, şirketin beni ikna edebilmesine imkan yoktur.”*³³

*“Çok ünlü bir avukat olan Arthur Liman şunu söylemiştir: Kapkaççı için hapis, ordudaki acemilik eğitimi sayılabilir. Buna karşılık işadamları için hapis cehennemdir ve geleneksel risk-ödül analizi yapılırken dengeyi bozar. Bu nedenle, hapis tehdidi, antitröst suçları bakımından en anlamlı caydırıcıdır...Teori bir yana, ABD’deki sanık avukatlığı deneyimlerim, müvekkillerin, hapis cezası davalarına diğer davalardan çok daha fazla önem verdiğini gösteriyor...(Diğer davalarda) şu sözü sıkça işitirsiniz: “Bu duruşmaya iki avukatın katılmasına gerek yok” veya “Bu yeminli yazılı ifadenin verilmesinde sana ihtiyacımız yok; şirket avukatı bunu halledebilir.” Hapis cezasının söz konusu olduğu süreç ise tamamen farklıdır. Diğer davalardan farklı olarak, bütçeye ilişkin sorulara nadiren muhatap oldum. Davaya çok mu fazla kaynak ayrıldığı konusu şöyle dursun, şu soru sorulmaktaydı: “Başarılı bir savunma yapabilmek için gereken her şeyi yapabiliyor muyuz? Yapmamız gereken başka bir şey var mı?” Şuna ikna oldum ki hapis olasılığı, müvekkillerin daha fazla dikkatini çekiyor.”*³⁴

³² Calvani 2004, s.9; OECD 2004, s.7, 17 ve 26; WILS, W.P.J. (2004), “The Combination of the Investigative and Prosecutorial Function and the Adjudicative Function in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis”, *World Competition*, No:27(2), s.224 ve Wils 2005, s.141-142.

³³ Baker 2001, s.705.

³⁴ Calvani 2004, s.11-14. Bu görüşün sahibi Terry Calvani, 1983-1990 yılları arasında, FTC’de, Kurul üyeliği hatta başkanlık yapmıştır. Bunun ardından, ABD’de, antitröst hukuku alanında avukatlık yapmaya başlamıştır. Daha sonra, kartele taraf olanlara hapis cezası verilmesine imkan veren yasa değişikliğini gerçekleştiren İrlanda’nın Rekabet Otoritesi’nde, 2002’de, 100’ün üzerinde aday arasından, ceza ve rekabet hukukunun her ikisini birden bilen yegane aday olduğu için, Kartel Birimi’nin başı ve Kurul üyesi olarak göreve başlamıştır. Bkz. G.C.R. 2002d, “Calvani to Enforce Again—In Ireland”, June 2002, s.8. Calvani’nin aynı zamanda antitröst hukuku

“Hapis cezası, beyaz yakalı suçlular bakımından, sokaktaki suçlulara göre, çok daha fazla utanç verici ve korkulan bir sonuç olduğundan, çok daha caydırıcıdır.”³⁵

“ABD Kongre Kayıtları: Tecrübelerim çerçevesinde şunu söyleyebilirim ki, antitröst hukuku uygulamalarını daha anlamlı hale getiren tek bir şey varsa, bu, mahkemelerin şirket yöneticilerini hapse göndermeye başlamalarıdır. Çünkü çoğu teşebbüs yöneticisinin istemediği tek bir şey varsa, o da hapishaneye düşmeleri ve bu sabıka kaydını ömürlerinin sonuna kadar taşımalarıdır. Bu ülkenin büyük işletmelerinin antitröst uyum programı uygulamasında, bunun büyük etkisi olduğu konusunda bana inanın.”³⁶

Nitekim hapis cezasının beyaz yakalı suçlular üzerinde ne kadar caydırıcı olduğunun üzücü bir örneği de bulunmaktadır. Silahlı eylemin bulunmadığı bir kartelden dolayı hapis cezası ilk kez uygulandığı için, antitröst hukuku tarihinin dönüm noktalarından biri olan, *US v. McDonough Co.* davasının sanıklarından John T. Mains, cezası sadece 90 gün olmasına rağmen intihar etmiştir³⁷. Keza, ABD Adalet Bakanlığı yetkilileri, pek çok sanığın hapse girmek yerine daha fazla para cezası ödemeyi teklif ettiğini ama bu teklifleri hiçbir zaman kabul etmediklerini belirtmektedir. ABD yetkilileri, tersi bir durumla, yani para cezası yerine daha uzun hapis cezası teklifiyle ise hiçbir zaman karşılaşmadıklarını da eklemiştir³⁸. Bu nedenle olsa gerektir ki, Britanya Ticaret ve Sanayi Odası’nın 2003’te düzenlediği bir konferansta, yargıçların ve jüri sistemlerinde halkın da aynı bilince sahip olması koşuluyla, hapis cezasının en önemli, hatta belki de tek caydırıcı olduğu sonucuna ulaşılmıştır³⁹.

4.3.1.5. Tüm Modern Hukuk Düzenlerinde Hırsızlık Suçunun Yaptırımının Hapis Cezası Olduğu Görüşü

Çeşitli yazarlar tarafından ulaşılan ve “Kartellere Genel Bir Bakış” başlıklı birinci bölümde yer verilen şu sonuç, tüm modern hukuk düzenlerinde hırsızlık suçunun yaptırımının hapis cezası olduğundan hareketle, kartele taraf gerçek kişilere hapis cezası verilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır⁴⁰:

alanında pek çok eseri olan bir akademisyen olduğu da göz önünde bulundurulduğunda, deneyimlerinin önemi daha iyi anlaşılacaktır.

³⁵ OECD 2004, s.100.

³⁶ Rosochowicz 2004, s.755-756.

³⁷ Daha önce hapis cezası verilen kartel davalarında, bu sonuca ulaşılmasında, şiddet unsurunun veya sendikal eylemlerin bulunması etkili olmuştur. Bkz. Werden ve Simon 1987, s.936.

³⁸ OECD 2004, s.105; Pate 2004c, s.7.

³⁹ G.C.R. (2003b), “Better Enforcement Means Cartels Play for Ever Higher Stakes”, April 2003, s.16.

⁴⁰ Calvani 2004, s.3; Hammond 2001b, s.2; Joshua 2003, s.634; OECD 2004, s.102; Pate 2003b, s.2 ve Wils 2005, s.151.

Karteller, basit, hiçbir zararı olmayan centilmenlik anlaşmaları değildir. Aksine, bu tür anlaşmalarla, masum yurttaşların cüzdanlarındaki paralar, lüks otellerde yapılan toplantılarla, iyi giyimli hırsızlar tarafından çalınmaktadır. Dolayısıyla kartellerin, hırsızlıktan ve zimmet gibi beyaz yakalı suçlarından farksız olduğu, hatta daha ağır ceza gerektirdiği bile ifade edilebilir. Çünkü kurbanlar, çoğunlukla, soyulduklarının farkında bile değildirler. Hem bu sayılan nedenlerle hem de hiçbir birey, teşebbüs ve sektörün, kanunların üzerinde olmaması gerektiği görüşünden hareketle, bu tür eylemleri yapanlar, sırf üst düzey yönetici olduğu için affedilmemelidir. Keza, teşebbüslerin zor duruma düşmesi de bir özür olarak görülmemelidir. Çünkü bu yorum, işsizlikten dolayı banka soyulmasının da mazur görülmesi anlamına gelir.

4.3.1.6. Benzer Nitelikli Beyaz Yakalı Suçlarının Karşılığının Hapis Cezası Olduğu Görüşü

Zimmet gibi beyaz yakalı suçlarına hapis cezası verilirken, benzer hatta daha ağır ceza gerektiren kartellere hapis cezası verilmemesinin iki gerekçesi olabileceği belirtilmektedir⁴¹:

Bunlardan birincisi, kartellerde temel faydayı, şirketin; diğer beyaz yakalı suçlarında ise, bu suçları işleyen bireylerin elde ettiği düşüncesidir⁴². Oysa, “4.3.1.2. Teşebbüslere Ceza Verilme Nedenlerinin, Kartele Taraf Teşebbüslerin Çalışanları İçin de Geçerli Olduğu Görüşü” başlığı altında değerlendirildiği üzere, kartele taraf bireyler önemli kazanımlar elde etmektedir.

İkinci neden ise, kartellerin verdiği zararın, büyüklüğüne rağmen, diğer beyaz yakalı suçlarına göre daha gizli olmasıdır. Bu nedenle, kartel üyeleriyle, yargıçların dahi golf oynamakta veya bira içmekte sakınca görmediği ileri sürülmektedir⁴³. Bu görüşün, kartellerin zararlarının ampirik çalışmalarla ortaya konduğu günümüzde değişmesi gerekmektedir. Kaldı ki, bazı hukuk sistemlerinde, kartel davranışı olarak nitelendirilen eylemlerden biri olan “ihaleye fesat karıştırma” hapis cezası gerektiren bir suç olarak kabul edilirken, diğer üç grup eyleme yani “fiyat tespiti”, “arz miktarının kontrolü” ve “pazar paylaşımı”na aynı cezanın verilmemesi daha büyük çelişki yaratmaktadır. Bu çelişkiye gerekçe olarak gösterilen, ihaleye fesat karıştırma suçundan etkilenenin kamu kaynakları olduğu şeklindeki görüşün ise, “1.2. Kartellerin Yol Açtığı Zararlar” başlığı altında yapılan açıklamalar çerçevesinde dayanağı yoktur. Çünkü diğer kartel eylemlerinden zarar gören de, nihai tahlilde yine kamudur⁴⁴.

⁴¹ Baker 2001, s.698.

⁴² Baker 2001, s.698; OECD 2004, s.21.

⁴³ Baker 2001, s.712.

⁴⁴ OECD 2004, s.21.

Bu açıklamalar çerçevesinde, zimmet gibi beyaz yakalı suçlarına hapis cezası verilirken, benzer hatta daha ağır ceza gerektiren kartellere hapis cezası verilmemesinin adil olmadığı ifade edilmektedir⁴⁵. Nitekim kartellerin, diğer beyaz yakalı suçları ile aynı muameleyi görmesi gerektiği, Avustralya’da, kartel üyelerine hapis cezası getirilmesinin dayanaklarından biri olmuştur⁴⁶.

4.3.1.7. Hapis Cezasının, Kartellerin Ortaya Çıkarılması, Soruşturulması ve Cezalandırılmasını Kolaylaştıracağı Görüşü

“3.2.6. Soruşturma Aşamasında Gizliliği Sağlayabilme Yetkisi” ve “3.2.8.4. Pişmanlık Programlarının Başarılı Olabilmesi İçin Gerekli Ön Koşullar” başlıkları altında yapılan açıklamalar, hapis cezasının bulunduğu hukuk düzenlerinde, kartellerin ortaya çıkarılması, soruşturulması ve cezalandırılmasının çok daha kolay olduğunu göstermektedir. Çünkü, her şeyden önce, gerek bireyleri gerek teşebbüsleri pişmanlık programına başvurmaya sevk eden, “*şirket için pişmanlık programına başvurmanın maliyetini ve faydasını hesaplarken, bireylerin özgürlüğüne nasıl fiyat etiketi koyarsınız?*”⁴⁷ sorusuyla özetlenen, çok önemli bir yaptırım vardır. Keza, hapis cezası şeklinde bireysel sorumluluğun bulunması, pişmanlık programına başvurmak konusundaki yarışa teşebbüsler arasındakile sınırlamamaktadır. Teşebbüsler arasındaki yarışa ilaveten, özgürlüklerini kaybedecekleri için en büyük kayba uğrayacak çalışanların, gerek kendi aralarında gerek teşebbüslerle yarışa da başlamaktadır. Nitekim, bireysel pişmanlık programının gerçek değeri, kaç tane bireysel başvuru alındığında değil, kaç tane şirketten başvuru alınmasını sağlamasındadır. Başka bir deyişle, bireysel başvuru, örneğin, ceza almaktan korkan veya kariyeri konusunda hayal kırıklığı yaşayan bir çalışanın, antitröst otoritesine gelme olasılığının yaratacağı etkilerle başarı sağlamaktadır⁴⁸.

Hapis cezası şeklindeki bireysel sorumluluktan kaynaklanan bu yarış, ihlalin kabulü ve işbirliği karşılığında cezalarda indirim yaparak ilgililerle uzlaşma yetkisini de daha etkili kılacaktır. Çünkü pişmanlık programına başvuru aşamasındaki yarış, bu aşamada da söz konusu olacak; böylece, “*iti ite kırdırma (dog eat dog)*” şeklinde adlandırılan süreç yaşanacaktır⁴⁹.

Bu açıklamalar çerçevesinde, hapis cezasının, kartellerin ortaya çıkarılması, soruşturulması ve cezalandırılmasını nasıl kolaylaştırdığını özetleyen şu tespitin haklılığına inanılmaktadır:

⁴⁵ Baker 2001, s.712; Calvani 2004, s.15 ve OECD 2004, s.101.

⁴⁶ OECD 2004, s.106.

⁴⁷ Hammond 2001a, s.1.

⁴⁸ Hammond 2004b, s.12-14. Benzer ifadeler için bkz. Baker 2001, s.699 ve 708-710 ile Baker 2003, s.26.

⁴⁹ Baker 2001, s.699 ve 708-710; Baker 2003, s.26; Joshua 2002, s.241.

“Kartel suçlarından dolayı sadece teşebbüsleri cezalandıran ülkelerde durum çok farklıdır. Çünkü kartel üyesi bireylerin, toplantıları ve uzlaşmaları hatırlamak konusunda hemen hiçbir gerekçesi yoktur; onlar işverenlerini sevmekte ve her şeyin kapanmasını beklemektedir. Bu basit gerçek, ABD Adalet Bakanlığı savcılarının, uzlaşmaların içeriği ve zamanı konusunda hemen hiçbir yazılı belge olmadığı hallerde bile, kartelin detaylarını bir araya getirmek konusunda neden daha iyi konumda olduğunu ortaya koymaktadır. Buna karşılık Komisyon, ABD’de büyük jüri soruşturması başlatmak için gerekenden çok daha fazla suçlayıcı belgeye (toplantılara ilişkin ajandalar veya notlar gibi) ihtiyaç duymaktadır. Pişmanlık programlarına başvurmak ve işbirliği yapmak konusunda daha fazla ödülün olması, Citric Acid, Lysine, Carbon Rods ve Vitamin gibi büyük uluslar arası kartel soruşturmalarının neden önce ABD’de başladığını ve ardından diğer otoritelerin konuyu ele aldığını açıklamaktadır.”⁵⁰

Nitekim yukarıda yer verilen gerekçeler, OECD’nin, AB rekabet hukuku ve politikasına ilişkin olarak 2005 yılında hazırladığı gözden geçirme raporunda, tüzel kişiler yanında, kartele taraf olan gerçek kişilere de yaptırım uygulanabilmesine imkan verecek değişikliklerin gerçekleştirilmesinin, AB’nin kartellerle mücadelesindeki başarısını arttıracak sonucuna ulaşmasında etkili olmuştur⁵¹. “2.3.3. (AB Uygulamaları) 1989 Sonrası” başlığı altında yer verildiği üzere, anılan rapora göre, AB mevzuatı, gerçek kişilere uygulanabilecek para cezasına cevaz vermektedir ama bu yaptırımın etkisi, diğer yaptırımlara, özellikle de hapis cezasına kıyasla sınırlıdır. Raporda, bu nedenle, AB mevzuatında yapılacak değişikliklerle hapis cezasının getirilmesi; en azından, bu yaptırımın, üye devletlerin mevzuatı yardımıyla uygulanabilmesine yönelik tartışmaların başlatılmasının faydalı olacağı sonucuna ulaşılmıştır.

4.3.1.8. Hapis Cezası Sayesinde Toplumda Konuya İlişkin Bilincin Artacağı Görüşü

Hapis cezası, muhatabı özellikle toplumun önde gelen insanları ise, medyada önemli yer tutmaktadır⁵². Bunun örneklerine, “2.2.5. (ABD Uygulamaları) 1992’den Bugüne” başlığı altında, *Lysine, Vitamin ve Art Auction* kartelleri çerçevesinde yer verilmiştir. Gerçekten de, örneğin *Lysine* kartelinin gizli kamera görüntüleri, ABD’nin önde gelen televizyon kanallarında yayınlanmış⁵³; yaşananların anlatıldığı ve sonradan sinema hakları Hollywood

⁵⁰ Baker 2001, s.709. Benzer sonuçlar için bkz. GCR 2003c, s.22; OECD 2002, s.16; OECD 2004, s.8 ve 110; Wils 2003, s.587 ve Wils 2005, s.142-143.

⁵¹ OECD (2005b), “Competition Law and Policy in the European Union”, <http://www.oecd.org/dataoecd/7/41/35908641.pdf>, s.72

⁵² Rosochowicz 2004, s.755-756; Werden ve Simon 1987, s.934; Wils 2005, s.145.

⁵³ Griffin 2001, s.32; Hammond 2001c, s.4.

tarafından satın alınan “Muhbir-The Informant” adlı kitap ise en çok satanlar listesine girmiştir⁵⁴. Keza *Art Auction* kartelinin ortaya çıkarılmasının ardından açılan dava neticesinde, ABD’nin en zengin iş adamlarından Alfred Taubman’a, üstelik 78 yaşında 1 yıl hapis cezası verilmesi, ABD medyasında çok önemli yer bulmuştur⁵⁵. Medyanın bu ilgisi sayesinde, toplumun, kartellerin çok ciddi bir suç olduğunun farkına varacağı⁵⁶ ve iş adamlarına, kartel kurmalarının kabul edilemez olduğuna dair kuvvetli ve eşsiz mesajın çok daha kolay gideceği⁵⁷ belirtilmektedir.

4.3.1.9. ABD Uygulamalarından Hareketle, Hapis Cezası Sayesinde Elde Edilen Başarıların Somut Bir Örneğinin Bulunduğu Görüşü

ABD’nin hapis cezası sayesinde kartellerle mücadelede elde ettiği başarıları ortaya koyan verilerin ilki; ABD’de ulusal kartellerin geçmişe nazaran azaldığı, ortaya çıkarılan kartellerin, çoğunlukla, uluslar arası nitelik taşıdığı yönündeki tespitlerdir⁵⁸.

İkinci olarak, Adalet Bakanlığı Antitröst Birimi yöneticisi Hammond’ın şu saptamasına yer verilmelidir:

*“Bazı soruşturmalarımız sayesinde, ABD’deki hapis cezası tehdidinin önemli sayıda küresel karteli, uzlaşmalarını ABD’ye genişletmekten caydırdığını gözlemlemekteyiz. Avrupa, Asya ve dünyanın çeşitli yerlerinde karlı biçimde işleyen karteller, bu yasadışı eylemlerini ABD’ye tek bir sebepten genişletmiyor: ABD’deki yaptırımların yarattığı riske değmeyeceği için. Burada, ABD’ye satış yaptıkları için, Amerikan tüketicilerini hedef almak konusunda her türlü olanağa sahip kartellerden bahsediyorum. Gerçekten de, bazı durumlarda, ABD pazarı en büyük ve potansiyel olarak en karlı pazar ama kartel üyeleri arasındaki uzlaşma sınırda sona eriyor. Niçin? Kartele taraf olanlar tarafından söylenen ve savcularımız tarafından doğrulanan cevap, yöneticilerin yakalanıp ABD hapishanelerine girmek istememesidir.”*⁵⁹

Nitekim, Adalet Bakanlığı Antitröst Birimi’ne yapılan bazı pişmanlık başvurularına ilişkin olarak, başvuru konusu uluslar arası kartellerin ABD’ye etkisi bulunmadığı için işlem yapılmadığı belirtilmektedir⁶⁰.

⁵⁴ Hammond 2001c, s.2.

⁵⁵ Hammond 2001c, s.2; Pate 2003b, s.3; Wils 2005, s.143.

⁵⁶ OECD 2004, s.101.

⁵⁷ Werden ve Simon 1987, s.933-934; Wils 2005, s.143-145.

⁵⁸ Wils 2005, s.143-144.

⁵⁹ Hammond 2004b, s.8-9.

⁶⁰ Calvani 2004, s.12.

Son olarak, özellikle yakın geçmişte, küresel kartellerin tamamına yakınının, ABD'nin pişmanlık programlarına yapılan başvurularla ortaya çıkarıldığı; bunun ardından, başta AB olmak üzere, diğer rekabet otoritelerinin soruşturmalarının başladığı ifade edilmelidir⁶¹.

4.3.2. Hapis Cezasına Yönelik Eleştiriler

4.3.2.1. Suç ve Ceza Konusuna İktisadi Yaklaşım: Etkinlik Savunması ve Hapis Cezasının Maliyeti

Chicago Okulu'ndan Richard Posner gibi akademisyenler, Gary Becker'in, 1968 tarihli, "Suç ve Ceza: İktisadi Bir Yaklaşım" başlıklı makalesinde⁶² ortaya koyduğu, "en etkin yaptırımın, para cezası olduğu" yönündeki görüşten hareketle, kartel dosyalarında sadece para cezası uygulanması gerektiği sonucuna ulaşmıştır⁶³. Onlara göre, para cezasının miktarı, "kartelin devamı süresince topluma verilen zarar x yakalanma olasılığı"ndan hareketle belirlenmelidir. "Hapis yerine para cezası verilmeli" görüşünü savunanların gerekçeleri arasında; "hapishanelerin daha verimli amaçlar için kullanılacak kaynakları tükettiği, suçluları hapse koymanın, onların üretebileceklerinden toplumun mahrum kalması anlamına geldiği, oysa para cezasının sadece suçludan, topluma transferden ibaret olduğu", "bu nedenlerle, hapis cezasının, yalnızca suçluların caydırıcılığı sağlamaya yetecek büyüklükteki cezayı ödeyememesi halinde gündeme gelmesi gerektiği, ancak antitröst alanında para cezasının ödenmemesi gibi bir problemin zaten ortaya çıkmayacağı", "hapis cezasının, yaratacağı korkuyla, etkinliği arttıracak uzlaşmaları engelleyebileceği" yer almaktadır⁶⁴.

1970'ler ile 1980'lere damgasını vuran bu görüşlere en iyi cevaplar, günümüz kaynaklarında da sıkça atıf yapılan, Werden ve Simon'ın 1987 tarihli çalışmasında verilmiştir:

Werden ve Simon, öncelikle, Becker'in suç ve cezaya ilişkin modelinin fiyat tespit dosyalarına uygulanması halinde, sonucun, hapis cezasının gerekli olduğu yönünde çıkacağını, çünkü fiyat tespitinin yarattığı çok büyük zarara karşılık gelen para cezasının ödenmesinin, çoğu kez mümkün olmadığını belirtmiştir⁶⁵. Werden ve Simon, "4.3.1.1. Caydırıcılığı Sağlamaya Yetecek Büyüklükteki Para Cezasının Uygulanmasının Mümkün Olmadığı Görüşü" başlığı altında yer verilen açıklamalar ışığında ulaştıkları bu sonuç çerçevesinde,

⁶¹ Baker 2001, s.709.

⁶² Becker 1968.

⁶³ Posner 1980, s.409.

⁶⁴ Calvani 2004, s.7; OECD 2004, s.23; Werden ve Simon 1987, s.918-930.

⁶⁵ Werden ve Simon 1987, s.923-924.

para cezasının ödenmesinin mümkün olmadığı hallerde hapis cezasını kabul eden Becker ile Posner gibi takipçilerini, aynı sonuca, çoğu fiyat tespiti dosyası bakımından da ulaşmaya davet etmiştir. Bunun ardından da, çoğu durumda para cezası ödenemeyeceği için zaten verilecek hapis cezasının, para cezasının sağlayamayacağı caydırıcı etkilerinden dolayı, sanığın maddi durumuna bağlanmaması ve kural haline getirilmesi gerektiğini ifade etmiştir⁶⁶.

Werden ve Simon, çalışmalarının devamında, “hapis cezasının, yaratacağı korkuyla, etkinliği arttıracak uzlaşmaları engelleyebileceği” yönündeki iddiaya da cevap vermiştir. Onlara göre, etkinliği sağlayacak bir fiyat tespiti hiçbir zaman mümkün değildir⁶⁷ ki, bu konuda günümüzde genel bir kabul bulunmaktadır⁶⁸.

Topluma maliyetinden dolayı hapis cezası yerine para cezasının tercih edilmesi yönündeki görüşe en güzel cevap ise, Werden ve Simon’ın çalışmasından hareket eden bir OECD raporunda yer almaktadır⁶⁹. Buna göre; bir ihlale yönelik yaptırım para cezası ise, bunun topluma verdiği mesaj, bu ceza ödendiği sürece ihlalin devam edebileceğidir. Buna karşılık, örneğin zimmet suçuna hapis cezası verilerek, bu tür eylemlerin kabul edilemeyeceğine dair açık bir tavır sergilenmektedir. Aynı mesajın benzer hatta daha ağır ceza gerektiren bir suç olan karteller bakımından da geçerli olması gerekir.

Kişilere hapis yerine para cezası verilmesine temel karşı çıkma nedenleri bunlar olsa da, başka destekleyici gerekçeler de bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, şirketlere caydırıcılığı sağlamaya yetecek para cezası uygulanamaması ile aynıdır. Kişiler için caydırıcılığı sağlamaya yetecek ceza, çoğu durumda, bireylerin ödeme gücünü aşacaktır⁷⁰. Kişilere verilecek para cezasının, ilgili kişinin çalıştığı teşebbüs tarafından ödenme olasılığı da, caydırıcılığı azaltacak diğer bir unsurdur⁷¹.

⁶⁶ Ibid, s.929.

⁶⁷ Ibid, s.932.

⁶⁸ Baker 2001, s.699; J. Baker 2001, s.826; Calvani 2004, s.6; Pate 2004b, s.1 ve Pate 2004c, s.1-2. Bu görüşler çerçevesinde, etkinliği arttıracak davranışları engellemeyeceği söylenebilecek hapis cezasının, pazarda rekabetçi sonuçlar elde edilmesini doğrudan olduğu gibi dolaylı olarak da sağlayabileceği belirtilmelidir. Örneğin, oligopol bir pazardaki teşebbüsler, piyasadaki fiyatların ne kadar düşük olduğuna dair tek bir cümlele sarf edildiği sektör derneği toplantısının ardından, içlerinden birinin uzlaşma olmaksızın yaptığı fiyat artışını takipte, bunda hiçbir sakınca olmadığı halde, iki kere düşünebilir.

⁶⁹ OECD 2004, s.101.

⁷⁰ Calvani 2004, s.10; OECD 2004, s.17.

⁷¹ Calvani 2004, s.10; OECD 2002, s.16 ve OECD 2004, s.17; Pate 2004c, s.7; Werden ve Simon 1987, s.923; Wils 2004, s.224 ve Wils 2005, s.146-147.

4.3.2.2. Hapis Cezasının Yaptırım Uygulanmasını Zorlaştıracığı İddiası

Bu başlık altında incelenmesi gereken, birbirini tamamlayıcı iki görüş bulunmaktadır. Bunlardan ilki, hapis cezasının savunma haklarını güçlendirerek, yaptırım uygulanmasını zorlaştıracığı iddiasıdır⁷². Gerçekten de, kartele taraf olanlara hapis cezası verilmesi olasılığının bulunması, bir yandan delil standardını yükseltecek, bir yandan da sanıkların, müdafii görevlendirilmesi, doğrudan soru yöneltme gibi haklara kavuşmasına imkan verecektir⁷³. Ancak, kartelleri ortaya çıkarmak ve soruşturmak ile görevli olanların üçüncü bölümde yer verilen imkanlara sahip olması koşuluyla, hapis cezasının caydırıcılığının, bu cezanın varlığının getireceği ilave sorumluluklara değeceği konusunda genel bir kabul bulunmaktadır⁷⁴. Kaldı ki, ilave sorumlulukların varlığının, masum kişilerin hatalı bir şekilde cezalandırılmasını önleyen niteliğiyle sağladığı güvence, arzulan bir durumdur⁷⁵. Bu çerçevede belirtilmesi gereken diğer bir husus, hapis cezasının bulunmadığı hukuk düzenlerinde, kartellerin ortaya çıkarılması, soruşturulması ve cezalandırılması sürecinde, hangi standartların uygulanacağı konusunda, yoğun bir tartışma yaşandığı; örneğin teşebbüslerin savunmalarını, ceza hukuku prensiplerine dayanarak yapması durumu ile karşılaşılabildiğidir⁷⁶. Hapis cezasının varlığı ise, konuya açıklık kazandırarak, tartışmaları sonlandıracaktır.

İkinci olarak, hapis cezasının, savcılarını dava açmaya, yargıçları ceza vermeye ikna ederken zorluk yaratacağı, bu nedenle kartellerle mücadelede başarısız olunacağı iddiası incelenmelidir⁷⁷. Bu iddiada da haklılık payı bulunmaktadır. Bu yüzdendir ki, hapis cezasının uygulanabilmesi için, öncelikle, üçüncü bölümde incelenen amaca özgülenmiş ve yetkin bir örgütün, aynı bölümde yer verilen imkanlara sahip olması gerekmektedir⁷⁸. Ancak hapis cezasının uygulanabilmesi için bunlar yeterli değildir; aynı zamanda hakimlerin de ikna edilmesi gereklidir⁷⁹. Örneğin, “2.2.4. (ABD Uygulamaları) 1974-1991” başlığı altında yer verildiği üzere, ABD’de, Kongre’nin kartellerle etkili mücadele için yasal değişiklikler yapmasına ve Adalet Bakanlığı Antitröst Birimi gibi amaca özgülenmiş, yetkin bir örgütün varlığına rağmen, yargıçların, kartele taraf olanları hapse göndermek hususundaki isteksizlikleri yüzünden, başlangıçta başarılı olunamamıştır. Fakat ABD, bu sorunu, 1984 tarihli Ceza

⁷² OECD 2004, s.21.

⁷³ Calvani 2004, s.15-16; OECD 2004, s.21-22; Pate 2004c, s.7-8.

⁷⁴ Örnek olarak bkz. Calvani 2004, s.15-16; OECD 2004, s.102; Wils 2005, s.148-150.

⁷⁵ Pate 2004c, s.8.

⁷⁶ Örnek olarak bkz. Joshua 2004, s.6; Wesseling 2004, s.1151-1152.

⁷⁷ OECD 2004, s.22.

⁷⁸ Benzer bir görüş için bkz. Wils 2005, s.148-150.

⁷⁹ GCR 2003b, s.16.

İnfaz Yasası (*The Criminal Fine Enforcement Act*) ile 1987 ve 1991 tarihli Cezalandırma Rehberlerindeki (*Sentencing Guidelines*) düzenlemelerle aşabilmiştir. Bu mevzuatla, cezaların hangi ölçütlere göre verileceği konusunda çok detaylı düzenlemeler getirilerek, yargıçların takdir yetkisi önemli ölçüde sınırlanmıştır. Aynı zamanda, antitröst kurallarının ihlal edilmesinin çok ciddi bir suç olduğu ve bu çok ciddi suçun hapis cezasını gerektirdiği mesajı da hakimlere verilmiştir.⁸⁰

4.3.2.3. Hapis Cezasına İş Çevrelerinin Karşı Çıkacağı İddiası

Birleşik Krallık'da, Blair Hükümeti, “rekabet vasıtasıyla teşebbüslerin verimliliğini arttırarak, Birleşik Krallık'ı dünyada iş yapılacak en iyi yer haline getirmek” şeklindeki seçim taahhüdü çerçevesinde, kartel üyelerine hapis cezası getiren yasa tasarısını hazırladığında, kamuoyunda bir tartışma başlamıştır⁸¹. Bu tartışmalar çerçevesinde, 02.11.2001 tarihli Financial Times'ta aşağıdaki mektup yer almıştır:

“Rekabetçi olmayan eylemler, piyasa ekonomisini zayıflatmakta, etkin olmayanları korumakta, tercih haklarımızı elimizden almakta, teknolojik gelişimi engellemekte, tüketicileri dolandırmakta ve iş adamlarının amaçları doğrultusunda sıkı şekilde çalışma arzusunu ortadan kaldırmaktadır. Mevcut Rekabet Yasası'nda, kartel kurma kararını veren yöneticilere değil de teşebbüslere yaptırım uygulanmaktadır. Halbuki yöneticilere de yaptırım uygulanması gerekmektedir çünkü çalıştıkları teşebbüslerin aşırı karlar elde etmesi halinde, onlar da, prim, hisse senedi gibi önemli kazançlara kavuşmaktadır. Kartel kuranlar hırsızlık yaptığından benzer bir yaptırıma maruz kalmalıdır. Tüm teşebbüsler için düzgün bir iş ortamının varlığını istiyorum. Bu nedenle savunulması mümkün olmayanı savunmayacağım ve hükümetin tasarısını destekleyeceğim.”

Yukarıda alıntı yapılan mektubun yazarı, tahminlerin aksine, Birleşik Krallık Rekabet Otoritesi'nin ya da Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın bir yetkilisi değildir. Bu kişi, Britanya Ticaret Odası Başkanı David Lennan'dır⁸². Birleşik Krallık'daki iş adamlarının istisna olmadığına dair pek çok örnek bulunmaktadır. Bunlar içinde en önemlisi, OECD'nin 2004 tarihli raporuna görüş bildiren İş Adamları ve Sanayiciler Tavsiye Komitesi-*Business and Industry Advisory Committee* (BIAC)'ın, kartellerin mağdurlarından birinin de teşebbüsler olduğunu; bu nedenle, iş çevrelerinin de, kartellerle etkili bir mücadele sağlayacağı için hapis cezasını desteklediğini belirtmesidir⁸³. Diğer bir örnek,

⁸⁰ Baker 2001, s.706 ve Baker 2003, s.25-26; Klawiter 2001, s.750 ve Kovacic 2001, s.790.

⁸¹ Joshua 2002, s.231-232 ve Joshua 2003, s.620-621.

⁸² Hammond 2001c, s.6-7.

⁸³ OECD 2004, s.110.

Avustralya'daki büyük teşebbüslerin kartellere yönelik hapis cezasını, "tek yönlü davranışlara daha hoşgörü ile bakılacağı" düşüncesi ile desteklemesidir⁸⁴.

Son olarak, iş adamlarının vekillerinin yani avukatların verdiği destekten söz edilmelidir. ABD'de, 09.03.2006 tarihinde, Başkan Bush'un imzası ile yürürlüğe girerek, Adalet Bakanlığı Antitröst Birimi'ne, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması ile teknik araçlarla izleme yetkisi veren yasa⁸⁵ hakkında, ABA Antitröst Birimi de olumlu görüş bildirmiştir⁸⁶.

Bütün bunlar ilk bakışta şaşırtıcı gelse de, kartellerin en büyük mağdurlarından biri de teşebbüsler olduğundan, bu yorumları esasında doğal karşılamak gerekmektedir⁸⁷.

4.3.2.4. Hapis Cezasının Sosyal ve Hukuki Normlarla Uyumsuz Olduğu İddiası

Kartele taraf olanlara hapis cezası verilmesine, böyle bir yaptırımın sosyal ve hukuki normlarla uyumsuz olduğu iddiası ile karşı çıkılabileceği ifade edilmekte ve bu yöndeki olası bir iddia, aşağıdaki şekilde yanıtlanmaktadır:

*"Kartel suçlarında hapis cezası uygulanmasının, sosyal ve hukuki normlarla uyumsuz olduğu ifade edilmektedir. Bu karşı çıkma nedenini anlama yeteneğinden yoksun olduğumu itiraf etmeliyim. Eğer karşı çıkma nedeni, sadece, "şu ana kadar yapılmadı" ise, "niçin" diye sormak gerekir. Farz edelim ki, suç bu cezayı hak edecek kadar ciddi değil düşüncesinden yapılmadı. Ama fiyat tespiti hırsızlıktır ki İrlanda'nın doğusu ve batısındakiler de böyle düşünmektedir. Birleşik Krallık'a baktığımızda, rekabet otoritesinin başkanı John Vickers'in, "karteller hırsızlığa benzediği için, bu suça uygun ceza, hapis cezasıdır" dediğini görüyoruz. ABD'ye baktığımızda, Antitröst Birimi'nin eski başsavcılarından Joel Klein'in, birlikte fiyat tespit edenleri, "iyi giyimli hırsızlar" şeklinde nitelendirdiğini görmekteyiz. Hapis cezasını sosyal ve hukuki normlarla uyumsuz olduğu için reddeden hukuk düzenleri, acaba yolsuzluklar ve diğer beyaz yakalı hırsızlıklarına da, hapis cezası gerektirecek ciddiyette değildir, şeklinde mi yaklaşmaktadır? Kartel suçlarını, hırsızlık olarak nitelendirdiğimizde, hapis cezasının sosyal ve hukuki normlarla uyumsuz olduğu yönündeki iddia zorlama haline gelmektedir."*⁸⁸

⁸⁴ Ibid, s.106.

⁸⁵ 18 U.S.C. § 2516(1)(r).

⁸⁶ ABA 2005.

⁸⁷ Pate 2003b, s.4.

⁸⁸ Calvani 2004, s.14-15.

4.4. Etkili Para ve Hapis Cezasının Özellikleri

4.4.1. Cezaların Caydırıcılığı Sağlayacak Büyüklükte Olması

Bugün gelinen noktada, kartel dosyalarında uygulanacak para cezalarının, caydırıcılığı sağlamak amacıyla, yüksek olması gerektiği konusunda, genel bir kabul bulunmaktadır⁸⁹. Bu nedenle, gerek ABD’de gerek AB’de, mevcut düzenlemelerin elverdiği en üst cezanın verilmesi, sık karşılaşılan bir durumdur.

Hapis cezasının süresinin ne kadar olması gerektiği konusunda ise, “benzer nitelikli suçlardaki azami ceza”, “diğer ülkelerde benzer nitelikli suçlara verilen azami ceza”, “iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması ile teknik araçlarla izleme yetkisinin kullanabilmesi için gereken alt sınır”, “mahkemelere, kartellerin çok ciddi bir suç olduğu mesajını kuvvetli biçimde vermeye yetecek ceza” gibi ölçütlerden yararlanılabileceği belirtilmektedir⁹⁰:

Bu giriş niteliğindeki bilgilerin ardından, ABD ve AB’deki uygulamalara ilişkin açıklamalara yer verilebilir:

ABD’de, geçmişte trafik cezası şeklinde nitelenen para cezaları⁹¹, bugün tek bir şirkete 500 milyon \$ gibi, yalnızca antitröst suçları bakımından değil, tüm suçlar bakımından ABD tarihinde uygulanmış en büyük cezanın⁹² verilmesi noktasına gelmiştir. Bu rekor cezalara ilk adım, 1984 tarihli Ceza İnfaz Yasası (*The Criminal Fine Enforcement Act*) ile atılmış; şirketler ve bireylerin yasa dışı eylemleri ile verdikleri zararın ya da elde ettikleri kazancın iki katına kadar cezalandırılabilmesine olanak sağlanmıştır. Bu düzenleme, 1990’lı yıllarda, *Lysine*, *Graphite Electrodes*, *Vitamin*, *Art Auction* gibi uluslar arası kartellere dokuz haneli rakamlara ulaşan cezalar verilebilmesinin yolunu açmıştır⁹³. 1987 ve onun yerine geçen 1991 tarihli Cezalandırma Rehberleri (*Sentencing Guidelines*) ise, cezaların hangi ölçütlere göre verileceği konusunda detaylı düzenlemeler getirmiştir. Bu cezalandırma rehberlerinde, “cezanın hesaplanmasına başlangıç noktası teşkil edecek miktarın, etkilenen ticaretin (teşebbüsün ilgili ürün pazarında ihlal süresince yaptığı tüm satışların) %20’si olduğu”na dair özel bir düzenlemeye yer verilmiştir⁹⁴. Ağırlaştırıcı ve hafifletici unsurlar göz önünde bulundurulduğunda, bu oran asgari %15, azami %80 olabilmektedir. Örneğin, *Graphite Electrodes* kartelinde, Mitsubishi şirketine

⁸⁹ Örnek olarak bkz. Hammond 2004b, s.8.

⁹⁰ OECD 2004, s.93.

⁹¹ Klawiter 2001, s.747.

⁹² Hammond 2005a, s.7.

⁹³ Klawiter 2001, s.748-749 ve Kovacic 2001, s.790.

⁹⁴ Klawiter 2001, s.751-753.

etkilenen ticaretin %76'sı oranında ceza verilmiştir ki bunun gibi oranlarla sık karşılaşılmaktadır⁹⁵.

ABD'deki hapis cezalarında da benzer bir durum söz konusudur. "2.2. (ABD Uygulamaları) 1974-1991" başlığı altında yer verildiği üzere, kartele taraf olanlara, hapis cezası yerine, iş adamlarının öğle yemeklerinde fiyat tespitinin kötülükleri üzerine konuşma yapma cezası vermek gibi uygulamalarla bugün karşılaşılmamaktadır⁹⁶. Aksine, *Lysine* kartelinde yer alan ADM şirketinin yöneticileri Michael Andreas ve Terrance Wilson'ın davalarında olduğu üzere, üst derece mahkemeleri, ilk derece mahkemelerin vermiş olduğu 350.000 \$'a varan para cezası ve 24 ile 30 ay arasında değişen hapis cezalarını yeterli görmeyerek, bu cezaların azami seviyeye yükseltilmesi gerektiği sonucuna ulaşabilmektedir⁹⁷. Vurgulamak gerekir ki, bu karar 2004 yılından önce, yani yasa değişikliği ile hapis cezasının azami 3 yıldan, azami 10 yıla çıkarılmasından önce verilmiştir.

Kartel üyesi gerçek kişilere hapis cezasının verilemediği; buna karşılık teşebbüslere, cirolarının %10'una kadar para cezasının uygulanabildiği AB'de de benzer bir süreç yaşanmıştır. Örneğin, 1970'lerin başındaki *Sugar* kartelinde verilen ceza, sadece %1 oranındayken; 1990'ların başındaki *Cartonboard* kararında, teşebbüslere, ilgili ürün pazarındaki Avrupa Ekonomik Alanı cirolarının %7,5'i ile %9'u arasında değişen oranlarda ceza uygulanmıştır⁹⁸. 1990'ların sonlarından itibaren, %10'una kadar ceza verilebilecek cironun, teşebbüslerin ilgili ürün pazarındaki Avrupa Ekonomik Alanı ciroları yerine, ilgili ürün dışındaki ürünlerinin satışlarını da kapsayan, küresel ciroları olması konusunda, standart bir uygulama geliştirilmiştir. Daha büyük bir ciro esas almak suretiyle, verilebilecek azami cezanın da yükseltildiği bu uygulamaya örnekler, *Graphite Electrodes*⁹⁹, *Sodium Gluconate*¹⁰⁰, *Vitamin*¹⁰¹, *Citric Acid*¹⁰², *Zinc Phosphate*¹⁰³, *Carbonless Paper*¹⁰⁴, *Methionine (Animal Feed)*¹⁰⁵,

⁹⁵ Klawiter 2001, s.754; Levy ve O'Donoghue 2004, s.85.

⁹⁶ Calvani 2004, s.11.

⁹⁷ Griffin 2001, s.37-38; Hammond 2005b, s.3.

⁹⁸ Geradin ve Henry 2005, s.5-6.

⁹⁹ Breit 2001, s.34.

¹⁰⁰ Arbault ve Suurnakki 2002, s.29.

¹⁰¹ Peiro 2002, s.31.

¹⁰² Arbault ve Peiro 2002a, s.34.

¹⁰³ Zinc Phosphate (2003) OJ L 153. Bkz. ARBAULT, F. ve M. LINDROOS (2002), "The Zinc Phosphate Market-Sharing and Price-Fixing Cartel", *Competition Policy Newsletter*, No:1, February 2002, s.40.

¹⁰⁴ Marteil ve Suurnakki 2002, s.42.

¹⁰⁵ Pieters 2002, s.55.

*Plasterboard*¹⁰⁶, *Food Flavour Enhancers*¹⁰⁷, *Specialty Graphite*¹⁰⁸, *Industrial Copper Tube*¹⁰⁹, *Carbon/Graphite Products*¹¹⁰, *Spanish Raw Tobacco*¹¹¹, *Copper Plumbing Tube*¹¹², *Monochloroacetic Acid*¹¹³, *Rubber Chemicals*¹¹⁴, *Hydrogen Peroxide and Perborate*¹¹⁵, *Acrylic Glass*¹¹⁶, *Road Pavement Bitumen*¹¹⁷, *Copper Fittings*¹¹⁸ ve *Synthetic Rubber*¹¹⁹ kararlarıdır. Bu uygulama, *Zinc Phosphate* kararında olduğu üzere, kartele taraf teşebbüsler, küçük veya orta büyüklükte işletme niteliği taşısalar bile değişmemektedir¹²⁰. Hemen belirtmek gerekir ki, daha büyük bir ciroyu esas almak suretiyle azami ceza seviyesinin yükseltildiği bu kararlardan bazılarında, 2006 tarihli yeni rehber¹²¹ ile yürürlükten kaldırılan, 1998 tarihli para cezalarına ilişkin rehber¹²² göre hesaplanan cezalarla, %10'luk üst sınır, yine de aşılmıştır. Bu nedenle, Komisyon, örneğin, *Citric Acid*¹²³, *Carbonless Paper*¹²⁴, *Carbon/Graphite Products*¹²⁵, *Spanish Raw Tobacco*¹²⁶, *Hydrogen Peroxide and Perborate*¹²⁷ ve *Road Pavement Bitumen*¹²⁸ kararlarında, üst sınırın geçilmemesini sağlayacak indirimler yapmak zorunda kalmıştır.

Komisyon'un ceza politikasındaki bu değişime, Topluluk mahkemeleri, caydırıcılığın sağlanması amacıyla izin vermiştir¹²⁹. Örneğin, İDM, ATAD

¹⁰⁶ Plasterboard (Commission Press Release IP/02/1744 of 27 November 2002). Bkz. Rivas ve Branton 2003, s.1210.

¹⁰⁷ Pieters 2003, s.65.

¹⁰⁸ Bermudez 2003, s.66.

¹⁰⁹ Askola 2004, s.42.

¹¹⁰ Van Barlingen 2004, s.44.

¹¹¹ Fontana, De Luca, Morillas 2005, s.65.

¹¹² Mische 2005, s.67.

¹¹³ Mayock 2005, s.71.

¹¹⁴ Askola 2006, s.66.

¹¹⁵ Berger ve Piazza 2006, s.31.

¹¹⁶ Anderson ve Berger 2006, s.33.

¹¹⁷ Nuijten ve Van Barlingen 2007, s.71.

¹¹⁸ Demataki ve Wessely 2007, s.65.

¹¹⁹ De Luca ve List 2007, s.68.

¹²⁰ Kristof 2006, s.60.

¹²¹ Commission Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23 (2) (a) of Regulation No.1/2003, 2006 OJ C 230/2.

¹²² Commission Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 15 (2) of Regulation No.17 and Article 65 (5) of the ECSC Treaty, 1998 OJ C 9/3.

¹²³ Geradin ve Henry 2005, s.23-24.

¹²⁴ Ibid, s.23-24.

¹²⁵ Van Barlingen 2004, s.45.

¹²⁶ Fontana, De Luca, Morillas 2005, s.66.

¹²⁷ Berger ve Piazza 2006, s.32.

¹²⁸ Nuijten ve Van Barlingen 2007, s.73.

¹²⁹ Geradin ve Henry 2005, s.14; VÖLCKER, S.B. (2005), "Developments in EC Competition Law in 2003: An Overview", *Common Market Law Review*, No:41, s.1041.

tarafından da onaylanan *Graphite Electrodes* ve *Specialty Graphite*¹³⁰ kararlarında, Komisyon'un, teşebbüslerin dünya çapındaki cirolarını esas alabileceğine; diğer hukuk düzenlerinde, ilgili teşebbüslere, dünya çapındaki ciroları esas alınarak ceza uygulanmasının bile bu sonucu değiştiremeyeceğine, dolayısıyla, *ne bis in idem* kuralının uygulanamayacağına hükmetmiştir¹³¹. İDM, yine ATAD tarafından onaylanan *Zinc Phosphate*¹³² kararında ise, küçük veya orta büyüklükte işletme niteliğindeki teşebbüslere, dünya çapındaki ciroları esas alınarak, yüksek oranlarda ceza verilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığına hükmetmiştir¹³³.

Anılan kararlar çerçevesinde, Komisyon, ABD'dekilerden daha yüksek para cezaları verebilmektedir. Örneğin, ABD'de, *Vitamin* kartelinde HLR'a verilen ceza 500 milyon \$'ken, AB'de, aynı şirkete verilen ceza 462 milyon €'dur¹³⁴. ABD'de, aynı kartele verilen toplam ceza 750 milyon \$; AB'de ise, 855,23 milyon €'dur¹³⁵.

Bu noktada, *Vitamin* kartelinde yer aldığı tespit edilen HLR'ın 462 milyon €'luk cezasının, tek bir kararda, 8 farklı vitamin pazarındaki ihlal için ayrı ayrı verilen cezaların toplamı ile elde edildiği belirtilmelidir¹³⁶. Kartel dosyaları bakımından, tek bir ihlalden dolayı verilen en büyük ceza ise, *Elevators and Escalators* kararında, ThyssenKrupp'a uygulanan 480 milyon €'dur¹³⁷.

Son olarak, cezaların caydırıcılığı sağlayacak büyüklükte olmasına ilişkin yaklaşımın, 2006 tarihli para cezalarına ilişkin rehberde de korunduğu belirtilmelidir. Anılan rehberde, doğası gereği zararlı olan kartellerin en ağır şekilde cezalandırılmaları gerektiği açıkça ifade edilmiş ve bu amaç doğrultusunda, "giriş ücreti (*entry fee*)" şeklinde adlandırılan, "4.4.2.1. İhlalin Süresi" başlığı altında incelenecek bir düzenlemeye yer verilmiştir. Rehberde, ağırlaştırıcı ve hafifletici unsurlar göz önünde bulundurulduktan sonra ortaya çıkan miktarın, caydırıcılığı sağlamaya yetecek büyüklükte olmaması halinde,

¹³⁰ İDM kararı için bkz. Joined Cases T-71/03 etc., Tokai Carbon and others v. Commission (Specialty Graphite) [2005] ECR II-10. ATAD kararı için bkz. Case C-328/05 P, SGL Carbon v. Commission (Specialty Graphite) [2007] ECR I-3921.

¹³¹ *Specialty Graphite* kararı için bkz. Kristof 2006, s.58; Graphite Electrodes kararı için bkz. VÖLCKER, S.B. (2004), "Developments in EC Competition Law in 2004: An Overview", *Common Market Law Review*, No:42, s.1699-1700.

¹³² İDM kararı için bkz. Cases T-33/02 etc., Britannia Alloys & Chemicals Ltd. v. Commission (Zinc Phosphate) [2005] ECR II-4973. ATAD kararı için bkz. Case C-76/06 P, Britannia Alloys & Chemicals Ltd. v. Commission (Zinc Phosphate) [2007] ECR I-4405.

¹³³ Kristof 2006, s.60.

¹³⁴ Kinsella ve Daly 2001, s.9 ve 14.

¹³⁵ Peiro 2002, s.31.

¹³⁶ Ibid, s.33.

¹³⁷ Lowe 2007b.

bu miktarın arttırılabilmesine de imkan verilmiştir. Bu çerçevede, eğer verilen cezalar, ilgili teşebbüsün cirosuna¹³⁸ ya da elde edilen haksız kazanç (*improper gain*) kıyasla düşük kalmışsa, arttırılabilmektedir. Hemen belirtmek gerekir ki, rehberde, haksız kazanç konusunda düzenleme bulunması, Komisyon'un her dosyada böyle bir hesaplama yapmak zorunda olduğu anlamına gelmemektedir çünkü böyle bir yaklaşımın, *per se* kuralı ile çelişeceği açıktır¹³⁹

Bu açıklamalar doğrultusunda, Komisyon'un caydırıcılığı sağlamak amacıyla verdiği yüksek cezalara ilişkin olarak, Stephen Kinsella'nın ulaştığı şu sonuçta, haklılık payının bulunduğu düşünülmektedir:

*“Kartellere, 2001 yılında verilen, toplam 2 milyar € ceza düşünüldüğünde, Komisyon için büyük bir kar merkezi haline gelen Rekabet Genel Müdürlüğü, daha fazla kaynağı hak etmektedir. Eğer Kartel Birimi'nin hisse senetleri olsaydı, onları kesinlikle satın alırdım!”*¹⁴⁰

4.4.2. Cezalar Belirlenirken Dikkate Alınan Unsurlar

Para ve hapis cezaları belirlenirken, caydırılmak veya teşvik edilmek istenen unsurların dikkate alınması, bu cezaların etkisini arttıracaktır. Nitekim, başta ABD ve AB olmak üzere, kartellerle etkili mücadeleyi amaç edinmiş hukuk düzenlerinde, para ve hapis cezaları belirlenirken, caydırılmak veya teşvik edilmek istenen bu hususlar göz önünde bulundurulmaktadır. Aşağıda, birçoğu, çeşitli hukuk düzenlerinde, “ağırlaştırıcı unsur” olarak da adlandırılan, “ihlalin süresi”, “ihlalin tekrarı”, “eksik, yanlış veya yanıltıcı bilgi verilmesi, belgelerin içeriklerinin değiştirilmesi veya ortadan kaldırılması ile inceleme ve soruşturmaların engellenmesi”, “ihlalin başlatılması veya liderlik edilmesi”, “ihlalin devamı için misillemede ya da diğer zorlayıcı davranışlarda bulunulması” gibi caydırılmak istenen hususlardan, diğerlerine nazaran daha fazla önem atfedilen ilk üçü¹⁴¹ ile teşvik edilmek istenen hususların başlıcası olan, “ihlalin kabulü ve işbirliği”ne ilişkin açıklamalara yer verilecektir.

4.4.2.1. İhlalin Süresi

“4.4.1. Cezaların Caydırıcılığı Sağlayacak Büyüklükte Olması” başlığı altında belirtildiği üzere, ABD’de, para cezalarının tespitinde, teşebbüslerin ilgili ürün pazarında, ihlal süresince yaptığı tüm satışlardan hareket edilmektedir. Dolayısıyla, ihlalin süresi, ceza miktarının belirlenmesinde doğrudan etkili

¹³⁸ “Çarpan (*multiplier*)” şeklinde de adlandırılan bu düzenlemenin uygulanmasına ilişkin bir örnek, *Acrylic Glass* kararıdır (Anderson ve Berger 2006, s.34).

¹³⁹ De Broca 2006, s.6.

¹⁴⁰ GCR 2005, s.29.

¹⁴¹ Geradin ve Henry 2005; ICN 2005, s.62; Kinsella ve Daly 2001, s.13; Klawiter 2001, s.754.

olmaktadır. Keza, hapis cezalarında da ihlalin süresi göz önünde bulundurulan faktörlerden biridir.

AB’de, “ihlalin süresi”, gerek 17/62 sayılı Tüzük madde 15(2)’de gerek bu Tüzüğün yerine geçen 1/2003 sayılı Tüzük madde 23(2)’de, “ihlalin ağırlığı”¹⁴² ile birlikte, cezaların belirlenmesinde dikkate alınması istenen iki unsurdan biridir¹⁴³. Bu nedenle, ihlalin süresi konusu, Komisyon’un 1998 yılında çıkardığı para cezalarına ilişkin rehberde düzenlemeye tabi tutulmuştur. Anılan rehber, süre bakımından üçlü bir ayırım getirmiştir. Buna göre, “kısa süreli” olarak kabul edilen 1 yıldan az süreli ihlallerde, cezanın arttırılmayacağı düzenlenmiştir. 1-5 yıl arasında süren ihlaller, “orta süreli” olarak kabul edilmiş ve cezanın %50 arttırılacağı belirtilmiştir. 5 yıldan fazla süren ihlaller ise, “uzun süreli” şeklinde nitelendirilmiş ve %50 oranında arttırılan cezanın üzerine, her yıl için %10 ekleneceği kurala bağlanmıştır. Nitekim, örneğin *Organic Peroxides* kartelinde, bir teşebbüsün cezası, her sene için %10’dan olmak üzere, %245 arttırılmıştır¹⁴⁴.

2006 tarihli rehberde, ihlalin süresi ile verilecek para cezasının miktarı arasındaki ilişki daha da arttırılmış; ihlalin sürdüğü her bir yıl için, verilecek para cezasının katlanarak artmasına imkan veren bir düzenleme yapılmıştır¹⁴⁵. Buna göre, ihlalin son olarak gerçekleştiği tam iş yılında, ihlal konusu üründen elde edilen ve “satışların değeri (*value of sales*)” şeklinde adlandırılan cironun¹⁴⁶ %30’na kadar alınacak bir miktar, ihlalin devam ettiği yıl sayısı ile çarpılarak temel para cezası belirlenecektir. Rehberde, karteller bakımından bu oranın üst sınıra, yani %30’a yakın olacağı belirtilmiştir. Bunun yanı sıra, “giriş ücreti (*entry fee*)” adı verilen ve karteller ile diğer rekabet ihlalleri arasında fark yaratan bir düzenleme yapılmıştır. Bu düzenleme uyarınca, kartellere ilişkin kararlarda, satışların değerinin %15-25’i arasındaki bir miktar, temel cezaya eklenecektir¹⁴⁷. Bu düzenlemenin amacı, teşebbüsleri, kartellere kısa süreli katılımlardan bile caydırmak; başka bir deyişle, “dene ve gör politikası”

¹⁴² Kartellerin en ciddi rekabet ihlali olduğu konusunda genel bir kabul bulunduğu için, bu konu hakkında açıklama yapılmayacaktır.

¹⁴³ Hemen belirtmek gerekir ki, Topluluk mahkemeleri, *Graphite Electrodes* gibi kararlarında, 17/62 sayılı Tüzük madde 15(2) ile bunun yerine geçen 1/2003 sayılı Tüzük madde 23(2)’de yapılan düzenlemenin, tahdidi değil tadadi olduğunu; bu çerçevede, örneğin, teşebbüslerin inceleme sürecindeki davranışlarının, cezanın belirlenmesi aşamasında dikkate alınabileceğini, ifade etmiştir. Bkz. De Broca 2006, s.4 ve Wils 2003, s.579.

¹⁴⁴ Geradin ve Henry 2005, s.33.

¹⁴⁵ De Broca 2006, s.4; Kroes 2006, s.3.

¹⁴⁶ “Satışların değeri” şeklinde adlandırılan cironun, 1/2003 sayılı Tüzük çerçevesinde cezanın üst sınırını oluşturan nihai karar tarihinden bir önceki yıl cirosundan farklı olduğuna dikkat edilmelidir.

¹⁴⁷ Karteller dışındaki ihlallerde bu miktarın eklenmesi, Komisyon’un takdirine bağlıdır.

uygulamalarını engellemektir¹⁴⁸. İhlalin süresi bağlamında ele alınabilecek ve karteller ile diğer ihlaller arasındaki farkı ortaya koyabilecek diğer husus, “soruşturmanın başlaması ile birlikte ihlale son verilmesi”ne ilişkindir. 2006 tarihli rehberde, İDM’nin, ATAD tarafından da onaylanan *Graphite Electrodes* gibi kararları çerçevesinde, diğer ihlaller bakımından hafifletici unsur olarak kabul edilebilecek bu davranışın, kartel dosyalarına uygulanamayacağı açıkça belirtilmiştir¹⁴⁹.

4.4.2.2. İhlalin Tekrarı

ABD’de gerek hapis gerek para cezası belirlenirken göz önünde bulundurulmuş ağırlaştırıcı unsurlardan biri, ihlalin tekrarıdır. Nitekim, yakın tarihli bir örnekte, ABD Adalet Bakanlığı Antitröst Birimi, mahkemenin, kartel üyesi bir teşebbüse, İlave Ceza (*Penalty Plus*) uygulaması çerçevesinde, ihlalin tekrarı dolayısıyla, ağır bir ceza vermesini talep etmiş; bu talep doğrultusunda, ilgili teşebbüse, 12 milyon \$ gibi, 17 milyon \$ olarak belirlenen etkilenen pazar hacmine göre yüksek bir oranda ceza verilmiştir¹⁵⁰.

Aynı durum, AB için de geçerlidir. AB uygulamasında, ihlalin tekrarı, ağırlaştırıcı unsur olarak değerlendirilirken, “önceki ihlalin, farklı bir ürün pazarında, aynı grup içerisindeki farklı şirketler tarafından gerçekleştirilmesi”, “önceki ihlale para cezası verilmemiş olması”, “zaman aşımı” gibi savunmalar kabul edilmemektedir. Bunun en açık örneği, Komisyon’un, 2001 tarihli *Belgian Beer* kararında, Danone’ye verilen cezayı, aynı grup içindeki başka bir şirketin önceki ihlali, 1974 ve 1984’te, üstelik düz cam gibi gıda ile alakasız bir sektörde gerçekleştirilmesine rağmen %50 oranında arttırmasıdır¹⁵¹. İDM ve ATAD, *Belgian Beer* kararının iptali için açılan davayı reddederken, *Sorbates*¹⁵², *Organic Peroxides*¹⁵³, *Copper Plumbing Tube*¹⁵⁴, *Monochloroacetic Acid*¹⁵⁵, *Industrial Bags*¹⁵⁶, *Hydrogen Peroxide and Perborate*¹⁵⁷, *Acrylic Glass*¹⁵⁸, *Road*

¹⁴⁸ De Broca 2006, s.4.

¹⁴⁹ İbid, s.5.

¹⁵⁰ Masoudi 2007, s.8.

¹⁵¹ Geradin ve Henry 2005, s.38; Nijs 2002, s.37.

¹⁵² List 2004, s.40.

¹⁵³ Peters 2004, s.46-47.

¹⁵⁴ Mische 2005, s.69.

¹⁵⁵ Mayock 2005, s.72.

¹⁵⁶ Industrial Bags (Commission Press Release IP/05/1508 of 30 November 2005). Bkz. Kristof 2006, s.58.

¹⁵⁷ Berger ve Piazza 2006, s.32.

¹⁵⁸ Anderson ve Berger 2006, s.34.

*Pavement Bitumen*¹⁵⁹ ve *Synthetic Rubber*¹⁶⁰ kartellerinde de yapılan bu uygulamayı hukuka uygun bulmuştur¹⁶¹.

Topluluk mahkemelerinin bu kararlarının da yardımıyla, 2006 tarihli rehber, ihlalin tekrarı konusunda, 1998 tarihli rehberle kıyasla daha fazla caydırıcılık sağlayacak üç düzenleme getirmiştir¹⁶². Bunlardan birincisi, ihlalin tekrarlanıp tekrarlanmadığına karar verilirken yalnızca Komisyon'un değil, üye ülke rekabet otoritelerinin de önceki kararlarının dikkate alınacak olmasıdır. İkincisi, para cezalarındaki artışın geçmiş uygulamalardaki %50 oranı yerine, %100'e kadar arttırılacağına düzenlenmesidir. Üçüncüsü ise, bu %100 oranındaki artışın, ihlalin her bir tekrarı için yapılacak olmasıdır.

4.4.2.3. Eksik, Yanlış veya Yanıltıcı Bilgi Verilmesi, Belgelerin İçeriklerinin Değiştirilmesi veya Ortadan Kaldırılması ile İnceleme ve Soruşturmaların Engellenmesi

ABD'de, eksik, yanlış veya yanıltıcı bilgi verilmesi, belgelerin içeriklerinin değiştirilmesi veya ortadan kaldırılması ile inceleme ve soruşturmaların engellenmesi, doğrudan yaptırım konusu olmasının yanı sıra, nihai karar verilirken ağırlaştırıcı unsur olarak da kabul edilmektedir¹⁶³.

Benzer bir durum AB için de geçerlidir. Örneğin, *Graphite Electrodes* kartelinde, Komisyon'un incelemeye geleceği konusunda, SGL'in, diğer kartel üyelerini uyarması, esas alınan cezanın %85 oranında arttırılmasına neden olmuştur¹⁶⁴. *Copper Fittings* kartelinde, bir teşebbüsün cezası, Komisyon'un elindeki aksini gösteren delillerin varlığına rağmen, çalışanlarından birinin, kartelde yer alan başka bir teşebbüs çalışanı ile yaptığı görüşmeleri inkar ettiği gerekçesiyle %50 oranında arttırılmıştır¹⁶⁵. Benzer artışlar, *Road Pavement Bitumen* kartelinde, yerinde inceleme yapmak için gelen Komisyon uzmanları engellendiği¹⁶⁶; *Industrial Bags* kartelinde, yerinde inceleme esnasında belgeler yok edildiği¹⁶⁷ için gerçekleştirilmiştir. İDM ve ATAD, *Graphite Electrodes* gibi kararlarında, cezalardaki bu artışların hukuka uygun olduğu sonucuna ulaşmıştır¹⁶⁸. Topluluk mahkemelerinin bu kararlarının yardımıyla, 2006 tarihli rehberde, eski rehberde olduğu üzere, "eksik, yanlış veya yanıltıcı bilgi

¹⁵⁹ Nuijten ve Van Barlingen 2007, s.72.

¹⁶⁰ De Luca ve List 2007, s.69.

¹⁶¹ De Broca 2006, s.5; Kristof 2006, s.59.

¹⁶² De Broca 2006, s.4-5; Kroes 2006, s.3.

¹⁶³ Klawiter 2001, s.754; Pate 2003a, s.5-6.

¹⁶⁴ Breit 2001, s.34; Geradin ve Henry 2005, s.37.

¹⁶⁵ Demataki ve Wessely 2007, s.65.

¹⁶⁶ Nuijten ve Van Barlingen 2007, s.72.

¹⁶⁷ Kristof 2006, s.58.

¹⁶⁸ De Broca 2006, s.5.

verilmesi, belgelerin içeriklerinin değiştirilmesi veya ortadan kaldırılması ile inceleme ve soruşturmaların engellenmesi”nin, ağırlaştırıcı unsur olarak dikkate alınacağına ilişkin düzenleme korunmuştur¹⁶⁹.

4.4.2.4. İhlalin Kabulü ve İşbirliği

Üçüncü bölümde, ihlalin kabulü ve işbirliği karşılığında, cezalarda indirim yaparak ilgililerle uzlaşma yetkisinin önemi ortaya konmuştur¹⁷⁰. Bu yetkinin etkili biçimde kullanılabilmesi için, azami cezalar, dava yoluna gidip yargılama neticesinde suçlu bulunanlara uygulanmalı; buna karşılık, ihlali kabul ederek, işbirliği talep edenlere, kartelin kaç üyesi olduğuna ve uzlaşma sırasına göre değişen oranlarda indirim yapılmalıdır¹⁷¹.

Nitekim ABD’de, *Vitamin* kartelinde, Cezalandırma Rehberi’ne göre HLR’in cezası 1,3-2,6 milyar \$ arasında olacakken 500 milyon \$; BASF’ın cezası ise, 409-818 milyon \$ arasında olacakken 250 milyon \$ olmuştur¹⁷². *Graphite Electrodes* kartelinde, pişmanlık programına başvuran ardından uzlaşma anlaşması yapan Showa Denko 32,5 milyon \$, UCAR 110 milyon \$, sonuncu SGL ise 135 milyon \$ ödemek zorunda kalmıştır¹⁷³. ABD’de, uzlaşmayı cazip kılmak için, para cezasının taksitler halinde ödenmesine de imkan verilmektedir¹⁷⁴.

Konuya ilişkin olarak Kanada’dan da örnek verilebilir. *Citric Acid* kartelinde, uzlaşmaya ilk varan taraf, satışlarının %12’sinden azına tekabül edecek şekilde, 2 milyon Kanada Doları, 2 inci ve 3 üncü, satışlarının %20’sine denk gelecek şekilde, sırasıyla 2 ve 4,7 milyon Kanada Doları, sonuncu ise, satışlarının %28’ine denk gelecek şekilde, 2,9 milyon Kanada Doları ceza ödemek zorunda kalmıştır¹⁷⁵.

AB’de, 2002 tarihli Pişmanlık Programı’nda olduğu üzere, 2006 tarihli programda da, aftan yararlanan belli olduktan sonra ilk olarak işbirliği yapıp, önemli delil sunana %30-50 arasında; ikinciye, %20-30 arasında indirim

¹⁶⁹ Ibid, s.5.

¹⁷⁰ Karşılığında indirim yapılacak işbirliğinin, bilgi taleplerine cevap, yerinde incelemelere izin gibi, teşebbüslerin, rekabet otoriteleri tarafından kullanılan yetkilerin gereğini yerine getirmeleri neticesinde ortaya çıkmadığı, yeniden vurgulanmalıdır. Çünkü “3.2.1. Bilgi İsteme Yetkisi” başlığı altında belirtildiği üzere, teşebbüslerin zaten bu yetkilerin gereğini yerine getirmek zorunda oldukları genel kabul görmektedir. Örnek olarak bkz. Kristof 2006, s.59. Burada incelenen, karşılığında indirim yapılacak işbirliği, “3.2.9. İhlalin Kabulü ve İşbirliği Karşılığında Cezalarda İndirim Yaparak İlgililerle Uzlaşma Yetkisi” başlığı altında ele alınan işbirliğidir.

¹⁷¹ Klawiter 2001, s.754-755; Levy ve O’Donoghue 2004, s.85.

¹⁷² Levy ve O’Donoghue 2004, s.85.

¹⁷³ Joshua, Low ve Spratling 2001, s.21 ve 24.

¹⁷⁴ Schoneveld 2003, s.448.

¹⁷⁵ Joshua, Low ve Spratling 2001, s.21 ve 24.

yapılmaktadır. Bunların ardından gelenler de, aynı koşullarla %20'ye varan indirim kazanabilmektedir¹⁷⁶. Ancak “3.2.9. İhlalin Kabulü ve İşbirliği Karşılığında Cezalarda İndirim Yaparak İlgililerle Uzlaşma Yetkisi” başlığı altında belirtildiği üzere, bu indirim, ABD’de ya da Kanada’da olduğu gibi, dosyanın kapanması sonucunu doğurmadığı için aynı etkiyi sağlamamaktadır. Bu nedenle, Topluluk mevzuatında değişiklik yaparak, ABD ve Kanada’ya bir ölçüde benzer bir sistem getirecek bir çalışma taslağı, 26.10.2007 tarihinde kamuoyunun görüşlerine sunulmuştur¹⁷⁷.

4.4.3. Ayrıntılı Düzenlemelerle, Cezalara Karar Verenlerin Takdir Yetkisinin Azaltılması

“2.2.4. (ABD Uygulamaları) 1974-1991” başlığı altında, Kongre’nin iradesi ve Adalet Bakanlığı’nın talebine rağmen, yargıçların, kartel üyelerini ağır biçimde cezalandırmak özellikle de hapis cezası vermek hususundaki isteksizliklerine çarenin, 1987 ve 1991 tarihli Cezalandırma Rehberleri ile bulunduğu belirtilmiştir. Çünkü bu rehberler, cezaların hangi ölçütlere göre verileceği konusunda çok detaylı düzenlemeler getirerek, yargıçların takdir yetkisini önemli ölçüde sınırlamıştır. Konuya ilişkin bu ve benzeri açıklamalardan hareketle, yasa koyucuların yaptığı düzenlemelerin kağıt üzerinde kalmayıp, etkili biçimde uygulanabilmesi için, başta hakimler olmak üzere, karar merci konumundakilerin, cezaları takdir yetkilerinin azaltılması gerektiği sonucuna ulaşılabilir. Bunu sağlamak üzere, yukarıda yer verilen açıklamalar doğrultusunda, para ve hapis cezalarına ilişkin ayrıntılı düzenlemeler yapılmalıdır.

Konuya ilişkin ayrıntılı düzenlemeler yapılmasının diğer bir faydası, maliyete dair sağlanan şeffaflıkla, ilgilileri, “kartel kurmaktan, pişmanlık programına başvurmamaktan, işbirliği yapmamaktan” caydırmaktır.

Cezaların tespiti konusunda ayrıntılı düzenlemeler yapılmasının sağladığı diğer faydalar, ATAD’ın, *Pre-insulated Pipes* kararında belirttiği, istikrar, hukuki belirlilik ve eşitliktir¹⁷⁸.

Nitekim 1998 tarihli para cezalarına ilişkin rehberin yayımlanmasına ilişkin olarak, Komisyon’un XXVII. Rekabet Politikası Raporu’nda yer alan şu ifadeler, bu faydaları açıkça ortaya koymaktadır:

“Rehberin yayımlanması, Komisyon’un karar alma sürecinin şeffaflığını ve etkisini artırma amacına yöneliktir. Bu düzenleme, hem teşebbüslere ve onların hukuk müşavirlerine hem de Topluluk mahkemelerine yöneliktir.

¹⁷⁶ Arbault ve Peiro 2002b, s.21.

¹⁷⁷ Bkz. <http://ec.europa.eu/comm/competition/cartels/legislation/settlements.html>

¹⁷⁸ De Broca 2006, s.1; Nordlander 2006.

Rehberde belirlenen prensiplerin uygulanması, aynı zamanda Komisyon'un cezalandırma politikasının daha tutarlı olmasına yardımcı olacak ve para cezalarının caydırıcılığını arttıracaktır.”¹⁷⁹

4.5. Tazminat

Kartele taraf olanların, kartel mağdurlarına tazminat ödemeye mahkum edilmesinin, para cezası ile aynı gerekçeler çerçevesinde, caydırıcılık bakımından hapis cezasının alternatifi olamayacağı, ifade edilmektedir¹⁸⁰. Bu nedenle, tazminat, kartellerle mücadelede, para ve hapis cezalarını tamamlayıcı üçüncü bir yaptırım olarak değerlendirilmelidir¹⁸¹.

Hemen belirtmek gerekir ki, ABD’de hükmedilen tazminat miktarları göz önünde bulundurulduğunda, bu üçüncü yaptırımın etkisi, birinciye geçebilmektedir. Çünkü para cezası verilirken kullanılan 1984 tarihli Ceza İnfaz Yasası’ndaki (*The Criminal Fine Enforcement Act*) sınır, kartel üyelerinin verdikleri zararın veya elde ettikleri kazancın iki katıdır. Oysa tazminata hükmedilirken kullanılan Clayton Yasası’nda bu sınır üç kattır. Üstelik aynı yasayla, “müteselsil sorumluluk” kuralı da getirilmiştir. Buna göre; kartele taraf olanların her biri, kartelin verdiği zararlardan müteselsilen sorumludur¹⁸². Bu nedenle *Vitamin*, *Art Auction* gibi kartellerde tazminatlar, para cezalarını geçmiştir. *Vitamin* kartelinde ABD Hazinesi’ne ödenen ceza 750 milyon \$’ken; mağdurlara ödenen tazminat, 2 milyar \$’ın üzerindedir¹⁸³. *Art Auction* kartelinin ABD Hazinesi’ne sağladığı katkı 45 milyon \$’dır. Buna karşılık, Sotheby’s, açılan tazminat davalarını sonuçlandırabilmek için, Pişmanlık Programı’na başvurarak kartelin ortaya çıkmasını sağlayan rakibi Christie’s ile birlikte 537 milyon \$ ödemek zorunda kalmıştır¹⁸⁴. AB’de, *Vitamin* kararında verilen toplam cezanın 855,23 milyon €¹⁸⁵, *Art Auction* kararında verilen toplam cezanın ise, 20,4 milyon €¹⁸⁶ olduğu göz önünde bulundurulduğunda, “tazminat davaları da hesaba katıldığında, ABD’deki mali yaptırımların AB’yi fazlası ile geçtiği” ifadesi¹⁸⁷ haklılık kazanmaktadır.

ABD’deki tazminat davalarındaki bu yüksek rakamlar, teşebbüslerin Pişmanlık Programı’na başvururken tereddüt yaşamasına neden olabilmektedir. Bu nedenle, 2004’te yapılan düzenlemeyle, Pişmanlık Programı’na başvuruların

¹⁷⁹ Geradin ve Henry 2005, s.8.

¹⁸⁰ Wils 2005, s.148.

¹⁸¹ Kovacic 2001, s.784 ve 789; Pate 2004a, s.6-9.

¹⁸² Baker 2001, s.703.

¹⁸³ Pate 2004c, s.5.

¹⁸⁴ Schoneveld 2003, s.448.

¹⁸⁵ Peiro 2002, s.31.

¹⁸⁶ Sakkers 2003, s.62.

¹⁸⁷ Nordlander 2004, s.655.

daha da arttırılması için, başvuran teşebbüslerin açılan tazminat davalarında verilen zararın üç katına kadarından, kartele taraf diğer teşebbüsler ile müteselsilen sorumlu olması kuralı değiştirilerek, zarar gören davacılarla tam işbirliği yapmaları koşuluyla¹⁸⁸, sadece kendi verdikleri zarardan sorumlu olması kuralı getirilmiştir. Bu değişikliğin anlamı, örneğin pazar payı %6 olan bir teşebbüsün Pişmanlık Programı'na başvurması halinde, sorumluluğunun %300 yerine yalnızca %6 olmasıdır ki bunun önemli bir teşvik olduğu açıktır¹⁸⁹.

AB'de, kartellerden zarar görenlerin Topluluk mahkemeleri nezdinde tazminat davası açma imkanı bulunmamaktadır. Buna karşılık, ATAD tarafından, *Courage v. Crehan*¹⁹⁰ davasında belirtildiği üzere, Roma Antlaşması'nın 81 ve 82 nci maddelerinin ihlal edilmesi neticesinde oluşan zararların tazmini için açılan davaları, ulusal mahkemeler karara bağlamaktadır. ATAD, anılan kararında, tazminat davalarının kartellerle mücadeledeki öneminin altını çizmiştir¹⁹¹. Bu kararın da etkisiyle, Komisyon, 2005 yılının sonunda, AB'de tazminat davalarının sayısının nasıl arttırılabileceğine ilişkin olarak kamuoyunda tartışma başlatmak amacıyla, bir yeşil kitap yayımlamıştır¹⁹².

Yukarıdaki açıklamalar, ABA Antitröst Birimi'nin, 2002'de, New York'da düzenlediği kartel çalıştayında ulaşılan sonuçlardan birine yer vererek sonlandırılabilir: Kartellerle etkili mücadele etmek isteyen hukuk düzenlerinde tazminat davalarını teşvik edecek araçlar geliştirilmelidir¹⁹³.

4.6. Yargı Organının Kartellerle Mücadelede Rolü

Antitröst yasalarının kağıt üzerinde kalmayarak etkili biçimde uygulanabilmesinin, esas itibariyle, iki koşula bağlı olduğu ifade edilmektedir¹⁹⁴. Bu koşullardan birincisi; yasaı ciddiyle uygulayan rekabet otoritelerinin,

¹⁸⁸ Bu işbirliğine bir örnek, Pişmanlık Programı'na başvuran teşebbüsün, zarar gören davacılarla, kartele ilişkin bilgi ve belgeler sunmasıdır.

¹⁸⁹ GCR 2005, s.22-24; Hammond 2005a, s.11-12; Pate 2004a, s.10.

¹⁹⁰ Case C-453/99 *Courage v. Crehan* [2001] ECR I 6297.

¹⁹¹ BLAKE, S. ve D. SCHNICHEL (2004), "Leniency Following Modernisation: Safeguarding Europe's Leniency Programmes", *Competition Policy Newsletter*, No:2, Summer 2004, s.12. Sınai amaçlarla vitamin kullanan müşterilerin *Vitamin* kartelinden gördükleri zararın tazmini için, Almanya'da açıp başarılı oldukları bir tazminat davası için bkz. REHER, T. (2004), "First Vitamins Victory for an Industrial Customer", *G.C.R.*, November 2004, s.24.

¹⁹² Bkz. <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/index.html>.

¹⁹³ G.C.R. (2002b), "Thinking Differently about Cartels", April/May 2002, s.22. Nitekim kartelleri caydırmak için gerekenlerin tamamını gerçekleştirmek isteyen Blair Hükümeti, bu doğrultuda, 2002 tarihli yasa ile tazminat konusuna ilişkin özel düzenlemelere yer vermiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. LAWRENCE, J. ve J. MOFFAT (2004), "A Dangerous New World-Practical Implications of the Enterprise Act 2002", *E.C.L.R.*, Issue 1, s.3.

¹⁹⁴ Pate 2004c, s.7; Wils 2005, s.148-150.

içinde buldukları hukuk düzeninin yapısına bağlı olarak, caydırıcılığı sağlamaya yetecek büyüklükte cezalar vermeleri ya da mahkemelerden bu yönde talepte bulunmalarıdır. İkincisi ise; mahkemelerin, bu cezaları hukuka uygun bulmaları ya da talep edilen cezaları vermeleridir.

Daha önce vurgulandığı üzere, rekabet yasalarında ayrıntılı düzenlemelerin bulunması, yukarıdaki iki koşulun gerçekleşmesi bakımından önemlidir ama insanoğlunun yaratıcılığının sınırı olmadığından tüm sorunların çözümü değildir. Bu yüzden konuya ilişkin esas çözümün, karar veren konumundakilerin kartellerin zararlarının farkına varması olduğu düşünülmektedir. Yani kartel üyeleri, toplum açısından bir tehdit yaratmayan, birlikte bira içilip, golf oynanan, bağış organizasyonlarının destekçisi, toplumun temel direği niteliğinde insanlar olarak görülmemelidir¹⁹⁵. Aksine bu kişiler, lüks otellerde yaptıkları toplantılarla masum mükelleflerin cüzdanlarındaki paraları çalan iyi giyimli hırsızlar olarak görülmelidir¹⁹⁶.

Nitekim ABD’de gelinen nokta budur¹⁹⁷. YM’nin 1940’lı yıllardaki Sherman Yasası’nı karteller aleyhine yorumlayan kararları üzerine kurulan sistemde, bugün, kartel üyelerine en ağır yaptırımlar talep edilmekte; mahkemeler de en ağır yaptırımları uygulamaktadır. Öyle ki, “4.4.1. Cezaların Caydırıcılığı Sağlayacak Büyüklükte Olması” başlığı altında belirtildiği üzere *Lysine* kartelinde, ADM yöneticilerine ilişkin olarak ilk derece mahkemesinin yaptırım kararı, üst derece mahkemesi tarafından yeterli görülmemekte; 24 ile 30 ay arasında değişen hapis cezasının daha da arttırılması gerektiği belirtilmektedir¹⁹⁸.

AB de, yavaş yavaş bu noktaya gelmektedir. Bunun bir örneği, İDM ve ATAD’ın, *Graphite Electrodes* karteline ilişkin kararlarında, Komisyon’un verdiği cezaları ilk kez artırmasıdır¹⁹⁹. Topluluk mahkemelerinin, *Polypropylene, PVC, Pre-insulated Pipes, Graphite Electrodes, Seamless Steel Tubes, Belgian Beer, Specialty Graphites, Zinc Phosphate* gibi sayıları giderek artan kararlarındaki yaklaşımları, “2.3.3. (AB Uygulamaları) 1989 Sonrası” başlığı altında belirtildiği üzere, yeni bir dönemin habercisi şeklinde değerlendirilmektedir²⁰⁰.

Bu konu çerçevesinde son olarak, John Fingleton’ın, İrlanda Rekabet Otoritesi başkanırken, “İrlanda Rekabet Otoritesi ile mahkemeler arasındaki

¹⁹⁵ Baker 2001, s.706 ve 712 ile Baker 2003, s.26.

¹⁹⁶ Calvani 2004, s.3; Hammond 2001b, s.2; Joshua 2003, s.634; OECD 2004, s.102; Pate 2003b, s.2; Wils 2005, s.151.

¹⁹⁷ Pate 2004c, s.7.

¹⁹⁸ Griffin 2001, s.37-38; Hammond 2005b, s.3.

¹⁹⁹ Kallaugher ve Weitbrecht 2007, s.323; Völcker 2005, s.1699-1701.

²⁰⁰ Joshua 1999.

ilişkileri değiştirmek ister miydiniz?” sorusuna verdiği aşağıdaki cevaba yer verilmelidir. Çünkü bu cevap, kartellere hoşgörü gösterilerek, rekabet otoritelerinin başka hukuk düzenlerindeki mahkemelere gıpta ile bakmasına yol aılmaması gerektiğini göstermektedir:

“Geçmişte sistemimizin çok iyi çalıştığını düşünürdüm ama bu düşüncem değişti. Çünkü sistemimizin işleyişini gördükçe giderek artan biçimde Birleşik Krallık’daki modele gıpta etmeye başladım.”²⁰¹

²⁰¹ G.C.R. (2004), “An Interview with John Fingleton”, September 2004, s.30. John Fingleton’ın, gıpta ettiği Birleşik Krallık modeline, Birleşik Krallık rekabet otoritesi olan Adil Ticaret Komisyonu-*Office of Fair Trading* (OFT)’nin başına getirilmek suretiyle geçmesi, belirtilmesi gereken ilginç bir husustur.

Beşinci Bölüm

TÜRK HUKUKUNDA KARTELLERLE MÜCADELE

5.1. Kartellerin Ortaya Çıkarılabilmesi ve Soruşturulabilmesi İçin Gerekli Kurumsal Yapılar, Yetkiler, İspat Standartları ve Araçları

5.1.1. Kartellerin Ortaya Çıkarılabilmesi ve Soruşturulabilmesi İçin Gerekli Kurumsal Yapılar

5.1.1.1. Amaca Özgülenmiş, Yetkin Bir Örgüt

Başta kartellerle etkili mücadele olmak üzere, tüm rekabet kurallarının kağıt üzerinde kalmayıp, etkili biçimde uygulanabilmesinin ilk koşulunun, amaca özgülenmiş, yetkin bir örgütün varlığına bağlı olduğu genel kabul görmektedir¹. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un, özellikle "Rekabet Kurumu" başlıklı 20 inci, "Kurum Personelinin Statüsü" başlıklı 34 üncü ve "Kurumun Gelirleri" başlıklı 39 uncu maddeleri, amaca özgülenmiş, yetkin bir örgütün varlığına imkan vermektedir. Gerçekten de, 20 inci maddede, idari ve mali özerkliğe sahip olduğu belirtilen Rekabet Kurumu, 39 uncu madde çerçevesinde, yeni kurulacak anonim ve limited şirketlerin, sermayelerinin ve sermaye artırımını halinde artan kısmın on binde dördü nispetinde yaptıkları ödemeler sayesinde, faaliyetleri için gereken mali kaynağı elde etmektedir. Rekabet Kurulu, 34 üncü madde sayesinde, ihtiyacına uygun kuruluş ve kadro statülerini serbestçe düzenleyebilmekte, geçicilik veya belli bir ihtisas gerektiren nitelikteki işlerde, vekalet veya istisna akdiyle personel çalıştırabilmekte ve yabancı uzmanlar istihdam edebilmektedir. Nitekim Rekabet Kurumu'nun, 2006 yılı itibarıyla, yaklaşık 36 milyon YTL'lik bütçesi² ve 103'ü meslek personeli olmak üzere, 321 çalışanı³ göz önünde bulundurulduğunda, uygulamanın da bu yönde olduğu düşünülmektedir.

Rekabet Kurumu'nun geniş mali kaynaklarını kullanarak, faaliyetleri için gereken çeşit ve sayıda beşeri kaynağı istihdam etme imkanına sahip olduğunu, OECD'nin, Türk rekabet hukuku ve politikasına ilişkin olarak 2005 yılında hazırladığı gözden geçirme raporu da teyit etmektedir. Anılan raporda, Rekabet Kurumu'nun, kendisine ayrılan pay 2003 yılında azalmasına rağmen, bütçesini yeterli bulduğu; nitekim her sene, yapılan harcamaların,

¹ Örnek olarak bkz. Wils 2005, s.148-149; Kovacic 2001, s.784.

² REKABET KURUMU (2007), *Rekabet Kurumu 8. Yıllık Rapor (2006 Yılı)*, Ankara, s.208.

³ Ibid, s.226.

ayrılan paydan az olduğu ifade edilmiştir⁴. Raporda, ayrıca, idari ve mali özerkliğe sahip Rekabet Kurumu'na yönelik önemli bir politik müdahale olmamasının, etkili şekilde faaliyette bulunulmasına imkan verdiği belirtilmiştir⁵.

Ancak belirtmek gerekir ki, 4054 sayılı Kanun ile sağlanan bütün bu imkanlara rağmen, Rekabet Kurumu, zaman zaman, idari ve mali özerkliğini zedeleyebilecek durumlarla da karşılaşabilmektedir. Buna bir örnek, Danıştay İdari İşler Kurulu'nun, düzenleyici ve denetleyici kurumların 6245 sayılı Harcırah Kanunu hükümlerine tabi olduğu görüşüyle⁶, Danıştay 1 inci Dairesi'nin aksi yöndeki kararını⁷ kaldırmasıdır. Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'nun (EPDK) o dönemki başkanı Yusuf Günay, Danıştay İdari İşler Kurulu'nun kararına ilişkin olarak yaptığı açıklamada, *"EPDK dahil pek çok düzenleyici ve denetleyici kuruma bütçeden kaynak aktarılmadığını, aksine bu kurumların Maliye'ye milyonlarca dolar aktardığını; temel yükümlülüğü sahada denetim yapmak olan bu kurumların, elemanlarına, hem ulaşım, hem konaklama, hem de yeme-içme gibi temel ihtiyaçları için, 20 YTL vererek, 'git İstanbul'da, Mersin'de, Hakkari'de şu işi denetle gel' demesinin, bu insanları, denetlediği piyasaya mahkum etmek anlamına geldiğini"* ifade etmiştir⁸. Bu açıklamadan hareketle, Danıştay İdari İşler Kurulu'nun anılan kararından dolayı, diğer kurumlar gibi Rekabet Kurumu'nun da kendisine verilen görevleri yerine getirememesinin ihtimal dahilinde olduğu söylenebilir. Bu çerçevede yapılması gereken, Danıştay 1 inci Dairesi'nin başka bir görüşünde⁹ belirtildiği üzere, idarenin bütünlüğü ilkesi çerçevesinde, düzenleyici ve denetleyici kurumlar üzerinde denetimi sağlayacak ama bu kurumların idari ve mali özerkliğini zedelemeyecek düzenlemelerin kabulüdür. Bu ilke doğrultusunda, Danıştay İdari İşler Kurulu kararının düzenleyici ve denetleyici kurumların özerkliğine olumsuz etkileri de ortadan kaldırılmalıdır.

5.1.1.2. Yetkin Bir Kartel Birimi

Kartellerle etkili mücadele için, amaca özgülenmiş, yetkin bir örgütün içinde, yetkin bir kartel biriminin kurulması gerektiği genel kabul görmektedir¹⁰. Pate'in, ABD Adalet Bakanlığı Antitröst Birimi'nin başındayken yapmış olduğu konuşmalardaki şu ifadeleri çerçevesinde, rekabet yasalarını görece yakın

⁴ OECD (2005a), *Competition Law and Policy in Turkey*, OECD, Paris, s.46.

⁵ Ibid, s.64.

⁶ Danıştay İdari İşler Kurulu'nun 18.04.2007 günlü, E:2007/1, K:2007/2 sayılı kararı.

⁷ Danıştay 1 inci Dairesi'nin 08.11.2006 günlü, E:2006/451, K:2006/1014 sayılı kararı.

⁸ Bkz. www.memurlar.net

⁹ Danıştay 1 inci Dairesi'nin 24.10.2002 günlü, E:2002/156, K:2002/167 sayılı kararı.

¹⁰ Örnek olarak bkz. ICN 2005, s.31-47.

tarihlerde kabul etmiş Türkiye gibi ülkeler bakımından, bu şekilde yapılanmanın daha da önem arz ettiği düşünülmektedir:

“Karteller, Antitröst Birimi’ndeki en büyük önceliğimizdir. Kartellere yönelik olarak saldırgan bir tutum takındığımızda, en azından iki şeyi biliyoruz: (1) Zarara yol açacak bir davranışta bulunmadığımızı ve (2) İyi bir davranışta bulunduğumuzu. Rekabet yasalarını yakın dönemde kabul etmiş ülkeler bakımından, yoğunlaşmalar konusundaki uygulamaların eğitim işlevi göreceğini ifade eden David Lewis’in aksine, ben, antitröstün bu alanını, “ne kadar çok, o kadar iyi” sınıfına koymuyorum. Rekabeti arttırma olasılığı bulunan yoğunlaşmaları engellemek, tüketicilere zarar verir. Fakat kartel alanında, kartellere yönelik daha saldırgan tutumdan hepimiz faydalanırız. Gerçekten de, yeni rekabet otoriteleri yalnızca kartellerle mücadeleye odaklansalar bile, kaynaklarını akıllıca kullanmış olurlar.”¹¹

“Özellikle antitröst yasalarını görece yakın tarihlerde kabul etmiş ülkelerde, güçlü bir rekabet kültürü geliştirebilmek için, kartellerle mücadeleye öncelik vermekten daha iyi bir yol yoktur. Bundan, tüketiciler fayda sağlayacaktır. Ara malları işleyen teşebbüsler fayda sağlayacaktır. Vergi mükellefleri ve hükümetler, ihalelere fesat karıştırmaların azalmasından fayda sağlayacaktır. Ve rekabet hukukunun daha hassas ve tartışmalı alanlarından farklı olarak, kamu müdahalesinin rekabeti ortadan kaldırıcı etkiler yaratması tehlikesi yoktur.”¹²

Ancak, yetkin bir kartel biriminin gerekliliği konusundaki genel kabule, kartellerle mücadelenin, rekabet hukukunun yeni geliştiği ülkelerde taşıdığı özel öneme ve Rekabet Kurumu Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik’in¹³ 43 üncü maddesinde yapılan düzenlemeyle, Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar Dairesi (1 inci Daire) kurulmasına rağmen, Rekabet Kurumu’ndaki yapılanma, uygulamada, bu şekilde olmamıştır. Halen Kurum örgütlenmesi, sektör esaslı dört daire şeklindedir¹⁴.

Rekabet Kurumu’nun bu organizasyon yapısının, kartellerle etkili mücadelede zafiyet yaratabileceği düşünülmektedir. Konuya ilişkin verilebilecek pek çok örnekten biri, Rekabet Kurulu’nun *Diyarbakır Otobüs*¹⁵, *Mardin Otobüs*¹⁶, *Vize Otobüs*¹⁷ ve *Sivas Otobüs*¹⁸ kararlarıdır. Anılan kararlarda,

¹¹ Pate 2004b, s.1-2.

¹² Pate 2004c, s.2.

¹³ 21.06.1997 tarih ve 23026 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

¹⁴ Rekabet Kurumu 2007, s.225.

¹⁵ Diyarbakır Otobüs, 06.01.2005 tarih ve 05-01/9-8 sayılı karar.

¹⁶ Mardin Otobüs, 10.02.2005 tarih ve 05-10/83-32 sayılı karar.

¹⁷ Vize Otobüs, 24.02.2005 tarih ve 05-11/107-37 sayılı karar.

¹⁸ Sivas Otobüs, 25.04.2005 tarih ve 05-28/324-83 sayılı karar.

önaraştırma veya soruşturma açılmaması, yalnızca, “yetkililerle görüşen görevli raportörün, fiyat karteli konusuna ilişkin herhangi bir bulguya ulaşamaması” şeklinde bir ifade kullanılarak gerekçelendirilmeye çalışılmış; bunun dışında herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. Bu uygulamaya pek çok eleştiri yöneltilebilir. İlk olarak, anılan kararlarda, görüşüldüğü iddia edilen yetkililerin kim olduğu sorusunun cevabının bulunmadığı belirtilmelidir. Eğer yetkiliden kastedilen, ilgili coğrafi pazardaki herhangi bir kamu görevlisi ise, rekabet uzmanı olmayan bu görevlinin ulaştığı sonucun doğruluğunun sorgulanması gerekir. Buna karşılık yetkiliden kastedilen, inceleme konusu teşebbüslerin yetkilileri ise, onların ihlalde bulunmadıklarına dair ifadelerinin, tartışmalı olacağı açıktır. Bu kararlara yöneltilebilecek en büyük eleştiri ise, kartellerin bu ürün pazarındaki yaygınlığı göz önünde bulundurulduğunda, en azından yerinde inceleme yapılarak, kararlarda yer almadığı için sunulmadığı anlaşılan bilgi ve belgelerin aranmaması ya da bu bilgi ve belgeler sunulmuş olsa bile, bunların doğruluğunun teyit edilmemiş olmasıdır. Nitekim *Erzurum Otobüs*¹⁹ ve *Samsun Otobüs*²⁰ kararlarındaki karşı oy yazılarında, benzer tespitlere yer verildikten sonra, pek çok ilde otobüs işletmelerine yönelik soruşturma yapılır ve ceza verilirken, raportör görüşü doğrultusunda ulaşılan önaraştırma veya soruşturma açılmaması sonucu eleştirilmiştir.

İlerleyen bölümlerde yer verileceği üzere, Rekabet Kurumu’nun bilgi isteme, yerinde inceleme, soruşturma aşamasında gizliliği sağlama, *rule of reason* analizi yerine *per se* kuralına, etki yerine amaca vurgu, ikincil delillerle ispat, anlaşma ve uyumlu eylem kavramları gibi hemen hemen tüm yetki, ispat standardı ve araçlarına ilişkin uygulamalarında, raportörlerden kaynaklanan farklılıklar bulunmaktadır. Kuşkusuz, bu farklılıkları ortadan kaldırmak için yegane çözüm, bir kartel birimi kurulması değildir. Sorun teşkil eden konularda ilkeler belirlenip, bu ilkelerin sektörlere göre ayrılan dairelerde uygulanması da mümkün olabilir. Ancak kartel soruşturmalarının çeşitli teknik ve hukuki gereklerini yerini getirmek konusunda genel kabul gören faydaları da göz önünde bulundurulduğunda, kartel birimi kurulmasının daha uygun bir çözüm olduğu düşünülmektedir.

Kartel birimi kurulması ve kurulacak bu birim içinde istenirse sektörel uzmanlaşmaya gidilmesi, herhangi bir yasa değişikliği gerektirmediği, hatta zaten Rekabet Kurumu Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik bu yönde bir düzenleme içerdiği için, çok kolaydır. Keza, böyle bir birimin kurulmamasının gerekçesi olarak kaynak sıkıntısı da gösterilemez. Çünkü, “5.1.1.1. Amaca Özgülenmiş, Yetkin Bir Örgüt” başlığı altında yer verilen çeşitli kısıtlar, idari ve mali özerkliğe sahip Rekabet Kurumu’nun, kartel birimi

¹⁹ Erzurum Otobüs, 17.06.2005 tarih ve 05-40/562-141 sayılı karar.

²⁰ Samsun Otobüs, 08.07.2005 tarih ve 05-44/626-159 sayılı karar.

kurmasına ve bu birime gerekli kaynakları sağlamasına engel teşkil edecek kadar büyük değildir. Daha açık bir ifadeyle, Rekabet Kurumu'nun mali kaynakları, soruşturmaları yürütecek beşeri kaynağa sahip olunmasına ve soruşturmaların masraflarının karşılanmasına imkan vermektedir. Bu nedenle, gelişmekte olan ülkeler bakımından kartellerle mücadelenin önemi de göz önünde bulundurularak, Rekabet Kurumu mevcut meslek personelinin bir bölümüyle böyle bir birim oluşturmalı; gerekirse de, yeni personel istihdam etmelidir.

5.1.1.3. Bilgi Teknolojileri Uzmanlarının Varlığı

Başta yerinde incelemeler olmak üzere, rekabet otoritelerinin faaliyetleri bakımından, bilgi teknolojileri uzmanlarının varlığı çok önemlidir. Bunun için, rekabet otoriteleri, ya kurum içinde bilgi teknolojileri uzmanları istihdam etmekte ya da dışarıdan hizmet sağlamaktadır²¹. Nitekim Rekabet Kurumu da, sekiz bilişim personeli istihdam etmekte²²; ayrıca, zaman zaman, *Gübre*²³ soruşturmasında olduğu üzere, dışarıdan, özellikle de kolluk kuvvetlerinden, bilgilerin elektronik ortamda işlenmesi hususunda destek almaktadır.

Ancak 4054 sayılı Kanun'da, konuya ilişkin olarak bazı eksiklikler bulunduğu da belirtilmelidir. Bunlardan ilki, Kanun'da, bilgi teknolojileri konusunda dışarıdan hizmet alınabilmesine yönelik açık bir düzenlemenin bulunmamasıdır. İkincisi ve daha önemlisi ise, Kanun'un 15 inci maddesinde yer alan, "*yerinde incelemelerin Kurul emrinde çalışan uzmanlar tarafından yapılacağı*" ifadesi çerçevesinde, incelemelerin, yalnızca rekabet uzmanları tarafından mı yapılacağı, yoksa Kurul'un görevlendirdiği, Kurum içinden veya dışından bilişim ve benzeri konularda uzman şahısların da bu incelemelere katılıp katılamayacağı açık olmamasıdır. Bu iki konuya açıklık getirecek bir kanun değişikliği yapılmasının ve yönetmelik çıkarılmasının yararlı olacağı düşünülmektedir. Keza, Kurum'daki bilişim personeli sayısı, eğer eksiklik hissediliyorsa artırılmalı ve gerektiği durumlarda, kamu kaynaklarının etkin kullanılması gerektiği de göz önünde bulundurularak, dışarıdan hizmet sağlanmalıdır.

5.1.1.4. Kolluk Kuvvetleri İle İşbirliği İmkânı

Kolluk kuvvetlerinin, antitröst mercilerinin faaliyetlerine, doğrudan ya da dolaylı olarak destek sağlamaları büyük önem arz etmektedir. Nitekim, 4054 sayılı Kanun'da açık bir düzenleme bulunmamasına rağmen, Rekabet Kurumu'nun, kolluk kuvvetlerinden aldığı yardımların, soruşturmalarda önemli katkılar sağladığı görülmektedir. Örneğin, bazı dosyalarda, yerinde

²¹ ICN 2005, s.43.

²² Rekabet Kurumu 2007, s.226.

²³ Gübre, 08.02.2002 tarih ve 02-07/57-26 sayılı karar.

incelemelerin yapılabilmesini sağlamak üzere, rekabet uzmanlarına, kolluk kuvvetleri eşlik etmiştir²⁴. Keza, *Gübre* soruşturmasında olduğu üzere, kolluk kuvvetleri, bilgilerin elektronik ortamda işlenmesi hususunda destek verebilmektedir. Bir başka örnek, Rekabet Kurulu'nun bazı kartel kararlarının, "5.1.2.4. İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınması ile Teknik Araçlarla İzleme Yetkisi" başlığı altında inceleneceği üzere, temel olarak, kolluk kuvvetleri tarafından sağlanan delillere dayanmasıdır²⁵

Bütün bu yardımlar kolluk kuvvetleri ile işbirliğinin önemini de ortaya koymaktadır. Bu nedenle, yerinde incelemelerde güvenliğin sağlanması, bilgi teknolojileri alanında destek alınması, el yazısı örneklerinin analiz edilmesi gibi konularda, Rekabet Kurumu'nun, kolluk kuvvetleri ile ilişkilerine açıklık getirecek bir kanun değişikliği yapılmasının ve yönetmelik çıkarılmasının yararlı olacağı düşünülmektedir.

5.1.2. Kartellerin Ortaya Çıkarılabilmesi ve Soruşturulabilmesi İçin Gerekli Yetkiler

5.1.2.1. Bilgi İsteme Yetkisi

Yerinde inceleme yetkisinden farklı olarak, fiziki varlığı olmayan, daha açık bir ifadeyle, yazılı halde bulunmayan bilgilerin elde edilmesini sağladığından kartellerle mücadelede önem taşıyan²⁶ bilgi isteme yetkisi, 4054 sayılı Kanun'un "Bilgi İsteme" başlıklı 14 üncü maddesinde²⁷ düzenlenmiştir. Kanun'un 14 üncü maddesi ile verilen yetki²⁸, mehz teşkil eden AB rekabet hukukundaki 17/62 sayılı ve bunun yerine geçen 1/2003 sayılı Tüzüğü'ndeki ilgili madde ile hemen hemen aynıdır. Ancak, iki hukuk düzenindeki uygulama arasında önemli bir farklılık bulunmaktadır. AB'de, bu yetki çerçevesinde, rakiplerle yapılan toplantı bilgileri, bu toplantıların öncesinde, sırasında veya sonrasında hazırlanan gündemler, notlar, katılımcı listeleri, raporlar, çalışma metinleri, tablolar, hazırlık evrakları gibi bilgi ve

²⁴ Örnek olarak bkz. *Gübre, Seramik, Demir Çelik* ve 03.10.2006 tarih ve 06-69/931-268 sayılı *Akdeniz Hazır Beton* kararları.

²⁵ Örnek olarak bkz. 18.01.2005 tarih ve 05-06/52-21 sayılı *Ankara Ekmek II* kararı.

²⁶ Wils 2003, s.583.

²⁷ 4054 sayılı Kanun'un 14 üncü maddesinde, "Kurul, bu Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirirken, gerekli gördüğü her türlü bilgiyi tüm kamu kurum ve kuruluşlarından, teşebbüslerden ve teşebbüs birliklerinden isteyebilir. Bu makamlar, teşebbüsler ve teşebbüs birliklerinin yetkilileri istenen bilgileri Kurulun belirleyeceği süre içinde vermek zorundadır" düzenlemesi yapılmıştır.

²⁸ "5.1.2.3. Eksik, Yanlış veya Yanıltıcı Bilgi Verilmesi, Belgelerin İçeriklerinin Değiştirilmesi veya Ortadan Kaldırılması ile İnceleme ve Soruşturmaların Engellenmesinin Etkili Biçimde Cezalandırılabilmesi" başlığı altında, bilgi isteme yetkisinin sınırlarını belirleyen mahkeme kararlarına yer verilecektir.

belgeler talep edilebilmektedir. Komisyon'un önündeki tek engel, "rakiplerinizle hiç fiyat tespit ettiniz mi?" veya "81 inci maddeyi ihlale niyetlendiniz mi?" gibi ihlalin kabulüne açıkça zorlayan sorular yöneltmemektir. Buna karşılık, Rekabet Kurumu uygulamalarında, bu yetkinin kullanımı, genellikle, fiyat hareketleri, satış miktarları, maliyetler, bayilik sözleşmeleri, teşebbüslerin hisse yapısı, yönetim kurulu üyeleri, mali tabloları gibi konulara ilişkindir.

Bu farklılığın birinci sebebi, Rekabet Kurumu tarafından, 14 üncü madde ile verilen bilgi isteme yetkisinin, ABD ve AB'deki gibi kullanılmasına yönelik bir ilke geliştirilmemiş olmasıdır. Bu nedenle, öncelikle, bilgi isteme yetkisinin, bu hukuk düzenlerine benzer şekilde kullanımına yönelik ilke geliştirilmelidir.

İkinci sebep ise, teşebbüslere, bilgi talebinin gereğini yerine getirmemeleri halinde uygulanabilecek yaptırımların, 4054 sayılı Kanun'da, 5728 sayılı Kanun²⁹ ile yapılan değişikliğe kadar, caydırıcılıktan uzak olmasıdır. Bu konu, "5.1.2.3. Eksik, Yanlış veya Yanıltıcı Bilgi Verilmesi, Belgelerin İçeriklerinin Değiştirilmesi veya Ortadan Kaldırılması ile İnceleme ve Soruşturmaların Engellenmesinin Etkili Biçimde Cezalandırılabilmesi" ve "5.2.1.2. Cezalar Belirlenirken Dikkate Alınan Unsurlar" başlıkları altında incelenecektir.

5.1.2.2. Yerinde İnceleme Yetkisi

Kartellerle etkili mücadele için yapılması gerekenlerden birinin, rekabet otoritelerine yerinde inceleme yetkisi vermek olduğu konusunda genel bir kabul bulunmaktadır. Bu kabul doğrultusunda, 4054 sayılı Kanun'un "Yerinde İnceleme" başlıklı 15 inci maddesinde³⁰ yapılan düzenleme çerçevesinde,

²⁹ 08.02.2008 tarih ve 26781 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun.

³⁰ 4054 sayılı Kanun'un 15 inci maddesinde, "*Kurul, bu Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirirken gerekli gördüğü hallerde, teşebbüs ve teşebbüs birliklerinde incelemelerde bulunabilir. Bu amaçla teşebbüslerin veya teşebbüs birliklerinin: a) Defterlerini, her türlü evrak ve belgelerini inceleyebilir ve gerekirse suretlerini alabilir, b) Belirli konularda yazılı veya sözlü açıklama isteyebilir, c) Teşebbüslerin her türlü mal varlığına ilişkin mahallinde incelemeler yapabilir. İnceleme, Kurul emrinde çalışan uzmanlar tarafından yapılır. Uzmanlar incelemeye giderken yanlarında incelemenin konusunu, amacını ve yanlış bilgi verilmesi halinde idarî para cezası uygulanacağını gösteren bir yetki belgesi bulundurlar. (Ek: 01.08.2003-4971/25. Md.) İlgililer istenen bilgi, belge, defter ve sair vasıtaların suretlerini vermekle yükümlüdür. Yerinde incelemenin engellenmesi veya engellenme olasılığının bulunması durumunda sulh ceza hakimi kararı ile yerinde inceleme yapılır*" düzenlemesi yapılmıştır. "5.1.2.3. Eksik, Yanlış veya Yanıltıcı Bilgi Verilmesi, Belgelerin İçeriklerinin Değiştirilmesi veya Ortadan Kaldırılması ile İnceleme ve Soruşturmaların Engellenmesinin Etkili Biçimde Cezalandırılabilmesi" başlığı altında, yerinde inceleme yetkisinin sınırlarını belirleyen mahkeme kararlarına yer verilecektir.

yerinde incelemeler, rekabet uzmanları tarafından yapılmakta; onlara, zaman zaman, bilgi teknolojileri uzmanları ile kolluk kuvvetleri eşlik etmektedir³¹. Rekabet uzmanları, 2003 yılındaki yasa değişikliğinin ardından, genellikle sulh ceza hakiminden karar alarak, inceleme yapılacak yerlere gitmektedir. Geçmişte çok fazla dikkat edilmese de, artık, aynı konu çerçevesinde farklı teşebbüslerde yapılacak incelemelere, eş zamanlı olarak başlanmasına özen gösterilmektedir. İncelemelerin, genellikle sabahları erken saatlerde başlanmasına rağmen, çalışma saatleri içerisinde tamamlanamadığı durumlarla karşılaşabilmektedir. Bu durumda, inceleme, geç saatlere kadar sürdürülerek tamamlanmakta veya ertesi gün devam etmek üzere ara verilmektedir. Ara verilmesi halinde, çalışılan alanların mühürlenmek suretiyle kapatılıp kapatılamayacağı hususu açık olmamakla birlikte, bu yönde uygulamalara rastlanmaktadır. İnceleme esnasında, çalışma masaları, dolaplar, taşıtlar ve benzeri yerler aranarak, ajanda, not gibi belgelere bakılmakta; bilgisayarlar kontrol edilmektedir. İnceleme sonucunda, gerekli görülen bilgi, belge, defter ve sair vasıtaların kopyaları alınmaktadır.

Rekabet Kurumu'na 15 inci madde ile verilen yerinde inceleme yetkisinde, giderilmesi gereken çeşitli eksiklikler bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, başta ABD ve AB olmak üzere, pek çok hukuk düzeninden farklı olarak, Rekabet Kurumu'nun konutlarda yerinde inceleme yapma yetkisinin bulunmamasıdır. Konuya ilişkin olarak 4054 sayılı Kanun'da değişiklik yapılmasının faydalı olacağı düşünülmektedir.

İkincisi, yerinde incelemelerde, rekabet uzmanlarına, bilgi teknolojileri uzmanları ile kolluk kuvvetlerinin eşlik etmesi, incelemelere ara verilmesi halinde, çalışılan alanların mühürlenmek suretiyle kapatılması gibi hususlarda, açık bir yasal düzenlemenin bulunmamasıdır. Dolayısıyla bu tür konulara açıklık getirecek bir kanun değişikliği yapılmasının ve yönetmelik çıkarılmasının yararlı olacağı düşünülmektedir.

Yerinde incelemeleri engelleyen teşebbüslere uygulanabilecek yaptırımların caydırıcılıktan uzak olması şeklindeki üçüncü eksiklik ise, 4054 sayılı Kanun'da, 5728 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle giderilmiştir. Bu konu, "5.1.2.3. Eksik, Yanlış veya Yanıltıcı Bilgi Verilmesi, Belgelerin İçeriklerinin Değiştirilmesi veya Ortadan Kaldırılması ile İnceleme ve Soruşturmanın Engellenmesinin Etkili Biçimde Cezalandırılabilmesi" ve "5.2.1.2. Cezalar Belirlenirken Dikkate Alınan Unsurlar" başlıkları altında incelenecektir.

³¹ Daha ayrıntılı bilgi için bkz. "5.1.1.3. Bilgi Teknolojileri Uzmanlarının Varlığı" ve "5.1.1.4. Kolluk Kuvvetleri İle İşbirliği İmkani" başlığı altındaki açıklamalar.

5.1.2.3. Eksik, Yanlış veya Yanıltıcı Bilgi Verilmesi, Belgelerin İçeriklerinin Değiştirilmesi veya Ortadan Kaldırılması ile İnceleme ve Soruşturmaların Engellenmesinin Etkili Biçimde Cezalandırılabilmesi

4054 sayılı Kanun'un "Bilgi İsteme" başlıklı 14 üncü ve "Yerinde İnceleme" başlıklı 15 inci maddelerinde verilen yetkilerin etkili şekilde kullanılabilmesi için, ilgililerin yapacağı fayda-maliyet analizinde, sonuç işbirliği yönünde olmalıdır. Bu nedenle, işbirliğinin reddinin etkili biçimde cezalandırılması, böylece, ilgililere maliyetinin yükseltilmesi gereklidir³². Bu çerçevede, 4054 sayılı Kanun m.16/1 (b)³³ ve m.17/1 (d)³⁴,de yapılan düzenlemeler, bu düzenlemelerin caydırıcılıktan uzak olduğu yönündeki haklı eleştirilerin etkisiyle³⁵, 5728 sayılı Kanun ile değiştirilmiştir³⁶. Bu değişiklik

³² Wils 2003, s.582.

³³ 4054 sayılı Kanun m.16/1 (b)'de, "Kurul, teşebbüs niteliğindeki gerçek ve tüzel kişiler ile teşebbüs birlikleri ve/veya bu birliklerin üyelerine;...Kurul kararı ile bilgi isteme veya yerinde inceleme hallerinde hiç bilgi verilmemesi, eksik, yanlış veya yanıltıcı bilgi verilmesi halinde 3.432 YTL... para cezası verir" düzenlemesi yapılmıştır.

³⁴ 4054 sayılı Kanun m.17/1 (d)'de, "Kurul, teşebbüs ve teşebbüs birliklerine kararda belirtilecek tarihten başlamak üzere her gün için;... 15 inci madde uyarınca Kurul uzmanlarının yerinde inceleme yapmalarının engellenmesi halinde 685 YTL süreli para cezası verir" düzenlemesi yapılmıştır.

³⁵ OECD 2005a, s.40 ve 70.

³⁶ 5728 sayılı Kanun ile değiştirilen 16 ncı maddede, "Kurul, teşebbüs niteliğindeki gerçek ve tüzel kişiler ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerine;...c) Kanununun 14 ve 15 inci maddelerinin uygulanmasında eksik, yanlış ya da yanıltıcı bilgi veya belge verilmesi ya da bilgi veya belgenin belirlenen süre içinde ya da hiç verilmemesi, d) Yerinde incelemenin engellenmesi ya da zorlaştırılması, hallerinden (c) bendinde belirtilenler için teşebbüsler ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin binde biri oranında, (d) bendinde belirtilenler için ise aynı şekilde saptanacak olan gayri safi gelirlerinin binde beşi oranında idarî para cezası verir. Ancak bu esasa göre belirlenecek ceza onbin Türk Lirasından az olamaz...Yerinde incelemenin mahkeme kararı ile gerçekleştirilmesi, yerinde incelemenin engellenmesi ve zorlaştırılmasına ilişkin olarak bu Kanunda öngörülen idarî para cezasının uygulanmasını engellemez" düzenlemesi yapılmıştır. 5728 sayılı Kanun ile değiştirilen 17 nci maddede ise, "Kurul, teşebbüs ve teşebbüs birliklerine, 16 ncı maddenin birinci fıkrasında belirtilen cezalar saklı kalmak kaydıyla,...b) Yerinde incelemenin engellenmesi ya da zorlaştırılması, c) Kanununun 14 ve 15 inci maddelerinin uygulanmasında, istenen bilgi veya belgenin belirlenen süre içinde verilmemesi, durumunda her gün için, ilgili teşebbüsler ile teşebbüs birlikleri ve/veya bu birliklerin üyelerinin karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan, bunun hesaplanması mümkün olmazsa karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin onbinde beşi oranında idarî para cezası verir...(c) bendine göre idarî para cezaları,...belirlenen sürenin dolmasından itibaren verilebilir...(b) bendindeki fiillere ilişkin idarî para cezası ise, fiilin gerçekleştiği günü takip eden gündün itibaren verilebilir" düzenlemesi yapılmıştır.

hakkında bilgi vermeden önce, 4054 sayılı Kanun'un ilgili maddelerinde verilen yetkilerin sınırlarının ve Kanun'da değişiklik yapılması ihtiyacının daha iyi anlaşılabilmesi için, konuya ilişkin mahkeme kararları incelenmelidir. Bu amaç doğrultusunda, 5728 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesinde, 4054 sayılı Kanun m.16/1 (b) ve m.17/1 (d) çerçevesinde verilen kararlara, tarih sırasına göre yer verilecektir:

Danıştay 13 üncü Dairesi, bilgi ve belge istenmesinin soruşturma aşamasıyla sınırlandırılmayacağına, istenen bilgilerin, soruşturma açılıp açılmamasını etkileyecek önemde olmasalar da verilmesi gerektiğine, bu çerçevede, raportörler tarafından talep edilen ayrıntılı fiyatlar yerine, aylık ortalama satış fiyatlarının gönderilmesine m.16/1 (b) uyarınca para cezası verilmesinde, hukuka aykırılık bulunmadığına karar vermiştir³⁷.

Danıştay 13 üncü Dairesi başka bir kararında³⁸, Çaykur hakkında yürütülen soruşturma kapsamında, Çaykur Kayseri bayisinde yapılan yerinde incelemede, raportörler tarafından yöneltilen, "Kayseri bayilerinin ortak bir şirket kurmak suretiyle, çay ticaretini bu şirket üzerinden yürütmeyi düşünüp düşünmedikleri" sorusuna, "Ankara bayileri gibi ortak bir şirket kurmak niyetinde oldukları, ancak, tasarladıkları oluşumun Ankara örneğinden farklı bir yapı arzedeceği" şeklinde verilen cevabın, gerek başka bir teşebbüsün verdiği bilgiler gerek Ticaret Sicili Gazetesi çerçevesinde, raportörleri yanıltıcı nitelik taşıdığı, çünkü ilgili şirketin zaten kurulmuş olduğu, bu çerçevede, m.16/1 (b) uyarınca para cezası verilmesinde, hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır.

Danıştay 13 üncü Dairesi bir diğer kararında³⁹, raportörlere, yerinde incelemede tespit ettikleri belgenin verilmemesi ve bu belge yerine başka bir belge gösterilmesine m.16/1 (b) uyarınca para cezası uygulanmasında, hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, yerinde inceleme sırasında, raportörlerin, Türk Eczacılar Birliği genel sekreterine yönelttiği, "eczanelerin, kamu kurum ve kuruluşları ile özel kuruluşlarla yapacakları sözleşmelerde, iskonto oranını serbestçe belirleyip belirleyemeyecekleri" sorusuna, sözlü değil, yetkili organ tarafından yazılı yanıt verilebileceğinin belirtilmesinden dolayı, m.16/1 (b) uyarınca verilen para cezasının yürütmesini durdurmuştur⁴⁰. Kararda, 14 üncü maddenin son fıkrasında "yetkililer", 15 inci

³⁷ Danıştay 13 üncü Dairesi'nin 03.05.2005 günlü, E:2005/1023, K:2005/2469 sayılı kararı.

³⁸ Danıştay 13 üncü Dairesi'nin 10.10.2005 günlü, E:2005/1727, K:2005/4935 sayılı kararı.

³⁹ Danıştay 13 üncü Dairesi'nin 07.04.2006 günlü, E:2005/7157, K:2006/1667 sayılı kararı.

⁴⁰ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 25.01.2007 günlü, E:2006/3398, YD. İtiraz:2006/1337 sayılı kararı.

maddenin son fıkrasında “ilgililer” ifadesinin kullanılmasından hareketle, sözlü bilgi talebine, sözlü yanıt alınabilmesi için temsil yetkisinin gerekli olduğu; temsil yetkisinin bulunmadığı durumlarda, yetkili organ tarafından yazılı yanıt verilmesi yönündeki taleplerin kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu çerçevede, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, aynı gün verdiği başka bir kararında⁴¹, yerinde inceleme sırasında, raportörlerin, Eczacı Odası başkanı ve genel sekreterine yönelttiği, “eczanelerin, resmi ve özel kurum ve kuruluşlara indirim yapmakta serbest olup olmadığı” sorusuna, sözlü değil, yetkili organ olan yönetim kurulu tarafından yazılı yanıt verilebileceğinin belirtilmesinden dolayı, m.16/1 (b) bendi uyarınca verilen para cezasının yürütmesinin durdurulmasına ilişkin talebi, başkan ve genel sekreter temsil yetkisini haiz olduğu için reddetmiştir.

Mahkemelerin, 4054 sayılı Kanun’un 17 nci maddesine ilişkin kararlarına, tarih sırasına göre aşağıda yer verilmiştir:

Danıştay 13 üncü Dairesi, 04.05.1999 tarihinde gidilen şirket binasında, şirket genel müdürü ve yönetim kurulu başkanı yurt dışında olduğundan, raportörlere bilgi verilmemesine ve ilgililerin odalarında inceleme yapmalarının engellenmesine, 13.07.1999 tarihli Rekabet Kurulu kararı ile, m.17/1 (d) çerçevesinde, 2002/1 sayılı 4054 Sayılı Kanun’un 16 ve 17 nci Maddelerinde Düzenlenmiş Olan İdari Para Cezalarının 31/12/2002 Tarihine Kadar Geçerli Olmak Üzere Artırıldığına Duyurulmasına İlişkin Tebliğ uyarınca, 581,61 YTL yerine; 1998/1 sayılı Tebliğ uyarınca, 1240 YTL süreli para cezası verilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığına karar vermiştir⁴².

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, şirket genel müdürünün odasında, 05.11.1999 tarihinde yapılmak istenen yerinde incelemeye, genel müdür yurt dışında bulunduğu ve bilgisayarının şifresi bilinmediği gerekçesiyle izin verilmediği için, 16.11.1999 tarihli Rekabet Kurulu kararı ile, kararın 19.11.1999’daki tebliğinden, 04.05.2000’de Kurum’a ulaşan davet yazısına kadar, m.17/1 (d) çerçevesinde süreli para cezası uygulanmasını hukuka uygun bulmuştur⁴³.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu başka bir kararında⁴⁴, raportörlerin, 09.11.1999 tarihinde gittikleri şirket binasında, otuz dakika bekletilmelerine rağmen yerinde inceleme taleplerine olumlu yanıt alamamalarından dolayı, 16.11.1999

⁴¹ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu’nun 25.01.2007 günlü, E:2006/3402, YD. İtiraz:2007/8 sayılı kararı.

⁴² Danıştay 13 üncü Dairesi’nin 03.05.2005 günlü, E:2005/1011, K:2005/2456 sayılı kararı.

⁴³ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu’nun 16.06.2005 günlü, E:2003/315, K:2005/2177 sayılı kararı.

⁴⁴ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu’nun 16.06.2005 günlü, E:2003/348, K:2005/2184 sayılı kararı.

tarihli Rekabet Kurulu kararı ile, kararın 19.11.1999'daki tebliğinden, 31.07.2000'de Kurum'a ulaşan davet yazısına kadar, m.17/1 (d) çerçevesinde süreli para cezası uygulanmasını hukuka uygun bulmuştur.

Danıştay 13 üncü Dairesi, Çaykur hakkında yürütülen soruşturma kapsamında, Çaykur bayisinde yapılan yerinde incelemede, bayinin bir ortağının masasında bulunan Çaykur ile ilgili belge verilmediği için, 18.03.2003 tarihli Rekabet Kurulu kararı ile, engellenin gerçekleştiği 11.03.2003'ten, 23.03.2003'te Kurum'a ulaşan davet yazısına kadar, m.17/1 (d) çerçevesinde süreli para cezası uygulanmasını hukuka uygun bulmuştur⁴⁵.

Ankara 10 uncu Sulh Ceza Mahkemesi, raportörlerin, sulh ceza mahkemesi kararına rağmen alınmadıkları işyerindeki yerinde incelemeyi, kolluk kuvvetleri yardımı ile gerçekleştirebilmesinden dolayı verilen m.17/1 (d) çerçevesindeki süreli para cezasını, hukuka uygun bulmuştur⁴⁶.

Danıştay 13 üncü Dairesi, m.17/1 (d) çerçevesinde, şirket yetkilileri hazır bulunmadığı gerekçesiyle, teşebbüs vekili yerinde inceleme yapılmasını engellediği ve bilet, fatura, yolcu listeleri gibi bilgileri vermediği için uygulanan süreli para cezasını hukuka uygun bulmuştur⁴⁷. Kararda, vekilin inceleme izni verme yetkisinin bulunmadığı ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu uyarınca sır saklama yükümlülüğünün bulunduğu yönündeki iddialar da kabul edilmemiştir. Buna gerekçe olarak, vekilin, raportörlerin yerinde inceleme talebini, şirket yetkililerinden birine sözlü olarak iletmediği, buna rağmen yerinde incelemeye izin verilmediği ifade edilmiştir.

Danıştay 13 üncü Dairesi başka bir kararında⁴⁸, öncelikle, 4054 sayılı Kanun'un 15 inci maddesinin 1 inci ve 3 üncü fıkraları ile 17/1 (d) maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğu ve Anayasa Mahkemesi'ne gönderilmesi gerektiği yönündeki iddiaları ciddi bulmamıştır. Daire, bunun ardından, mahkeme kararı olmadan gidilen şirkette yerinde inceleme yapılmasına izin verilmemesi; bunun üzerine alınan sulh ceza hakimi kararı ile, altı saatlik bir gecikme ile incelemelerin başlayabilmesi üzerine, m.17/1 (d) çerçevesinde uygulanan para cezasını hukuka uygun bulmuştur. Daire kararında, delillerin kaybolmaması ve karartılmaması için, yerinde incelemelere en kısa zamanda başlanmasının, bu düzenlemeden beklenen amaçları gerçekleştireceği de vurgulanmıştır.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 06.10.2000 Cuma ve 07.10.2000 Cumartesi günü gidilen şirkette, yetkili kişilerin bulunmadığı gerekçesi ile

⁴⁵ Danıştay 13 üncü Dairesi'nin 22.06.2005 günlü, E:2005/1701, K:2005/3254 sayılı kararı.

⁴⁶ Ankara 10 uncu Sulh Ceza Mahkemesi'nin 22.09.2006 günlü, K:2006/1037 sayılı kararı.

⁴⁷ Danıştay 13 üncü Dairesi'nin 14.11.2006 günlü, E:2005/51, K:2006/4327 sayılı kararı.

⁴⁸ Danıştay 13 üncü Dairesi'nin 13.12.2006 günlü, E:2005/8957, K:2006/4722 sayılı kararı.

yerinde inceleme izni verilmemesine ve incelemenin ancak 09.10.2000 Pazartesi günü yapılabileceğinin bildirilmesine ilişkin olarak, m.17/1 (d) çerçevesinde 3 günlük süre için uygulanan para cezasını, hukuka uygun bulmuştur⁴⁹.

Danıştay 13 üncü Dairesi'nin bir diğer kararının konusu, yerinde inceleme yapmak isteyen raportörlerin, 16.05.2002 tarihinde, yetki belgelerinde konu ve amaç yönünden açıklık bulunmadığı gerekçesi ile içeri alınmamasıdır. Rekabet Kurulu, 17.05.2002'de tebliğ edilen 16.05.2002 tarihli kararı ile, yerinde incelemenin yapılmasını sağlayıcı yazılı davetin Kurum'a ulaşmasına kadar yürütülmek üzere, m.17/1 (d) uyarınca süreli para cezası vermiştir. Bu çerçevede, ilgili teşebbüsün, 20.05.2002'de Kurum'a intikal eden yazısı, davette bulunmaksızın yetki belgesine itirazları tekrarladığı gerekçesi ile kabul edilmemiş ve 18.05.2002'den, davet yazısının Kurum'a intikal ettiği, 31.01.2003'e kadar süreli para cezası uygulanmıştır. Danıştay 13 üncü Dairesi, bu para cezasını hukuka uygun bulmuştur⁵⁰.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 4054 sayılı Kanun'da yerinde incelemenin engellenmesinin yaptırımının m.17/1 (d)'de süreli para cezası olarak düzenlendiği, m.16/1 (b)'de öngörülen para cezasının ise, yerinde inceleme sürerken, istenilen bilgilerin verilmemesi, eksik, yanlış veya yanıltıcı bilgi verilmesi hallerinde verilebileceğinin öngörüldüğü; bu durumda, dava konusu olayda, davacı şirket nezdinde yerinde incelemenin engellenmesi nedeniyle incelemenin hiç başlamadığı sabit olduğundan, davacının Kurul kararıyla m.17/1 (d) yerine m.16/1 (b) uyarınca cezalandırılmasında hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır⁵¹.

Tamamına yakını bilgi isteme ve yerinde inceleme yetkilerinin sınırlarını genişleten yorumlar içeren bu mahkeme kararlarının olumlu etkilerine rağmen, konuya ilişkin ağır cezaların bulunmamasının, ilgilileri, eksik, yanlış, yanıltıcı bilgi vermekten, belgelerin içeriklerini değiştirmekten veya ortadan kaldırmaktan ve incelemeleri engellemekten caydırmadığı; bu nedenle Kanun'da değişiklik yapılması gerektiği ifade edilmiştir⁵². Bu çerçevede, 5728 sayılı Kanun ile, AB'nin 2003 tarih ve 1/2003 sayılı Konsey Tüzüğü'ne benzer düzenlemeler⁵³ öngören değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikler sayesinde,

⁴⁹ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 21.12.2006 günlü, E:2003/1061, K:2006/2440 sayılı kararı.

⁵⁰ Danıştay 13 üncü Dairesi'nin 26.12.2006 günlü, E:2005/1704, K:2006/4943 sayılı kararı.

⁵¹ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 25.01.2007 günlü, E:2006/4539, YD. İtiraz:2006/1573 sayılı kararı.

⁵² OECD 2005a, s.40 ve 70.

⁵³ İlgili Tüzük uyarınca, inceleme ve soruşturmaları engelleyen eylemlerinden dolayı teşebbüslere, ilk olarak, önceki yıl cirolarının %1'ine kadar ceza verilmekte; ardından da, eylemin devam ettiği her bir gün için, önceki iş yılındaki ortalama günlük cironun %5'ini geçmeyen bir ceza uygulanmaktadır.

eksik, yanlış, yanıltıcı bilgi veren veya belirlenen süre içinde bilgi vermeyen teşebbüs ve teşebbüs birliklerine, 10.000 TL'den az olmamak kaydıyla, yıllık gayri safi gelirlerinin binde biri oranında para cezası verileceği hükme bağlanarak, önemli bir caydırıcılık sağlanmıştır. Buna ilave olarak, bilgi-belgeleri belirlenen süre içinde vermeyen teşebbüs ve teşebbüs birliklerine, her gün için yıllık gayri safi gelirlerinin onbinde beşi şeklinde süreli para cezası uygulanma imkanı getirilmiştir. Benzer şekilde, yerinde incelemeyi engelleyen ya da zorlaştıran teşebbüs ve teşebbüs birliklerine, 10.000 TL'den az olmamak kaydıyla, yıllık gayri safi gelirlerinin binde beşi oranında para cezası verileceği hükme bağlanarak, görece ağır bir yaptırım getirilmiştir. Bu sayede, Rekabet Kurulu'nun yerinde incelemeyi engelleyenlere daha ağır bir para cezası vermek kaygısıyla, m.17/1 (d) yerine, m. 16/1 (b) uyarınca cezalandırmak şeklinde, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından haklı olarak hukuka uygun bulunmayan⁵⁴ bir yola başvurmaya gerek kalmamıştır. Bunun yanı sıra, bu teşebbüs ve teşebbüs birliklerine uygulanabilecek süreli para cezası da, her gün için yıllık gayri safi gelirlerinin onbinde beşi gibi önemli bir miktara yükseltilmiştir. 5728 sayılı Kanun ile getirilen, yerinde incelemenin mahkeme kararı ile gerçekleştirilmesinin, yerinde incelemenin engellenmesi ve zorlaştırılmasına ilişkin olarak para cezası uygulanmasını engellemeyeceğine dair düzenleme de, mahkemeler tarafından hukuka uygun bulunan⁵⁵ bir uygulamayı, açık bir yasal dayanağa kavuşturması bakımından olumludur. Son olarak, süreli para cezasının, bilgi-belgelerin verilmesi için belirlenen sürenin dolmasından; yerinde incelemenin engellenmesi ya da zorlaştırılmasında ise, fiilin gerçekleştiği günü takip eden günden itibaren verilebileceğinin hükme bağlanmasının da olumlu olduğu belirtilmelidir. Çünkü bu sayede, yukarıdaki Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu kararlarında yer verildiği üzere, süreli para cezasını, bazı kararlarında, incelemenin engellendiği⁵⁶; bazılarında ise, kararın tebliğ edildiği⁵⁷ tarihten itibaren başlatan Rekabet Kurulu'nun uygulamalarına, doğru bir standart getirilmiştir.

5728 sayılı Kanun ile sağlanan bütün bu gelişmelere rağmen, ilgilileri, eksik, yanlış, yanıltıcı bilgi vermekten, belgelerin içeriklerini değiştirmekten veya ortadan kaldırmaktan ve incelemeleri engellemekten caydırmak için,

⁵⁴ Örnek olarak bkz. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 25.01.2007 günlü, E:2006/4539, YD. İtiraz:2006/1573 sayılı kararı.

⁵⁵ Örnek olarak bkz. Danıştay 13 üncü Dairesi'nin 13.12.2006 günlü, E:2005/8957, K:2006/4722 sayılı kararı.

⁵⁶ Örnek olarak bkz. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun, 21.12.2006 günlü, E:2003/1061, K:2006/2440 sayılı kararı.

⁵⁷ Örnek olarak bkz. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun, 16.06.2005 günlü, E:2003/315, K:2005/2177 sayılı kararı.

ABD’de olduğu üzere, hapis cezası şeklinde bir yaptırımın bulunması da fayda sağlayabilir.

İkinci olarak, 14 üncü maddenin son fıkrasındaki “yetkililer” ve 15 inci maddenin son fıkrasındaki “ilgililer” ifadesinden dolayı, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu’nun yukarıda yer verilen yürütmeyi durdurma kararına⁵⁸ sebep olan durum ortadan kaldırılmalıdır. Bu çerçevede, 14 üncü maddedeki “yetkililer” ifadesinin, “ilgililer” şeklinde değiştirilmesinin faydalı olacağı düşünülmektedir.

Son olarak, 4054 sayılı Kanun’da, belgelerin içeriklerinin değiştirilmesi veya ortadan kaldırılmasının cezalandırılmasına ilişkin açık bir hüküm bulunmadığı ifade edilmelidir. Bu nedenle, Kanun’da, konuya açıklık getirecek bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır.

5.1.2.4. İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınması ile Teknik Araçlarla İzleme Yetkisi

Kartellerle mücadelede en etkili araçlardan birinin, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması ile teknik araçlarla izleme yetkisi olduğu konusunda, öğretide, genel kabul bulunmaktadır⁵⁹. Buna karşılık, 4054 sayılı Kanun’da konuya ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Türk hukukunda, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun⁶⁰, “İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınması” başlıklı 135 inci ve “Teknik Araçlarla İzleme” başlıklı 140 ıncı maddelerinde düzenlenen bu yetkiler, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun, “Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma” başlıklı 220 nci, “İhaleye Fesat Karıştırma” başlıklı 235 inci maddeleri gibi tahdidi şekilde belirlenen suçların işlendiği hususunda, kuvvetli şüphe bulunması ve başka suretle delil elde edilememesi halinde, hakim kararıyla kullanılabilir.

4054 sayılı Kanun’da konuya ilişkin bir düzenlemeye yer verilmese de, uygulamada, Ceza Muhakemesi Kanunu’nda belirlenen suçlar bakımından, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması ile teknik araçlarla izleme yetkileri vasıtasıyla elde edilen deliller, kolluk kuvvetleri ve benzeri kanallarla, Rekabet Kurumu’na intikal ettirilebilmekte ve Rekabet Kurulu, bu delillere dayanarak karar alabilmektedir. *Ankara Ekmek II* ve *Tıbbi Sarf Malzemeleri II* kararları, zaman zaman gerçekleşen bu uygulamaya örnek olarak gösterilebilir. Bunun yanı sıra, Rekabet Kurulu kararlarında, *Turgutlu Kuyumcular*⁶¹

⁵⁸ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu’nun, 25.01.2007 günlü, E:2006/3398, YD. İtiraz:2006/1337 sayılı kararı.

⁵⁹ Örnek olarak bkz. Baker 2003, s.25; Hammond 2004b, s.2; Kovacic 2001, s.783-784; Wils 2005, s.149.

⁶⁰ 17.12.2004 tarih ve 25673 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

⁶¹ Turgutlu Kuyumcular, 26.03.2002 tarih ve 02-16/176-70 sayılı karar.

dosyasında olduğu üzere, ilgililer tarafından hazırlanıp, sunulan kayıtların kullanılmasıyla da karşılaşılmaktadır. Anılan dosyada, dernek toplantısında konuşulanlara ilişkin bir kaset ile bu kasetin dökümü, Rekabet Kurumu'na gönderilmiştir. Daha önce delil olarak sunulduğu bir mahkemece, bilirkişiye çözümü yaptırıldığı belirtilen bu kasetin içeriğine, Kurul kararında yer verilmiştir.

Bu tür uygulamalara rağmen, Rekabet Kurumu'nun tüm kartel dosyaları bakımından bu yetkilere sahip olmamasının, büyük bir eksiklik olduğu düşünülmektedir. Bu eksiklik, öncelikle, ilgililerin, belgeleri ortadan kaldırarak, yerinde inceleme yetkisine rahatlıkla tedbir alabilmelerinden kaynaklanmaktadır. Bu görüşü açıklamak üzere, ilk olarak, Haftalık dergisinin, dizi yapımcısı Faruk Turgut ile yaptığı görüşmeden alıntılara yer verilmelidir:

“Soru: Rekabet Kurulu'nun baskın yaptığı güne dönersek...Bu baskın nasıl oldu?”

Cevap: Bu arkadaşlar Ankara'dan gelmişler. Sabah aynı saatte ikişer kişi yazıhanelere geldiler. “Şu andan itibaren hiçbir şeye dokunmayacaksınız. Arama yapacağız” dediler. Kişisel bilgisayarlarımızdan tuttuğumuz notlara, anlaşmalara kadar her şeye baktılar.

Soru: Ne arıyorlarmış? Yazılı bir belge mi?

Cevap: Bu beş yapımçı bir araya gelip tekel oluşturmaya yönelik bir çalışma yaptılar mı? Böyle bir belge var mı?...

Soru: Sizi böyle bir belge imzalayacak kadar saf mı sanmışlar?

Cevap: Herhalde. Böyle bir şey yok ama olsa biz bunun gereklerini yerine getirmez miydik?”⁶²

Yukarıdaki röportaj, 5 ünlü dizi yapımcısının, bir akşam yemeğinde oyuncu fiyatlarını belirledikleri iddiası ile, 2005 Haziran'ının sonunda başlatılan önaraştırma çerçevesinde, Rekabet Kurumu'nun yerinde incelemelerinin ardından yapılmıştır. Röportajda, “sizi (kartel) belge(si) imzalayacak kadar saf mı sanmışlar?” sorusuna verilen şu cevaba öneminden dolayı bir daha yer verilmelidir: “Herhalde. Böyle bir şey yok ama olsa biz bunun gereklerini yerine getirmez miydik?” Bu cevap, ilgililerin, yerinde inceleme yetkisine rahatlıkla tedbir alabileceğini açıkça ortaya koymaktadır⁶³.

⁶² Görüşmenin tamamı için bkz. <http://www.medyatava.net/haber.asp?ID=21315>

⁶³ Anılan dosyada, raportör görüşü doğrultusunda, teşebbüslerden biri tarafından ilan edilen anlaşmayı destekleyici yazışma, e-mail, ajanda notu ve benzerleri bulunamadığından soruşturma açılmamasına; buna karşılık, rekabetin kısıtlanması ihtimali bulunduğundan, 4054 sayılı Kanun'un 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca yazılı görüş gönderilmesine karar verilmiştir. Bkz. Dizi Yapımcıları, 28.07.2005 tarih ve 05-49/710-195 sayılı karar. Ancak karara ilişkin muhalefet şerhinde de belirtildiği üzere, Faruk Turgut'un beyanının içeriği nazara alındığında, teşebbüslerden

Tıbbi Sarf Malzemeleri II kararından yapılacak şu alıntı, yerinde inceleme yetkisini etkisiz kılmak üzere belgelerin ortadan kaldırılmasını, çok daha çarpıcı biçimde ortaya koymaktadır:

“Ankara 1 ve 2 No’lu Devlet Güvenlik Mahkemesi’nin iletişimin dinlenmesi veya tespiti kararının uygulanması sonucunda 16.05.2002 tarihinde saat 10:21:15’te ONMED ortaklarından Mehmet EDİN ve İzmir Bölge’den Mahir adlı kişi arasındaki telefon görüşmesinde aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

“ME: Mehmet EDİN M: Mahir

ME: Günaydın, Mahir, biz bizim büro ofisten Onmed İzmir ofisinden diğer firmalara periyodik sıra uygulaması konusunda bir faks çektik mi?

M: Dün öyle bir şey hazırladık çekildi mi bilmiyorum, ne oldu?

ME: Niye çekiyorsunuz ya? Yazılı böyle bir şey çekilir mi Mahir? Şey yapılmaz ya!

M: Şey olmasın belge olmasın diye mi diyorsunuz?

ME: E tabi.

M: Anladım.

ME: Kim yani böyle bir şey yapmadan evvelde haberim olsun benim yani.

M: Sizin o konuyla ilgili bilginiz yok muydu?

ME: Yok hayır, hayır yazıyla onları ilgili var da yazı yazıp yolluyoruz lan hiç öyle yani biz burada bütün e-mailleri siliyoruz her bir şeyi yapıyoruz.

M: Firmaların haberdar olması.

ME: Telefonlan yapılır.

M: Şeydeki İstanbul'daki nasıl yapılıyor?

ME: Telefonlan.

M: Öyle mi?

ME: Hiç öyle yazılı bir şey, katiyen.

M: Hu! anladım tamam.

ME: Yani sizin düşünmemeniz beni şaşırttı Mahir.

M: Valla yok.

ME: Hakikaten şaşırttı, yani bu ciddi bir şey, hakketen şaşırdım.

biri tarafından ilan edilen anlaşmayı destekleyici yazışma, e-mail, ajanda notu ve benzerlerinin bulunamaması gerekçesi ile soruşturma açılmaması ironiktir.

M: Mehmet Bey şimdi bu faksı çekilen firmalar belli firmalar biliyorsunuz.

ME: Ben hiçbir firmaya güvenmiyorum Mahir, ben bir tek sana güvenirim, kendi firmama güvenirim, başka hiçbir yere güvenmem, hiçbir yerde hiçbir yazılı.

M: Tamam, biz bu güvene dayalı olarak iş yapıyoruz burada.

ME: Yok yok, başka firmaya güvenmeyeceksin Mahir, lütfen, işimizi yapacağız ama başka firmaya hiç bir şekilde güvenmeyeceğiz, lütfen.

M: Tamam olabilir olabilir tamam tamam peki.

ME: Antetli kağıda mı yazıldı bu?

M: Düşünemedim kusura bakmayın.

ME: Peki antetli kağıda mı yazıldı.

M: Görmedim ben, bir şimdi sorarım...”

Yine *Tıbbi Sarf Malzemeleri II* kararında yer verilen kartel üyeleri arasındaki bir telefon görüşmesinde ise, “yalnızca stent konusunda varılan bir anlaşmanın bile, firmalara, en yalın hesapla ayda 50.000 \$’lık bir kazanç sağlayacağı” ifade edilmiştir. Bu görüşme, Rekabet Kurumu’nun tüm kartel dosyaları bakımından bu yetkilere sahip olmamasının yarattığı büyük eksikliğin diğer bir göstergesidir. Çünkü, öğretilerde de ifade edildiği üzere⁶⁴, kartel üyelerinin büyük bir rahatlık içinde yaptığı görüşmelerin kaydedilmesi, kartellerin arsız doğasının anlaşılmasında ve ülkede rekabet kültürünün gelişiminde önemli rol oynayabilecektir.

Rekabet Kurumu’nun tüm kartel dosyaları bakımından bu yetkilere sahip olmamasının doğurduğu sonuçların somut örnekleri de bulunmaktadır. Bu çerçevede ilk olarak, *Ankara Ekmek I*⁶⁵ kararı hakkında bilgi verilmelidir. Anılan dosyada, isminin gizli tutulmasını isteyen bir bakkal, 2000 yılında yaptığı şikayette, fırıncıların, ekmek verilen bakkal ve marketleri paylaştığını ifade etmiştir. Kurul, şikayete ilişkin olarak, raportör görüşü doğrultusunda, önaraştırma veya soruşturma açılmamasına karar vermiştir. Kurul’un bu kararının gerekçesi, fırıncıların, rakiplerini, yakın ilişkilerini kullanarak satıştan vazgeçirmesi⁶⁶ ve teşebbüslerin, ilgili pazarda çok küçük pazar payına sahip olduğu, dolayısıyla rekabeti kısıtlayıcı etki doğmayacağıdır. Ancak Kurul’un bu kararına konu olan eylemler, daha sonra Ankara Emniyet Müdürlüğü’nce ele alınmış ve Kaçakçılık ve Organize Suçlar Müdürlüğü’nün, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması ile teknik araçlarla izleme vasıtasıyla elde ettiği

⁶⁴ Örnek olarak bkz. Griffin 2001, s.38-39; Hammond 2001b, s.2.

⁶⁵ Ankara Ekmek I, 29.08.2000 tarih ve 00-32/338-192 sayılı karar.

⁶⁶ Bu gerekçenin, esasında, anlaşmanın varlığının kabulü anlamına geldiği düşünülmektedir.

deliller, Rekabet Kurumu'na gönderilmiştir. Rekabet Kurulu, bu bilgi ve belgelere dayanarak verdiği *Ankara Ekmek II* kararında, ilgili pazarda, 2000 yılında yani daha önce önaraştırma veya soruşturma açmadığı dönemde başlayan ve unsurları, fiyat tespiti, pazar paylaşımı ve arz kontrolü olan bir kartelin varlığını tespit etmiştir.

Tıbbi Sarf Malzemeleri dosyalarında da benzer bir süreç yaşanmıştır. Rekabet Kurulu, *Tıbbi Sarf Malzemeleri I*⁶⁷ kararında, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın şikayeti çerçevesinde yürüttüğü önaraştırma neticesinde, raportör görüşü doğrultusunda, şikayet konusu uygulamaların rekabet ihlali oluşturduğuna ilişkin herhangi bir tespit bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır. Kurul'un soruşturma açmama kararı, Danıştay 13 üncü Dairesi tarafından, "yeterli inceleme ve araştırma yapılmadığı" gerekçesiyle iptal edilmiştir⁶⁸. Gerek Danıştay'ın bu sonuca ulaşması gerek bu kararın ardından Rekabet Kurulu'nun *Tıbbi Sarf Malzemeleri II* kararı ile, teşebbüslere, %5 gibi rekor düzeyde cezalar vermesi, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması ile teknik araçlarla izleme vasıtasıyla elde edilen yüzlerce delil sayesinde mümkün olmuştur.

İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması ile teknik araçlarla izleme yetkilerinin bulunmamasından kaynaklanan eksiklik, Rekabet Kurulu tarafından da ifade edilmektedir. Örneğin, *Maya III*⁶⁹ kararında, açıkça, "söz konusu pazarın, üçüncü defa rekabet tahkikatına maruz kaldığı; dolayısıyla, bu soruşturma kararı ve bunu takip edecek dönemlerde, şirketlerin telefon konuşmaları dinlenemediği sürece, herhangi bir yazılı delile ulaşmanın mümkün olmadığı" belirtilmiştir⁷⁰. Keza, İzmir Milletvekili Ahmet ERSİN tarafından, Başbakan Recep Tayyip ERDOĞAN'a tevcih edilen 7/11885 sayılı soru önergesine ilişkin Rekabet Kurulu cevabında, şu ifadeler yer verilmiştir:

"Özellikle çimento gibi defalarca rekabet soruşturmalarına maruz kalmış sektörlerde, belge ve bilgiye ulaşmak, teşebbüslerin bu tür inceleme ve araştırmalar hazırlıklı olmaları nedeniyle adeta imkansız hale gelmektedir. Bu durum rekabet otoritelerini daha etkin delil elde etme araçlarını geliştirmeye itmiştir. Kartelleri ortaya çıkartabilmek için ABD, İngiltere gibi ülkelerde telefon görüşmelerinin dinlenmesi, e-maillerin kontrolü, gizli kamera kullanılması gibi ceza hukukunun araçları eskiden beri kullanılmakta ya da kullanılmaya

⁶⁷ Tıbbi Sarf Malzemeleri I, 06.06.2002 tarih ve 02-36/396-164 sayılı karar.

⁶⁸ Danıştay 13 üncü Dairesi'nin 22.06.2005 günlü, E:2005/938, K:2005/3245 sayılı kararı.

⁶⁹ Maya III, 23.09.2005 tarih ve 05-60/896-241 sayılı karar.

⁷⁰ Bu ifadenin, Maya pazarına yönelik daha önceki iki soruşturmada (bkz. 27.06.2000 tarih ve 00-24/255-138 sayılı *Maya I* ve 01.08.2002 tarih ve 02-46/557-227 sayılı *Maya II* kararları), fiyat artış tarih ve oranları arasında bazı paralellikler olsa da, anlaşma ve uyumlu eylem olduğunu gösterecek başkaca bir tespit yapılamamış olması nedeniyle ihlalin bulunmadığı sonucuna ulaşan ve oligopolistik bağımlılık savunmasını kabul eden Kurul'un, görüş değiştirme gerekçesi olduğu düşünülmektedir.

başlanılmaktadır. Rekabet hukukunda en etkili delil elde etme yönteminin, söz konusu yetkilerin kullanılması olduğu kabul edilmektedir. Rekabet otoritelerinin kuruluş amaçlarından olan kartelleşme ile mücadele için modern rekabet kurumlarının kullandığı yetkilere sahip olması gerekmektedir.”⁷¹

Bu açıklamalar çerçevesinde, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması ile teknik araçlarla izleme yetkisinin, Rekabet Kurumu'nun tüm kartel soruşturmalarında kullanılabilmesini sağlayacak bir kanun değişikliğinin, kartellerle etkili mücadele bakımından hayati olduğu sonucuna ulaşılabilir.

5.1.2.5. Uluslar Arası İşbirliği Yapma Yetkisi

Küreselleşen dünyada, karteller de küreselleşmektedir. Özellikle son yıllarda, *Lysine* ve *Vitamin* gibi hemen her ülkeyi kapsayan uluslar arası kartellerle sıkça karşılaşmaktadır. Bunlarla mücadelede ise, rekabet otoritelerinin ulusal düzeyde geçerli olan yetkileri yetersiz kalmaktadır. Bu nedenle, rekabet otoriteleri arasında, yerinde incelemeleri eş zamanlı gerçekleştirmek, elde edilen bilgileri paylaşmak, diğer otorite adına yerinde inceleme yapmak, ifade almak, para cezalarının tahsiline yardımcı olmak gibi konularda işbirlikleri geliştirilmektedir. Hukuk düzenleri arasındaki işbirliği bugün öyle bir noktaya gelmiştir ki, antitröst suçlarını işleyenlerin iadesi bile söz konusu olabilmektedir.

4054 sayılı Kanun'da, uluslar arası işbirliği konusunda, bu tür işbirliklerini engelleyici veya destekleyici herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Buna karşılık, Rekabet Kurumu'nun da, diğer rekabet otoriteleri gibi, uluslar arası işbirliğini gerektiren sorunlarla karşılaştığı görülmektedir. Bu çerçevede verilebilecek örnekler, *Elektrik Türbini*⁷², *İthal Kömür I*⁷³, *İthal Kömür II*⁷⁴ ve *Cam Ambalaj*⁷⁵ kararlarıdır. Anılan kararlardan, Rekabet Kurumu'nun, yerinde inceleme, bilgi değişimi, tebligat, para cezasının tahsili gibi konularda işbirliği yapılmasına ilişkin olarak, Dışişleri ve Adalet Bakanlıkları kanalıyla, yabancı rekabet otoritelerinden talepte bulunduğu ancak bir sonuç elde edemediği anlaşılmaktadır. Örneğin, Avusturya rekabet otoritesi, Rekabet Kurumu'nun işbirliği talebine ilişkin olarak, konunun AB üyesi ülkeler nezdinde değil de, Komisyon nezdinde ele alınması gerektiği yanıtını vermiştir. Komisyon, Rekabet Kurumu talebini haklı bulmuş, ancak ticari sırların korunması ilkesine dayanarak işbirliğini reddetmiştir. Komisyon, bu tür konuların çok büyük hassasiyet ve tartışma yarattığını, firmaların hukuken

⁷¹ Rekabet Kurumu 2007, s.182.

⁷² Elektrik Türbini, 24.06.2004 tarih ve 04-43/538-133 sayılı karar.

⁷³ İthal Kömür I, 25.07.2006 tarih ve 06-55/712-202 sayılı karar.

⁷⁴ İthal Kömür II, 11.09.2006 tarih ve 06-62/848-241 sayılı karar.

⁷⁵ Cam Ambalaj, 28.02.2007 tarih ve 07-17/155-50 sayılı karar.

donanımlı ve saldırgan olduğunu, bu açıdan atılan her adımın sağlam temellere dayandırılması gerektiğini belirtmiştir. Komisyon, zaman zaman kendilerinin de benzer durumlar yaşadıklarını ve üçüncü ülkelerden bilgi ve belge temin edemediklerini de ilave etmiştir. Rekabet Kurumu'nun, Türkiye ile Avrupa Toplulukları arasında, 1/95 Sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın 37 inci maddesinde öngörülen bir uygulama antlaşmasının imzalanmasına yönelik girişimleri ise, yine Komisyon'un altını çizdiği, "ticari sırların korunması" ilkesi çerçevesinde sonuçsuz kalmıştır. Benzer gerekçeler, İsviçre rekabet otoritesi tarafından da ileri sürülmüş; bu çerçevede, Türkiye ile Avrupa Serbest Ticaret Bölgesi-*European Free Trade Association* (EFTA) arasındaki Serbest Ticaret Antlaşması'na dayanan işbirliği talebi, "EFTA sürecinin pratikte hiçbir etkisi olmadığı" ifade edilerek reddedilmiştir.

Rekabet Kurumu'nun girişimlerine rağmen işbirliğinin gerçekleşmemesi, uluslar arası boyutu olan kartellerle mücadelede zafiyet yaratmaktadır. Nitekim Türk rekabet hukuku ve politikasına ilişkin olarak 2005 yılında hazırlanan OECD gözden geçirme raporunda, Rekabet Kurumu'nun, diğer rekabet otoriteleri ile iki veya çok taraflı işbirliği kurmak istemesine rağmen bunu gerçekleştiremediği; bu durumun, *Elektrik Türbini* ve *İthal Kömür* gibi pazarlarda kurulan kartellerle mücadelede sorun yarattığı belirtilmiştir⁷⁶. Gerçekten de, *Elektrik Türbini* ve *Cam Ambalaj* dosyalarında yeterli delil bulunmadığı; *İthal Kömür* dosyalarında ise, soruşturma raporu tebliğ edilip, savunma alınmadığı gerekçesiyle, bazı teşebbüsler bakımından nihai karar verilemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır.

Bu açıklamalar çerçevesinde, konuya ilişkin olarak getirilebilecek önerilerden ilki, Rekabet Kurumu'nun, başta Komisyon olmak üzere, diğer rekabet otoriteleri ile, yerinde incelemelerin eş zamanlı olarak gerçekleştirilmesi, elde edilen bilgi ve belgelerin paylaşılması, para cezalarının tahsili gibi konularda uluslar arası işbirliğinin sağlanmasına yönelik çabalarını devam ettirmesidir. OECD raporunun da tavsiyeleri içerisinde yer alan⁷⁷ konuya ilişkin girişimler, uluslar arası kartel dosyalarında sorunlarla karşılaşıldıkça başlatılmamalı; süreklilik arz etmelidir.

Keza, yine OECD raporunda yer verildiği üzere⁷⁸, Rekabet Kurumu, OECD, Birleşmiş Milletler Ticaret ve Kalkınma Konferansı-*United Nations Conference on Trade and Development* (UNCTAD) ve Dünya Ticaret Örgütü-*World Trade Organization* (WTO) gibi uluslar arası örgütler bünyesinde, çok taraflı bir rekabet politikasının geliştirilmesine yönelik girişimleri aktif şekilde desteklemeye devam etmelidir. Gerçekten de, Rekabet Kurumu'nun, uluslar

⁷⁶ OECD 2005a, s.45-46.

⁷⁷ Ibid, s.73.

⁷⁸ Ibid, s.45.

arası kartellerle mücadelede karşılaştığı sorunların da etkisiyle, bu tür örgütler bünyesinde gerçekleştirilen faaliyetlere katılıma büyük önem verdiği; zaman zaman ev sahipliği yaptığı bu toplantılarda, konuya ilişkin sorunları, uzun vadede ama daha geniş ölçekte çözecek bir rekabet politikasının geliştirilmesini desteklediği görülmektedir.

Son olarak, Rekabet Kurumu'nun bugüne kadar ki faaliyetleri bakımından engel teşkil etmese de, diğer otoritelerle uluslar arası işbirliği gerçekleştirilmesine açıkça izin verecek bir düzenlemenin 4054 sayılı Kanun'da yer almasının, uygun olacağı düşünülmektedir.

5.1.2.6. Soruşturma Aşamasında Gizliliği Sağlayabilme Yetkisi

Kartellerle etkili mücadelenin sağlanabilmesi için, rekabet otoritelerine, soruşturma aşamasında gizliliği sağlayabilme, başka bir deyişle, dosyaya girişleri engelleyebilme imkanı verilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁷⁹. Buna karşılık, Rekabet Kurumu'nun, 4054 sayılı Kanun m.43/2⁸⁰ ve 44/2⁸¹ çerçevesindeki ilk uygulamaları, genellikle, soruşturmaya başlanması kararının tebliği ile birlikte, o ana kadar sahip olunan tüm bilgi ve belgelerin; hatta hapis cezasının bulunduğu ABD'de bile, dosyaya giriş hakkı kapsamında değerlendirilmeyen iç yazışma niteliğini haiz önaraştırma raporunun gönderilmesi yönünde olmuştur. Örneğin, *Yangın Sigortaları*⁸² ve *Konya Otobüs*⁸³ kararlarında, soruşturma açma kararı ile birlikte, önaraştırma raporunun da gönderildiği ifade edilmiştir.

Rekabet Kurumu'nun yakın tarihli uygulamalarında ise, konuya ilişkin bir değişim yaşanmıştır. Bu değişim, Rekabet Kurulu'nun, "soruşturma raporu gönderilene kadar, haklarında soruşturma açılan teşebbüslere, bilgilendirme yazısı dışında belge gönderilmeyeceği ve belgelerin Kurum'da incelenmesine izin verilmeyeceği" şeklinde bir ilke kararı almasıyla gerçekleşmiştir⁸⁴. Bu ilke kararına ilişkin olarak açılan davalar neticesinde, Danıştay İdari Dava Daireleri

⁷⁹ Baker 2001, s.699 ve 708-710 ile 2003, s.26; Joshua 2002, s.241.

⁸⁰ 4054 sayılı Kanun'un 43/2 nci maddesinde yapılan düzenleme, "Kurul, başlattığı soruşturmaları, soruşturmaya başlanması kararının verildiği tarihten itibaren 15 gün içinde ilgili taraflara bildirir ve tarafların ilk yazılı savunmalarını 30 gün içinde göndermelerini ister. Taraflara tanınan ilk yazılı cevap süresinin başlayabilmesi için Kurulun bu bildirim yazısı ile birlikte, iddiaların türü ve niteliği hakkında yeterli bilgiyi ilgili taraflara göndermesi gerekir" şeklindedir.

⁸¹ 4054 sayılı Kanun'un 44/2 nci maddesinde, "Haklarında soruşturmaya başlandığı bildirilen taraflar sözlü savunma hakkını kullanma taleplerine kadar Kurum bünyesinde kendileri ile ilgili düzenlenmiş her türlü evrakın ve mümkünse elde edilmiş olan her türlü delilin bir nüshasının kendilerine verilmesini isteyebilir" düzenlemesi yapılmıştır.

⁸² Yangın Sigortaları, 30.10.2003 tarih ve 03-70/844-366 sayılı karar.

⁸³ Konya Otobüs, 18.08.2004 tarih ve 04-55/751-188 sayılı karar.

⁸⁴ 18.05.2005 tarih ve 05-33/445-M sayılı karar.

Kurulu, “haklarında soruşturma açıldığı bildirilenlerin, 4054 sayılı Kanun’un 44 üncü maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, sözlü savunma hakkının kullanılması taleplerine kadar, Rekabet Kurumu bünyesinde düzenlenmiş her türlü evrakın ve elde edilmiş her türlü delilin bir nüshasının verilmesini istemeleri hususunda bir sınırlama bulunmadığı, ancak Kurum tarafından, her başvurunun soruşturmanın sürecini olumsuz yönde etkileyip etkilemeyeceği değerlendirilerek yapılarak, gerekçeleri belirtilmek suretiyle bir işlem tesis edilebileceği, bu işlemin denetiminin de idari yargı yerlerince yapılabileceği, bu hususlar gözetilmeksizin, tüm soruşturmalarda uygulanmak üzere, soruşturma raporu gönderilene kadar haklarında soruşturma açılan teşebbüslere, Kanun’un 43 üncü maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen bilgilendirme yazısı dışında belge gönderilmemesi ve belgelerin Kurum’da incelenmesine izin verilmemesi yönünde Rekabet Kurulu’nca alınan ilke kararının, 4054 sayılı Kanun’un 44 üncü maddesinin ikinci fıkrasına açıkça aykırı bulunduğu, bu durumda, davacı şirket hakkında soruşturma açılması üzerine, soruşturma açılmasına ilişkin belgelerin gönderilmesi veya incelenmesine izin verilmesi için yapılan başvurunun reddine ilişkin işlem ile bu işlemin dayanağı ilke kararında hukuka uyarlık bulunmadığı” sonucuna ulaşmıştır⁸⁵. Buna karşılık, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, aynı gün aldığı bir başka kararda⁸⁶, davacı teşebbüsün, “haklarında soruşturma açıldığının bildirilmesi üzerine, Rekabet Kurumu’na yapılan başvuruyla, 4054 sayılı Kanun m.43/2 ve m.44/2 uyarınca, savunma hakkının kullanılabilmesi için, her türlü evrakın ve delilin birer örneğinin gönderilmesinin istendiği, bu istem reddedilerek, Kanun ile verilen savunma hakkının kısıtlandığı, bu nedenle, 4054 sayılı Kanun’un 4 üncü maddesinin ihlal edildiği gerekçesi ile verilen para cezasının yürütmesinin durdurulması gerektiği” şeklindeki talebini reddetmiştir. Bu kararın gerekçesi, davacı ve diğer teşebbüsler hakkında yürütülen soruşturmada, üç kez yazılı, bir kez de sözlü savunmanın kullandırıldığı, Kurul’un, tarafları bilgilendirmediği ve savunma hakkı vermediği konuları kararına dayanak yaptığının da belirlenemediği, bu nedenle, davacı iddiasının, dava konusu işlemi sakatlayıcı nitelikte bulunmadığıdır.

Soruşturma aşamasında gizliliğin sağlanması konusu, Rekabet Kurumu’na, 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu⁸⁷ çerçevesinde yapılan başvurularla da gündeme gelmiş ve tamamı aynı sonuca ulaşan mahkeme kararları doğrultusunda, Rekabet Kurumu’nun yetkisinin sınırları belirlenmiştir.

⁸⁵ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu’nun 28.09.2006 günlü, E:2006/891, YD. İtiraz:2006/856 sayılı kararı.

⁸⁶ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu’nun 28.09.2006 günlü, E:2006/1456, YD. İtiraz:2006/992 sayılı kararı.

⁸⁷ 24.10.2003 tarih ve 25269 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

Bu çerçevede verilebilecek bir örnek, Ankara Bölge İdare Mahkemesi'nin bir kararıdır⁸⁸. Karar konusu olay şu şekilde gelişmiştir:

Bir teşebbüs, hakkındaki soruşturma kararını, bu karara ilişkin karşı oy yazılarını, önaraştırma raporunu ve bu raporun dayanağı belgeleri, 4982 sayılı Kanun çerçevesinde Rekabet Kurumu'ndan istemiştir. Rekabet Kurumu, söz konusu bilgi edinme talebini, 4982 sayılı Kanun'un 19 uncu maddesi⁸⁹ çerçevesinde reddetmiştir. Anılan şirket, bu karara karşı, 13.07.2005 tarihinde Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu'na itirazda bulunmuştur. Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu'nun, talep edilen bilgi ve belgelerin itiraz sahibi şirketin erişimine açılması gerektiği yönündeki kararı üzerine, Rekabet Kurumu dava açmıştır. Açılan bu dava neticesinde, Ankara Bölge İdare Mahkemesi, Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu kararının yürütmesini durdurmuştur. Mahkeme kararında, anılan şirket hakkındaki önaraştırmanın ardından, Rekabet Kurulu tarafından, konunun daha iyi incelenebilmesi amacıyla açılan idari soruşturmanın henüz sonuçlanmadığı ve devam eden bu soruşturmanın sıhhatini tehlikeye düşürecek bilgi ve belgelerin verilmesinin, yasal açıdan mümkün bulunmadığı belirtilmiştir⁹⁰.

Soruşturma aşamasında gizliliğin sağlanabilmesine imkan veren bu mahkeme kararlarına rağmen, konuya ilişkin tartışmaları sonlandırabilmek için, OECD raporunda da yer verildiği üzere⁹¹, 4054 sayılı Kanun'da yapılacak bir değişiklik, dosyaya giriş hakkının, soruşturma raporunun tebliğinden sonra başlayacağı ve iç yazışmaları kapsamayacağı açıkça belirtilmelidir. Bu değişiklik yapılmıyca kadar da, Rekabet Kurumu, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun yukarıda yer verilen kararı⁹² uyarınca, 4054 sayılı Kanun'un 43/2 ve 44/2 nci maddeleri çerçevesindeki her bir başvuruya ilişkin olarak, soruşturma sürecinin olumsuz yönde etkilenip etkilenmeyeceği değerlendirmesinin ardından, gerekçe belirtmek suretiyle işlem tesis etmelidir.

⁸⁸ Ankara Bölge İdare Mahkemesi'nin 15.02.2006 günlü, E:2005/2029, YD. İtiraz:2006/450 sayılı kararı.

⁸⁹ 4982 sayılı Kanun'un "İdari Soruşturmaya İlişkin Bilgi ve Belgeler" başlığını taşıyan 19 uncu maddesinde, "kurum ve kuruluşların yetkili birimlerince yürütülen idari soruşturmalarla ilgili olup, açıklanması veya zamanından önce açıklanması halinde, ... c) soruşturmanın güvenliğini tehlikeye düşürecek, d) gizli kalması gereken bilgi kaynağının açığa çıkmasına neden olacak veya soruşturma ile ilgili benzeri bilgi ve bilgi kaynaklarının temin edilmesini güçleştirecek, bilgi veya belgeler, bu Kanun kapsamı dışındadır" düzenlemesi yapılmıştır.

⁹⁰ Benzer bir sonuç için bkz. Ankara 4 üncü İdare Mahkemesi'nin, 08.11.2006 günlü, E:2005/2246, K:2006/2497 sayılı kararı.

⁹¹ OECD 2005a, s.81.

⁹² Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 28.09.2006 günlü, E:2006/891, YD. İtiraz:2006/856 sayılı kararı.

5.1.2.7. Karteli İhbar Edenlerin Ödüllendirilmesi Yetkisi

Kartel içinde yer almayan ancak bir şekilde kartelin varlığı hakkında bilgi sahibi olup bunu ihbar edenlere ödül verilmesinin, kartellerle mücadeleye fayda sağlayabileceği belirtilmektedir⁹³. 4054 sayılı Kanun'da ise, konuya ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Oysa çeşitli Rekabet Kurulu kararları, bu yönde bir düzenlemeye başvurular yapılabileceğinin emaresi niteliğindedir. Örneğin, *Refrakter Malzemeleri* pazarında kurulan kartelin ortaya çıkarılması süreci, bir ihbar ile başlamıştır⁹⁴. Anılan dosyada, ihbar ile birlikte gönderilen ve 24 parçadan oluşan belge sayısının, yerinde incelemede bulunanlardan fazla olduğunun altı çizilmelidir. Hiçbir ödül olmadığı halde bu belgelerin gönderilmesi, bir ödülün bulunması halinde, daha fazla ihbar geleceğinin ve önemli sonuçlar ortaya çıkabileceğinin işareti olarak yorumlanabilir.

Bu noktada belirtilmesi gereken bir husus, ihbarda bulunanların ödüllendirilmesi müessesinin Türk hukukuna yabancı olmadığıdır. Örneğin, vergi mevzuatında, 26.12.1931 tarih ve 1905 sayılı Menkul ve Gayrimenkul Emval ile Bunların İntifa Haklarının ve Daimi Vergilerin Mektumlarını Haber Verenlere Verilecek İkramiye Hakkında Kanun çerçevesinde, vergi incelemesine konu edilen ihbar ve şikayetlerle ilgili olarak, belirlenen şartların gerçekleşmesi halinde, ihbar ve şikayette bulunanlara ihbar ikramiyesi ödenebilmektedir⁹⁵.

Bu açıklamalar çerçevesinde, karteli ihbar edenlerin ödüllendirilmesi konusunda, 4054 sayılı Kanun'da düzenleme yapılmamasının bir eksiklik olduğu ve bu eksikliğin giderilmesinin yarar sağlayacağı düşünülmektedir.

5.1.2.8. Pişmanlık (Af) Programı Uygulama Yetkisi

Kartellerle etkili mücadele için yapılması gerekenlerden biri, pişmanlık programlarının kabulüdür. Nitekim bu programların ABD'de ve AB'de sağladığı faydaların etkisiyle, bugün, kartellerle mücadelede başarılı olmak isteyip de, pişmanlık programına sahip olmayan hiçbir ülke kalmamıştır. Buna karşılık Rekabet Kurulu, faaliyetlerinin başlamasının üzerinden on yılı aşkın bir zaman geçmiş olmasına rağmen, halen bir pişmanlık programı kabul etmemiştir.

Ancak Rekabet Kurulu kararlarında, pişmanlık programlarındakine benzer uygulamaların görüldüğü de belirtilmelidir. *Trafik Sinyalizasyon*⁹⁶ kararı, bunun açık örneğidir. Anılan dosyada, ihalelerde danışıklı hareket eden diğer teşebbüslere %6'ya varan oranlarda para cezası verilirken, ihlalin ortaya

⁹³ Kovacic 2001, s.776 ve 780; Kim 2005, s.3-5.

⁹⁴ Refrakter Malzemeleri, 29.01.2007 tarih ve 07-10/63-19 sayılı karar.

⁹⁵ KOCAER, Ş. (2005), *Kartellerle Mücadelede Pişmanlık Programlarının Uygulanması*, Rekabet Kurumu, Ankara, s.25.

⁹⁶ Trafik Sinyalizasyon, 10.03.2005 tarih ve 05-13/156-54 sayılı karar.

çıkartılmasını sağlayan teşebbüse asgari ceza verilmiştir. Benzer şekilde, *Yonga Levha I*⁹⁷ ve *Yonga Levha II*⁹⁸ kararlarında, kartele taraf diğer teşebbüslere %1 oranında ceza verilirken, işbirliği yaparak kartel hakkında bilgi veren bir teşebbüse binde beş oranında para cezası uygulanmıştır. Diğer bir örnek, *Gazbeton*⁹⁹ kararında, kartele taraf diğer teşebbüslere %3, anlaşmanın varlığını inkar etmeyen ve işbirliğinde bulunan bir teşebbüse ise, %2 oranında para cezası verilmesidir.

Rekabet Kurulu'nun bu kararları, pişmanlık programının neden kabul edilmediği sorusunu akla getirmektedir. Bu soruya, 5728 sayılı Kanun öncesi dönemde Rekabet Kurumu'nun verdiği cevap, 4054 sayılı Kanun'un 16 ncı maddesinin 2 nci fıkrasında¹⁰⁰ asgari cezaya yer verilmesi ve 4 üncü fıkrada¹⁰¹, para cezasına karar verirken dikkate alınacak unsurlar arasında, işbirliğinin sayılmaması şeklindedir¹⁰². Ancak Rekabet Kurumu'nun geçmişte ileri sürdüğü bu gerekçenin çok inandırıcı olmadığı düşünülmektedir. Çünkü Rekabet Kurulu'nun 4054 sayılı Kanun'un ihlal edildiğini tespit edip, asgari cezaya ilişkin düzenlemenin varlığına rağmen, para cezası uygulamadığı kararlar bulunmaktadır. Buna ilişkin olarak verilebilecek örnekler, *Konya Sürücü Kursları II*¹⁰³ ve *Kayseri Sürücü Kursları*¹⁰⁴ kararlarıdır. İkinci olarak, Rekabet Kurulu, 5728 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesinde, 4054 sayılı Kanun'un 16 ncı maddesinin 2 nci fıkrasındaki alt sınırdan dolayı mutlaka ceza uygulanması gerektiğine dair bir görüş içindeyse, ki kararları bunun tersini göstermektedir, diğer teşebbüslere yüksek miktarlarda cezalar verilirken, pişmanlık programına başvuran teşebbüslere asgari düzeyde ceza verilmesinin de amaca hizmet edebileceği unutulmamalıdır. Nitekim *Trafik Sinyalizasyon* kararı, buna bir örnektir. Üçüncü olarak, yine 5728 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesinde, 4054 sayılı Kanun'un 16 ncı maddesinin 4 üncü fıkrasında, para cezasına karar verilirken dikkate alınacak unsurların, tahdidi değil tadadi

⁹⁷ Yonga Levha I, 06.09.2002 tarih ve 02-53/685-278 sayılı karar.

⁹⁸ Yonga Levha II, 25.02.2003 tarih ve 03-12/135-63 sayılı karar.

⁹⁹ Gazbeton, 30.05.2006 tarih ve 06-37/477-129 sayılı karar.

¹⁰⁰ 5728 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesinde, 4054 sayılı Kanun'un 16 ncı maddesinin 2 nci fıkrasında yapılan düzenleme, "Bu Kanunun 4 üncü ve 6 ncı maddesinde yasaklanmış olan davranışları gerçekleştirdiği Kurul kararı ile sabit olanlara...6.864 YTL'den aşağı olmamak üzere, ceza verilecek teşebbüs niteliğindeki gerçek ve tüzel kişiler ile teşebbüs birlikleri ve/veya bu birliklerin üyelerinin bir yıl önceki malî yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirinin yüzde onuna kadar para cezası verilir" şeklindedir.

¹⁰¹ 5728 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesinde, 4054 sayılı Kanun'un 16 ncı maddesinin 4 üncü fıkrasında, "Kurul, para cezasına karar verirken, kastın varlığı, kusurun ağırlığı, ceza uygulanan teşebbüs veya teşebbüslerin pazar içindeki gücü ve muhtemel zararın ağırlığı gibi unsurları dikkate alır" düzenlemesi yapılmıştır.

¹⁰² OECD 2005a, s.40 ve 72.

¹⁰³ Konya Sürücü Kursları II, 26.07.2007 tarih ve 07-62/761-263 sayılı karar.

¹⁰⁴ Kayseri Sürücü Kursları, 23.08.2007 tarih ve 07-68/838-309 sayılı karar.

şekilde belirlendiği; dolayısıyla Rekabet Kurulu'nun, *Trafik Sinyalizasyon, Yonga Levha I, Yonga Levha II* ve *Gazbeton* kararlarında yaptığı üzere, teşebbüslerin işbirliğini dikkate almasının önünde herhangi bir engel bulunmadığı belirtilmelidir. Bütün bunlara rağmen, 5728 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğin, bu tartışmaları sonlandırmak bakımından fayda sağlayacağı düşünülmektedir. Çünkü anılan değişiklikte, Kanun'a aykırılığın ortaya çıkarılması amacıyla Kurumla işbirliği yapan teşebbüsler ile bunların yöneticileri ve çalışanlarına ceza verilmeyebileceği ve konuyla ilgili olarak Rekabet Kurulu tarafından yönetmelik çıkarılabileceği, açık bir yasal dayanağa kavuşturulmuştur¹⁰⁵.

Pişmanlık programının kabul edilmemesinin sebebi, “gerekli olan tüm koşullar bulunsa bile, pişmanlık programlarının Türkiye’de başarılı olamayacağı çünkü Türkiye’deki kültürel yapının pişmanlık programına başvurmayı engelleyeceği” şeklinde, ileri sürülmesi muhtemel bir görüş de olabilir. Bu görüşe verilebilecek ilk cevap, benzer iddiaların ileri sürüldüğü hukuk düzenlerinde sonucun farklı olduğudur. Gerçekten de, örneğin Güney Kore’de, pişmanlık programının işlemeyeceği, çünkü başvuru yapacaklara, Konfüçyus geleneğinden dolayı “hain” damgası vurulacağı ileri sürülmüş; ancak yabancı sermayeli teşebbüslerin de etkisi ile başarılı sonuçlar elde edilmiştir¹⁰⁶. Bu durum bizi ikinci cevaba götürmektedir. Küreselleşen dünyada yatırımlar da uluslar arası nitelik kazanmaktadır. Bu süreçte yabancı sermayeli teşebbüsler, yatırım yaptıkları ülkenin geleneklerinden farklı hareket edebilmekte; Güney Kore örneğinde olduğu üzere, pişmanlık programına başvurabilmektedir. Üçüncü olarak, tüm rekabet otoritelerine eş zamanlı olarak pişmanlık programı başvurusu yapılmasının yarattığı etkilerden bahsedilmelidir. Bir örneği, *Elektrik Türbini* kartelinde yaşandığı üzere, uluslar arası kartelin bir üyesi pişmanlık programından yararlanmaya karar verdiğinde, başvurusunu yalnızca en ağır yaptırımları uygulama olasılığı olan hukuk düzenine değil, cezalandırma olasılığını en aza indirmek amacıyla tüm rekabet otoritelerine yapabilmektedir. Dördüncü olarak, Türkiye’de rekabet hukuku kural ve uygulamalarının idealden uzak haline rağmen, işbirliği yapma arzusu gösterenlerin de bulunduğu belirtilmelidir. *Trafik Sinyalizasyon, Yonga Levha I, Yonga Levha II* ve

¹⁰⁵ 4054 sayılı Kanun’un, 5728 sayılı Kanun ile değişik 16 ncı maddesinin 6 ncı fıkrasında, “Kanuna aykırılığın ortaya çıkarılması amacıyla Kurumla aktif işbirliği yapan teşebbüs ya da teşebbüs birlikleri veya bunların yöneticileri ve çalışanlarına, işbirliğinin niteliği, etkinliği ve zamanlaması dikkate alınarak ve gerekçesi açık bir şekilde gösterilmek suretiyle üçüncü ve dördüncü fıkralarda belirtilen cezalar verilmeyebilir veya bu fıkralara göre verilecek cezalarda indirim yapılabilir” ve 7 ncı fıkrasında, “Bu maddeye göre verilecek idari para cezalarının tespitinde dikkate alınan hususlar, işbirliği halinde para cezasından bağışıklık veya indirim şartları, işbirliğine ilişkin usul ve esaslar Kurulca çıkarılacak yönetmeliklerle belirlenir” düzenlemesi yapılmıştır.

¹⁰⁶ Hur 2004, s.7.

Gazbeton kararları bunun örnekleridir. Son olarak, pişmanlık programının kabulünün, hiçbir maliyetinin bulunmadığı; buna karşılık, önemli faydalar sağlama potansiyelinin olduğu hatırlatılmalıdır.

Sonuç olarak, Rekabet Kurulu'nun, en kısa zamanda, teşebbüsler ile bunların yöneticileri ve çalışanları bakımından, "3.2.8.5. Pişmanlık Programlarının Hazırlanması ve Uygulanmasına İlişkin İlkeler" başlığı altında yer verilen nitelikleri haiz bir pişmanlık programını uygulamaya koyması, kartellerle mücadelede önem taşımaktadır. Bunun için, 4054 sayılı Kanun'da bir değişiklik yapılmasına gerek olmadığı; 27 nci maddenin birinci fıkrasının (f) bendindeki, "*Kanunun uygulanması ile ilgili olarak tebliğler çıkarmak ve gerekli düzenlemeleri yapmak*" hükmü çerçevesinde, Rekabet Kurulu'nun tebliğ veya benzeri bir düzenleme çıkarabileceği düşünülmektedir. Ancak 4054 sayılı Kanun'da, 5728 sayılı Kanun ile yapılan ve yukarıda yer verilen değişiklikler, konuya ilişkin tartışmaları sonlandırabilmek bakımından faydalı olacaktır.

5.1.2.9. İhlalin Kabulü ve İşbirliği Karşılığında Cezalarda İndirim Yaparak İlgililerle Uzlaşma Yetkisi

Pişmanlık programı kullanıldıktan sonra gelip, ihlali kabul eden ve işbirliği yapan teşebbüslere uygulanacak cezalarda indirim yapılması ve uzlaşmaya varılarak dosyanın kapatılması, kartellerle başarılı mücadele için gerekli faktörlerden biridir¹⁰⁷. Bu yetkiye ilişkin olarak, Türk rekabet hukuku çerçevesinde yapılabilecek değerlendirmeler, "5.1.2.8. Pişmanlık (Af) Programı Uygulama Yetkisi" başlığı altında yapılanlarla aynıdır. Kartellerle mücadele bakımından büyük önem arz eden bu konuda, Rekabet Kurulu'nun herhangi bir düzenlemesi bulunmamaktadır. Ancak Kurul, *Trafik Sinyalizasyon, Yonga Levha I, Yonga Levha II ve Gazbeton* gibi kararlarında, ihlalin kabulü ve işbirliği karşılığında cezalarda indirim yapmıştır. 5728 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesinde, 4054 sayılı Kanun'un 16 ncı maddesinin 4 üncü fıkrasında, para cezasına karar verilirken dikkate alınacak unsurların, tahdidi değil tadadi şekilde belirlenmesi sayesinde yapılabilen bu indirimler, konuya ilişkin bir düzenleme çıkarılabilmesi için, 4054 sayılı Kanun'un değiştirilmesine gerek olmadığını da ortaya koymaktadır. Ancak 4054 sayılı Kanun'da, 5728 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik konuya ilişkin tartışmaları sonlandırabilmek bakımından fayda sağlayacaktır. Çünkü anılan değişiklikte, Kanun'a aykırılığın ortaya çıkarılması amacıyla Kurumla işbirliği yapan teşebbüsler ile bunların yöneticileri ve çalışanlarının cezalarında, işbirliğinin niteliği, etkinliği ve zamanlaması dikkate alınarak indirim yapılabilmesi ve konuyla ilgili olarak Rekabet Kurulu tarafından yönetmelik çıkarılabilmesi, açık bir yasal dayanağa kavuşturulmuştur. Bu çerçevede, Rekabet Kurulu, en kısa zamanda, pişmanlık programı

¹⁰⁷ Örnek olarak bkz. Baker 2001; GCR 2005; Hammond 2006a ve 2006b; Joshua 2002.

kullanıldıktan sonra gelip, ihlali kabul eden ve işbirliği yapan teşebbüslere uygulanacak cezalarda indirim yapılması ve uzlaşmaya varılarak dosyanın kapatılması konusuna ilişkin bir yönetmelik çıkarmalıdır¹⁰⁸.

5.1.3. Kartellerin Ortaya Çıkarılabilmesi ve Soruşturulabilmesi İçin Gerekli İspat Standartları ve Araçları

5.1.3.1. *Rule of Reason* Analizi Yerine *Per se* Kuralının Kullanılması ve Etki Yerine Amaca Vurgu

4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesi¹⁰⁹ ile bu maddenin gerekçesi¹¹⁰, kartellerle etkili mücadele için, *rule of reason* analizi yerine *per se* kuralının kullanılması konusundaki genel kabul ve uygulamalar ile uyumludur¹¹¹. Nitekim Rekabet Kurulu da, *Adıyaman LPG*¹¹², *Ege Çimento I*¹¹³, *İstanbul Ekmek*¹¹⁴, *PÜİS/TABGİS*¹¹⁵, *Yonga Levha I*, *Yonga Levha II*, *Ege Çimento II*¹¹⁶, *Ege Hazır Beton*¹¹⁷, *Ankara Ekmek II*, *Bartın Otobüs*¹¹⁸, *Manisa Kuyumcular*¹¹⁹, *Şanlıurfa Kuyumcular*¹²⁰ gibi pek çok kararında, açık ve ciddi bir rekabet ihlali olan kartellere, *per se* kuralının uygulanacağını; bu çerçevede, kartelin varlığının ispatlanmasının yeterli olduğunu, buna karşılık, rekabetin önemli ölçüde azalıp azalmadığının ve zarara yol açılıp açılmadığının incelenmesine gerek bulunmadığını belirtmiştir.

Ancak Rekabet Kurulu'nun, 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesindeki düzenleme ile bağdaşmayan ve yukarıda örnek olarak yer verilen kararları ile

¹⁰⁸ Benzer bir öneri, OECD raporunda da yer almaktadır. Bkz. OECD 2005a, s.72.

¹⁰⁹ 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesinde, "*belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır*" düzenlemesi yapılmıştır.

¹¹⁰ 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesinin gerekçesinde, "*Rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar dikey veya yatay anlaşmalar şeklinde olabilmektedir. Aynı seviyede yapılan anlaşmalara yatay anlaşma denmekte ve bu tür anlaşmaların bizatihi rekabeti bozucu etkilerinin olduğu kabul edilmektedir. Bu görüşten hareketle maddenin ikinci fıkrasında en sık rastlanan rekabeti sınırlama anlaşmaları örnek olarak sayılmış ve bu tür anlaşmaların bizatihi yasak olduğu vurgulanmıştır*" ifadesine yer verilmiştir.

¹¹¹ Örnek olarak bkz. ICN 2005, s.14 ve Kovacic 2001, s.783.

¹¹² Adıyaman LPG, 26.11.1998 tarih ve 93/750-159 sayılı karar.

¹¹³ Ege Çimento I, 17.06.1999 tarih ve 99-30/276-166(a) sayılı karar.

¹¹⁴ İstanbul Ekmek, 27.10.1999 tarih ve 99-49/536-337 sayılı karar.

¹¹⁵ PÜİS/TABGİS, 18.09.2000 tarih ve 00-35/392-219 sayılı karar.

¹¹⁶ Ege Çimento II, 02.12.2004 tarih ve 04-77/1108-277 sayılı karar.

¹¹⁷ Ege Hazır Beton, 02.12.2004 tarih ve 04-77/1109-278 sayılı karar.

¹¹⁸ Bartın Otobüs, 26.12.2006 tarih ve 06-94/1191-357 sayılı karar.

¹¹⁹ Manisa Kuyumcular, 28.03.2007 tarih ve 07-28/255-88 sayılı karar.

¹²⁰ Şanlıurfa Kuyumcular, 28.03.2007 tarih ve 07-28/256-89 sayılı karar.

çelişki taşıyan kararları da bulunmaktadır. Kanun'un 9 uncu maddesinin 3 üncü fıkrası ile Kurul'a verilen yetkinin kullanıldığı¹²¹ *Kablo TV*¹²² kararından sonra sayıları artan ve çoğunlukla raportör görüşü doğrultusunda, önaraştırma veya soruşturma açılmaması sonucuna ulaşan bu kararlardan örnek olarak seçilenlere, tarih sırasına göre yer verilecektir:

Kurul, *Ankara Ekmek I* dosyasında, fırıncıların, ekmek verilen bakkal ve marketleri paylaştıklarına dair şikayete ilişkin olarak, raportör görüşü doğrultusunda, önaraştırma veya soruşturma açılmamasına karar vermiştir. Kararın gerekçesi, rakiplerini yakın ilişkilerini kullanarak satıştan vazgeçiren fırıncıların, ilgili pazarda çok küçük pazar payına sahip olduğu, dolayısıyla rekabeti kısıtlayıcı etkinin doğmayacağı şeklindedir. "Fırıncıların, rakiplerini, yakın ilişkilerini kullanarak satıştan vazgeçirdiği" şeklindeki gerekçenin, esasında, anlaşmanın varlığının kabulü anlamına geldiği; "teşebbüslerin, ilgili pazarda çok küçük pazar payına sahip olduğu, dolayısıyla rekabeti kısıtlayıcı etkinin doğmayacağı" yönündeki gerekçenin ise, 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesindeki *per se* yaklaşımı ile bağdaşmadığı düşünülmektedir.

Kurul, *Domates*¹²³ kararında, karşı oy yazılarında da eleştirildiği üzere, salça ve konserve domates üretimi ile uğraşan 13 teşebbüse, sanayi tipi domates alım fiyatlarını birlikte kararlaştırdıklarını gösteren açık belgelerin varlığında soruşturma açması gerekirken, sanayi tipi domatesin tarım ürünü olması nedeniyle kendine özgü piyasa niteliği taşıdığı gerekçesi ile, raportör görüşünün aksine, soruşturma açmamıştır. Kurul'un, tarım ürünlerini, 4054 sayılı Yasa'nın kapsamı dışına çıkarmasının hiçbir yasal dayanağı bulunmamaktadır. Kaldı ki bu karar, Kurul'un daha sonra vermiş olduğu, tarım ürünlerinin alımına ilişkin kartel kararları¹²⁴ ile de çelişmektedir.

Kurul, *Elma, Vişne, Kayısı ve Şeftali*¹²⁵ dosyasında, meyve suyu konsantresi sektöründe faaliyet gösteren teşebbüslerin, elma, vişne, kayısı ve şeftali alım fiyatlarının tespiti konusunda anlaşma içinde olduklarına; ancak,

¹²¹ 4054 sayılı Kanun'un 9 uncu maddesinin birinci fıkrasında, "*Kurul, ihbar, şikâyet ya da Bakanlığın talebi üzerine veya resen bu Kanunun 4, 6 ve 7 nci maddelerinin ihlal edildiğini tespit ederse ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine bu Kanunun Dördüncü kısmında belirtilen hükümler çerçevesinde, rekabetin tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları kapsayan bir kararı bildirir*"; üçüncü fıkrasında ise, "*Kurul, birinci fıkraya göre bir karar almadan önce ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine ihlale ne şekilde son vereceklerine ilişkin görüşlerini yazılı olarak bildirir*" düzenlemesi yapılmıştır.

¹²² Kablo TV, 25.12.2003 tarih ve 03-83/1003-405 sayılı karar.

¹²³ Domates, 05.09.2000 tarih ve 00-33/355-199 sayılı karar.

¹²⁴ Pek çok örnekten en yakın tarihli olanı, 24.07.2007 tarih ve 07-60/713-245 sayılı *Kiraz* kararıdır.

¹²⁵ Elma, Vişne, Kayısı ve Şeftali, 04.12.2001 tarih ve 01-58/599-155 sayılı karar.

Rekabet Kurumu'nun teşkilatını oluşturduğu 05.11.1997 tarihinden önce sona eren bu anlaşmalara ilişkin bildirim imkanı bulunmadığından, ceza uygulanmamasına karar vermiştir. Oysa, raportör görüşünün aksine verilen bu karara ilişkin karşı oy yazısında da belirtildiği üzere, muafiyet alma imkanı bulunmayan karteller için, bildirme mekanizmasının yokluğu nedeniyle cezai yaptırım uygulanmaması kabul edilebilir değildir. Kaldı ki, kararda, kartelin 1998 ve sonrasında da devam ettiğini gösteren çok sayıda delil sunulmuştur.

*Uluslararası Hızlı Taşımacılık*¹²⁶ kararında, Kurul, karşı oy yazısında eleştirildiği üzere, pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin fiyat tespit ettiklerini gösteren açık belgelerden hareketle soruşturma açması gerekirken, rekabeti kısıtlayıcı etki ortaya çıkmadığı gerekçesi ile, raportör görüşü doğrultusunda, soruşturma açmamıştır.

Kurul, *Konya Sürücü Kursları I*¹²⁷ dosyasında, raportör görüşü doğrultusunda, sürücü kurslarının, kurs ücretlerini belirlemesinin 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesi kapsamında olduğuna, ancak bu eylemler, Konya İl Milli Eğitim Müdürlüğü'nün teşviki sonucu olduğu ve ilan edilen fiyatlara bağlı kalınmadığı için soruşturma açılmamasına; bunun yerine, 4054 sayılı Kanun'un 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, teşebbüslere, bu davranışlara ne şekilde son vereceklerine yönelik olarak yazı gönderilmesine karar vermiştir. "Eylemlerin, Konya İl Milli Eğitim Müdürlüğü'nün teşviki sonucunda olduğu" yönündeki gerekçenin, ihlali ortadan kaldırmayacağı, sadece cezanın belirlenmesinde hafifletici unsur olarak göz önünde bulundurulabileceği düşünülmektedir. Nitekim Kurul, *Süt İhalesi*¹²⁸ kararında, Başbakanlık Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonu tarafından düzenlenen ilköğretim okullarına süt teminine yönelik ihalede danışıklı hareket edilmesinde, ilgili Bakanlığın teşvikinin ihlali ortadan kaldırmayacağı; bu durumun, mehzaz teşkil eden AB mevzuatına paralel şekilde¹²⁹, cezanın belirlenmesinde hafifletici unsur olarak göz önünde bulundurulacağı, sonucuna ulaşmıştır. "İlan edilen fiyatlara bağlı kalınmadığı" şeklindeki gerekçenin ise, kararda yer verilen deliller çerçevesinde gerçeği yansıtmadığı¹³⁰; kaldı ki, bu

¹²⁶ Uluslararası Hızlı Taşımacılık, 21.08.2003 tarih ve 03-58/681-308 sayılı karar.

¹²⁷ Konya Sürücü Kursları I, 03.03.2004 tarih ve 04-18/154-36 sayılı karar.

¹²⁸ Süt İhalesi, 19.01.2004 tarih ve 04-05/54-15 sayılı karar.

¹²⁹ Nitekim, AB'nin 2006 tarihli para cezalarına ilişkin rehberinin 29 uncu paragrafında, bu husus açıkça belirtilmiştir.

¹³⁰ Örneğin, teşebbüs birliği tarafından üyelerine gönderilen bir belgede, "2 Temmuz 2003 tarihinden bu yana ilimiz merkezinde B sınıfı 365.000.000.TL, E sınıfı 515.000.000.TL olarak toplumumuzda herhangi bir tepki görmeden büyük kabul görmüştür. Arada bir ufak tefek çatlak sesler çıksa da fiyatlar oturmuştur. Tespit ettiğimiz birkaç sürücü kursu hakkında ise maalesef işlem yapamıyoruz. Çünkü beş arkadaşımız birliğimize evet demelerine rağmen henüz senet vermemiştir" ifadesi yer almaktadır.

tespit doğru olsa bile, 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesindeki *per se* yaklaşımı ile bağdaşmadığı düşünülmektedir¹³¹.

*Ankara Yapı Laboratuvarları*¹³² dosyasında, Kurul, fiyat tespit anlaşması içindeki teşebbüslerin ekonomik bakımdan küçük olduğu ve anlaşmanın piyasada uygulanmadığı gerekçesi ile soruşturma açmamış; 4054 sayılı Kanun'un 9 uncu maddesinin 3 üncü fıkrası uyarınca, söz konusu davranışlara ne şekilde son vereceklerine yönelik olarak Yapı Laboratuvarları Derneği ve anlaşmaya taraf teşebbüslere görüş gönderilmesine karar vermiştir. Raportör görüşü doğrultusunda alınan bu karara ilişkin karşı oy yazılarında da belirtildiği üzere, teşebbüslerin ekonomik bakımdan küçük olduğu ve anlaşmanın piyasada uygulanmadığı gerekçesiyle, rekabeti kısıtlama amacı güden bir anlaşmayı kapsam dışına çıkarmak, 4054 sayılı Kanun'un düzenlemesiyle çelişki yaratmaktadır. Kaldı ki, kararda yer verilen deliller, anlaşmanın uygulandığını göstermektedir.

Kurul, *Bilişim Ürünleri*¹³³ dosyasında, karşı görüş yazan raportörlerin önerisi doğrultusunda, fiyat ve ödeme koşullarının belirlendiğine ilişkin 42 adet açık kartel belgesine ve *Ege Çimento I* kararına atıf yapılarak *per se* kuralı vurgulanmasına rağmen, soruşturma açmamıştır. Soruşturma açmama gerekçesi olaraksa, rekabet otoritelerinin, güçlerini, kartel anlaşmalarının karlılığının muhtemel olduğu pazarlara yoğunlaştırmaları gerekliliğinin öğretide genellikle vurgulandığı, yüksek yoğunlaşmaya sahip, homojen bir ürünün satıldığı pazarların bu tür pazarlar olarak tanımlandığı, inceleme konusu pazarda ise, giriş çıkış engellerinin yokluğunun ve alternatif temin kaynaklarının mevcudiyetinin, her üründe dağıtıcıların çeşitli rakiplerinin olmasıyla alıcıların seçeneğinin artmasının, satılan ürünlerin çok çeşitli olmasının, bilişim ürünleri pazarını bu tarifin dışına çıkardığı, bu çerçevede, inceleme konusu olayda, Kanun'un 9 uncu maddesi 3 üncü fıkrası uyarınca hareket edilmesinin, piyasadaki rekabetçi olmayan hareketlerin caydırılması ve rekabetin korunması amacının sağlanması bakımından daha etkili olacağı ifade edilmiştir. Bu gerekçeye pek çok yönden karşı çıkmak mümkündür. Öncelikle, kartel anlaşmalarının, yüksek yoğunlaşmaya sahip, homojen bir ürünün satıldığı pazarlarda yapılma ihtimalinin fazla olmasının, bu nitelikleri taşımayan pazarlarda kartellerin kurulmayacağı anlamına gelmediği belirtilmelidir. Nitekim, Rekabet Kurulu'nun pek çok kartel kararı, ilk bakışta kartel kurulması muhtemel görülmeyen pazarlara ilişkindir¹³⁴. İronik bir şekilde, Kurul'un, kartel anlaşmalarının

¹³¹ Benzer değerlendirmeler, 10.04.2001 tarih ve 01-18/151-40 sayılı *Antalya Sürücü Kursları* kararı için de yapılabilir.

¹³² Ankara Yapı Laboratuvarları, 01.04.2004 tarih ve 04-23/251-55 sayılı karar.

¹³³ Bilişim Ürünleri, 20.05.2004 tarih ve 04-36/414-105 sayılı karar.

¹³⁴ Örnek olarak bkz. *Seramik* kararı.

karlılığının muhtemel olduğu pazarlara ilişkin olarak, paralel fiyat hareketlerinin oligopolistik bağımlılık neticesinde ortaya çıktığı gerekçesiyle ihlalin bulunmadığı sonucuna ulaştığı pek çok karar bulunmaktadır. Buna verilebilecek bir örnek, *Sigara I*¹³⁵ kararıdır. Anılan dosyada, karşı oy yazılarında da belirtildiği üzere, aynı veya çok yakın tarihlerde, aynı veya çok yakın oranlarda 23 adet fiyat hareketinin yanı sıra, teşebbüsler arasında, fiyat politikalarına ilişkin çok sayıda elektronik posta ve telefon görüşmesi tespit edilmiş olmasına rağmen, raportör görüşünün aksine, ihlalin bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Bu sonuca ulaşılmasının gerekçesi ise, pazarda koordinasyonu kolaylaştıran unsurlar bulunduğu; bu unsurlar çerçevesinde paralel fiyat hareketlerinin oligopolistik bağımlılık neticesinde ortaya çıktığı şeklinde ifade edilmiştir. Dolayısıyla *Bilişim Ürünleri* kararındaki yaklaşım, nihai tahlilde, hiçbir pazarda kartelin kurulamayacağı sonucuna ulaşılması ihtimalini taşımaktadır. Kaldı ki, *Bilişim Ürünleri* kararı, kartel anlaşmasının karlı olmayacağı iddia edilen bir pazarda, karteğe taraf teşebbüs çalışanlarının, 42 adet belgeden görülen kartel görüşmelerini yapma gerekçesini de açıklayamamaktadır. Son olarak, kararda yer verilen belgelerin, pazarda rekabetin sınırlanması etkisinin ortaya çıktığını gösterdiği de ifade edilmelidir.

*Ankara Kitap Dağıtım*¹³⁶ dosyasında, Kurul, raportör görüşü doğrultusunda, anlaşmaya taraf teşebbüslerin ekonomik bakımdan küçük olmaları, fiyatlarla ilgili denetim ve yaptırım mekanizmalarının fiilen mümkün olmaması, anlaşmanın piyasada uygulanmamış olması ve dolayısıyla, gerçekleştirilmeye çalışılan eylemin pazarda herhangi bir etki doğurmamış olması nedeniyle, soruşturma açılmasına gerek olmadığına, ancak 4054 sayılı Kanun'un 9 uncu maddesinin 3 üncü fıkrası uyarınca, söz konusu eyleme ne şekilde son vereceklerine yönelik olarak anlaşmaya taraf teşebbüslere görüş yazısı gönderilmesine karar vermiştir. Karara yönelik karşı oy yazısında da belirtildiği üzere, fiyat tespiti ve tespit edilen fiyata uymayan iki teşebbüsün faaliyetlerinin zorlaştırılması konusundaki anlaşmanın varlığı, teşebbüsler tarafından da kabul edilmişken, pazarda etkilerin oluşmadığı yönündeki, soyut ve yeterli incelemeye dayanmayan bir gerekçe ile soruşturma açılmamasının 4054 sayılı Yasa'ya aykırı olduğu düşünülmektedir.

*Kastamonu Tüp*¹³⁷ dosyasında, Kurul, teşebbüslerin anlaşarak, fiyatı resmi olarak belirlenen LPG'nin satışını, daha yüksek seviyedeki tek bir fiyattan gerçekleştirmelerine önaraştırma açmamış; bunun yerine, 4054 sayılı Kanun'un 9 uncu maddesinin 3 üncü fıkrası uyarınca görüş bildirilmesine karar vermiştir. Raportör görüşü doğrultusunda verilen bu kararın karşı oy yazılarında belirtildiği

¹³⁵ Sigara I, 24.12.2002 tarih ve 02-80/937-385 sayılı karar.

¹³⁶ Ankara Kitap Dağıtım, 24.06.2004 tarih ve 04-43/533-130 sayılı karar.

¹³⁷ Kastamonu Tüpgaz, 07.04.2005 tarih ve 05-22/259-75 sayılı karar.

üzere, bayilerin tek bir fiyat tespit ederek bunu uyguladıkları, yoruma ihtiyaç bırakmayacak bir şekilde Kastamonu Valiliği Sanayi ve Ticaret Müdürlüğü tarafından belgelenen ilgili olayda, uygulamanın piyasadaki rekabete etkisinin sınırlı olduğu yönündeki önaraştırma açmama gerekçesi, ihlalin bulunup bulunmadığı açısından değil, ihlalin ağırlığı açısından değerlendirilebilecek bir husustur.

Kurul, *Ankara Kahveciler*¹³⁸ kararında, açık kartel belgelerine ve raportör talebine rağmen, karşı oy yazılarında da belirtildiği üzere, hiçbir gerekçe göstermeksizin, önaraştırma ya da soruşturma açılmaması; bunun yerine, şikayet konusu uygulamalara ne şekilde son verileceğine yönelik olarak yazılı görüş bildirilmesi sonucuna ulaşmıştır.

Kurul, *Kaş Dalış Merkezleri*¹³⁹ dosyasında, açık kartel belgelerine, raportör talebine ve karşı oylara rağmen, hiçbir gerekçe göstermeksizin, incelemenin konusunu oluşturan varlığı muhtemel fiyat tespit anlaşmasının, 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesini ihlal eden eylemlerden olduğuna; ancak önaraştırma veya soruşturma açılmadan önce, ilgili teşebbüslere, ihlale ne şekilde son verileceğine ilişkin yazı gönderilmesinin uygun olacağına karar vermiştir.

*Alanya Tekne Turu*¹⁴⁰ dosyasında, Kurul, raportör görüşü doğrultusunda, teşebbüs birliği yetkilisi tarafından da varlığı kabul edilen fiyat tespiti ve pazarın paylaşılmasına ilişkin kartelin, vali, kaymakam, belediye başkanı gibi kamu görevlilerinin teşviki ile kurulduğunu ve alınan kararların uygulanmadığını belirtmiş; bu nedenle, soruşturma açmayarak, 9 uncu maddenin 3 üncü fıkrası uyarınca ihlale ne şekilde son verileceğine ilişkin yazı yazılmasına karar vermiştir. Oysa, *Konya Sürücü Kursları I ve Süt İhalesi* kararları çerçevesinde açıklandığı üzere, eylemlerin kamu otoritelerinin teşviki sonucunda oluşmasının, ihlali ortadan kaldırmayacağı, sadece, cezanın belirlenmesinde hafifletici unsur olarak göz önünde bulundurulabileceği düşünülmektedir. Öte yandan, teşebbüs birliği bünyesinde alınan kararların uygulandığı, Kurul kararında yer verilen, kartele taraf olmayan teşebbüslere yönelik fiili engellemelerden anlaşılmaktadır. Kaldı ki, teşebbüs birliği bünyesinde alınan kararların uygulanmamış olması, 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesindeki *per se* yaklaşım çerçevesinde, ihlali ortadan kaldırmaz.

Kurul, *Viranşehir Minibüs*¹⁴¹ dosyasında, raportör görüşü doğrultusunda, pazarda faaliyet gösteren iki kooperatifin birlikte fiyat tespitine ve sırayla

¹³⁸ Ankara Kahveciler, 05.05.2005 tarih ve 05-30/372-91 sayılı karar.

¹³⁹ Kaş Dalış Merkezleri, 07.06.2006 tarih ve 06-41/507-132 sayılı karar.

¹⁴⁰ Alanya Tekne Turu, 22.06.2006 tarih ve 06-45/570-154 sayılı karar.

¹⁴¹ Viranşehir Minibüs, 20.12.2006 tarih ve 06-92/1169-348 sayılı karar.

taşımacılık yapmasına, uygulanan fiyatın makul ve rekabetçi olduğu yönündeki bir gerekçe ile, soruşturma açılmamasına karar vermiştir. Fiyatların makul ve rekabetçi olduğu şeklindeki bir gerekçenin, 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesindeki *per se* yaklaşım ile bağdaşmadığı, keza, makul fiyat konusunda, rekabet otoritelerinin kesinlikle kaçınmaları gereken bir tartışmayı başlatabilecek nitelikte olduğu düşünülmektedir.

Kurul, *Kırklareli Otobüs*¹⁴² dosyasında, Karayolu Taşıma Yönetmeliği'nin¹⁴³ 38 inci maddesi çerçevesinde, otobüs ile karayolu taşımacılığı yapan teşebbüslerin ücret tarifelerinin, uygulamaya konulmasından önce, Ulaştırma Bakanlığı'na bildirilerek "görölmüştür" şerhinin alınmasının zorunlu olduğunu, bir amacı da fahiş fiyatları engellemek olan bu düzenleme sayesinde, şikayet edilen teşebbüslerin fahiş fiyat uygulayamayacağını belirtmiş ve raportör görüşü doğrultusunda, önaraştırma ya da soruşturma açılmamasına karar vermiştir. Fiyatların fahiş olamayacağı şeklinde bir gerekçenin, 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesindeki *per se* yaklaşım ile bağdaşmadığı, keza, fahiş fiyat konusunda, rekabet otoritelerinin kesinlikle kaçınmaları gereken bir tartışmayı başlatabilecek nitelikte olduğu düşünülmektedir. Kaldı ki, Karayolu Taşıma Yönetmeliği'nin, inceleme konusu teşebbüslerden birine para cezasının da verildiği diğer otobüs kararlarında da yürürlükte olduğu, ancak böyle bir yoruma tabi tutulmadığı; aksine, *Kırklareli Otobüs* kararına dayanak teşkil eden görüşü ifade eden savunmaların, ayrıntılı değerlendirmelerin ardından reddedildiği de belirtilmelidir¹⁴⁴.

Kurul, *Denizli Dershane*¹⁴⁵ dosyasında, raportör görüşü doğrultusunda, Denizli'de faaliyet gösteren özel dershanelerin, uygulayacakları kurs ücretlerini birlikte tespit etmek şeklindeki eylemlerinin 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesi kapsamında olduğuna, ancak gelecek yıla ilişkin olarak alınan fiyat tespiti kararının henüz yürürlüğe konulmaması dolayısıyla, piyasada etkisinin oluşmadığı göz önünde bulundurularak soruşturma açılmamasına, bunun yerine, 9 uncu maddenin 3 üncü fıkrası uyarınca, ihlale ne şekilde son verileceğine yönelik görüş yazısı gönderilmesine karar vermiştir. Oysa kararda yer verilen tespitlerden, şikayetçinin, geçen yıl dershaneye 900 YTL öderken, bu sene 1500 YTL ödediği anlaşılmaktadır. Yerinde incelemelerde bulunan belgeler ise, kartelin yalnızca 2007-2008 dönemi için değil, aynı zamanda 2006-2007 dönemi için de kurulduğunu ortaya koymaktadır. Kaldı ki, bu tespitler olmasa bile, kararın, 4054 sayılı Kanun 4 üncü maddesindeki *per se* yaklaşımı ile bağdaşmadığı düşünülmektedir.

¹⁴² Kırklareli Otobüs, 09.05.2007 tarih ve 07-39/419-165 sayılı karar.

¹⁴³ 25.02.2004 tarih ve 25384 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

¹⁴⁴ Örnek olarak bkz. *Bartın Otobüs* kararı.

¹⁴⁵ Denizli Dershane, 09.05.2007 tarih ve 07-39/420-166 sayılı karar.

Yukarıdaki kararların, doktrindeki genel kabullerle, 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesiyle ve bunlara uygun alınan Rekabet Kurulu kararları ile çelişmesi çok önemli bir sorundur. Kanun'un 9 uncu maddesinin 3 üncü fıkrası ile Kurul'a verilen yetkinin kullanıldığı kararların kendi içlerinde taşıdığı çelişkiler, bu sorunu daha da büyötmektedir. Aşağıda konuya ilişkin örneklere yer verilecektir:

Teşebbüs birliği kararının etkilerinin ihlalin varlığı açısından öneminin bulunmadığı, yalnızca ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olabileceğinin belirtildiği *PÜİS/TABGİS* kararında, soruşturma açma kararı ile birlikte gönderilen, 9 uncu maddenin 3 üncü fıkrası çerçevesindeki görüşün gereği yerine getirilmiş olmasına rağmen para cezası uygulanmıştır. Oysa m.9/3'deki yetkinin kullanıldığı sonraki kararlarda para cezası verilmemiştir.

*Konya Tüp*¹⁴⁶ dosyasında, raportör görüşü doğrultusunda, önaraştırma veya soruşturma açılmaması, bunun yerine teşebbüs birliğine, 9 uncu maddenin 3 üncü fıkrası uyarınca yazılı görüş gönderilmesine karar verilmesinin gerekçesi, "incelemeye konu olayın fiyat tespiti gibi ağır rekabet ihlallerini içermemesi ve sadece 3 aydır sürüyor olması" şeklinde ifade edilmiştir. Oysa yukarıda yer verilen Kurul kararları, "fiyat tespiti gibi ağır rekabet ihlalleri" bakımından da m.9/3 ile verilen yetkinin kullanıldığını göstermektedir.

Son olarak, 9 uncu maddenin 3 üncü fıkrasında verilen yetkinin kullanıldığı pazarlarda, bu yetkinin kullanılmasının ardından kartel kurulursa ne olacağı sorusunun yanıtı aranmalıdır. Bunun bir örneği, Konya sürücü kursları pazarında yaşanmıştır. Kurul, *Konya Sürücü Kursları I* dosyasında, raportör görüşü doğrultusunda, sürücü kurslarının, kurs ücretlerinin belirlenmesine yönelik eylemlerinin 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesi kapsamında olduğuna, ancak bu eylemler, Konya İl Milli Eğitim Müdürlüğü'nün teşviki sonucu oluştuğu ve ilan edilen fiyatlara bağlı kalınmadığı için soruşturma açılmamasına; bunun yerine, 4054 sayılı Kanun'un 9 uncu maddesinin 3 üncü fıkrası uyarınca, teşebbüslere, bu davranışlara ne şekilde son vereceklerine yönelik olarak yazı gönderilmesine karar vermiştir. *Konya Sürücü Kursları II* kararında ise, 4054 sayılı Kanun'un ihlal edildiği tespit edilmiş ancak para cezası uygulanmamıştır. Görüldüğü üzere, Kurul, 9 uncu maddenin 3 üncü fıkrası uyarınca ihlale ne şekilde son verileceğine ilişkin yazı gönderdiği bir pazarda yeniden kartel kurulmasına, ağırlaştırıcı unsur şeklinde değerlendirmek bir yana, para cezası bile vermemiştir.

Bütün bu kararlar, yarattıkları çelişkilerle, benzer dosyalarda cezalandırılan teşebbüslerin haklı tepkilerine neden olmaktadır. Buna verilebilecek bir örnek, teşebbüslere, üretimde kullandıkları çiğ sütün

¹⁴⁶ Konya Tüp, 15.08.2005 tarih ve 05-51/753-204 sayılı karar.

müstahsilden alım fiyatını anlaşılarak belirledikleri ve alımlarını belirli dönemlerde durdurdukları gerekçesiyle, para cezasının uygulandığı *Konya Süt*¹⁴⁷ kararıdır. Anılan dosyada, bazı teşebbüsler, *Ankara Yapı Laboratuvarları* ve *Ankara Kitap Dağıtım* kararlarını örnek göstererek, küçük ölçekli, uygulamanın olmadığı olaylarda soruşturma açılmadığı, kendi durumlarının da bu özellikleri haiz olduğu yönünde savunmalar getirmiştir. Bu savunmalara yönelik olarak, Kurul, “rekabet hukukunda olay bazında değerlendirme yapıldığını belirtmek gerekmektedir” şeklinde, yeterli açıklama içermeyen bir cevap vermiştir.

Bu kararlar, kartellerle mücadelede, 9 uncu maddenin 3 üncü fıkrasının, en azından mevcut kullanım şekliyle, uygun bir yöntem olmadığını göstermektedir. Çünkü bu yöntem kullanılırken, 4054 sayılı Kanun’un 4 üncü maddesi ve madde gerekçesinde getirilen *per se* yaklaşımı ile çelişilmekte, ABD ve AB gibi hukuk düzenlerinde, teşebbüsler, kartellere kısa süreli katılımlardan bile caydırılır, “dene ve gör politikası”¹⁴⁸ uygulamaları engellenirken, Türkiye’de buna cevaz verilmekte, bu hukuk düzenlerinde, soruşturmanın başlaması ile birlikte kartele son verilmesi, hafifletici neden bile kabul edilmezken¹⁴⁹, caydırıcılığı sağlayacak cezaların verilmesinden tümüyle vazgeçilmekte, nihayetinde, m.9/3’ün gerekleri bile yerine getirilmemekte, yeniden ihlalde buldukları tespit edilenlere dahi ceza verilmemektedir.

Bu açıklamaların ardından, Rekabet Kurulu tarafından herhangi bir politika geliştirilmemesi, bu eksikliği bir ölçüde giderecek kartel biriminin kurulmaması ve raportörler ile Rekabet Kurulu’nun, yerel pazarlarda faaliyet gösteren, küçük ve orta büyüklükteki işletmeler ile ilgili dosyaları ele almak konusunda, kaynakların etkin kullanımı gerekçesine dayanan, isteksizliklerinden kaynaklandığı düşünülen çelişkili uygulamaları ortadan kaldıracı çözüm önerilerine yer verilmelidir. Bu çözüm, Rekabet Kurulu’nun, yerel pazarlarda faaliyet gösteren, küçük ve orta büyüklükteki işletmeler ile ilgili dosyaları ele alıp almamak konusunda geliştireceği politikaya göre şekillenecektir:

Kurul’un, bu tür dosyalar çerçevesinde, m.9/3 ile verilen yetkiyi kullanmak yerine, soruşturma yürüterek, ceza uygulamak yönünde bir politika geliştirmesinin çok olumlu bir sonuç doğurabileceği belirtilmelidir. Bu olumlu sonuç, Türk rekabet hukuku ve politikasına ilişkin olarak 2005 yılında hazırlanan OECD gözden geçirme raporunda da ifade edildiği üzere¹⁵⁰, ekmek veya otobüs gibi pazarlarda ortaya çıkarılan kartellerin cezalandırılmasının yerel medyada yaratacağı ilgi ile, tüketicilerin ve yerel iş çevrelerinin rekabet hukuku

¹⁴⁷ Konya Süt, 26.07.2006 tarih ve 06-56/714-204 sayılı karar.

¹⁴⁸ De Broca 2006, s.4. Ayrıca bkz. “4.4.1. Cezaların Caydırıcılığı Sağlayacak Büyüklükte Olması” ve “4.4.2.1. İhlalin Süresi” başlıkları altında yapılan açıklamalar.

¹⁴⁹ De Broca 2006, s.5. Ayrıca bkz. “4.4.2.1. İhlalin Süresi” başlığı altında yapılan açıklamalar.

¹⁵⁰ OECD 2005a, s.70.

hakkında bilgi sahibi olmasını sağlaması ve Rekabet Kurumu'na yönelik kamuoyu desteğini artırması şeklinde ortaya çıkacaktır. Hemen belirtmek gerekir ki, bu tür dosyaların ele alınmamasının gerekçesi olarak kaynak sıkıntısı gösterilemez. Çünkü, "5.1.1.1. Amaca Özgülenmiş, Yetkin Bir Örgüt" başlığı altında yapılan açıklamalar, idari ve mali özerkliğe sahip Rekabet Kurumu'nun, geniş mali kaynaklarını kullanarak, faaliyetleri için gereken sayı ve çeşitte beşeri kaynağı istihdam etme imkanına sahip olduğunu ve tüm soruşturmaların masraflarını karşılayabileceğini göstermektedir. Nitekim bu durumu, OECD raporu da teyit etmektedir.¹⁵¹ Son olarak, kamu kaynaklarının etkin kullanımının, "5.1.2.9. İhlalin Kabulü ve İşbirliği Karşılığında Cezalarda İndirim Yaparak İlgililerle Uzlaşma Yetkisi" başlığı altında incelenen yetki kullanılarak da sağlanabileceği belirtilmelidir.

Bütün bunlara rağmen Rekabet Kurulu, yerel pazarlarda faaliyet gösteren, küçük ve orta büyüklükteki işletmeler ile ilgili dosyaları ele almamak yönünde bir tercihte bulunabilir. Böyle bir tercihte bulunulması halinde, Kurul, kartellerin yaygın olduğu, OECD raporunda da zikredilen¹⁵², ekme ve otobüs gibi sektörlerde, Kurum'a intikal eden ihbar, şikayet ve taleplere ilişkin olarak, 4054 sayılı Kanun m.42/2'de¹⁵³ düzenlenen zımni ret mekanizmasını kullanmak şeklinde bir politika benimseyebilir. Bunun yanı sıra veya bunun yerine, kartele taraf olduğu iddia edilen teşebbüslerin yıllık gayri safi gelirleri, Rekabet Kurulu tarafından çıkarılan bir tebliğ ile belirlenen bir yıllık gayri safi gelirin altında kalıyorsa, önaraştırma veya soruşturma açılmayabilir. Bu tebliğin, Kanun değişikliği ile 4 üncü maddenin sonuna eklenecek, "Kurul bu maddenin uygulanmasına ilişkin tebliğler çıkarabilir" şeklindeki bir ifadeye ya da böyle bir değişiklik gerçekleşirse bile, 27 nci maddenin (f) bendindeki yetkiye dayanarak çıkarılabileceği düşünülmektedir. Bu sayede, doktrindeki genel kabullerle, 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesi ve madde gerekçesinde getirilen *per se* yaklaşımıyla ve bunlara uygun alınan Rekabet Kurulu kararları ile bağdaşmayan kararlar verilmesinden kaçınılmış olacaktır.

4054 sayılı Kanun uyarınca, Rekabet Kurulu'nun, yerel pazarlarda faaliyet gösteren, küçük ve orta büyüklükteki işletmeler ile ilgili dosyaları ele almamak yönünde bir tercihte bulunması halinde, kartelden zarar görenlerin başvurabilecekleri iki yol bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, 4054 sayılı Kanun m.42/2 çerçevesinde, Kurul'un red kararına karşı Danıştay'a başvurmadır. Nitekim, kısa Türk rekabet hukuku tarihinde karşılaşılan en büyük kartellerden

¹⁵¹ İbid, s.70.

¹⁵² İbid, s.46.

¹⁵³ 4054 sayılı Kanun'un 42 nci maddesinin ikinci fıkrasında, "*Kurulun, gerek başvuruları açıkça reddetmesi, gerekse süresi içinde bildirimde bulunmayarak reddetmiş sayılması durumlarında, doğrudan ya da dolaylı menfaati olduğunu belgeleyen herkes Kurulun red kararına karşı yargı yoluna başvurabilir*" düzenlemesi yapılmıştır.

biri olan *Tıbbi Sarf Malzemeleri* karteli, şikayetçinin, Kurul'un soruşturma açmama yönündeki kararını, Danıştay nezdinde açtığı dava ile iptal ettirmesinin ardından ortaya çıkarılmıştır¹⁵⁴. Kartelden zarar görenlerin başvurabilecekleri ikinci yol, Rekabet Kurumu'nun sahip olduğu yetkiler bulunmadığından delil elde etme ve buna bağlı olarak, kartelin varlığını ispat imkanları sınırlı da olsa, Kanun'un 57 ile 59 uncu maddeleri çerçevesinde tazminat davası açmalarıdır. Bu konuya ilişkin açıklamalara, "5.2.3. Tazminat Davaları" başlığı altında yer verilecektir.

5.1.3.2. İfadeler ve İkincil Delillerle İspat İmkanının Önemi

5.1.3.2.1. İfadelerle İspat İmkanının Önemi

Kartellerle mücadelenin artmasının etkisiyle, kartel üyelerinin kendilerini ele verecek yazılı belgeler üretmesi olasılığının giderek düştüğü; bu durumun, şifahi açıklama ve ifadelerin önemini arttırdığı yönündeki genel kabule¹⁵⁵ uygun şekilde, 4054 sayılı Kanun'un 47 nci maddesinin son fıkrası¹⁵⁶, kartellerin ifadeler kullanılarak ispatlanabilmesine imkan vermektedir¹⁵⁷.

Nitekim Rekabet Kurulu, bazı kararlarında, Kanun'un ihlal edildiği sonucuna, yalnızca ifadelere dayanılarak ulaşmıştır. Bunun en açık örneği olan *Ege Hazır Beton* kararında, "I.2.3.1. 2002 Mayıs Aydın Valiliği 19 İlköğretim Okulu İnşaatı İhalesi" ve "I.2.3.2. 2002 Yılı İzmir IZSU İhaleleri" başlıkları altında, kartelin varlığı, yalnızca ifadeler kullanılarak ortaya konmuştur. Anılan dosyada, söz konusu iddiaların sadece şahit ifadelerine dayandırıldığı, şahit ifadelerinin kanıt olarak kullanılmayacağı yönündeki savunmalara cevaben, 4054 sayılı Kanun'da ispat araçları bakımından herhangi bir sınırlama getirilmediği, bilakis Kanun'un 47 nci maddesinde tarafların her türlü ispat vasıtasından yararlanabileceğinin belirtildiği, 59 uncu maddede ise, rekabeti kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve eylemlerin her türlü delille ispatlanabileceği düzenlemesinin yer aldığı, zaten rekabet hukukunun niteliği gereği, bir

¹⁵⁴ Konu, "5.1.2.4. İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınması ile Teknik Araçlarla İzleme Yetkisi" başlığı altında ayrıntılı şekilde incelenmiştir.

¹⁵⁵ Örnek olarak bkz. Arp ve Swaak 2003, s.16.

¹⁵⁶ 4054 sayılı Kanun'un 47 nci maddesinin son fıkrasında, "Sözlü savunmada ilgili taraflar Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun İkinci Babının Sekizinci Faslında düzenlenen her türlü delil ve ispat vasıtasından yararlanabilirler" düzenlemesi yapılmıştır.

¹⁵⁷ Rekabetin Kurumu'na verilen rekabetin korunması görevi, kamu hukuku üst başlığı altındaki idare hukuku alanında yer alan idari bir faaliyet olduğundan, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da, "Rekabetin Sınırlanmasının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları" başlıklı beşinci kısım haricinde, "ispat" yerine "tespit" ifadesinin kullanılmasının daha doğru olacağı yönündeki bir görüş için bkz. KONURALP, H. (2007), "Rekabet Hukukunda Deliller ve Değerlendirilmesi", *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu – V (6-7 Nisan 2007)* içinde, Ankara, Rekabet Kurumu, s.11-13.

anlaşmanın varlığının ispatlanabilmesi için yazılı metinlerin aranmasının beklenemeyeceği, söz konusu anlaşmanın varlığına yönelik olarak, belediye yetkilileri de dahil olmak üzere, birbirini destekler nitelikte ve çok sayıda beyan ve tutanağın mevcut olduğu, yine, bu dönemde gerçekleştirilen uyumlu ve yüksek oranlı fiyat artışlarının, tutanaklardaki beyanları doğruladığı ifade edilmiştir.

*Antalya Ecza Depoları*¹⁵⁸ kararında, Kurul'un, ecza depolarının, katılım payı almayan bir eczaneye vadeli satışları durdurarak, bu eczanenin etkinliklerini güçleştirdiği sonucuna ulaşmasında, polis karakolunda verilen ifadelerin önemli rol oynadığı görülmektedir. Benzer şekilde, Kurul, *Granisetron*¹⁵⁹ kararında, SSK, devlet ve üniversite hastanelerinin 2003 yılı kytril ve setron ihalelerinde danışıklı hareket edildiği sonucuna ulaşırken, büyük ölçüde kartele taraf teşebbüslerden birinin eski yöneticisinin ifadelerine dayanmıştır.

Ancak yukarıda yer verilen kararların istisnai nitelik taşıdığı; Rekabet Kurulu kararlarının geneline bakıldığında, Kurul'un, tıpkı Komisyon gibi, kıta Avrupası sisteminden dolayı, kartel toplantısı sırasında tutulmuş notlar gibi yazılı delillere, ifadeler gibi sonradan ortaya çıkan delillerden daha fazla değer verdiğinin anlaşılabilirliği de belirtilmelidir. *Dizi Yapımcıları* kararı bu durumun açık bir göstergesidir. Anılan dosyada, raportör görüşü doğrultusunda, teşebbüslerden biri tarafından ilan edilen anlaşmayı destekleyici yazışma, e-mail, ajanda notu ve benzerleri bulunamadığından soruşturma açılmamasına; buna karşılık, rekabetin kısıtlanması ihtimali bulunduğundan, 4054 sayılı Kanun'un 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca yazılı görüş gönderilmesine karar verilmiştir. Ancak karara ilişkin muhalefet şerhinde de belirtildiği üzere, kartel üyelerinden birinin, Rekabet Kurumu'nun önaraştırmasına ilişkin olarak Haftalık dergisi ile yaptığı röportajda, "*Sizi (kartel) belge(si) imzalayacak kadar saf mı sanmışlar?*" sorusuna verdiği, "*Herhalde. Böyle bir şey yok ama olsa biz bunun gereklerini yerine getirmez miydik?*" cevabının içeriği nazara alındığında, teşebbüslerden biri tarafından ilan edilen anlaşmayı destekleyici yazışma, e-mail, ajanda notu ve benzerlerinin bulunamaması gerekçesi ile soruşturma açılmaması yönündeki yaklaşımın değişmesi gerektiği açıktır¹⁶⁰.

Özellikle iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması ile teknik araçlarla izleme gibi yetkilerin yokluğunda, gelecekte, Rekabet Kurumu'nun elinde, kartelleri ispatlamak için tek araç olarak ifadelerin kalması, çok büyük

¹⁵⁸ Antalya Ecza Depoları, 03.05.2004 tarih ve 04-31/363-89 sayılı karar.

¹⁵⁹ Granisetron, 13.07.2006 tarih ve 06-51/655-183 sayılı karar.

¹⁶⁰ Konu, "5.1.2.4. İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınması ile Teknik Araçlarla İzleme Yetkisi" başlığı altında ayrıntılı şekilde incelenmiştir.

olasılıktır. Bu durum, konuya ilişkin bir yaklaşım değişikliğini daha da elzem kılmaktadır. Keza, yapılacak bir değişiklik ile, kanunda, ifadeler kullanılarak kartellerin ispatlanabileceğinin açıkça zikredilmesi de faydalı olacaktır.

5.1.3.2.2. İkincil Delillerle İspat İmkânının Önemi

ABD, AB ve diğer pek çok hukuk düzenine benzer şekilde, 4054 sayılı Kanun, 4 üncü madde ve bu maddenin gerekçesi¹⁶¹ ile 47 nci maddenin son fıkrası çerçevesinde, kartellerin ikincil deliller kullanılarak ispatlanabilmesine imkan vermektedir. Nitekim Rekabet Kurulu kararlarından da, kartellerin varlığının, *Ege Çimento I* gibi dosyalardaki, “*Rekabet Hukuku açısından ‘delil’ kavramına, 4054 sayılı yasa da özel bir tanım getirilmemiştir. Hatta, 47 nci maddenin son fıkrasında, delil ve isbat vasıtasının ‘HUMUK.na göre’ söz konusu olabileceği açıkça belirtilmiştir. Hukuken delil niteliği olmayan belgelere (örnek olarak, belge dahi denilemeyecek nitelikteki not ve aynı otelde kaldıklarına dair bilgilere) dayanılarak, anlaşmanın varlığının kabulünü, yerleşik temel hukuk anlayışına ve uygulamalarına aykırı buluyorum*” şeklindeki karşı oy yazılarına rağmen, ikincil delillerle ispatlanabildiği görülmektedir. Bu çerçevede, *Adıyaman LPG, Ege Çimento I, İstanbul Ekmek, Ankara Ekmek II, Bartın Otobüs, Kastamonu Otobüs*¹⁶², *Şanlıurfa Otobüs*¹⁶³, *Sakarya Otobüs*¹⁶⁴, *Konya Süt, Bartın Otobüs, Sağlık Bakanlığı İhalesi*¹⁶⁵, *Refrakter ve Tıbbi Sarf Malzemeleri II* gibi pek çok kararda, kartel toplantılarına katılanların teşebbüsleri temsil etmediği, delil olarak yer verilen belgelerde imzalarının bulunmadığı şeklindeki savunmalar reddedilmiş; otel rezervasyon bilgileri veya takvim üzerine el yazısıyla alınan kısa notların bile başta mehz AB rekabet hukuku olmak üzere, antitröst uygulamalarında delil olarak kabul edildiği belirtilmiştir.

Ancak Rekabet Kurulu’nun, zaman zaman, çok açık kartel belgelerinin varlığına rağmen ihlalin bulunmadığı sonucuna ulaşması, kartellerin ikincil delillerle ispatlanıp ispatlanamayacağı hususunda şüphe yaratmaktadır. Örnek

¹⁶¹ 4054 sayılı Kanun’un 4 üncü maddesinin gerekçesinde, “*Maddenin amacı bakımından anlaşma, Medeni Hukukun geçerlilik koşullarına uymasa bile tarafların kendilerini bağlı hissettikleri her türlü uzlaşma ya da uyuşma anlamında kullanılmıştır. Anlaşmanın yazılı veya sözlü olmasının önemi yoktur. Teşebbüsler arasında bir anlaşmanın varlığı tesbit edilemese bile teşebbüsler arasında kendi bağımsız davranışları yerine geçen bir koordinasyon veya pratik bir işbirliği sağlayan doğrudan veya dolaylı ilişkiler de eğer aynı sonucu doğuruyorsa yasaklanmıştır. Böylece teşebbüslerin kanuna karşı hile yolu ile rekabeti sınırlayıcı uygulamaları meşru göstermeleri engellenmek istenmiştir*” ifadesi yer almaktadır.

¹⁶² Kastamonu Otobüs, 09.02.2006 tarih ve 06-11/143-33 sayılı karar.

¹⁶³ Şanlıurfa Otobüs, 06.06.2006 tarih ve 06-40/504-131 sayılı karar.

¹⁶⁴ Sakarya Otobüs, 25.07.2006 tarih ve 06-55/713-203 sayılı karar.

¹⁶⁵ Sağlık Bakanlığı İhalesi, 19.01.2007 tarih ve 07-07/43-12 sayılı karar.

olarak, İç Anadolu, Akdeniz ve Marmara Çimento¹⁶⁶ kararından şu alıntılara yer verilebilir:

“...Eşçim Satış Müdürü Nafl Makaroç’un odasında, “11/8/99 tarihinde ÇARŞAMBA saat 13,30 da Kazım Uçar Bey ile Satış Md. Fatih Bey’le yapılan görüşmeler neticesinde Bursa Çimentonun teklifi Biz Tavşanlı Emet Domaniç te gerek Hazır Beton gerekse Dökme Torba çimento pazarını Beraberce hareket edilecek. Gerekirse Set Afyon çimento veya diğer Baştaşa karşı fikirbirliği yapıp fiatlarımızı ona göre ayarlayacağız” ifadelerinin yer aldığı bir belge bulunmuştur.

...

Yukarıdaki savunmalarda, yerinde incelemede bulunan belgede belirtilen tarihte, Eşçim ve Bursa Çimento yetkililerinin biraraya geldiği ve genel olarak, yine belge üzerinde yer alan konuların görüşüldüğü kabul edilmektedir. Bu görüşmenin ardından Eşçim 14.08.1999’da, 13.750.000 TL/ton olan bölge fiyatını 14.500.000 (peşin) - 15.500.000’e (20 gün vadeli); Bursa Çimento ise 16.08.1999’da 12.000.000 TL/ton olan fiyatını 14.500.000’e çıkartmıştır.

Ancak yukarıdaki belge ve analizlerin, Eşçim ile Bursa Çimento’nun Tavşanlı, Emet, Domaniç PKÇ 32,5 torbalı çimento pazarında, fiyat tespiti ve rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması konusunda anlaşma içinde oldukları iddiasını ispatlamaya, rakip teşebbüs yetkililerinin bu tür konuları görüşmelerinin doğal olduğu ve bu görüşmelerin yasaklanamayacağı göz önünde bulundurulduğunda, yeterli olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.”

Yukarıdaki dosyaya benzer şekilde, Elma, Vişne, Kayısı ve Şeftali, Antalya Ekmek¹⁶⁷, Uluslararası Hızlı Taşımacılık, Bilişim Ürünleri, Marmara Çimento II¹⁶⁸, Marmara Hazır Beton¹⁶⁹, Akdeniz Çimento II¹⁷⁰ ve Cam Ambalaj gibi kararlarda, çok sayıda ve açık kartel belgesinin varlığına rağmen, ihlalin bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Bazıları raportör görüşü doğrultusunda verilen bu kararlar, karşı oy yazılarında da zaman zaman ifade edildiği üzere, kartellerin ikincil delillerle ispatlanabileceği konusunda şüphe yaratacak niteliktedir.

Bu açıklamalar çerçevesinde, Rekabet Kurulu’nun, ABD, AB ve diğer pek çok hukuk düzenine benzer şekilde, 4054 sayılı Kanun’un 4 üncü maddesi ve bu maddenin gerekçesi ile 47 nci maddenin son fıkrasına dayanarak,

¹⁶⁶ İç Anadolu, Akdeniz ve Marmara Çimento, 01.02.2002 tarih ve 02-06/51-24 sayılı karar.

¹⁶⁷ Antalya Ekmek, 12.06.2003 tarih ve 03-42/465-204 sayılı karar.

¹⁶⁸ Marmara Çimento II, 02.10.2006 tarih ve 06-68/926-265 sayılı karar.

¹⁶⁹ Marmara Hazır Beton, 02.10.2006 tarih ve 06-68/927-266 sayılı karar.

¹⁷⁰ Akdeniz Çimento II, 03.10.2006 tarih ve 06-69/930-267 sayılı karar.

kartellerin ikincil deliller kullanılarak da ispatlanabilmesi konusunda tutarlı bir yaklaşım izlemesinin önem taşıdığı düşünülmektedir.

5.1.3.2.2.1. Rakipler Arası Bilgi Değişimini Gösteren Delillerin Önemi

ABD ve AB’de, teşebbüsler arasında ticari sır niteliğindeki bilgilerin değişiminin, kartellerin delili olarak kabul edildiği; çoğu davada karteli ortaya koyan açık deliller bulmanın imkansız olduğu düşünüldüğünde, ortadan kaldırılması nispeten daha güç olan bu delillerin öneminin artmasının, rekabet otoritelerinin ispat yükünü azaltacağı ifade edilmektedir¹⁷¹. Bu genel kabul ve uygulamalara uygun olarak, 4054 sayılı Kanun’un 4 üncü maddesinin gerekçesi ile 47 nci maddenin son fıkrası, kartellerin, rakipler arası bilgi değişimini gösteren deliller kullanılarak ispatlanabilmesine imkan vermektedir.

Nitekim Rekabet Kurulu’nun, mehz teşkil eden Avrupa Birliği uygulamalarına benzer şekilde, tek başına bilgi değişimini yasakladığı kararları bulunduğu gibi; bilgi değişimini, fiyat tespiti, arz kontrolü gibi üst anlaşmaların delili olarak değerlendirdiği kararlar da bulunmaktadır. Tek başına bilgi değişiminin yasaklandığı dosyalara örnek olarak, Türkiye Çimento Müstahsilleri Birliği’ne gönderilen görüş¹⁷² ile *Gübre Üreticileri Derneği*¹⁷³ kararları gösterilebilir. Bilgi değişiminin, fiyat tespiti, arz kontrolü gibi üst anlaşmaların delili olarak değerlendirildiği kararlara örnek olarak ise, *Gübre, Yonga Levha I, Yonga Levha II* ve *Seramik* kararları gösterilebilir.

Ancak bu konuda da Rekabet Kurulu’nun çelişkili kararları bulunmaktadır. Örneğin, *İç Anadolu, Akdeniz ve Marmara Çimento* kararında, ticari sır niteliğindeki bilgilerin değişimi ile birlikte, paralel fiyat hareketlerinin gösterilmesine rağmen, ihlalin bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Oysa Rekabet Kurulu’nun, ABD, AB ve diğer pek çok hukuk düzenine benzer şekilde, 4054 sayılı Kanun’un 4 üncü maddesinin gerekçesi ile 47 nci maddenin son fıkrasına dayanarak, kartellerin, rakipler arası bilgi değişimini gösteren deliller kullanılarak da ispatlanabilmesi konusunda tutarlı bir yaklaşım izlemesi önem taşımaktadır.

5.1.3.2.2.2. İktisadi Nitelikli Delillerin Görece Önemsizliği

Öğretide, teşebbüslerin, diğer delillerin yokluğunda, elde edilmesi zor olan iktisadi nitelikteki delillere cevap vermekte zorlanmadığı ifade

¹⁷¹ Örnek olarak bkz. Kühn ve Vives, s.104-105; Stevens 1995, s.70-71.

¹⁷² Rekabet Kurumu’ndan, 15.05.1998 tarih ve 1054 sayı ile Türkiye Çimento Müstahsilleri Birliği’ne gönderilen ve menfi tespit verilmesinin hangi koşulların yerine getirilmesi halinde mümkün olacağını gösteren yazı.

¹⁷³ Gübre Üreticileri Derneği, 08.08.2002 tarih ve 02-47/586-M sayılı karar.

edilmektedir¹⁷⁴. Keza, yalnızca iktisadi nitelikli delillere dayanmanın, teşebbüslerin uzlaşmadan değil de oligopolistik bağımlılıktan kaynaklanan bilinçli paralelliklerinin de ihlal kabul edilmesi olasılığı doğurduğu, sıkça ileri sürülen diğer bir görüştür¹⁷⁵. Bu iki temel gerekçe çerçevesinde, kartellerle mücadelede, iktisadi nitelikli delillerin görece önemsiz olduğu sonucuna ulaşılmaktadır¹⁷⁶. Buna karşılık, Rekabet Kurumu uygulamalarında, 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesi¹⁷⁷ ile bu maddenin gerekçesi¹⁷⁸ çerçevesinde, yalnızca veya büyük ölçüde iktisadi nitelikli delillere dayanan kartel dosyaları bulunmaktadır. Bu dosyalarda, öğretide ifade edilen iki görüşün de ortaya çıktığı görülmektedir.

Teşebbüslerin, diğer delillerin yokluğunda, elde edilmesi zor olan iktisadi nitelikteki delillere cevap vermekte zorlanmaması şeklindeki duruma verilebilecek örnek, *Turkcell/Telsim II*¹⁷⁹ kararıdır. Anılan dosyada, raportörler, yalnızca iktisadi nitelikli delillere dayanarak oluşturdukları görüşlerinde, Turkcell ve Telsim'in, çağrı sonlandırma ücretlerini yükseltmek yoluyla şebekeler arası görüşme ücretlerini arttırmak ve eş zamanlı olarak şebeke içi ücretleri düşürmek suretiyle, mevcut aboneler bazında aralarındaki fiyat rekabetini ortadan kaldırma ve diğer operatörlerin faaliyetlerini zorlaştırmak amacı ve etkisi taşıyan anlaşmalar yaparak, 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesini ihlal ettikleri sonucuna ulaşmıştır. Buna karşılık Kurul, oy çokluğuyla, bu savın, tam olarak ispat edilemediğine, dolayısıyla herhangi bir cezaya yer olmadığına karar vermiştir. Kararın gerekçesi, anlaşmanın, iddia edilen rekabeti kısıtlayıcı davranışları amaçlamasının dışında da bazı sebeplerinin var olamayacağını gösterilememesi, şeklinde ifade edilmiştir. Bu

¹⁷⁴ J. Baker 1993 ve 1996, s.4; Hay 2000, s.122-127.

¹⁷⁵ Örnek olarak bkz. Whish 2001, s.107.

¹⁷⁶ Konu, "3.3.2.2.2. İktisadi Nitelikli Delillerin Görece Önemsizliği" başlığı altında ayrıntılı şekilde incelenmiştir.

¹⁷⁷ 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesinin son iki fıkrasında, "*Bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin 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. Ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir*" düzenlemesi yapılmıştır.

¹⁷⁸ 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesinin gerekçesinde, "*Rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların yasaklandığı bir hukuk düzeninde genellikle bu tür anlaşmalar gizli yapılmakta ve bunların varlığının ispatı oldukça güç, bazen de imkansız olmaktadır. Bu nedenle Maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen hallerin varlığı halinde teşebbüslerin uyumlu eylem içinde oldukları karinesi kabul edilmiştir. Böylelikle uyumlu eylem içinde olmadıklarını ispat yükü ilgili teşebbüslere geçirilmiş bulunmakta ve ispat güçlüğü nedeniyle Kanunun işleme hale gelmesinin önlenmesi amaçlanmıştır*" ifadesi yer almaktadır.

¹⁷⁹ Turkcell/Telsim II, 25.10.2004 tarih ve 04-68/976-236 sayılı karar.

gerekçe, teşebbüslerin, diğer delillerin yokluğunda, iktisadi nitelikteki delillere cevap vermekte zorlanmadığını göstermektedir.

Yalnızca iktisadi nitelikli delillere dayanmanın, teşebbüslerin uzlaşmadan değil de oligopolistik bağımlılıktan kaynaklanan bilinçli paralelliklerinin de ihlal kabul edilmesi olasılığı doğurmasına ilişkin örnek ise, *Maya III* kararıdır. Maya pazarına yönelik daha önceki iki soruşturmada¹⁸⁰, fiyat artış tarih ve oranları arasında bazı paralellikler olsa da, anlaşma ve uyumlu eylem olduğunu gösterecek başkaca bir tespit yapılamamış olması nedeniyle ihlalin bulunmadığı sonucuna ulaşan ve oligopolistik bağımlılık savunmasını kabul eden Kurul, bu üçüncü soruşturmada, teşebbüslerin, ekonomik ve rasyonel gerekçelere dayanmayan uyumlu fiyat artışlarının, 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesi çerçevesinde uyumlu eylem olduğu sonucuna ulaşmıştır. Raportör görüşü doğrultusunda verilen bu karar, karşı oy yazısında da belirtildiği üzere, oligopolistik bağımlılıktan kaynaklanan bilinçli paralelliklerin ihlal kabul edilmesi olasılığını doğurmaktadır. Karar, aynı zamanda, Türk rekabet hukuku ve politikasına ilişkin olarak hazırlanan OECD gözden geçirme raporundaki, uyumlu eylem karinesinin, yalnızca paralel fiyat hareketlerinden ihlalin varlığı sonucuna ulaşacak şekilde kullanılmaması yönündeki, doğru Rekabet Kurulu uygulamalarının devam etmesine yönelik tavsiyeden bir sapma teşkil etmektedir¹⁸¹.

Sigara I kararı ise, kartellerle mücadelede, iktisadi nitelikli delillerin görece önemsiz olduğu sonucuna ulaştıran iki gerekçe bakımından da değerlendirilmesi gereken özellikler taşımaktadır. Anılan dosyada, karşı oy yazılarında da belirtildiği üzere, aynı veya çok yakın tarihlerde, aynı veya çok yakın oranlarda 23 adet fiyat hareketinin yanı sıra, teşebbüsler arasında, fiyat politikalarına ilişkin çok sayıda elektronik posta ve telefon görüşmesi tespit edilmiş olmasına rağmen, raportör görüşünün aksine, ihlalin bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Bu sonuca ulaşılmasının gerekçesi ise, pazarda koordinasyonu kolaylaştıran unsurlar bulunduğu; bu unsurlar çerçevesinde paralel fiyat hareketlerinin oligopolistik bağımlılık neticesinde ortaya çıktığı şeklinde ifade edilmiştir¹⁸². Bu gerekçe, teşebbüslerin, yalnızca veya büyük ölçüde iktisadi nitelikli delillere dayanan ihlal iddialarına yönelik savunmalarından biri olan, "*koordinasyon içinde hareket etsek bile-ki böyle*

¹⁸⁰ Bkz. *Maya I* ve *Maya II* kararları.

¹⁸¹ OECD 2005a, s.68.

¹⁸² "5.1.3.1. Rule of Reason Analizi Yerine Per se Kuralının Kullanılması ve Etki Yerine Amaca Vurgu" başlığı altında belirtildiği üzere, Rekabet Kurulu'nun, *Bilişim Ürünleri* dosyasında, ilgili pazarda koordinasyonu kolaylaştıran unsurlar bulunmadığı gerekçesi ile soruşturma açılmamasına ve 9 uncu maddenin 3 üncü fıkrası ile verilen yetkinin kullanılmasına karar vermesinin yarattığı çelişki, ironiktir.

hareket etmiyoruz-bunun için anlaşma yapmamıza gerek yok”¹⁸³ şeklindeki savunmanın kabul edilmesi anlamına gelmektedir. Fiyat politikalarına ilişkin çok sayıda elektronik posta ve telefon görüşmesinin varlığına rağmen böyle bir savunmanın kabul edilmesi, yalnızca iktisadi nitelikli delillerle dayanacak dosyaların akıbetine de ışık tutacak niteliktedir. Öte yandan, teşebbüsler arasında fiyat politikalarına ilişkin görüşmeler yapıldığını gösteren bu deliller çerçevesinde, teşebbüslerin uzlaşmadan değil de oligopolistik bağımlılıktan kaynaklanan bilinçli paralelliklerinin ihlal kabul edilemeyeceği şeklinde öğreti ve uygulamalarda genel kabul gören görüşün, somut olaya uygulanamayacağı; bu çerçevede, Kurul kararının eleştirilebilir nitelikte olduğu da belirtilmelidir.

Bu açıklamalar çerçevesinde, Rekabet Kurulu yalnızca iktisadi niteliklere dayanarak ihlalin bulunduğu sonucuna ulaşmamalıdır. Dolayısıyla, Kurul’un *Maya III* kararındaki uyumlu eylem tespitine katılmak mümkün değildir. Ancak Maya pazarına yönelik daha önceki iki soruşturmada ihlalin bulunmadığı sonucuna ulaşan ve oligopolistik bağımlılık savunmasını kabul eden Kurul’un, bu üçüncü soruşturmada görüş değiştirme gerekçesinin, kararda yer alan, “*söz konusu pazarın, üçüncü defa rekabet tahkikatına maruz kaldığı; dolayısıyla, bu soruşturma kararı ve bunu takip edecek dönemlerde, şirketlerin telefon konuşmaları dinlenemediği sürece, herhangi bir yazılı delile ulaşmanın mümkün olmadığı*” ifadesi olduğu düşünülmektedir. Bu ifade, tezde incelenen, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması ile teknik araçlarla izleme gibi çeşitli yetkilerin, Rekabet Kurumu’nun kullanımına sunulmasının önemini vurgulamaktadır.

Kurul’un, *Maya III* dosyasında, yalnızca iktisadi niteliklere dayanarak ihlalin bulunduğu sonucuna ulaşmasına katılmak mümkün olmadığı gibi, *Sigara I* dosyasında, uyumlu fiyat hareketlerinin yanı sıra, fiyat politikalarına ilişkin çok sayıda görüşmenin tespitine rağmen ihlalin bulunmadığı sonucuna ulaşmasına da katılmak mümkün değildir. Çünkü bu görüşmeler, kararın, “*pazarda koordinasyonu kolaylaştıran unsurlar bulunduğu; bu unsurlar çerçevesinde paralel fiyat hareketlerinin oligopolistik bağımlılık neticesinde ortaya çıktığı*” şeklinde ifade edilen gerekçesini ortadan kaldıracak niteliktedir. Bu çerçevede, Kurul’un *Seramik* kararındaki şu ifadelerinin, *Maya III* ile *Sigara I* dosyalarındaki iki hatalı yaklaşımı ortadan kaldıracak nitelikte olduğu ve bu niteliği ile, sürekli bir uygulama hale gelmesinin önem taşıdığı düşünülmektedir¹⁸⁴.

“Kurul, “oligopolistik bağımlılık” savunmasını kabul etmektedir. Buna karşılık, koordinasyonu gösteren açık belgelerin varlığında, “oligopolistik

¹⁸³ J. Baker 1996, s.4.

¹⁸⁴ Bu konu, “5.1.3.4. Anlaşma ve Uyumlu Eylem Kavramlarının Birlikte Kullanılabilmesi” başlığı altında ayrıntılı şekilde incelenecektir.

bağımlılık” savunması kabul edilemez; aksine, teşebbüslerin “oligopolistik bağımlılık” esaslı savunmalarında yer alan ifadeler, pazarın uzlaşmaya müsait olduğunu ve paralel hareketlerin gerçekleştiğini ikrar niteliği ile diğer savunmaların çürütülmesinde kullanılacak bir delil haline gelir.”

5.1.3.3. Devam Eden Tek Bir Uzlaşma Kavramının Kullanılabilmesi

Uzun dönemli kartellerde, ilgili teşebbüslerin uzlaşmalarını tek tek göstermek imkansız olduğundan, ABD ve AB’de, uzlaşmaya ulaşılan anı tanımlayan statik bir yaklaşım yerine, rekabetin ihlal edildiği bütün süreci kapsayan “devam eden tek bir uzlaşma (*a single continuing agreement*) – karmaşık düzenlemeler (*complex arrangements*)” yaklaşımı geliştirilmiştir. Bu yaklaşım sayesinde, deliller bütün olarak değerlendirilerek, kartelin varlığı ve belirgin özellikleri ortaya konulmakta; aksini gösteren bir kanıt olmadıkça, ilgili teşebbüslerin bu sürecin tamamına katıldığı varsayılmaktadır¹⁸⁵. Nitekim Rekabet Kurulu’nun da, “devam eden tek bir uzlaşma” yaklaşımını kullandığı kararlar bulunmaktadır. Bu kararlara bir örnek, *Yonga Levha I* ve *Yonga Levha II*’dir. Anılan dosyalarda, Kurul, mehz teşkil eden AB rekabet hukukundaki, ATAD tarafından hukuka uygun bulunan *Polypropylene* kararına ayrıntılı şekilde yer verdikten sonra, şu ifadeleri kullanmıştır:

*“Soruşturma kapsamında elde edilen belgeler incelendiğinde, ortada 1993 yılından başlayan ve günümüze kadar geçerliğini kaybetmeyen bir esas anlaşma (çerçeve anlaşma) ile bunun detayları olarak kabul edilebilecek, kısa süreler için geçerli olmak üzere fiyat ve diğer bazı koşulları belirleyen ve sonra, ülkedeki enflasyon ortamında güncelliklerini kaybettikçe yenilenen bir dizi mutabakatlar zinciri olduğu görülmektedir. Bunlara soruşturulan teşebbüslerden çoğunluğu muntazaman katılmıştır. Bu bakımdan Rekabet Kurulu, her bir olayı tek başına ele alıp bunlara katılanları belirlemek ve katılma sıklığı göz önüne alınarak ceza verilmesi gibi bir yaklaşımı benimsememektedir. Nitekim AB rekabet hukukunun uygulayıcısı Komisyon, *Polypropylene* kararında benzer bir yol izlemiştir; ihlalin esas anlaşma ile yapıldığını, sonraki yıllarda imzalanan veya sözlü olarak yapılan (çoğunluğu da belgelerle açıkça kanıtlanan) alt, ya da ikincil, anlaşma veya mutabakatları esas anlaşmanın yürütülmesi/uygulanmasına ilişkin ayrıntılar olarak değerlendirmiştir. Bu bağlamda Rekabet Kurulu benzer bir yaklaşımın mevcut soruşturma çerçevesinde de izlenmesi gerektiği kararına varmıştır...Çerçeve anlaşma yaklaşımı çerçevesinde belgeler sadece tek başına değerlendirilmemeli, bir bütün olarak incelenmelidir. Böylelikle mutabakata varılamamasından*

¹⁸⁵ Joshua 1999 ve 2002, s.244; Kovacic 1993, s.36; Van Gerven ve Varona 1994, s.606; Whish 2001, s.102 ve 104-105.

şikayetlerin yer aldığı belgelerin, aynı zamanda anlaşmanın delilini gösterir belgeler olduğu anlaşılacaktır.”

Konuya ilişkin olarak verilebilecek diğer örnekler, *Seramik* ve *Demir Çelik* kararlarıdır. Bu dosyalara ilişkin davalarda, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun verdiği ilk kararların Rekabet Kurumu lehine olması¹⁸⁶, kartellerle mücadelede Kurum'a önemli bir kolaylık sağlandığının göstergesi niteliğindedir.

5.1.3.4. Anlaşma ve Uyumlu Eylem Kavramlarının Birlikte Kullanılabilmesi

ABD'de, Sherman Yasası m.1'de, “sözleşme, kombinasyon, gizli plan (*contract, combination, conspiracy*)” üçlemesi yer alsa da, uygulamada bunlar birbirinin yerine kullanılmaktadır¹⁸⁷. AB'de ise, anlaşma ve uyumlu eylem kavramlarının ayrı ayrı kullanımına, ABD'deki uygulamalardan hareketle, ATAD tarafından hukuka uygun bulunan *Polypropylene* ve *PVC* kararları ile son verilmiştir. Bu davalarla uyumlu eylem kavramına açıklık getiren ATAD'a göre, aksi ilgili teşebbüslerce kanıtlanmadıkça, rakiplerin birbirleri ile değiştirdikleri bilgileri dikkate alarak davranışlarını belirledikleri karinesini bulunmaktadır. ATAD, teşebbüslerin kartel toplantılarına katıldığının gösterilmesinin, aksi teşebbüslerce ispatlanmadıkça, ihlal için yeterli olacağını da belirtmiştir¹⁸⁸. Mehzaz teşkil eden AB rekabet hukukunda olduğu üzere, 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesi çerçevesinde, anlaşma ve uyumlu eylem şeklinde iki kavramın bulunduğu Türk rekabet hukukundaki konuya ilişkin kararlar, tarih sırasına göre aşağıda incelenecektir. Ancak öncelikle, yapılacak değerlendirmelere ışık tutması amacıyla, Kurul'un ilk kez ayrıntılı biçimde uyumlu eylem tanımı yaptığı *Süt*¹⁸⁹ kararında, açıklamalarını dayandırdığı Aslan'ın¹⁹⁰ görüşleri hakkında bilgi vermek yerinde olacaktır.

Aslan, “iki veya daha fazla işletmenin, ekonomik ve rasyonel gerekçelerle açıklanamayan ve bir anlaşmaya dayanmayan fakat bilinçli olarak birbirine paralel hale getirilmiş rekabeti sınırlayıcı pazar davranışları” şeklinde tanımladığı uyumlu eylemin, *Süt* kararında zikredildiği üzere, dört unsuru olduğunu söylemiştir:

¹⁸⁶ *Seramik* dosyası için, örnek olarak bkz. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun, 28.09.2006 günlü, E:2006/1965, YD. İtiraz:2006/1042 sayılı kararı; *Demir Çelik* dosyası için, örnek olarak bkz. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun, 28.09.2006 günlü, E:2006/1456, YD. İtiraz:2006/992 sayılı kararı.

¹⁸⁷ Areeda 1986, s.7.

¹⁸⁸ Konu, “2.3.3. (AB Uygulamaları) 1989 Sonrası” başlığı altında ayrıntılı şekilde incelenmiştir.

¹⁸⁹ *Süt*, 23.03.2000 tarih ve 00-11/109-54 sayılı karar.

¹⁹⁰ ASLAN, İ.Y. (2001), *Rekabet Hukuku*, Genişletilmiş 2. Basım, Ekin Kitabevi, Bursa, s.72-87.

1) İki veya daha fazla işletme olmalıdır.

2) Bilinçli paralellik olmalıdır: Aslan'a göre, "anlaşma" için, taraflar arasında, hukuken bağlayıcı olmasa bile, karşılıklı irade açıklaması şeklinde mutabakat gereklidir. Buna karşılık uyumlu eylemde, işletmelerin pazar davranışları anlaşma olarak nitelendirilemeyecek, ancak rakiplerin davranışlarına ilişkin belirsizliği kaldıracak bir bağlantıya dayanan bilinçlilikle paralel hale getirilmiştir. Aslan, bağlantıya örnek olarak, rakiplerin görüşmelerini, toplantılara katılmalarını, hatta aynı otelde kalmış olmalarını göstermekte; bunun ardından gerçekleşen paralel davranışla, uyumlu eylem sonucuna ulaşabileceğini belirtmektedir. Oligopolistik pazarlarda ise, arada hiçbir "bağlantı" olmadan pazar yapısı gereği bilinçli paralellik sağlanabilmektedir. Aslan'a göre, ister oligopolistik piyasalarda pazarın koşulları icabı olsun, ister rekabetçi piyasalarda işletmeler arası "bağlantı"larla olsun, rakiplerin davranışları bilinçli olarak paralel ve birbirine uygun hale geliyorsa, uyumlu davranış vardır.

3) Bu paralel davranışların ekonomik ve rasyonel gerekçelerle açıklanamaması: Aslan'a göre, anlaşmanın yasaklanabilmesi için, ayrıntılı pazar analizi yapmadan, sadece "amacının" Kanun'a aykırı olduğunun gösterilmesi yeterlidir. Buna karşılık, uyumlu eylemde, detaylı analiz yapılarak paralel davranışlarla rekabetin sınırlandırıldığının gösterilmesi gerekmektedir. Bu zorluktan dolayı, teşebbüslerin ekonomik ve rasyonel "haklı" gerekçeler göstererek aksini ispatlayabileceği uyumlu eylem karinesi getirilmiştir. İşletmelerin akıllıca davranışlarla kendilerini rakiplerine uydurmalarını rekabet kuralları engellemekle birlikte, bu karine özellikle oligopolistik pazarlarda uygulama alanı bulacaktır. Aslan'a göre, bu pazarlarda akıllı davranış kaydıyla rekabetin sınırlandırılmasına göz yumulmamalıdır çünkü oligopolistik piyasadaki tüm işletmeler paralel davranışlarda bulunuyorsa, bu akıllıca davranmaktan çok birlikte işbirliği ihtimalini doğurmaktadır. Nitekim Aslan, şu şekilde bir karine önerisi getirmiştir: *"Bir anlaşmanın varlığı kanıtlanamamakla birlikte ilgili pazar yapısı veya işletmelerin pazar davranışları rekabetin sınırlandırılması sonucunu doğuruyorsa işletmeler arasında uyumlu davranış varsayılır. İlgili işletmeler makul ekonomik sebeplerle aksini göstererek sorumluluktan kurtulabilirler."*

4) Rekabetin sınırlandırılması.

Aslan, yukarıdaki açıklamaları çerçevesinde, *"anlaşma ve uyumlu eylem kavramlarının birbirlerinden ayırt edilmesinin gerekli olmadığını"* söylediği

gerekçesiyle Sanlı'yı¹⁹¹ eleştirmekte; bu iki kavram arasında sonuçları itibariyle fark görmeyen bir yaklaşımın, uyumlu eylem karinesi, anlaşmalar ile ilgili olarak hüküm ifade etmeyeceğinden, Kanun'un sistemine ters düşeceğini belirtmektedir.

Kurul, *Süt* dosyasında, uyumlu eylem tanımını, Aslan'ın yukarıda özetlenen görüşlerine dayandırsa da, pek çok kararında, bu fikirlerden önemli ölçüde farklılaşmıştır:

İlk olarak değerlendirilmesi gereken karar, *Turkcell/Telsim I*'dir¹⁹². Anılan dosyada, ilgili teşebbüsler arasında genel olarak paralel davranışların olmadığı; var olan paralelliklerin ise, oligopol piyasalarındaki klasik pazar davranışlarına uyduğu söylenerek, uyumlu eylemin bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Ardından gelen *Süt* kararında, rekabet hukukunda paralel fiyatlandırmanın değil, bilinçli paralelliklerin yasaklandığı söylenmiş; ilgili pazarın oligopolistik olması ve teşebbüslerin davranışlarının ekonomik ve rasyonel gerekçelerle açıklanabilmesinden dolayı, uyumlu eylemin bulunmadığına hükmedilmiştir.

Uyumlu eylemden dolayı ilk kez cezanın verildiği *Maya I*, Aslan'ın görüşlerinden önemli ölçüde farklıdır. Kararda, ilk olarak, rakipler arasındaki belirsizliklerin yok edilmesi amacıyla yönelik doğrudan veya dolaylı iletişimi gösteren maddi delillere rastlanmadığı ve fiyat artışları, tüketici fiyat endeksindeki artışların altında gerçekleştiği için, oligopolistik bağımlılık çerçevesindeki akıllıca ayak uydurmalar, fabrika çıkış fiyatlarındaki paralellige, rasyonel gerekçe hatta zorunluluk olarak kabul edilmiştir. Oysa Aslan'ın yaklaşımı benimsenseydi, bu oligopolistik pazardaki maliyetlerden bağımsız paralel fiyat artışları, bağlantıya gerek olmaksızın, uyumlu eylem kabul edilip ceza verilebilirdi. Uyumlu eylemin varlığına hükmedilen "bayi satış fiyatlarının yükseltilmesi" konusunda da Aslan'ın görüşlerinden ayrılma vardır. Gerçekten de, "10.03.1999 tarihi itibariyle, rakip firma temsilcisi Faruk Şenel ile yapılan görüşmeler neticesinde, bu tip promosyonların durdurulması, rakibinde düşük fiyatlı bağlantı yapmaması konusunda anlaşmaya varılmıştır", "Bursa merkezde, rakiplerle anlaşmaya varılmıştır. Fiyatlar kademeli olarak yükseltilecek" gibi mutabakatı ifade eden delillere rağmen, anlaşma sonucuna ulaşılmamıştır. Keza, kararda, Aslan'a göre uyumlu eylem için gerekli olan paralel davranışlar da gösterilmemiştir.

¹⁹¹ SANLI, K.C. (2000), *Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*, Rekabet Kurumu, Ankara.

¹⁹² Turkcell/Telsim I, 14.12.1999 tarih ve 99-57/614-391 sayılı karar.

Uyumlu eylemin varlığına hükmedilen ikinci karar olan *Gazete*'de¹⁹³ ise, Aslan'dan uzaklaşma çok daha açıktır. Kurul, “(malîyetlerin farklı olduğu bu oligopol pazardaki) fiyat belirleme olayında, fiyat tespitinin rekabetin kısıtlandığı piyasalardaki eylemlere benzerliğinin ortaya konulması yeterli değildir. Bunun yanısıra, teşebbüsler arasında kendi bağımsız davranışlarını engelleyen rekabetçi davranışlar altında olmaması gereken bir ilişkinin ortaya konması da gereklidir” ifadesiyle, uyumlu eylem karinesini, yalnızca rekabeti sınırlayıcı paralel davranışların gösterilmesine indirgemeyi reddetmiştir. Bunun yerine, uyumlu eylemin ortaya konulmasında, AB ve ABD'ye benzer şekilde, “gruplar arasındaki ilişki (maddi deliller) + fiyat hareketleri (iktisadi nitelikli deliller)” yaklaşımını benimsemiştir. Aslan'dan diğer bir farklılık ise, “Milliyet Gazetesi İcra Kurulu Kararları 26.08.1998” başlıklı belgede “*Sabah grubu ile mutabık kalınarak Fotomaç ile Fanatik gazetesinin satış fiyatının 1 Eylül Salı gününden itibaren 40.000 TL'den 50.000 TL'ye artılmasına karar verildi*” şeklindeki mutabakatı gösteren ifade ve hatta belirtilen tarihte bu artışın gerçekleşmesine rağmen, anlaşma sonucuna ulaşılmamasıdır.

Oligopolistik bağımlılık savunmasının bir kez daha kabul edildiği *İç Anadolu, Akdeniz ve Marmara Çimento* dosyasında, Kurul, ilgili teşebbüslerin 01.01.1998-15.12.1999 tarihleri arasında uyumlu eylem içinde oldukları iddiasını ispatlamaya yeterli delil bulunmadığı, buna karşılık, aynı teşebbüslerin 16.12.1999 tarihinden itibaren fiyat tespiti konusunda anlaşma içinde olduğu sonucuna ulaşmıştır.

Kurul, *Sigara I* dosyasında, uyumlu eylemin dört unsuru olduğu yönündeki Aslan'ın görüşlerine dayanan *Süt* kararındaki yaklaşımı tekrar etmiştir.

Turkcell/Telsim I, Süt, Maya I, Gazete, İç Anadolu, Akdeniz ve Marmara Çimento ve *Sigara I* kararlarında, anlaşma ve uyumlu eylem kavramlarını ayrı ayrı kullanan Rekabet Kurulu, ilk kez *Seramik* kararında, aşağıdaki gerekçe çerçevesinde, anlaşma ve uyumlu eylem kavramlarının birlikte

¹⁹³ *Gazete*, 17.07.2000 tarih ve 00-26/291-161 sayılı karar.

kullanılabileceğini ifade etmiş¹⁹⁴ ve uyumlu eylem karinesine, açıkça yeni bir anlam yüklemiştir¹⁹⁵:

“ABD ve AB uygulamaları da göz önünde bulundurularak, Türk rekabet hukukunda konuya en doğru yaklaşım, uyumlu eylemin apayrı bir rekabet hukuku kavramı olarak değil de, 4054 sayılı Kanun ve gerekçesinde belirtildiği üzere, “anlaşmanın varlığının ispatlanmasında bir araç” olarak kabul edilmesidir. Bu yaklaşımdan hareketle, ABD ve AB’deki tecrübeler de dayanarak, anlaşma-uyumlu eylemi bir bütünün parçaları olarak kabul edip yakınlaştıran ve yegane fark olarak, uyumlu eylemde delil yükünü düşüren bir karine yaklaşımının benimsenmesi şeklinde sonuç geliştirilebilir. Buna göre, ilgili teşebbüsler arasında mutabakatı gösteren deliller bulunduysa, smoking gun niteliğindeki bu belgelerin gerçekliğini ortaya koyan bir analizle anlaşma sonucuna ulaşılabilir. Uyumlu eyleme ise, gizli bilgilerin, fiyat listelerinin rakiplere gönderilmesi gibi net olarak mutabakatı değil ama ilişkiyi gösteren delillerin, rekabetin bozulduğunu gösteren pazar analizleri ile desteklenmesi halinde karar verilebilir. Dikkat edileceği üzere, ilişkinin ardından paralel davranış şartı aranmamakta, pazardaki iktisadi sonuçlara bütün olarak bakılmaktadır. İşte bu noktada uyumlu eylem karinesi devreye girecek; bilgi değişiminin, antirekabetçi amaçlı toplantılara katılımın genel pazar davranışlarını etkilemediğinin ispatı, ilgili teşebbüslere bırakılacaktır.

Bu yaklaşımın benimsenmesinin üç faydası vardır. Birincisi, teşebbüsler özellikle de oligopolistler, karşılıklı bağımlılıktan kaynaklanan paralel davranışlarının uyumlu eylem olarak kabul edilmeyeceğinden emin olacaktır. İkincisi, Kurul, uyumlu eylem karinesine işlerlik kazandıracak; konuya ilişkin tartışmalara son verebilecektir¹⁹⁶. Üçüncüsü, uzlaşmaya ulaşılan anı tanımlayan

¹⁹⁴ Kurul, *Seramik* kararından önce, *Yonga Levha I* ve *Yonga Levha II* dosyalarında, anlaşma ve uyumlu eylem kavramlarını kullanmaksızın, 4054 sayılı Kanun’un 4 üncü maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Ancak bu dosyalarda, sadece “devam eden tek bir uzlaşma (*a single continuing agreement*) – karmaşık düzenlemeler (*complex arrangements*)” yaklaşımından hareket edilmiş; anlaşma ve uyumlu eylem kavramlarına ilişkin olarak, *Seramik* kararındaki gibi açıklamalara yer verilmemiştir.

¹⁹⁵ Kurul’un, *Seramik* kararındaki uyumlu eylem karinesine yaklaşımı, esas itibarıyla, *Maya I* ve *Gazete* dosyalarından farklı değildir. Ancak bu dosyalarda, *Seramik* kararındaki kadar açık ve ayrıntılı değerlendirmelere yer verilmemiştir.

¹⁹⁶ “Rekabeti sınırlayıcı paralel davranışların gösterilmesi” şeklinde bir uyumlu eylem karinesi önerisi ise (bkz. Aslan 2001), bir yandan işletmelerin, rakiplerinin davranışlarına akıllıca ayak uydurmalarının uyumlu eylem suçlamasına konu olabileceğine dair haklı bir endişe duymalarına yol açabilecek, öte yandan da karşıt görüşler ileri sürülebilmesinin kolaylığı nedeniyle tercih sebebi olabilecek niteliktedir. Başka bir deyişle, işletmelere yükümlülük getireceği gerekçesi ile istisna olarak tanımlanan karine, yine Aslan’ın anlaşmaların ayrıntılı pazar analizi yapmadan, “amaç”tan hareketle yasaklanabileceği düşüncesi göz önünde bulundurulduğunda, ironik biçimde kurtuluş yolu haline gelebilir. Nitekim Kurul, uyumlu eylemin varlığına hükmettiği iki kararda da (*Maya I* ve *Gazete* kararları), bu şekilde bir karineye başvurmamıştır.

statik bir yaklaşım yerine, rekabetin ihlal edildiği bütün süreci kapsayacak biçimde anlaşma ve uyumlu eylem kavramları birarada kullanılabilir.

Kısacası, AB rekabet hukukunda yıllarca süren tartışmaların ardından Sherman Yasası m.1 uygulamalarına öykünerek ulaşılan sonucu, Türk rekabet hukukunda da kullanmak mümkündür; “önemli olan anlaşma ve uyumlu eylem arasındaki ayırım değil; m.4 kapsamındaki uzlaşmalar ile salt paralel davranışlar-bilinçli paralellikler¹⁹⁷ arasındaki ayırımdır”.

Bu alıntının ardından, *Seramik* kararındaki üç temel ilkenin altı çizilmelidir. Bunlardan birincisi, önceki kararlarda olduğu üzere, oligopolistik bağımlılık savunmasının kabul edilmesidir. İkincisi, “rekabeti sınırlayıcı paralel davranışların gösterilmesi” şeklinde bir uyumlu eylem karinesi yerine, mehzar teşkil eden AB uygulamaları ile 4054 sayılı Kanun’un 4 üncü maddesi ve bu maddenin gerekçesinden hareketle, bilgi değişiminin, kartel toplantılarına katılımın, genel pazar davranışlarını etkilemediğinin ispatının, ilgili teşebbüslere bırakılması şeklinde bir karine benimsenmesidir¹⁹⁸. Üçüncüsü ise, uzlaşmaya ulaşılan anı tanımlayan statik bir yaklaşım yerine, rekabetin ihlal edildiği bütün süreci kapsayacak biçimde, anlaşma ve uyumlu eylem kavramlarının birarada kullanılabilmesi, bu çerçevede, önem teşkil edenin, anlaşma ve uyumlu eylem kavramları arasındaki ayırım değil de, 4 üncü madde kapsamındaki uzlaşmalar ile salt paralel davranışlar-bilinçli paralellikler arasındaki ayırım olduğudur.

Kurul’un, *Antalya Ecza Depoları* dosyasında, ecza depolarının, katılım payı almayan bir eczaneye vadeli satışları, uyumlu hareket ederek durdurdukları ve böylece bu eczanenin etkinliklerini güçleştirdikleri sonucuna ulaşmasında, *Seramik* kararına esas itibarıyla bir aykırılık bulunmamaktadır. Ancak Kurul’un bundan sonraki *Ege Çimento II*, *Ege Hazır Beton* ve *Maya III* kararları, gerek *Seramik* kararı ile gerek kendi aralarında önemli çelişkiler taşımaktadır:

Ege Çimento II kararı, aşağıdaki ifadelerle, *Seramik* kararından farklı olarak, “rekabeti sınırlayıcı paralel davranışların gösterilmesi” şeklinde bir uyumlu eylem karinesini yeniden benimsemekte ve *Seramik* ve öncesindeki dosyalarda kabul gören oligopolistik bağımlılık savunmasını reddetmektedir:

¹⁹⁷ Oligopolistik bağımlılık, bilinçli bir paralelliktir (*conscious parallelism*); hatta iktisat yazınında “gizli anlaşma (*tacit collusion*)” olarak adlandırılmaktadır. “Oligopolistik bağımlılık” açıklamasının kabul edilmesi gerektiği düşünüldüğünde, yasaklanan davranışlar, “bilinçli paralellikler” değil, “anlaşma-uyumlu eylem neticesinde ortaya çıkan paralellikler”dir.

¹⁹⁸ *Seramik* kararından önceki bazı dosyalarda da bu yönde ifadeler kullanılmıştır. Buna verilebilecek bir örnek, *Elma*, *Vişne*, *Kayısı* ve *Şeftali* kararıdır. Anılan dosyada, teşebbüslerin, “kartel toplantılarına katılmalarına rağmen, kendilerini, bu toplantılardan çıkan sonuçla bağlı hissetmedikleri” şeklindeki savunmaları kabul edilmemiştir. Ama bu savunmaların reddi ile uyumlu eylem kavramına ve karinesine yüklenen anlamlar arasındaki ilişki açık bir şekilde kurulmadığından, *Seramik* kararının, bu açıdan da bir ilk teşkil ettiği düşünülmektedir.

“Piyasalardaki fiyat değişimlerinin rekabetin bozulduğu piyasalardakine benzerlik göstermesi durumunda yahut rekabetçi piyasalardakinden farklılık göstermesi durumunda, bu durum teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil edecektir. Oligopol pazarlarda, teşebbüslerin karşılıklı bağımlılık içinde oldukları ve dolayısıyla söz konusu davranışların bu bağımlılıktan kaynaklandığı savunmalarının kabul edilmesi halinde, paralel davranıştan başka herhangi bir delil bulunamaması durumunda ihlal sonucuna ulaşamayacaktır. Öte yandan, paralel davranışın yanında rakipler arası koordinasyonu da gösteren delillerin bulunması durumunda, karine kullanılmasına gerek kalmaksızın, uyumlu eylem olduğu sonucuna varılabilecektir. Dolayısıyla, karinenin kullanılabilmesi için de, paralel davranış ve koordinasyon gösteren delillerin aranması karineyi etkisiz hale getirecektir. Kanun’un açıkça verdiği bir yetkinin kullanılmaması ya da gereksizliği söz konusu olmayacağına göre, koordinasyonun varlığının ispatlanmasına gerek olmadan, piyasadaki fiyat değişimlerinin rekabetin bozulduğu pazarlara benzemesi yahut rekabetçi pazarlardan farklılık göstermesi durumunda uyumlu eylem karinesi kullanılabilir.”

Hemen belirtmek gerekir ki, *Ege Çimento II* kararında, *Seramik* dosyasından farklı olarak, “rekabeti sınırlayıcı paralel davranışların gösterilmesi” şeklinde bir uyumlu eylem karinesinin benimsendiğine dair ifadelere yer verilse de, uygulama, *Seramik* kararı ile aynı yödedir. Çünkü bu dosyada da, ihlalin bulunduğu sonucuna ulaşılırken, yalnızca rekabeti sınırlayıcı paralel davranışların gösterilmesi ile yetinilmemiş; *Seramik* kararında olduğu üzere, bilgi değişimini, kartel toplantılarına katılımı gösteren deliller, rekabetin bozulduğunu gösteren pazar analizleri ile desteklenmiştir.

Ege Çimento II ile aynı gün karara bağlanan *Ege Hazır Beton* dosyasında ise, uyumlu eylem karinesine ilişkin olarak, bir yandan *Ege Çimento II*’deki ifadelere yer verilmiş, bir yandan da *Seramik* kararındaki yaklaşımı benimseyen şu ifadeler kullanılmıştır:

“Sıkı sıkıya lafza bağlı kalarak bir yorum yapılması halinde, karinenin kullanılabilmesi için, pazarda oluşmuş bir etkinin (ya da paralel davranışın) gösterilmesi gerekecektir. Ancak, amaçsal bir yorum, karinenin kullanılabilmesi için illa pazarda oluşmuş bir etkinin gösterilmesini, yani paralel davranışın ortaya konmasını gerektirmeyip, örneğin, teşebbüsler arasında stratejik, gizli nitelikli bilgi (örneğin, pazar payı, fiyat, satış miktarları vs) değişimi gibi, rekabetçi bir yapıda olması beklenmeyen davranışların (ya da rekabetin bozulduğu pazarlardakine benzer davranışların) ortaya konmasını karinenin kullanılabilmesi için yeterli kılacaktır. Bu durumda bir anlaşmanın ispatlanamaması halinde, karine kullanılabilir ve Kanun’un öngördüğü üzere, ispat yükü ilgili teşebbüslere geçirilmiş olacaktır.”

Maya III ise, Aslan'ın "rekabeti sınırlayıcı paralel davranışların gösterilmesi" şeklindeki uyumlu eylem karinesi önerisinin, ihlal sonucuna ulaşılmasında, hem lafzen hem de fiiliyatta ilk kez kullanıldığı karar olmuştur¹⁹⁹. *Maya* pazarına yönelik daha önceki iki soruşturmada ihlalin bulunmadığı sonucuna ulaşan ve oligopolistik bağımlılık savunmasını kabul eden Kurul, bu üçüncü soruşturmada, teşebbüslerin, ekonomik ve rasyonel gerekçelere dayanmayan uyumlu fiyat artışlarının, 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesi çerçevesinde uyumlu eylem olduğu sonucuna ulaşmıştır. Raportör görüşü doğrultusunda verilen bu karar, karşı oy yazısında da belirtildiği üzere, oligopolistik bağımlılıktan kaynaklanan bilinçli paralelliklerin ihlal kabul edilmesi olasılığını doğurmaktadır. Karar, aynı zamanda, Türk rekabet hukuku ve politikasına ilişkin olarak hazırlanan OECD gözden geçirme raporundaki, uyumlu eylem karinesinin, yalnızca paralel fiyat hareketlerinden ihlalin varlığı sonucuna ulaşacak şekilde kullanılmaması yönündeki, doğru Rekabet Kurulu uygulamalarının devam etmesine yönelik tavsiyeden bir sapma teşkil etmektedir²⁰⁰.

Rekabet Kurulu, *Maya III* kararı sonrasında da, konuya ilişkin çelişkili kararlar vermeye devam etmiştir. Buna verilebilecek bir örnek, *Karadeniz Navlun*²⁰¹ kararıdır. Anılan dosyada, oligopolistik bağımlılık savunması yeniden kabul edilmiştir.

Bu kararların ardından, Rekabet Kurulu'nun çelişkili uygulamalarına, *Seramik* kararındaki üç temel ilke doğrultusunda son vermesinin, önemli olduğu belirtilmelidir. Bu üç ilkedeki ilki, oligopolistik bağımlılık savunmasının kabul edilmesidir. İkincisi, rekabeti sınırlayıcı paralel davranışların gösterilmesi şeklinde bir uyumlu eylem karinesi yerine, bilgi değişimi, kartel toplantılarına katılım gibi eylemlerin, genel pazar davranışlarını etkilemediğinin ispatının ilgili teşebbüslere bırakılması şeklinde bir karine benimsenmesidir. Üçüncüsü ise, rekabetin ihlal edildiği bütün süreci kapsayacak biçimde, anlaşma ve uyumlu eylem kavramlarının birarada kullanılabilmesi, bu çerçevede, önem teşkil edenin, anlaşma ve uyumlu eylem kavramları arasındaki ayrım değil de, 4 üncü madde kapsamındaki uzlaşmalar ile salt paralel davranışlar-bilinçli paralellikler arasındaki ayrım olduğudur. Nitekim OECD raporunda da benzer bir tavsiyede bulunmaktadır²⁰². Bu görüşü desteklemek üzere, *Seramik* dosyasına ilişkin

¹⁹⁹ Yukarıda açıklandığı üzere, *Ege Çimento II* ve *Ege Hazır Beton*'da benzer ifadelere yer verilse de, ihlalin bulunduğu sonucuna ulaşılırken, yalnızca rekabeti sınırlayıcı paralel davranışların gösterilmesi ile yetinilmemiş; *Seramik* kararında olduğu üzere, bilgi değişimini, kartel toplantılarına katılımı gösteren deliller, rekabetin bozulduğunu gösteren pazar analizleri ile desteklenmiştir.

²⁰⁰ OECD 2005a, s.68.

²⁰¹ Karadeniz Navlun, 24.04.2006 tarih ve 06-29/357-88 sayılı karar.

²⁰² OECD 2005a, s.68.

davalarda, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun verdiği ilk kararların Rekabet Kurumu lehine olduğu belirtilmelidir²⁰³. Çeşitli dosyalarda, 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesinin son iki fıkrasının Anayasaya aykırılık iddialarını ciddi bulmayan Danıştay'ın bu kararlarının da, kartellerle mücadelede Kurum'a önemli bir kolaylık sağladığı ifade edilmelidir²⁰⁴.

5.2. Kartellerin Etkili Biçimde Cezalandırılabilmesi İçin Gerekli Yaptırım ve Uygulamalar

5.2.1. Etkili Para Cezaları

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un "Para Cezaları" başlıklı 16 ncı maddesi, 5728 sayılı Kanun ile, başlığı "İdari Para Cezaları" olacak şekilde değiştirilmiştir. Anılan değişiklikte, 16 ncı maddenin ilk halindeki, "4 üncü ve 6 ncı maddede yasaklanan davranışları gerçekleştiren teşebbüs niteliğindeki gerçek ve tüzel kişiler ile teşebbüs birlikleri ve/veya bu birliklerin üyelerine, bir önceki mali yıl sonunda oluşan ve Rekabet Kurulu tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirin yüzde onuna kadar para cezası verileceği" düzenlemesi, esas itibari ile korunmuştur²⁰⁵. 5728 sayılı Kanun, yalnızca, "bir önceki mali yıl" ifadesinin, nihai karardan bir önceki mali yıl olduğunu belirterek, aşağıda inceleneceği üzere, çeşitli Rekabet Kurulu kararlarının, Danıştay tarafından yürütmesinin durdurulmasına ve iptaline yol açan bir konuya açıklık getirmiştir.

5728 sayılı Kanun'da, ayrıca, "teşebbüs veya teşebbüs birliklerine para cezaları verilmesi halinde, ihlalde belirleyici etkisi saptanan teşebbüs veya teşebbüs birliği yöneticilerine ya da çalışanlarına, teşebbüs veya teşebbüs birliğine verilen cezanın yüzde beşine kadar para cezası verilir" şeklinde yeni ve önemli bir düzenleme getirilmiştir. Bu düzenleme, "4.3.1.1. Caydırıcılığı Sağlamaya Yetecek Büyüklükteki Para Cezasının Uygulanmasının Mümkün Olmadığı Görüşü" başlığı altında ortaya konduğu üzere, kartelde yer alan teşebbüslere, çoğu durumda, yasal sınırlar dolayısıyla caydırıcılığı sağlayacak büyüklükte cezalar uygulanmadığından, ilave bir caydırıcı olarak, teşebbüs

²⁰³ Örnek olarak bkz. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun, 28.09.2006 günlü, E:2006/1965, YD. İtiraz:2006/1042 sayılı kararı.

²⁰⁴ Örnek olarak bkz. Danıştay 13 üncü Dairesi'nin, 09.05.2006 günlü, E:2005/7464, K:2006/2135 sayılı kararı.

²⁰⁵ 5728 sayılı Kanun ile değiştirilen 16 ncı maddenin 3 üncü fıkrasında şu düzenleme bulunmaktadır: "Bu Kanunun 4, 6 ve 7 nci maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idarî para cezası verilir."

yöneticilerine ve çalışanlarına, hapis ya da en azından para cezası verilmesi gerektiğine dair genel kabule uygundur.

5728 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmadan önce, 16 ncı maddede, Kurul'un, para cezasına karar verirken, kastın varlığı, kusurun ağırlığı, ceza uygulanan teşebbüs veya teşebbüslerin pazar içindeki gücü ve muhtemel zararın ağırlığı gibi unsurları dikkate alacağı düzenlenmiştir. 5728 sayılı Kanun ile getirilen düzenleme ise, Kurul'un, para cezasına karar verirken, ihlalin tekerrürü, süresi, teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlalin gerçekleşmesindeki belirleyici etkisi, verilen taahhütlere uyup uymaması, incelemeye yardımcı olup olmaması, gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususları dikkate alacağı; bunun yanı sıra, Kanuna aykırılığın ortaya çıkarılması amacıyla Kurumla aktif işbirliği yapan teşebbüs ya da teşebbüs birlikleri veya bunların yöneticileri ve çalışanlarına, ceza vermeyebileceği veya cezalarda indirim yapabileceği şeklindedir. "5.2.1.2. Cezalar Belirlenirken Dikkate Alınan Unsurlar" başlığı altında inceleneceği üzere, yasanın eski halinde açıkça zikredilmeyen hususların para cezasının takdirinde dikkate alınamayacağı yönündeki olası görüşlere cevaben yapılan bu değişiklik, konuya ilişkin tartışmaların sonlandırılması imkanını sağlayacağından olumludur.

5728 sayılı Kanun ile 16 ncı maddede yapılan değişiklikle, para cezalarının tespitinde dikkate alınan hususların, işbirliği halinde para cezasından bağımsızlık veya indirim şartlarının, işbirliğine ilişkin usul ve esasların Kurulca çıkarılacak yönetmeliklerle belirleneceği düzenlenmiştir. Yasa değişikliği çok yakın bir tarihte gerçekleştiği için henüz bir yönetmelik çıkarılmamıştır. 5728 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğe kadar, 4054 sayılı Kanun'da böyle bir düzenlemenin de bulunmamasının etkisiyle, Rekabet Kurulu, 16 ncı madde uyarınca verilecek para cezalarının belirlenmesine ilişkin usul ve esasları tespit etmek üzere bir kılavuz yayımlamamıştır. Kurul kararları da, "5.2.1.1. Cezaların Caydırıcılığı Sağlayacak Büyüklükte Olması" ve "5.2.1.2. Cezalar Belirlenirken Dikkate Alınan Unsurlar" başlıkları altında inceleneceği üzere, içerdikleri çelişkilerle, pek çok bakımından ışık tutmaktan uzaktır. Bu Kurul kararlarının iptali için başvuru Danıştay'ın verdiği kararlar da, aydınlatıcı değildir. Nitekim bu durum, Türk rekabet hukuku ve politikasına ilişkin olarak hazırlanan OECD gözden geçirme raporuna görüş bildirenlerin eleştiri konularından biri olmuştur²⁰⁶. Bütün bunlar, konuya ilişkin kesin saptamalar yapılmasını engellese de, aşağıda, giriş niteliğindeki genel açıklamalara, 5728 sayılı Kanun'daki ilgili düzenlemelerle birlikte yer verilecektir.

²⁰⁶ OECD 2005a, s.41.

Rekabet Kurulu'nun, Kanun'un 16 ncı maddesindeki, 5728 sayılı Kanun ile de korunan, "yıllık gayri safi gelir" ifadesini, tek düzen hesap planındaki "net satışlar" şeklinde yorumladığı görülmektedir. Kurul'un ceza uygulamak üzere esas aldığı net satışlar kalemi, teşebbüslerin yurt içi ve yurt dışı satışlarının yanı sıra, bazı durumlarda, ilgili ürün dışındaki ürünlerinin satışlarını da kapsayabilmektedir²⁰⁷. Ancak AB uygulamalarına paralel bu durumun, "4.4.1. Cezaların Caydırıcılığı Sağlayacak Büyüklükte Olması" başlığı altında yapılan açıklamalar çerçevesinde, olumlu olduğu ifade edilmelidir.

Danıştay, 4054 sayılı Kanun'un, 5728 sayılı Kanun ile değiştirilmesinden önceki dönemde, *Maya III* kararının iptali için açılan davalarda, 16 ncı maddedeki "bir önceki mali yıl" ifadesinin, 4 üncü maddede yasaklanmış olan eylemin son olarak gerçekleştirildiği tarihten bir önceki mali yıl cirosu şeklinde anlaşılması gerektiğine hükmetmiştir²⁰⁸. Ancak Danıştay'ın bu kararı, birkaç açıdan eleştirilebilir niteliktedir. *Maya III* dosyasında, Kurul, Şubat 2003-Kasım 2003 dönemindeki ihlal nedeniyle, 2003 yılı sonunda oluşan yıllık gayri safi gelir üzerinden ceza vermiştir. Danıştay ise, 4 üncü maddede yasaklanmış olan davranışın son olarak gerçekleştirildiği tarihten bir önceki mali yıl cirosu, yani 2002 yılı sonunda oluşan yıllık gayri safi gelir üzerinden ceza verilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Bu cironun, kartelin bulunmadığı bir dönemin cirosu olduğuna dikkat çekilmelidir. Nitekim bu husus, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu kararına yönelik karşı oy yazısında, "*teşebbüslerin cirolarını yükseltebilmek için rekabet ihlali yaptıkları göz önünde bulundurulduğunda, ihlalin gerçekleşmediği yıl cirosunun para cezasının tespitinde dikkate alınması 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un amacına ve ruhuna aykırılık oluşturacaktır*" şeklinde ifade edilmiştir. İkinci olarak, Danıştay'ın anılan kararının, bazı durumlarda, ilgili teşebbüslere, hiçbir ceza verilememesine yol açabileceği belirtilmelidir. Buna örnek olarak, monopson (tek alıcı) niteliğindeki bir alıcının, bir yıl süre ile yapacağı alımlar için açmış olduğu ihalede, teşebbüslerin danışıklı hareket etmesi şeklindeki, olası bir durum incelenebilir. Danıştay kararının kati olarak uygulanması halinde, söz konusu olayda, kartele taraf teşebbüslerden birine ceza verilebilirken, diğerlerine, net satışlar kalemindeki değer sıfır olacağı için para cezası uygulanamayacaktır.

Yukarıda yer verildiği üzere, 5728 sayılı Kanun ile, "bir önceki mali yıl" ifadesinin, nihai karardan bir önceki mali yıl olduğu düzenlemesi getirilmiştir.

²⁰⁷ Örneğin, *Seramik* kararında, bazı teşebbüsler bakımından böyle bir durum söz konusu olmuştur. Buna karşılık Kurul, istisnai nitelikli bazı dosyalarda, para cezası uygulamak üzere, yalnızca ilgili ürün satışlarından elde edilen ciroyu esas almıştır. Örneğin, *Yangın Sigortaları* kararında, yangın sigortası ciroları üzerinden para cezası uygulanmıştır.

²⁰⁸ Örnek olarak bkz. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun, 08.03.2007 günlü, E:2006/1381, YD. İtiraz:2006/1575 sayılı kararı.

Belirtmek gerekir ki, bu düzenleme, “ihlalin gerçekleşmediği yıl cirosunun, para cezasının tespitinde dikkate alınması” şeklindeki sorunu, her zaman için ortadan kaldırmamaktadır. Çünkü ihlalin son olarak gerçekleştiği dönem ile nihai karar arasında, bir yılı aşan bir zaman farkı olabilir. Ancak, yasa koyucunun, bu düzenlemeyi yaparken, büyük ihtimalle, enflasyonu göz önünde bulundurduğu ve karara en yakın ve sıklıkla daha büyük bir cironun esas alınması suretiyle, azami ceza seviyesini yükselttiği düşünülmektedir. Dolayısıyla, “4.4.1. Cezaların Caydırıcılığı Sağlayacak Büyüklükte Olması” başlığı altında yapılan açıklamalar çerçevesinde, bu değişikliğin olumlu yanlarının da bulunduğu ifade edilmelidir. 5728 sayılı Kanun’daki, “*nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelir*” düzenlemesi ile, Rekabet Kurulu’na tanınan takdir yetkisi ise, ilgili teşebbüslere, hiçbir ceza verilememesine neden olabilecek, yukarıda örneklenen çeşitli durumları ortadan kaldırabilecek niteliktedir.

Yıllık gayri safi gelir kavramı ile bağlantılı olarak incelenmesi gereken diğer bir konu, kartele, dernek, birlik, şirket gibi değişik adlar altındaki teşebbüs birliğinin aracılık ettiği; başka bir ifadeyle, kartelin organizasyonunu üstlendiği durumlarda ne yapıldığıdır. Böyle bir durumda, Kurul, genellikle, teşebbüs birliği yerine veya teşebbüs birliği yanında, teşebbüsleri, ayrı ayrı para cezası uygulamak suretiyle cezalandırmaktadır. Mevzuat teşkil eden AB uygulamalarına uygun bu tür kararlara verilebilecek örnekler, *Yonga Levha I, Yonga Levha II, Seramik, Kütahya Ekmek*²⁰⁹, *Konya Otobüs* ve *Demir Çelik*’tir.

Ancak bazı Rekabet Kurulu kararlarında, kartele taraf olan teşebbüslere ceza uygulanma imkanı olduğu halde, hiçbir ceza uygulanmadığı, hatalı bir değerlendirme ile, yalnızca teşebbüs birliğinin muhatap alındığı ve ceza uygulanacak ciro olarak da, teşebbüs birliği üyelerinin cirolarından bağımsız şekilde, sadece, teşebbüs birliği gayri safi gelirlerinin esas kabul edildiği görülmektedir. Buna ilişkin bir örnek, *İzmir Otobüs*²¹⁰ kararıdır. Anılan dosyada, soruşturma konusu teşebbüslerin birlikte fiyat tespitinin, İZOTAŞ isimli İzmir otobüs terminali işletmecisi şirketin, bir pazardaki hakim durumundan yararlanarak başka bir piyasadaki rekabet koşullarını bozması şeklindeki, 4054 sayılı Kanun’un 6 ncı maddesinin 2 nci fıkrası “d” bendi kapsamındaki eylemlerinden kaynaklandığı sonucuna ulaşılmıştır. Bu çerçevede, teşebbüslere ceza verilmezken, İZOTAŞ’a hakim durumunu kötüye kullandığı gerekçesiyle ceza uygulanmıştır. Gerekçe bu yönde olsa da, kararda yer verilen tespitlerden, İZOTAŞ’ın aslında bir teşebbüs birliği olduğu ve pek çok kartel dosyasına benzer şekilde, bu teşebbüs birliğinin, yasalara uygun diğer işlevlerinin yanı sıra,

²⁰⁹ Kütahya Ekmek, 17.08.2004 tarih ve 04-54/750-187 sayılı karar.

²¹⁰ İzmir Otobüs, 05.06.2001 tarih ve 01-26/256-72 sayılı karar.

teşebbüsler arasındaki anlaşmaların denetimini sağladığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle, kararın ulaştığı sonuca katılmak mümkün değildir. Konuya ilişkin diğer bir örnek ise, *Şanlıurfa Otobüs* kararıdır. İlgili dosyada, birlikte fiyat tespitinden dolayı, raportörlerin, üç teşebbüs ile teşebbüs birliği niteliğindeki derneğe para cezası verilmesi yönündeki talebine ve karşı oy yazılarına rağmen, yalnızca derneğe, asgari para cezası uygulanmıştır. Kararı ilginç kılan diğer bir husus ise, karşı oy yazılarında da ifade edildiği üzere, raportörlerin para cezası uygulanmasını talep ettiği üç teşebbüs için, olumlu ya da olumsuz, hiçbir karar tesis edilmemiş olmasıdır.

Rekabet Kurulu, *Ankara Motor Yenileme*²¹¹ ve *Bodrum Su*²¹² gibi kararlarında ise, herhangi bir teşebbüs birliği bulunmamasına rağmen, raportör görüşü doğrultusunda, kartele taraf teşebbüsler arasındaki anlaşmayı, tüzel kişiliği olmayan teşebbüs birliği kararı şeklinde nitelendirmiş ve bunun ardından, ayrı ayrı ceza vermek yerine, asgari düzeydeki cezayı, ilgili teşebbüsler arasında paylaşırma yoluna gitmiştir. Oy çokluğuyla ulaşılan bu sonuç, gerek kuramsal bir dayanağının bulunmaması gerek örnek olay teşkil ederek, diğer kartellerin de etkili şekilde cezalandırılmaması riskini yaratması açısından eleştirilebilir niteliktedir.

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde, 5728 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikte açık bir hüküm bulunmayan bu konuya ilişkin getirilebilecek bir öneri, kartele teşebbüs birliğinin aracılık ettiği durumlarda, kural olarak, teşebbüs birliği yerine veya teşebbüs birliği yanında, teşebbüslere ayrı ayrı para cezası uygulanması ya da yalnızca teşebbüs birliğine ceza uygulanacaksa, para cezasına esas alınacak teşebbüs birliği cirosunun, teşebbüs birliği üyeleri cirolarının toplamından oluşmasıdır. Buna karşılık, teşebbüs birliği üyelerinin sayısının, ciroların hesaplanmamasına yol açacak kadar fazla olması halinde, teşebbüs birliğinin gayri safi gelirleri, para cezasına esas alınabilir.

Bu başlık altında son olarak incelenmesi gereken husus, 4054 sayılı Kanun ile yasaklanmış her bir davranışın ayrı ayrı cezalandırılıp cezalandırılmayacağıdır. Daha açık bir ifadeyle, örneğin, soruşturma kapsamındaki bir teşebbüsün, farklı pazarlarda, farklı teşebbüslerle, farklı karteller kurması ya da kartele taraf bir teşebbüsün, dikey ihlallerinin de tespit edilmesi hallerinde, bu farklı ihlaller için, ayrı ayrı para cezası belirlenip belirlenemeyeceği sorusunun yanıtı aranmalıdır. İlk dosyalarda, her bir ihlal için, ayrı ayrı para cezası verilmesini hukuka uygun bulan²¹³ Danıştay 10 uncu

²¹¹ Ankara Motor Yenileme, 27.02.2001 tarih ve 01-10/100-24 sayılı karar.

²¹² Bodrum Su, 22.01.2002 tarih ve 02-04/39-20 sayılı karar.

²¹³ Örnek olarak bkz. Danıştay 10 uncu Dairesi'nin, 19.11.2003 günlü, E:2001/2278, K:2003/4479 sayılı kararındaki, "...her bir ihlal için cirolarının %02 sinin esas alındığı dikkate alındığında

Dairesi, daha sonra, “her bir ihlal için ayrı ceza değil, tek ceza verilmesi gerekmektedir” gerekçesi ile yürütmeyi durdurma kararları vermiştir²¹⁴. Bu kararlara Rekabet Kurumu tarafından yapılan itirazları görüşen Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, itiraz isteminin esasının incelenerek karar verilmesi gerektiği yönündeki görüşlere itibar etmeyerek, soruşturma heyeti başkanı Kurul üyesi nihai karara katıldığı için oy çokluğu ile itirazı reddetmiştir²¹⁵. 2005 yılından itibaren, Kurul kararlarına karşı açılan davalara bakmaya başlayan Danıştay 13 üncü Dairesi ise, tetkik hakiminin farklı görüşüne rağmen, yeniden 10 uncu Daire'nin ilk kararları yönünde karar vermeye başlamıştır²¹⁶. 13 üncü Daire'nin bu kararlarına yönelik itirazların, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından reddedilmesinin²¹⁷, Kanun ile yasaklanmış her bir davranışın ayrı ayrı cezalandırılmasına imkan verdiği belirtilmelidir.

Bu giriş niteliğindeki açıklamaların ardından, 4054 sayılı Kanun'da kartel üyelerine hapis cezası verilebilmesine imkan veren bir düzenleme bulunmadığı; başka bir ifadeyle, Rekabet Kurumu'nun uygulayabileceği yegane yaptırım para cezası olduğu için, dördüncü bölümde, “4.4. Etkili Para ve Hapis Cezasının Özellikleri” başlığı altındaki ölçütlerin, yalnızca “Etkili Para Cezaları” başlığı altında ele alınacağı belirtilerek, etkili para cezası kavramı daha ayrıntılı incelemeye tabi tutulacaktır.

5.2.1.1. Cezaların Caydırıcılığı Sağlayacak Büyüklükte Olması

Kartel dosyalarında uygulanacak para cezalarının, caydırıcılığı sağlamak amacıyla yüksek olması gerektiği konusunda, genel bir kabul bulunmaktadır²¹⁸. Bu nedenle, gerek ABD'de gerek AB'de, mevcut düzenlemelerin elverdiği en üst cezanın verilmesi ile sıklıkla karşılaşmaktadır. Buna karşılık, Rekabet Kurulu'nun, 4054 sayılı Kanun'un 16 ncı maddesindeki düzenleme çerçevesinde, karteğe taraf teşebbüslere asgari para cezası uygulayarak, yasal üst sınır olan %10'u aştığı dosyalar²¹⁹ haricinde verdiği en yüksek oran olan, *Trafik Sinyalizasyon* kararındaki %6, %10'luk üst sınırın çok altındadır ve buna yakın oranlarla nadiren karşılaşmaktadır.

4054 sayılı Kanun 16. maddesinde davalı idareye tanınan takdir yetkisinin hukuka uygun şekilde kullanıldığı sonucuna varıldığından aksi yöndeki davacı iddiaları yerinde görülmemiştir” ifadesi.

²¹⁴ Örnek olarak bkz. Danıştay 10 uncu Dairesi'nin, 24.11.2004 günlü, E:2004/9503 sayılı kararı.

²¹⁵ Örnek olarak bkz. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun, 26.05.2005 günlü, E:2004/9503, YD. İtiraz:2005/284 sayılı kararı.

²¹⁶ Örnek olarak bkz. Danıştay 13 üncü Dairesi'nin, 06.11.2006 günlü, E:2006/4606 sayılı kararı.

²¹⁷ Örnek olarak bkz. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 25.01.2007 günlü, E:2006/4606, YD. İtiraz:2006/1458 sayılı kararı.

²¹⁸ Örnek olarak bkz. Hammond 2004, s.8.

²¹⁹ Örnek olarak bkz. *Kütahya Ekmek* kararı.

Kurul'un uygulamakta olduğu oranların, "5.2.1.2.2. İhlalin Tekrarı" başlığı altında inceleneceği üzere, ihlalin defalarca tekrar edildiği hallerde bile %10'a ulaşmadığı görülmektedir. Bunun en açık kanıtı, *Bartın Otobüs* kararıdır. Anılan dosyada, Metro firmasına, daha önce *Konya Otobüs*, *Kastamonu Otobüs* ve *Nevşehir Otobüs*²²⁰ kararlarında kartele taraf olduğu tespit edilmesine, üstelik %3'e varan²²¹ bir ceza uygulanmasına rağmen, diğer teşebbüslerle birlikte asgari ceza verilmiştir.

Kurul'un uygulamakta olduğu oran, kartel toplantılarının, önaraştırma veya soruşturma açılması kararının ardından devam ettiğinin tespit edildiği dosyalarda da %10'a ulaşmamaktadır. Örneğin, raportörlerin, ihlalin tekrar edildiği, daha önce aynı sektörde, teşebbüslerin net satışlarının %1'i ile 3'ü arasında değişen oranlarda para cezası verildiği, bu nedenle %4 ile 8 arasında değişen oranlarda para cezası verilmesi gerektiği şeklindeki görüş açıkladığı *Akdeniz Hazır Beton* dosyasında, kartel toplantılarının, soruşturma açılması kararının ardından devam ettiği tespit edilmesine rağmen, teşebbüslere binde 4 ile %3 arasında değişen oranlarda para cezası uygulanmıştır. Benzer şekilde, *Yonga Levha I* ve *Yonga Levha II* kararlarında, teşebbüslerin, kartel toplantılarına, haklarında önaraştırma yapılmakta olduğunu bilmelerine rağmen devam ettikleri ve "Rekabet Yasası bizi batırır" diyecek kadar durumun bilincinde oldukları tespitine yer verilmiştir. Buna karşılık, anılan dosyada, ilgili teşebbüslere %1 oranında para cezası uygulanmıştır ki cezanın bu derece düşük olmasında, asgari ceza uygulanması gerektiği yönündeki karşı oy yazılarının da etkisi olduğu ileri sürülebilir.

Kurul kararlarından, uygulanacak oranın tespitinde, kartel neticesinde ortaya çıkan zarar veya kartelden elde edilen kazancın da göz önünde bulundurulmadığı anlaşılmaktadır. Örneğin, *Seramik* kararında, yalnızca nakliyenin kimin tarafından ödeneceği konusunda bir anlaşma yapılmış olsaydı bile, bunun tüketicilerin alım maliyetine %2-7 arasında ek yük getireceği; ilgili kartelde, ihlalin çok daha kapsamlı olduğu ve uzun bir döneme yayıldıđı²²² göz önünde bulundurulduğunda, çok daha büyük bir zararın ortaya çıktığı belirtilmiştir. Buna karşılık, anılan dosyada, teşebbüslere, %1 ile 2 arasında değişen oranlarda para cezası verilmiştir. *Demir Çelik* kararında, 29.12.2003 tarihli toplantı neticesinde, nervürlü inşaat demiri fiyatlarının 390 \$/ton'dan, 450 \$/ton'a çıkarıldığı tespit edilmiştir. Bu artışın kartele taraf teşebbüslere, yaklaşık olarak 400 milyon \$'lık bir gelir transferi sağladığı

²²⁰ Nevşehir Otobüs, 31.05.2006 tarih ve 06-38/478-130 sayılı karar.

²²¹ Kurul *Konya Otobüs* kararında %1,5, *Kastamonu Otobüs* kararında %3, *Nevşehir Otobüs* kararında ise, %2 oranında para cezası uygulamıştır.

²²² Kararda, kartele taraf teşebbüslerin, 14.12.1994'ten başlayıp, devam eden süreçte, satım fiyatı ve şartlarını tespit ettiği, arz miktarının kontrolü-pazar paylaşımı içinde bulunduğu ve rekabete duyarlı bilgileri değiştirdiği sonucuna ulaşılmıştır.

sonucuna ulaşılabilir²²³. Buna karşılık, ihlalin kapsamlı olduğu ve uzun bir döneme yayıldığı²²⁴ bu kartelde, teşebbüslere, asgari ceza ile binde 1,5 arasında değişen oranlarda para cezası uygulanmış; ceza toplamı 3,7 milyon \$'da kalmıştır.

Son olarak, Kurul'un, para cezalarına hükmederken, en ciddi rekabet ihlali olduğu, doktrinde, diğer hukuk düzenlerinde ve bizzat "5.1.3.1. *Rule of Reason* Analizi Yerine *Per se* Kuralının Kullanılması ve Etki Yerine Amaca Vurgu" başlığı altında incelenen pek çok Kurul kararında genel kabul gören karteller ile diğer rekabet ihlalleri arasında bir ayırım yapmadığı belirtilmelidir. Kurul kararlarında, AB'de olduğu üzere, "giriş ücreti (*entry fee*)" şeklinde adlandırılan ve amacı, teşebbüsleri, kartellere kısa süreli katılımlardan bile caydırmak; başka bir deyişle, "dene ve gör politikası"ni²²⁵ tercih etmelerini engellemek olan bir uygulamayla karşılaşılmamaktadır. Hatta Kurul'un, pek çok dosyada, para cezasına karar verirken, kartele taraf olanlara, diğer rekabet ihlallerini gerçekleştiren teşebbüslere nazaran daha hoşgörülü yaklaştığı bile ileri sürülebilir. Buna bir örnek, *Karbogaz*²²⁶ dosyasında, Kurul'un, Karbogaz'a, 1997 yılından beri rakiplerin faaliyetlerini zorlaştırarak hakim durumunu kötüye kullandığı gerekçesi ile %3 oranında para cezası verirken, *Demir Çelik* dosyasında, 1995'ten başlayıp, devam eden süreçte, alım ve satım fiyatı ile şartlarının tespit edildiği, arz miktarının kontrol edildiği ve rekabete duyarlı bilgi değişimi içinde bulunduğu sonucuna ulaşmasına rağmen, teşebbüslere, asgari ceza ile binde 1,5 arasında değişen oranlarda para cezası uygulamasıdır.

Caydırıcılığı sağlamaya yetecek büyüklükteki cezanın, kartele taraf teşebbüslerin ilgili ürün cirosunun en az %150'si olduğu yönündeki görüşlerin genel kabul gördüğü düşünüldüğünde²²⁷, Kurul'un, örneğin, ihlalin defalarca tekrar edildiği, kartel toplantılarının, önaraştırma veya soruşturma açılması kararının ardından devam ettiği, kartelin verdiği zararın veya kartelden elde edilen kazancın çok büyük olduğu hallerde dahi, %10'luk üst sınırın çok altında cezalar uygulaması eleştirilebilecek niteliktedir. Dolayısıyla Kurul, en kısa zamanda, karteller ile diğer rekabet ihlalleri arasında bir ayırım yaparak, caydırıcılığı mümkün olduğunca sağlayacak büyüklükte cezalar uygulamaya

²²³ 400 milyon \$'lık gelir transferi sonucuna, kartele taraf teşebbüslerin 2004 yılı Türkiye satışları toplamı olan yaklaşık 7 milyon tonluk rakam, artış miktarı olan 60 \$/ton ile çarpılarak ulaşılmıştır.

²²⁴ Kararda, kartele taraf teşebbüslerin, 1995'ten başlayıp, devam eden süreçte, alım ve satım fiyatı ile şartlarını tespit ettiği, arz miktarını kontrol ettiği ve rekabete duyarlı bilgi değişimi içinde bulunduğu sonucuna ulaşılmıştır.

²²⁵ De Broca 2006, s.4.

²²⁶ Karbogaz, 23.08.2002 tarih ve 02-49/634-257 sayılı karar.

²²⁷ Örnek olarak bkz. Wils 2005, s.140 ve Calvani 2004, s.8.

başlamalıdır. Keza, yukarıda belirtildiği üzere²²⁸, 5728 sayılı Kanun ile getirilen, “ihlalde belirleyici etkisi saptanan teşebbüs veya teşebbüs birliği yöneticilerine ya da çalışanlarına, teşebbüs veya teşebbüs birliğine verilen cezanın yüzde beşine kadar para cezası verilir” şeklindeki düzenlemenin, çoğu durumda, kartelde yer alan teşebbüslere, %10'luk üst sınır dolayısıyla caydırıcılığı sağlayacak büyüklükte cezalar uygulanamadığından, ilave bir caydırıcı olacağı düşünülmektedir.

5.2.1.2. Cezalar Belirlenirken Dikkate Alınan Unsurlar

Kartellerle etkili mücadeleyi amaç edinmiş hukuk düzenlerinde, para ve hapis cezaları belirlenirken, bu cezaların etkisini artırmak üzere, caydırılmak veya teşvik edilmek istenen çeşitli hususlar göz önünde bulundurulmaktadır. Aşağıda, caydırılmak istenen hususlardan, diğerlerine nazaran daha fazla önem atfedilen²²⁹, “ihlalin süresi”, “ihlalin tekrarı”, “eksik, yanlış veya yanıltıcı bilgi verilmesi, belgelerin içeriklerinin değiştirilmesi veya ortadan kaldırılması ile inceleme ve soruşturmaların engellenmesi” ile teşvik edilmek istenen hususlardan önde geleni olan, “ihlalin kabulü ve işbirliği” başlıkları altında incelenen Rekabet Kurulu kararları ise, Türkiye'deki uygulamanın bu yönde olmadığını göstermektedir.

5.2.1.2.1. İhlalin Süresi

Gerek ABD'de gerek AB'de, ihlalin süresi, ceza miktarının belirlenmesinde doğrudan etkili olmaktadır²³⁰. Buna karşılık, Rekabet Kurulu uygulamalarında, rekabet ihlalinde bulunma süresi iki yıl olan Aks'ye, %1; 6 ay olan Star'a, binde 5; 2,5 ay olan Ülke'ye ise, binde 2,5 oranında para cezası verilmesi sonucuna ulaşılan *Reklam Yerleri II*²³¹ gibi istisnai nitelik taşıyan kararlar dışında, para cezası takdir edilirken ihlalin süresinin dikkate alınmadığı görülmektedir. Bunun en açık örneği, *Seramik* kararında, seramik sağlık gereçleri pazarında 14.12.1994'den başlayıp, en azından 2002 yılına kadar devam eden ve unsurları, “satım fiyatı ve şartlarının tespit edilmesi” ve “rekabete duyarlı bilgi değişimi” olan kartele taraf teşebbüslere, binde 3 oranında para cezası verilirken; bu karardan 1 ay sonra, *Toz Alçı*²³² kararında, 1997'den başlayıp 2001 yılına kadar devam eden ve unsurları, “satım fiyatının tespit edilmesi” olan karteldeki teşebbüslere, binde 5 oranında ceza verilmesidir.

²²⁸ Bkz. “4.3.1.1. Caydırıcılığı Sağlamaya Yetecek Büyüklükteki Para Cezasının Uygulanmasının Mümkün Olmadığı Görüşü” başlığı altındaki değerlendirmeler.

²²⁹ Geradin ve Henry 2005; ICN 2005, s.62; Kinsella ve Daly 2001, s.13; Klawiter 2001, s.754.

²³⁰ ABD için bkz. Klawiter 2001, s.751-753; AB için bkz. De Broca 2006, s.4.

²³¹ Reklam Yerleri II, 21.10.2002 tarih ve 02-64/803-325 sayılı karar.

²³² Toz Alçı, 08.04.2004 tarih ve 04-25/279-61 sayılı karar.

İhlalin süresi konusu ile bağlantılı diğer bir husus, AB’de 2006 tarihli para cezalarına ilişkin rehberde yer alan ve karteller ile diğer ihlaller arasında, karteller aleyhine fark yaratan iki düzenlemedir. Bunlardan birincisi, “4.4.2.1. İhlalin Süresi” başlığı altında incelenen “giriş ücreti (*entry fee*)” düzenlemesidir²³³. Rekabet Kurulu uygulamalarının bu yönde olmadığı, “5.2.1.1. Cezaların Caydırıcılığı Sağlayacak Büyüklükte Olması” başlığı altında ortaya konmuştur. İkincisi ise, incelemenin başlaması ile birlikte ihlale son verilmesinin, diğer ihlallerden farklı olarak, kartel dosyalarında hafifletici unsur olarak kabul edilmeyecek olmasıdır²³⁴. Oysa, “5.1.3.1. *Rule of Reason* Analizi Yerine *Per se* Kuralının Kullanılması ve Etki Yerine Amaca Vurgu” başlığı altında ayrıntılı şekilde incelendiği üzere, Kurul’un bazı kararlarında, incelemenin başlaması ile birlikte kartele son verilmesi halinde, caydırıcılığı sağlayacak cezaların verilmesinden tümüyle vazgeçilmektedir.

Bu bilgiler ışığında, Rekabet Kurulu’nun para cezasını belirlerken ihlalin süresini dikkate alması önem arz etmektedir. *Reklam Yerleri II* kararından hareketle, Kurul’un bu yönde bir politika benimsemesi için, bir yasa değişikliği gerekmediği düşünülmektedir. Ancak Rekabet Kurumu yetkilileri tarafından, OECD’nin, Türk rekabet hukuku ve politikasına ilişkin olarak 2005 yılında hazırladığı gözden geçirme raporunda ifade edildiği üzere²³⁵, konuya ilişkin tartışmaları sonlandırabilmek adına, 5728 sayılı Kanun ile yapılan, “*Kurul’un, para cezasına karar verirken, ihlalin süresini dikkate alacağı*” yönündeki değişiklik kuşkusuz faydalı olacaktır. Bu bağlamda, Kurul, ABD ve AB gibi hukuk düzenlerinde olduğu üzere, teşebbüsleri, kartellere kısa süreli katılımlardan bile caydıracak ve “dene ve gör politikası”²³⁶ uygulamalarını engelleyecek yöntemler geliştirmeli; keza, kartel dosyalarında, incelemenin başlaması ile birlikte ihlale son verilmesini, yaptırım ortadan kaldırıcı veya hafifletici bir unsur olarak kabul etmemelidir.

5.2.1.2.2. İhlalin Tekrarı

ABD’de de AB’de de, cezalar belirlenirken göz önünde bulundurulacak ağırlaştırıcı unsurlardan biri, ihlalin tekrarıdır²³⁷. Buna karşılık, Rekabet Kurulu uygulamalarında, DTV ve Satel teşebbüslerine, geçmişte benzer bir ihlali gerçekleştirdikleri ve %1 oranında para cezası uygulandığı²³⁸ gerekçesi ile %1,5 oranında para cezası verilmesi şeklinde, istisnai nitelik taşıyan *Reklam*

²³³ De Broca 2006, s.4.

²³⁴ İbid, s.5.

²³⁵ OECD 2005a, s.41.

²³⁶ De Broca 2006, s.4. Ayrıca bkz. “4.4.1. Cezaların Caydırıcılığı Sağlayacak Büyüklükte Olması” ve “4.4.2.1. İhlalin Süresi” başlıkları altında yapılan açıklamalar.

²³⁷ ABD için bkz. Masoudi 2007, s.8; AB için bkz. De Broca 2006, s.4-5.

²³⁸ Reklam Yerleri I, 01.02.2000 tarih ve 00-4/41-19 sayılı karar.

Yerleri II gibi kararlar dışında, ihlalin tekrarının ağırlaştırıcı unsur olarak dikkate alınmadığı görülmektedir. Bunun en açık kanıtı, *Bartın Otobüs* kararıdır. Anılan dosyada, Metro teşebbüsüne, daha önce *Konya Otobüs*, *Kastamonu Otobüs* ve *Nevşehir Otobüs* kararlarında kartele taraf olduğu tespit edilmesine, üstelik %3'e varan²³⁹ bir ceza uygulanmasına rağmen, diğer teşebbüslerle birlikte asgari ceza verilmiştir. *Ege Çimento II*, *Ege Hazır Beton*, *Maya III*, *Marmara Hazır Beton*, *Akdeniz Çimento II*, *Akdeniz Hazır Beton* ve *Sağlık Bakanlığı İhalesi* gibi kararlarda da, ihlalin tekrarı, ağırlaştırıcı unsur olarak dikkate alınmamıştır.

AB uygulamasında, ihlalin her bir tekrarı için %100 oranında artış yapılır ve “önceki ihlalin, farklı bir ürün pazarında, aynı grup içerisindeki farklı şirketler tarafından gerçekleştirilmesi”, “önceki ihlale para cezası verilmemiş olması”, “zaman aşımı” gibi savunmalar kabul edilmezken²⁴⁰, Rekabet Kurulu'nun, ihlalin tekrarını, istisnalar haricinde ağırlaştırıcı unsur olarak kabul etmemesi, kartellerle mücadeleyi zayıflatıcıdır.

Bu bilgiler ışığında, Rekabet Kurulu'nun para cezasını belirlerken ihlalin tekrarını dikkate alması önem arz etmektedir. *Reklam Yerleri II* kararından hareketle, Kurul'un bu yönde bir politika benimsemesi için, bir yasa değişikliği gerekmediği düşünülmektedir. Ancak Rekabet Kurumu yetkilileri tarafından, OECD'nin, Türk rekabet hukuku ve politikasına ilişkin olarak 2005 yılında hazırladığı gözden geçirme raporunda ifade edildiği üzere²⁴¹, konuya ilişkin tartışmaları sonlandırabilmek adına, 5728 sayılı Kanun ile yapılan, “*Kurul'un, para cezasına karar verirken, ihlalin tekrarrünü dikkate alacağı*” yönündeki değişiklik kuşkusuz faydalı olacaktır. Keza, Kurul'un, AB uygulamalarına paralel şekilde, ihlalin tekrarı halinde, para cezasını, her bir tekrar için bir katı oranında arttırması ve “önceki ihlalin, farklı bir ürün pazarında, aynı grup içerisindeki farklı şirketler tarafından gerçekleştirilmesi”, “önceki ihlale para cezası verilmemiş olması”, “zaman aşımı” gibi hususları dikkate almaması önem arz etmektedir.

5.2.1.2.3. Eksik, Yanlış veya Yanıltıcı Bilgi Verilmesi, Belgelerin İçeriklerinin Değiştirilmesi veya Ortadan Kaldırılması ile İnceleme ve Soruşturmaların Engellenmesi

Eksik, yanlış veya yanıltıcı bilgi verilmesi, belgelerin içeriklerinin değiştirilmesi veya ortadan kaldırılması ile inceleme ve soruşturmaların engellenmesi, gerek ABD'de gerek AB'de, ağırlaştırıcı unsur olarak kabul

²³⁹ Kurul *Konya Otobüs* kararında %1,5, *Kastamonu Otobüs* kararında %3, *Nevşehir Otobüs* kararında ise, %2 oranında para cezası uygulamıştır.

²⁴⁰ İDM ve ATAD tarafından, *Belgian Beer* kararı ile geliştirilen içtihat için bkz. De Broca 2006, s.5; Geradin ve Henry 2005, s.38; Kristof 2006, s.59; Nijs 2002, s.37.

²⁴¹ OECD 2005a, s.41.

edilmektedir²⁴². Ancak, Rekabet Kurulu'nun, bu tür eylemlere yönelik olarak, tutarlılık kazanmış bir uygulaması bulunmamaktadır. Bu durum, tarih sırasına göre yer verilecek örnek kararlar çerçevesinde ortaya konabilir. 08.02.2002 tarihli *Gübre* kararında, soruşturma kapsamındaki teşebbüslerden birinin yerinde incelemeyi engellemesi ağırlaştırıcı unsur olarak göz önünde bulundurulmamıştır. Benzer bir durum, yerinde incelemeyi engelleyen teşebbüsler bakımından cezanın artırılması yönünde raportör görüşüne yer verilen, 24.02.2004 tarihli *Seramik* kararı bakımından da geçerlidir. Buna karşılık, 18.08.2004 tarihli *Konya Otobüs* kararında, diğer teşebbüslere %1,25; yerinde incelemeyi engelleyen teşebbüse ise, bu yönde bir raportör görüşü bulunmamasına rağmen, %1,50 oranında para cezası verilmiştir. 02.12.2004 tarihli *Ege Çimento II* ve *Ege Hazır Beton* kararlarında, eksik bilgi verilmesi, ağırlaştırıcı unsur olarak göz önünde bulundurulmamıştır. Buna karşılık, 14.10.2005 tarihli *Demir Çelik* kararında, Kurul, yine raportör görüşü bulunmazken, yerinde incelemenin engellenmesini ağırlaştırıcı unsur olarak kabul etmiş ve ilgili teşebbüse, diğerlerine nazaran %50 oranında daha fazla ceza vermiştir.

Rekabet Kurulu'nun bu kararları, şeffaflık ve nesnellikten uzak olmalarının yanı sıra, kartellerle mücadeleyi zayıflatıcıdır. Bu nedenle, ABD ve AB'dekine benzer şekilde, eksik, yanlış veya yanıltıcı bilgi verilmesi, belgelerin içeriklerinin değiştirilmesi veya ortadan kaldırılması ile inceleme ve soruşturmanın engellenmesinin ağırlaştırıcı unsur olarak kabul edilmesi, tutarlılık kazanmış bir uygulama haline gelmelidir. *Konya Otobüs* ve *Demir Çelik* kararlarından hareketle, Kurul'un bu yönde bir politika benimsemesi için, bir yasa değişikliği gerekmediği düşünülmektedir. Ancak Rekabet Kurumu yetkilileri tarafından, OECD'nin, Türk rekabet hukuku ve politikasına ilişkin olarak 2005 yılında hazırladığı gözden geçirme raporunda ifade edildiği üzere²⁴³, konuya ilişkin tartışmaları sonlandırabilmek adına, 5728 sayılı Kanun ile yapılan, "*Kurul'un, para cezasına karar verirken, incelemeye yardımcı olup olunmamasını dikkate alacağı*" yönündeki değişiklik kuşkusuz faydalı olacaktır.

5.2.1.2.4. Cezaların İşbirliğini Teşvik Edici Olması

ABD ve AB'de, kartelin varlığına dair sağlam deliller elde etmek, dosyaların gereksiz yere uzamasını, mümkün olduğu ölçüde önlemek ve bu sayede, kamu kaynaklarının etkin kullanımını sağlamak amacıyla, kartelin varlığını kabul ederek, işbirliği talebinde bulunanlara, uzlaşma sırasına göre

²⁴² ABD için bkz. Klawiter 2001, s.754 ve Pate 2003a, s.5-6; AB için bkz. De Broca 2006, s.5.

²⁴³ OECD 2005a, s.41.

değişen oranlarda indirim yapılmaktadır²⁴⁴. “5.1.2.8. Pişmanlık (Af) Programı Uygulama Yetkisi” ve “5.1.2.9. İhlalin Kabulü ve İşbirliği Karşılığında Cezalarda İndirim Yaparak İlgililerle Uzlaşma Yetkisi” başlıkları altında incelenen *Trafik Sinyalizasyon, Yonga Levha I, Yonga Levha II* ve *Gazbeton* gibi kararlardan anlaşılacağı üzere, Rekabet Kurulu’nun da benzer uygulamaları bulunmaktadır. Ancak iki sebepten dolayı, Rekabet Kurulu uygulamalarının, ABD ya da AB’deki kadar başarı sağlayamadığı düşünülmektedir. Bunlardan birincisi, teşebbüslerin işbirliği yapmasalar da zaten yüksek cezalara çarptırılmıyor olmaları; başka bir ifadeyle, işbirliğini teşvik edici yüksek cezaların bulunmamasıdır. İkincisi ise, mevcut ceza uygulamaları bakımından şeffaflığın olmaması, daha açık bir deyişle, teşebbüslerin işbirliği halinde ne kadar indirim kazanabileceklerini gösteren bir düzenlemenin bulunmamasıdır.

Bu açıklamalar çerçevesinde, Rekabet Kurulu’nun, kartelin varlığını kabul ederek, işbirliği talebinde bulunanlara, uzlaşma sırasına göre değişen oranlarda indirim yapılması uygulamalarına, çıkarılacak bir rehber yardımı ile, şeffaflık, nesnellik ve tutarlılık kazandırması, kartellerle mücadele bakımından önem taşımaktadır. *Trafik Sinyalizasyon, Yonga Levha I, Yonga Levha II* ve *Gazbeton* gibi kararlarda yapılan indirimler, Kurul’un bu yönde bir politika benimsemesi için, 4054 sayılı Kanun’un değiştirilmesine gerek olmadığını ortaya koymaktadır. Ancak Rekabet Kurumu yetkilileri tarafından, OECD’nin, Türk rekabet hukuku ve politikasına ilişkin olarak 2005 yılında hazırladığı gözden geçirme raporunda ifade edildiği üzere²⁴⁵, konuya ilişkin tartışmaları sonlandırabilmek adına, 5728 sayılı Kanun ile yapılan, “*Kanuna aykırılığın ortaya çıkarılması amacıyla Kurumla aktif işbirliği yapan teşebbüs ya da teşebbüs birlikleri veya bunların yöneticileri ve çalışanlarına, işbirliğinin niteliği, etkinliği ve zamanlaması dikkate alınarak ceza verilmeyebileceği veya cezalarda indirim yapılabileceği*” yönündeki değişiklik kuşkusuz faydalı olacaktır.

5.2.1.3. Ayrıntılı Düzenlemelerle, Cezalara Karar Verenlerin Takdir Yetkisinin Azaltılması

4054 sayılı Kanun’un 16 ncı maddesi, Rekabet Kurulu’nun, para cezasına karar verirken dikkate alacağı unsurları, tadadi olarak hükme bağlamış; buna karşılık, cezanın hesaplanmasına başlangıç noktası teşkil edecek oran, ağırlaştırıcı unsurlara ilişkin artış veya hafifletici unsurlara ilişkin azalış miktarları gibi konularda düzenleme yapmayarak, Kurul’a çok geniş bir takdir yetkisi sağlamıştır. Kurul, kendisine tanınan bu geniş takdir yetkisini

²⁴⁴ ABD için bkz. Levy ve O’Donoghue 2004, s.85 ile Joshua, Low ve Spratling 2001, s.21 ve 24; AB için bkz. Arbault ve Peiro 2002b, s.21.

²⁴⁵ OECD 2005a, s.41.

kısıtlayacak, ABD, AB ve diğer pek çok hukuk düzenine benzer bir rehber yayımlanmamıştır. Kurul kararları da, “5.2.1.1. Cezaların Caydırıcılığı Sağlayacak Büyüklükte Olması” ve “5.2.1.2. Cezalar Belirlenirken Dikkate Alınan Unsurlar” başlıkları altında incelendiği üzere, içerdikleri çelişkilerle, konuya ışık tutmaktan uzaktır. Bu Kurul kararlarının iptali için başvuru Danıştay’ın verdiği kararlar da, en azından şimdilik, Kurul’un takdir yetkisini kısıtlamamıştır. Türk rekabet hukuku ve politikasına ilişkin olarak hazırlanan OECD gözden geçirme raporuna görüş bildirenlerin eleştiri konularından biri olan²⁴⁶ bu geniş takdir yetkisinin doğurduğu, birbirleri ile yakından ilişkili çeşitli sonuçlar bulunmaktadır:

Öncelikle, bu çok geniş takdir yetkisinin, kartele taraf olan teşebbüsleri ağır biçimde cezalandırmak hususundaki isteksizliğin sürdürülmesine imkan verdiği belirtilmelidir. Bu isteksizliğin en önemli nedeni, kartel üyelerinin, çoğunlukla, toplum açısından bir tehdit yaratmayan, bağış organizasyonlarının destekçisi, toplumun temel direği niteliğinde insanlar olarak görülmeleri ve bir kere yakalandıklarında, tövbekar görünüşleri ile cezalara karar verenleri, aynı eylemi bir daha yapmayacaklarına ikna etmeleridir²⁴⁷. Bu durumun, “5.2.1.1. Cezaların Caydırıcılığı Sağlayacak Büyüklükte Olması” başlığı altında incelendiği üzere, Kurul’un, örneğin, ihlalin defalarca tekrar edildiği, kartel toplantılarının, önaraştırma veya soruşturma açılması kararının ardından devam ettiği, kartelin verdiği zararın veya kartelden elde edilen kazancın çok büyük olduğu hallerde dahi, %10’luk üst sınıra çok altında cezalar uygulamasına yol açtığı düşünülmektedir. Geniş bir takdir yetkisi, cezaların belirlenmesinde, şeffaflık, nesnellik ve tutarlılığı da ortadan kaldırmaktadır.

Bu açıklamalar çerçevesinde, ABD’de, yukarıda yer verilen sorunları, özellikle de yargıçların kartel üyelerini ağır biçimde cezalandırmak konusundaki isteksizliklerini ortadan kaldırmak üzere, Cezalandırma Rehberleri ile bulunan çareye başvurulabilir. Bu doğrultuda, olaylar arasındaki farklılıkların dikkate alınmasına imkan verecek esneklik tanınmak kaydıyla, cezaların belirlenmesinin usul ve esaslarına ilişkin detaylı düzenlemeler getirilerek, cezalara karar verenlerin takdir yetkisi sınırlanmalıdır. Bunun için, 4054 sayılı Kanun’da yapılacak değişiklik ile, cezanın hesaplanmasına başlangıç noktası teşkil edecek oran, ağırlaştırıcı unsurlara ilişkin artış veya hafifletici unsurlara ilişkin azalış miktarları gibi konularda düzenleme yapılabilir. Keza, Rekabet Kurulu’nun, en kısa zamanda, böyle bir Kanun değişikliğine esas olacak, ABD, AB ve diğer hukuk düzenlerindeki rehberler göz önünde bulundurularak hazırlanan bir düzenleme yayımlanmasının önem arz ettiği düşünülmektedir.

²⁴⁶ Ibid, s.41 ve 73.

²⁴⁷ Baker 2001, s.706 ve 712 ile 2003, s.26. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. “2.2.4. (ABD Uygulamaları) 1974-1991” başlığı altındaki açıklamalar.

5.2.2. Hapis Cezası

Kartellerle etkili mücadele bakımından hapis cezasının önemi, “4.3.1. Kartellerle Etkili Mücadele İçin Hapis Cezasının Gerekliğine Dair Görüşün Dayanakları” ve “4.3.2. Hapis Cezasına Yönelik Eleştiriler” başlıkları altında yapılan açıklamalarla ortaya konmuştur. Buna karşılık 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da, kartel üyelerine hapis cezası verilmesine imkan veren bir düzenleme bulunmamaktadır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda ise, “fiyat tespiti”, “arz miktarının kontrolü”, “pazar paylaşımı” ve “ihalelerde danışıklı hareket” şeklinde dört grupta toplanabilecek kartel davranışlarının bazıları suç olarak kabul edilmemiştir. Örneğin, Türk Ceza Kanunu’nun, “İhaleye Fesat Karıştırma” başlıklı 235 inci maddesi uyarınca, kamu alım, satım veya kiralamalarına ilişkin ihalelere, katılmak isteyen veya katılan kişilerin, ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma yapmaları, hapis cezası gerektiren bir suçken; bu durum, özel teşebbüslerin açmış olduğu ihalelere ilişkin benzer nitelikli anlaşmalar bakımından geçerli değildir. Bu husus, OECD’nin, Türk rekabet hukuku ve politikasına ilişkin olarak 2005 yılında hazırladığı gözden geçirme raporunda en önemli eleştiri konularından biri olmuştur²⁴⁸.

OECD raporunda, öncelikle, gerçek kişilere yönelik para ve hapis cezalarının, başta pişmanlık programına başvuru olmak üzere, kartel üyelerinin Rekabet Kurumu’na işbirliklerini sunmalarına yol açan güçlü bir etken olduğu belirtilmiştir. Ardından, Türk Ceza Kanunu’nda düzenlenen, ihaleye fesat karıştırma suçundan hareketle, kartel üyelerine yönelik hapis cezasının Türk hukukuna tamamıyla yabancı olmadığı ifade edilmiştir. Raporunda, bu ve benzeri hususlardan hareketle, yapılacak bir Kanun değişikliğinde, gerçek kişilere yönelik para cezalarının da bulunması²⁴⁹; keza, hapis cezası getirilmesine yönelik tartışmaların da gündeme getirilmesi tavsiyesinde bulunulmuştur. OECD raporuna göre, bu sayede, bir yandan teşebbüs çalışanları rekabet kurallarına uyum konusunda daha dikkatli olacak, öte yandan da rekabet hukukunun etkili uygulanması ile kaynakların etkin kullanımı arasında makul bir denge kurulması sağlanacaktır²⁵⁰.

²⁴⁸ OECD 2005a, s.40 ve 72-73.

²⁴⁹ Nitekim “5.2.1. Etkili Para Cezaları” başlığı altında incelendiği üzere, 4054 sayılı Kanun’da, 5728 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle, bu yönde bir düzenleme getirilmiştir.

²⁵⁰ OECD 2005a, s.40 ve 72-73. “2.3.3. (AB Uygulamaları) 1989 Sonrası” başlığı altında belirtildiği üzere, OECD’nin, Türk rekabet hukuku ve politikasına ilişkin olarak 2005 yılında hazırladığı gözden geçirme raporunda yer verilen bu öneri, OECD’nin, AB rekabet hukuku ve politikasına ilişkin olarak 2005 yılında hazırladığı gözden geçirme raporunda da yer almaktadır. Bkz. OECD 2005b, s.72.

Görüldüğü üzere, OECD raporunda ulaşılan sonuç, “4.3.1. Kartellerle Etkili Mücadele İçin Hapis Cezasının Gerektiğine Dair Görüşün Dayanakları” ve “4.3.2. Hapis Cezasına Yönelik Eleştiriler” başlıkları altında yapılan açıklamalar çerçevesinde ulaşılan, kartellerle etkili mücadele için hapis cezasının gerektiği yönündeki sonuç ile aynıdır. Bu sonucu desteklemek üzere, hapis cezasına ilişkin olarak, Türkiye özelinde gündeme getirilmesi olası bulunan çeşitli görüşler tartışılmalıdır:

Bu görüşlerden biri, Türkiye’de rekabet hukukunun görece yeni tarihi düşünüldüğünde, hapis cezası bir yana, para cezası bile uygulanmaması şeklindedir. Gerçekten de, Rekabet Kurulu’nun, *Ege Çimento I, Kastamonu Otobüs* gibi pek çok kararındaki para cezalarına ilişkin muhalefet şerhlerinde, Türkiye’de rekabet hukukunun görece yeni tarihi düşünüldüğünde, para cezası uygulanmasının doğru bir yaklaşım olmadığı; bunun yerine, sektöre yönelik, uygulanabilirliği olan görüş ve tavsiyelerin ilgili çevrelere intikal ettirilmesi yönünde ifadeler kullanıldığı göz önünde bulundurulduğunda, hapis cezası için çok erken olduğu yönünde bir görüşün ortaya atılması kuvvetle muhtemeldir. Bu görüşe karşılık olarak, Birleşik Krallık örneği gündeme getirilebilir. Birleşik Krallık’ta, etkili bir rekabet hukuku uygulamasının yakın bir tarihe kadar bulunmadığını, rekabet otoritesinin başkanı bile kabul etmektedir²⁵¹. Öyle ki, ilk şafak baskını 2000 yılının sonunda yapılmış²⁵²; ilk para cezası ise, 2002’de verilmiştir²⁵³. Buna rağmen, Birleşik Krallık’ta bugün, kartellerle etkili mücadele amacı doğrultusunda, başta hapis cezası olmak üzere pek çok araç geliştirilmiştir.

Birleşik Krallık’ın gelişmiş bir ülke olduğu, bu nedenle Türkiye’ye emsal teşkil edemeyeceği şeklinde bir görüşün ileri sürülmesi halinde ise, Brezilya örneği gündeme getirilmelidir. Daha 10 yıl öncesine kadar Türkiye gibi planlama esasına dayalı, korumacı politikalar uygulayan bu ülkede, bugün, hapis cezası gibi yaptırımlar, iletişimin dinlenmesi gibi araçlar bulunmaktadır²⁵⁴. Bu açıklamalar çerçevesinde, kartel üyelerine hapis cezası verilmesine imkan verecek bir yasa değişikliği yapılması gerektiği düşünülmektedir²⁵⁵.

²⁵¹ Joshua 2002, s.245 ve Joshua 2003, s.620-621; Joshua, Low ve Spratling 2001, s.17.

²⁵² GCR (2000), “Dawn Raids in the UK”, *G.C.R.*, December 2000, s.9.

²⁵³ GCR (2002a), “First UK Fines for Cartel Activity”, *G.C.R.*, April/May 2002, s.15.

²⁵⁴ De Araujo, Pugliese ve Castillo 2003.

²⁵⁵ Benzer bir görüş, İzmir Milletvekili Ahmet ERSİN tarafından, Başbakan Recep Tayyip ERDOĞAN’a tevcih edilen 7/11885 sayılı soru önergesine ilişkin Rekabet Kurulu cevabında da bulunmaktadır (Rekabet Kurumu 2007, s.182).

5.2.3. Tazminat

Tazminatın, kartellerle mücadelede, para ve hapis cezalarını tamamlayıcı üçüncü bir yaptırım olarak çok büyük önem arz ettiği genel kabul görmektedir.²⁵⁶ 4054 sayılı Kanun'un 57²⁵⁷, 58²⁵⁸ ve 59²⁵⁹ uncu maddelerindeki düzenlemeler, bu kabul doğrultusunda yapılmıştır. Ancak başta AB olmak üzere pek çok hukuk düzeninde, ABD'deki başarıların etkisi ile yeni yeni getirilmeye ve geliştirilmeye çalışılan bu düzenlemelere, daha 1994 yılında sahip olunması çok önemli olsa da, uygulamanın aynı ölçüde başarılı olmadığı görülmektedir. Çünkü OECD'nin, Türk rekabet hukuku ve politikasına ilişkin olarak 2005 yılında hazırladığı gözden geçirme raporunda yer alan, 1999'dan 2005 yılına kadar, 57 nci madde çerçevesinde açılan dava sayısının yaklaşık 30 olduğu yönündeki tespit²⁶⁰, ilgili düzenlemelerin yaygın bir kullanımının bulunmadığını göstermektedir. Bu nedenle Rekabet Kurumu, AB'de tazminat davalarının sayısının nasıl arttırılabileceğine ilişkin olarak kamuoyunda tartışma ortamı yaratmak amacıyla, 2005 yılında yeşil kitap²⁶¹ yayımlayan Komisyon'un kine benzer bir çalışma başlatmalıdır. Tazminat davası açanların delil elde etme imkanlarının artırılması, ispat yüklerinin düşürülmesi gibi hususları irdelemesi gereken bu çalışmanın başlatılması, "5.1.3.1. *Rule of*

²⁵⁶ GCR 2002b, s.22; Kovacic 2001, s.784 ve 789; Pate 2004a, s.6-9.

²⁵⁷ 4054 sayılı Kanun'un "Tazminat Hakkı" başlıklı 57 nci maddesinde, "Her kim bu Kanuna aykırı olan eylem, karar, sözleşme veya anlaşma ile rekabeti engeller, bozar ya da kısıtlarsa yahut belirli bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu kötüye kullanırsa, bundan zarar görenlerin her türlü zararını tazmine mecburdur. Zararın oluşması birden fazla kişinin davranışları sonucu ortaya çıkmış ise bunlar zarardan müteselsilen sorumludur" düzenlemesi yapılmıştır.

²⁵⁸ 4054 sayılı Kanun'un "Zararın Tazmini" başlıklı 58 inci maddesinde yapılan düzenleme, "Rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması sonucu bundan zarar görenler, ödedikleri bedelle, rekabet sınırlanmasaydı ödemekte olacakları bedel arasındaki farkı zarar olarak talep edebilir. Rekabetin sınırlanmasından etkilenen rakip teşebbüsler, bütün zararlarının tazminini rekabeti sınırlayan teşebbüs ya da teşebbüslerden talep edebilir. Zararın belirlenmesinde, zarar gören teşebbüslerin elde etmeyi umdukları bütün kârlar, geçmiş yıllara ait bilançolar da dikkate alınarak hesaplanır. Ortaya çıkan zarar, tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmaktaysa, hâkim, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kârların üç katı oranında tazminata hükmedebilir" şeklindedir.

²⁵⁹ 4054 sayılı Kanun'un "İspat Yükü" başlıklı 59 uncu maddesinde, "Zarar görenlerin, bir anlaşmanın varlığı ya da piyasada rekabetin bozulduğu izlenimi veren, özellikle piyasaların fiilen paylaşılması, uzun sayılacak bir süre piyasa fiyatında gözlenen kararlılık, fiyatın piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın aralıklarla artırıldığı gibi kanıtları yargı organlarına sunmaları halinde, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde bulunmadıklarını ispatlama yükü davalılara geçer. Rekabeti sınırlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaların varlığı her türlü delille ispatlanabilir" düzenlemesi yapılmıştır.

²⁶⁰ OECD 2005a, s.44.

²⁶¹ Bkz. <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/index.html>.

Reason Analizi Yerine Per se Kuralının Kullanılması ve Etki Yerine Amaca Vurgu” başlığı altında incelendiği üzere, Rekabet Kurulu’nun, yerel pazarlarda faaliyet gösteren, küçük ve orta büyüklükteki işletmeler ile ilgili dosyaları ele almamak yönünde bir tercihte bulunması halinde daha da önem kazanacaktır. Çünkü Rekabet Kurulu’nun böyle bir tercihte bulunması durumunda, kartelden zarar görenlerin başvurabilecekleri yol, esas itibariyle, Kanun’un 57 ile 59 uncu maddeleri çerçevesinde tazminat davası açmak olacaktır. Konuya ilişkin olarak çalışma başlatılması halinde getirilebilecek bir öneri, Rekabet Kurumu’nun, yine Komisyon’un yaptığı üzere, kartel kararlarının tefhimi ile birlikte kamuoyuna yapacağı bir duyuruda, kartelden zarar görenleri, karteğe taraf olanlara tazminat davası açmaya yönlendirmesidir.

OECD raporunda ele alınan diğer bir husus, tazminat davalarının, konuya ilişkin olarak Rekabet Kurulu’nun kararını vermesine kadar bekletilip bekletilmemesine ilişkindir. Anılan raporda, Rekabet Kurumu tarafından hazırlanan Kanun değişikliği taslağında, Rekabet Kurulu’nun kararını vermesine kadar, açılan davanın bekletilmesi yönündeki bir mahkeme kararına paralel bir düzenleme getirildiği ifade edilmektedir²⁶². Ancak bu yönde bir düzenlemenin, tazminat davalarının açılmasının yaygınlaşmasıyla giderek artacak biçimde, Rekabet Kurumu’nun kaynak ayırmaya değer bulmadığı konuların tekrar önüne getirilmesine yol açabileceği unutulmamalıdır²⁶³.

Bu başlık altında son olarak, çıkarılacak bir pişmanlık programına başvuranların, ABD’de 2004 yılında yapılan yasa değişikliği ile sağlandığı üzere²⁶⁴, açılan tazminat davalarında, verilen zararın üç katına kadarından, karteğe taraf diğer teşebbüsler ile müteselsilen sorumlu olması yerine, zarar gören davacılarla tam işbirliği yapmaları koşuluyla²⁶⁵, sadece kendi verdikleri zarardan sorumlu olması kuralının getirilip getirilmemesi tartışılmalıdır. Her ne kadar Türkiye’de, gerek pişmanlık programının bulunmaması gerek tazminat davalarının sayısının, ABD’deki kadar fazla olmaması nedenleriyle kesin bir sonuca ulaşmak için erken olsa da, bu yönde bir yasa değişikliğinin, pişmanlık

²⁶² OECD 2005a, s.44.

²⁶³ “5.1.3.1. *Rule of Reason* Analizi Yerine *Per se* Kuralının Kullanılması ve Etki Yerine Amaca Vurgu” başlığı altında da yer verilen bu konuya ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. GÜRZUMAR, O.B. (2005), “Özel Hukuk Açısından 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun”, *4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanun’da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak — Sempozyum – Bildiriler – Tartışmalar – Panel (7-8 Ekim 2005)* içinde, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayın Nu: 426, 2006, s.115-198.

²⁶⁴ ABD’de 2004 yılında yapılan yasa değişikliğine ilişkin daha ayrıntılı bilgiler, “2.2.5. (ABD Uygulamaları) 1992’den Bugüne” başlığı altında yer almaktadır.

²⁶⁵ Bu işbirliğine bir örnek, pişmanlık programına başvuran teşebbüsün, zarar gören davacılarla, karteğe ilişkin bilgi ve belgeler sunmasıdır.

programı başvurularını artırmak şeklinde bir fayda sağlayabileceği düşünülmektedir.

5.2.4. Yargı Organının Kartellerle Mücadelede Rolü

Başta kartellerle mücadele olmak üzere, tüm rekabet kurallarının kağıt üzerinde kalmayıp, etkili biçimde uygulanabilmesi, rekabet otoritesinin yanı sıra, yargı organına da bağlıdır²⁶⁶. 4054 sayılı Kanun'un "Kurul Kararlarına Karşı Yargı Yolu" başlıklı 55 inci maddesi uyarınca, Rekabet Kurulu'nun nihai kararlarına, tedbir kararlarına ve para cezalarına ilişkin kararlarına karşı iptal davaları ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülmektedir. OECD'nin, Türk rekabet hukuku ve politikasına ilişkin olarak 2005 yılında hazırladığı gözden geçirme raporunda işaret edildiği üzere²⁶⁷, bu yargı denetiminde, "süre" ve "içerik" bakımından çeşitli sorunlar göze çarpmaktadır.

OECD raporunda, Türkiye gibi ülkelerde yargı denetiminin yavaş işlediği belirtilmektedir²⁶⁸. Bu durum, Rekabet Kurulu kararlarının yargısal denetiminde de görülmektedir. Bunun bir örneği, Haziran 2002'de açılan bir davaya ilişkin kararın, Danıştay 13 üncü Dairesi tarafından, ancak 29.03.2005'te verilebilmesidir²⁶⁹. Belirtmek gerekir ki, 13 üncü Daire kararlarına ilişkin olarak, temyiz ve bunun ardından da kararın düzeltilmesi başvurusu yapılması halinde, bu süre daha da uzayacaktır.

"İçerik" bakımından yapılabilecek değerlendirmeler ise, çok daha önemlidir. Bu çerçevede yöneltilebilecek ilk eleştiri, Danıştay kararlarının, benzer bir iş yüküne sahip AB mahkemelerinin yüzlerce sayfalık kararlarının²⁷⁰ aksine, ayrıntılı olmadığı ve tek bir konuya odaklandığıdır. Tek bir konuya odaklanılmasının ne demek olduğunu ve bunun yarattığı sorunu, *İç Anadolu, Akdeniz ve Marmara Çimento* kararına ilişkin olarak açılan davalar çerçevesinde açıklamak mümkündür. Bu kararla ilgili bazı davalarda, Danıştay 10 uncu Dairesi, "her bir ihlal için ayrı ceza değil, tek ceza verilmesi gerekmektedir" gerekçesi ile yürütmeyi durdurma kararı vermiştir²⁷¹. Bunun üzerine, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'na itirazda bulunulmuştur. İtiraz dilekçesinde özetle;

- Danıştay 10 uncu Dairesi'nin, Rekabet Kurulu'nun benzer kararlarına ilişkin olarak açılan davalarda, bir ay öncesine kadar, oybirliği ile hukuka

²⁶⁶ Pate 2004c, s.7; Wils 2005, s.148-150.

²⁶⁷ OECD 2005a, s.63.

²⁶⁸ Ibid, s.63.

²⁶⁹ Danıştay 13 üncü Dairesi'nin 29.03.2005 günlü, E:2005/49, K:2005/1733 sayılı kararı.

²⁷⁰ Örnek olarak bkz. Cases T-305/94 etc., Limburgse Vinyl Maatschappij NV and Others v. Commission (PVC II) [1999] ECR I-931.

²⁷¹ Örnek olarak bkz. Danıştay 10 uncu Dairesi'nin 24.11.2004 günlü, E:2004/9503 sayılı kararı.

uygunluk sonucuna ulařtıđı²⁷², unkü Rekabet Kurulu'nun, 4054 Sayılı Kanun'un "Para Cezaları" başlıklı 16 ncı maddesi ve madde gerekçesine uygun hareket ettiği,

- İlgili Kurul kararına ilişkin olarak açılan onlarca davanın hiçbirinde, davacı vekillerinin, yürütmenin durdurulması kararının konusuna ilişkin iddiada bulunmadığı, çünkü dava konusu Kurul kararının mehzaz teşkil eden Avrupa Birliği mevzuatındaki şeffaflığı sađladıđı²⁷³ ve teşebbüsler lehine sonuç doğurduğu, bu nedenle itiraz konusu Danıştay 10 uncu Dairesi kararlarında 2 üyenin, tüm Danıştay Savcısı ve Danıştay Tetkik Hakimi görüşlerinin Rekabet Kurulu lehine olduğu,

- Rekabet Kurulu'nun, yalnızca, Anayasa'nın 138 inci maddesi ile İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28 inci maddesi gereğince, Danıştay 10 uncu Dairesi'nin oybirliği ile verdiği önceki hukuka uygunluk kararlarına uygun hareket ettiği,

- Anılan kararlarda, Danıştay 10 uncu Dairesi'nin, bir ay öncesine kadar, oybirliği ile verdiği kendi kararlarından neden farklılaştığının gerekçesinin gösterilmediği,

belirtilmiştir.

Yürütmeyi durdurma kararlarına yapılan itirazları görüşen İdari Dava Daireleri Kurulu, itiraz isteminin esasının incelenerek karar verilmesi gerektiği yönündeki görüşlere itibar etmeyerek, soruşturma heyeti başkanı Kurul üyesi nihai karara katıldığı için oy çokluğu ile itirazı reddetmiřtir²⁷⁴. Soruşturma heyeti başkanı kurul üyesinin nihai karar toplantısına katılıp, davacı lehine oy kullanmasına²⁷⁵ rağmen verilen bu kararlarda, Rekabet Kurumu itirazının

²⁷² Örnek olarak bkz. 19.11.2003 günlü, E:2001/2278, K:2003/4479 sayılı karardaki, "...her bir ihlal için cirolarının %02 sinin esas alındığı dikkate alındığında 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinde davalı idareye tanınan takdir yetkisinin hukuka uygun şekilde kullanıldığı sonucuna varıldığından aksi yöndeki davacı iddiaları yerinde görülmemiştir" ifadesi veya 09.12.2003 günlü, E:2001/1405, K:2003/4903 sayılı karardaki, "...Kanunun 16/1-c maddesi hükmü gereğince 1998 ve 1999 yılı sözleşmeleri için ayrı ayrı olmak üzere para cezası ile cezalandırılmasına ilişkin kısmına gelince;...davacı şirkete anılan Yasa maddesinde öngörülen tutarda idari para cezası verilmesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır" ifadesi ya da 22.10.2004 günlü, E:2004/6581 sayılı karar.

²⁷³ Nitekim, *Vitamins, Belgian Beer* ve *Specialty Graphite* gibi davalarda, farklı ihlaller ayrı ayrı cezalandırılmıştır.

²⁷⁴ Örnek olarak bkz. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 26.05.2005 günlü, E:2004/9503, YD. İtiraz: 2005/284 sayılı kararı.

²⁷⁵ Soruşturma heyetinde kurul üyesinin görevlendirilmesi, soruşturma kapsamındaki teşebbüsler lehine olan delillerin Rekabet Kurulu'nun dikkatine sunulması içindir. Bkz. OECD 2005a, s.35. Bu durum, soruşturma heyeti başkanı kurul üyesinin nihai karar toplantısına katılıp, davacı lehine oy kullanmasını açıklamaktadır.

görüülüp, lehte ya da aleyhte karar verilmemiş olması çok önemli bir sorun doğurmuştur. Bu sorun, Anayasa'nın 138 inci maddesi gereğince, yargı kararlarına uymak zorunda olan Rekabet Kurumu'nun hangi karara uyacağıının belirsiz hale gelmesidir: 10 uncu Daire'nin aynı üyeler tarafından oybirliği ile verilen eski kararlarına mı? Yoksa 10 uncu Daire'nin sonradan 3'e 2 oyçokluğu ile verdiği kararlara mı? Yoksa 13 üncü Daire'nin tekrar ve oybirliği ile Rekabet Kurumu lehine vermeye başladığı kararlara mı?²⁷⁶ Bu cevap netleşmediği için, 13 üncü Daire'nin bu kararlara yönelik itirazların, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından reddedilmesine²⁷⁷ kadar geçen süre içerisinde verilen Rekabet Kurulu kararlarının tamamı, yürütmeyi durdurma ve iptal riski ile karşı karşıya kalmıştır.

Belirtmek gerekir ki, Temmuz 2005 itibari ile, Rekabet Kurulu kararlarına karşı 4054 sayılı Kanun'un 55 inci maddesi çerçevesinde Danıştay nezdinde açılan dava sayısı 400'ün üzerindedir. Bu davalarda, 4054 sayılı Kanun'un pek çok hükmü tartışmaya açılmıştır. Buna karşılık Danıştay'ın bugüne kadar verdiği kararlarda, genel itibari ile, tek bir konuya odaklanması ve dava dilekçelerinde yer verilen iddiaların tamamına ilişkin görüşünü ortaya koymaması, gerek idare gerek Rekabet Kurulu kararlarının muhatapları bakımından, *İç Anadolu, Akdeniz ve Marmara Çimento* kararına ilişkin olarak açılan davalar örneğinde açıklanan büyük bir belirsizlik yaratmaktadır.

“İçerik” başlığı altında yöneltilebilecek ikinci eleştiri, Danıştay kararlarında, kararlara dayanak teşkil eden gerekçelerin ilgili olayda bulunup bulunmadığına dair yeterli tetkikin yapılmadığıdır. Bunun bir örneği, İdari Dava Daireleri Kurulu'nun, *Seramik* kararına ilişkin, “soruşturma heyeti başkanı Kurul üyesi nihai karara katıldığı için Rekabet Kurulu kararlarının hukukun genel ilkelerine aykırı olduğu” yönündeki kararında²⁷⁸ yaşanmıştır. Çünkü İdari Dava Daireleri Kurulu kararındaki, “soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin, raporu ve ek görüşü imzalamak suretiyle, görüşünü önceden oluşturduğu ve açıkladığı” ve “soruşturmayı yürüten üyenin, nihai karar toplantısına katılmaması halinde, Kanun'da öngörülen toplanma ve karar yeter sayısının oluşmaması durumu da söz konusu değildir” şeklindeki iki gerekçenin, somut olayda yani *Seramik* kararında bulunmadığı açıktır. Öncelikle, ilgili Rekabet Kurulu kararında, soruşturmayı yürüten Kurul üyesi, soruşturma kapsamındaki teşebbüsler lehine elde edilen delilleri Rekabet Kurulu'na sunabilmesi için bulunduğu²⁷⁹ soruşturma heyetindeyken imzaladığı rapor ve ek görüşten farklı

²⁷⁶ Örnek olarak bkz. Danıştay 13 üncü Dairesi'nin 11.03.2005 günlü, E:2005/1802 sayılı kararı.

²⁷⁷ Örnek olarak bkz. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 25.01.2007 günlü, E:2006/4606, YD. İtiraz:2006/1458 sayılı kararı.

²⁷⁸ Örnek olarak bkz. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 24.02.2005 günlü, E:2004/10381, YD. İtiraz: 2005/59 sayılı kararı.

²⁷⁹ OECD 2005a, s.35.

yönde oy kullanmıştır. Çok daha önemlisi, kararın verildiği tarihte, Rekabet Kurulu üyesi Kublay Atasayar'ın yaş haddinden re'sen emekli olması, A. Ersan Gökmen ile Murat Gencer'in ise raporlu olmaları nedeniyle, 4054 sayılı Kanun'un 48 inci maddesinde belirlenen süre içinde toplanma yeter sayısının oluşması, ancak soruşturmayı yürüten üyenin nihai karar toplantısına katılması ile mümkün olabilmiştir.

Diğer bir eleştiri konusu, Danıştay'ın, kararlarına yönelik açıklama taleplerine, açık bir şekilde cevap vermemesidir. Bununla ilgili bir örnek, Rekabet Kurulu'nun *Ege Çimento I* kararına ilişkin olarak yaşanmıştır. Anılan Kurul kararı karşı oy yazılarının bulunmadığı gerekçesi ile iptal edilmiş²⁸⁰ ve temyiz sürecinin sonunda karar kesinleşmiştir²⁸¹. Bunun üzerine, Danıştay 10 uncu Dairesi'nden, Daire'nin iptal kararına neden olan şekil noksanlığının, Rekabet Kurulu kararının, karşı oy yazılarına yer vererek taraflara tebliği ile giderilebileceği yönünde yorumlandığı; ancak karardaki bazı ifadelerin bu yorum bakımından tereddüt yarattığı, bu tereddütlerin Daire kararının açıklanması suretiyle ortadan kaldırılması talep edilmiştir. Bu talebe ilişkin olarak verilen Danıştay 10 uncu Dairesi kararı²⁸² aşağıdadır:

“...Dairemiz, 15.1.2001 tarih ve E:2000/1220 K:2001/55 sayılı kararıyla, dava konusu işlemin davacı şirketle ilgili kısmının şekil yönünden iptaline karar vermiştir.

Dairemizin anılan kararında da belirtildiği üzere, birden çok iradenin katılımı ile oluşan kararların, tarafların iddia ve savunmaları ile ileri sürülen delillerin, kurulu oluşturanlarca ortaya konulan görüş ve karşı görüşlerin tartışılması sonucunda oluştuğu dikkate alınarak, kararın değerlendirilmesinde ve savunma hakkının kullanılmasında, çoğunluk oyları kadar karşı görüşte olanların oylarının da bilinmesi gerekmekte olup, muhalefet gerekçelerinin bildirilmemiş olması nedeniyle 4054 sayılı Yasada yer alan şekil şartı yerine getirilmemiş olduğundan Kurulun iradesini bütünüyle ortaya koyan ve ilgiliye duyurması gereken işlemi şekil yönünden sakatlanmış bulunmaktadır.

Davalı idare tarafından; Dairemizin anılan kararının “Kurul kararının metnindeki şekil noksanlığının, karşı oy yazılarına da metinde yer vermek ve kararı bu şekliyle taraflara tebliğ etmek suretiyle giderilebileceği ve böylece yargı kararının gereğinin yerine getirilebileceği” şeklinde anlaşılacakla birlikte, “Rekabet Kurulu'nun 17.6.1999 tarih ve 99-30/276-166 sayılı kararının şekil

²⁸⁰ Örnek olarak bkz. Danıştay 10 uncu Dairesi'nin 15.01.2001 günlü, E:2000/1220, K:2001/55 sayılı kararı.

²⁸¹ Örnek olarak bkz. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 13.12.2002 günlü, E:2002/538, K:2002/930 sayılı kararı.

²⁸² Danıştay 10 uncu Dairesi'nin 08.05.2001 günlü, E:2000/1220 sayılı kararı.

noktasından kanuna aykırılığı nedeniyle iptaline karar verildi” şeklindeki kesin ifadenin, kararın anlamını tesbit bakımından tereddüt yarattığı belirtilerek, açıklanması istenilmektedir.

2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 29.maddesi 1.fıkrası, Danıştay, Bölge İdare Mahkemeleri, İdare ve Vergi Mahkemelerince verilen kararlar yeterince açık değilse yahut birbirine aykırı hüküm fıkraları taşıyorsa taraflardan her biri kararın açıklanmasını veya aykırılığın giderilmesini isteyebileceklerini belirtmektedir. Dairemizce verilen 15.1.2001 tarih ve E:2000/1220, K:2001/55 sayılı kararda açıklamayı gerektirecek bir durum bulunmadığından Rekabet Kurumu Başkanlığının açıklama isteminin reddine 8.5.2001 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.”

Bunun üzerine, karşı oy yazılarına da yer verilen Rekabet Kurulu kararının tebliği ile Danıştay kararlarının gereğinin yerine getirilebileceği düşünülmüştür. Ancak bu işleme karşı açılan davalar da, “Kurulca, verildiği tarih itibariyle yürürlüğe girecek, yeni bir karar verilmek suretiyle işlem tesis edilmesi gerektiği” gerekçesi ile²⁸³ idare aleyhine sonuçlanmıştır.

Özetle; Rekabet Kurulu’nun oluşmasından 5 sene sonra, “Kurul kararlarının karşı oy yazıları olmadan tebliğ edilemeyeceği”; 8 sene sonra ise, “karşı oy yazıları olmadan tebliğ edilemeyecek Kurul kararlarının, karşı oy yazıları eklenerek tebliğ edilmesinin de mümkün olmadığı” öğrenilmiştir. “İşlem tesis edilirken sürecin en baştan yani soruşturma açma kararı ile mi başlayacağı, yoksa Danıştay kararında ifade edildiği üzere, ‘verildiği tarih itibariyle yürürlüğe girecek, yeni bir karar vermenin’ yeterli olup olmayacağını” öğrenmek ise, birkaç sene daha almıştır. Bütün bunların ardından en sonunda ortaya çıkacak, “verildiği tarih itibariyle yürürlüğe girecek, yeni bir karar” ise, “soruşturma heyeti başkanı Kurul üyesinin nihai karara katılması” veya “her bir ihlal için ayrı ceza değil, tek ceza verilmesi” şeklindeki karar örneklerinden hareketle, o güne kadar açılan davalarda ileri sürülmesine rağmen görüş beyan edilmeyen veya hukuka uygun olduğu yönünde görüş beyan edilen bir nedenden dolayı iptal edilebilecektir.

Bu açıklamalar, Türkiye’de kartellerle mücadele konusunda ortaya çıkan sorunlarda, Rekabet Kurumu ve Rekabet Kurulu yanında mevcut yargısal denetim sürecinin de rolünün bulunduğu işaret etmektedir. Bu nedenle, 4054 sayılı Kanun ile belirlenen model ve bu model çerçevesinde yapılan uygulamaların, etkin olduğunu söylemek mümkün değildir. Nitekim rekabet konusundaki temel yaklaşımları ve eğilimleri tespit etmek için, Türkiye Odalar

²⁸³ Örnek olarak bkz. Danıştay 10 uncu Dairesi’nin 23.12.2003 günlü, E:2001/2049, K:2003/5290 sayılı kararı ile Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu’nun buna ilişkin 24.02.2005 günlü, E:2004/2330, K:2005/48 sayılı kararı.

ve Borsalar Birliği (TOBB) Sektör Kurulları'na mensup 226 Şirket üst düzey yöneticisi veya Şirket sahibinin katılımıyla, Rekabet Derneği ve TOBB Sektör Kurulları Müdürlüğü'nce ortaklaŐa gerçekteŐirilen rekabet anketi neticesinde ulaşılan sonuçlardan biri, “iş dünyasının, rekabet ihlallerini önlemede, mevcut yasal ve idari altyapıyı yetersiz bulduğu” yönündedir²⁸⁴. Bu sonucun haklılığını, kartelleşme nedeniyle verilen para cezalarının, usul kurallarından dolayı iptal edildiği çimento sektörüne yönelik olarak basında yer alan Şu tespit de desteklemektedir:

“İzmirli inŐaatçılar, Ege Bölgesi'nde faaliyet gösteren çimento fabrikaları ve hazır beton Őirketlerini kartel oluşturdukları gerekçesiyle Rekabet Kurumu'na Şikayete hazırlanıyor. İzmir Ticaret Odası'nın hazırladığı rapora göre İzmir'de inŐaatçılar, çimento ve hazır betonu yüzde 50 daha pahalıya kullanıyor. Çimentonun tonunu 48,39 Yeni Türk Lirası'ndan ihraç eden fabrikalar, İzmir'e 120,81 yeni liraya satıyor. Torbası 4 yeni liradan ihraç edilen çimentonun, iç piyasadaki fiyatı 6 YTL. Rekabet Kurumu, daha önce yapılan iki Şikayette fiyat yükseltmek için ortak hareket ettikleri gerekçesiyle çimentoculara 2002 ve 2004 yıllarında iki ceza kesmiŐti. Fabrikalar, cezalara rağmen aynı uygulamalara devam ediyor. Hazır beton fiyatlarında da durum farklı değil.”²⁸⁵

Yukarıdaki açıklamalar, aynı zamanda, 2005 yılından itibaren faaliyete geçen Danıştay 13 üncü Dairesi'nin de, kendisinden beklenen²⁸⁶ iyileştirmeyi sağlayamadığını ortaya koymaktadır. Çünkü bu Daire de, yalnızca rekabet hukuku konusunda uzmanlaşmış değildir, ağır bir iş yüküne sahiptir ve Daire kararlarının temyizi için, rekabet hukukunda uzmanlaŐması bulunmayan yargıçlardan oluşan İdari Dava Daireleri Kurulu'na gidilmektedir. Dolayısıyla, Türk rekabet otoritesinin işlemlerinin yargısal denetimi konusunda daha köklü değişikliklerin tartışılması ve bu tartışmalarda, Anayasamızın “Mahkemelerin KuruluŐu” başlıklı 142 nci maddesindeki, “mahkemelerin kuruluŐu, görev ve yetkileri, iŐleyiŐi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir” Şeklindeki düzenleme çerçevesinde, bir ihtisas mahkemesi kurulmasının gündeme gelmesi yerinde olacaktır²⁸⁷.

²⁸⁴ TÜRKKAN, E. (2005), “İlk Rekabet Anketinin Bulguları”, *Rekabet Haber Bülteni*, Sayı:13, Tarih:20, Temmuz 2005, s.2.

²⁸⁵ ZAMAN GAZETESİ (2005), “Fabrikalar çimentoyu iç piyasaya pahalı satıyor”, 07.05.2005, s.9.

²⁸⁶ OECD 2005a, s.41.

²⁸⁷ Birleşik Krallık'ta rekabet hukuku uygulamaları bakımından kurulan uzmanlık mahkemesine ilişkin açıklamalar için bkz. BELLAMY, C. (2001), “Cartel Cases: The Role of the Judge”, *Fighting Cartels-Why and How?* içinde, Swedish Competition Authority, 2001 Konkurrensverket, Sweden, s.160-167 ve Lawrence ve Moffat 2004.

SONUÇ

Karteller, basit, hiçbir zararı olmayan centilmenlik anlaşmaları değildir. Aksine, bu tür anlaşmalarla, masum yurttaşların cüzdanlarındaki paralar, lüks otellerde yapılan toplantılarla, iyi giyimli hırsızlar tarafından çalınmaktadır. Dolayısıyla kartellerin, hırsızlıktan ve zimmet gibi beyaz yakalı suçlarından farksız olduğu, hatta daha ağır ceza gerektirdiği bile ifade edilebilir. Çünkü kurbanlar, çoğunlukla, soyulduklarının farkında bile değildirler. Kartellerin bu gizliliği, onları ortaya çıkarabilmek ve soruşturabilmek için özel yapılar kurulmasını, özel yetkiler kullanılmasını, özel ispat standardı ve araçları geliştirilmesini gerektirmektedir. Kartellerin yol açtığı zararların büyüklüğü ise, hem kartelleri ortaya çıkarabilmek ve soruşturabilmek için ihtiyaç duyulan, özel yapı, yetki, ispat standartları ve araçlarının maliyetini hem de kartel üyelerine uygulanması elzem ağır yaptırımları haklı kılmaktadır.

Kartellerin ortaya çıkarılabilmesi ve soruşturulabilmesi için gerekli kurumsal yapıların başında, amaca özgülenmiş, yetkin bir örgütün varlığı gelmektedir. Başta kartellerle etkili mücadele olmak üzere, tüm rekabet kurallarının etkili biçimde uygulanabilmesinin bu ilk koşulunu, Rekabet Kurumu, sahip olduğu idari ve mali özerklikten kaynaklanan halihazırdaki nitelikleri ile yerine getirdiğinden, bu özerkliğin zedelenmesinden kaçınılmalıdır.

Amaca özgülenmiş, yetkin örgütün içinde, yetkin bir kartel birimi kurulması, kartel soruşturmalarının çeşitli teknik ve hukuki gereklerini yerini getirmekte zafiyet yaşanmamasına katkıda bulunacaktır. Bu nedenle, Rekabet Kurumu bünyesinde bir kartel birimi kurulmalı ve kurulacak bu birim içinde sektörel uzmanlaşmaya gidilmelidir.

Başta yerinde incelemeler olmak üzere, rekabet otoritelerinin faaliyetleri bakımından, bilgi teknolojileri uzmanlarının varlığı çok önemlidir. Bu çerçevede, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da, Rekabet Kurumu'nda istihdam edilen bilgi teknolojileri uzmanlarına ilaveten, dışarıdan hizmet alınabilmesi ve yerinde incelemelere, Kurum içinden veya dışından bilgi teknolojileri uzmanlarının katılabilmesi konularına açıkça cevaz verecek bir değişiklik faydalı olacaktır.

Kolluk kuvvetlerinin, antitröst mercilerinin faaliyetlerine, doğrudan ya da dolaylı olarak destek sağlamaları önem taşımaktadır. Bu nedenle, yerinde incelemelerde güvenliğin sağlanması, bilgi teknolojileri alanında destek alınması gibi konularda, Rekabet Kurumu'nun, kolluk kuvvetlerinden halihazırda aldığı yardımlara, açıkça imkan verecek bir Kanun değişikliği ve yönetmelik yararlı olacaktır.

Kartellerin ortaya çıkarılabilmesi ve soruşturulabilmesi için gerekli yetkilerden biri olan bilgi isteme yetkisi, ABD ve AB’de, “rakiplerle yapılan toplantı bilgileri”, “bu toplantıların davetiyeleri ile toplantı öncesinde, sırasında veya sonrasında hazırlanan gündemler, notlar, katılımcı listeleri, raporlar, çalışma metinleri, tablolar, hazırlık evrakları ve benzeri bilgileri” talep etmek üzere kullanılmaktadır. Rekabet Kurumu da, mevcut politikalarında bu yönde bir değişiklik yapmalıdır. Bunun yanı sıra, 4054 sayılı Kanun’un 14 üncü maddesindeki “yetkililer” ifadesinin, “ilgililer” şeklinde değiştirilmesi faydalı olacaktır.

Yerinde inceleme yetkisi bakımından yapılması gerekenlerden biri, 4054 sayılı Kanun’da değişiklik yapılarak, Rekabet Kurumu’na, konularda inceleme yapma imkanının sağlanmasıdır. Keza, yerinde incelemelerde, rekabet uzmanlarına, bilgi teknolojileri uzmanları ile kolluk kuvvetlerinin eşlik etmesi, incelemelere ara verilmesi halinde, çalışılan alanların mühürlenmek suretiyle kapatılması gibi Rekabet Kurumu uygulamalarına açıkça cevaz verecek bir kanun değişikliği gerçekleştirilmeli ve konuyu açıklayıcı bir yönetmelik çıkarılmalıdır.

Bilgi isteme ve yerinde inceleme yetkilerinin etkili şekilde kullanılabilmesi için, işbirliğinin reddinin, ağır şekilde cezalandırılması gereklidir. Bu çerçevede, 4054 sayılı Kanun’da, 5728 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle, ilgili teşebbüslere, caydırıcılıktan uzak maktu para cezaları yerine, teşebbüslerin yıllık gayri safi gelirlerine göre belirlenen görece ağır para cezalarının uygulanmasına imkan sağlanması olumludur. Keza, 5728 sayılı Kanun ile getirilen, yerinde incelemenin mahkeme kararı ile gerçekleştirilmesinin, yerinde incelemenin engellenmesi ve zorlaştırılmasına ilişkin olarak para cezası uygulanmasını engellemeyeceğine dair düzenleme de, mahkemeler tarafından hukuka uygun bulunan bir uygulamayı, açık bir yasal dayanağa kavuşturmuştur. Benzer şekilde, süreli para cezasının, bilgi-belgelerin verilmesi için belirlenen sürenin dolmasından; yerinde incelemenin engellenmesi ya da zorlaştırılmasında ise, fiilin gerçekleştiği günü takip eden günden itibaren verilebileceğinin hükme bağlanması da olumludur. Çünkü bu sayede, süreli para cezasını, bazı kararlarında, incelemenin engellendiği; bazılarında ise, kararın tebliğ edildiği tarihten itibaren başlatan Rekabet Kurulu’nun uygulamalarına, doğru bir standart getirilmiştir. 5728 sayılı Kanun ile sağlanan bütün bu gelişmelere rağmen, ilgilileri, eksik, yanlış, yanıltıcı bilgi vermektен, belgelerin içeriklerini değiştirmektен veya ortadan kaldırmaktан ve incelemeleri engellemektен caydırmak üzere, hapis cezası şeklinde bir yaptırımın bulunması da fayda sağlayabilir. Bunun yanı sıra, 4054 sayılı Kanun’da, belgelerin içeriklerinin değiştirilmesi veya ortadan kaldırılmasının cezalandırılmasına ilişkin açık bir hüküm bulunmadığı için, konuya açıklık getirecek bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır.

İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması ile teknik araçlarla izleme, kartellerle mücadele bakımından çok önemli olduğundan, Rekabet Kurumu'na bu imkanı sağlayacak bir Kanun değişikliği yapılmalıdır.

Rekabet Kurumu'nun uluslar arası kartellerle mücadelesi, yetkileri ulusal düzeyde geçerli olduğu için yetersiz kalmaktadır. Bu nedenle, Rekabet Kurumu, başta Komisyon olmak üzere, diğer rekabet otoriteleri ile, yerinde incelemelerin eş zamanlı olarak gerçekleştirebilmesi, elde edilen bilgi ve belgelerin paylaşılabilmesi, para cezalarının tahsili gibi konularda uluslar arası işbirliğinin sağlanmasına yönelik çabalarını devam ettirmelidir. Keza, Rekabet Kurumu, OECD, UNCTAD ve WTO gibi uluslar arası örgütler bünyesinde, çok taraflı bir rekabet politikasının geliştirilmesine yönelik girişimleri aktif şekilde desteklemeye devam etmelidir. Son olarak, Rekabet Kurumu'nun bugüne kadar ki faaliyetleri bakımından engel teşkil etmese de, diğer otoritelerle uluslar arası işbirliği gerçekleştirilmesine açıkça izin verecek bir düzenlemenin 4054 sayılı Kanun'da yer alması, uygun olacaktır.

Rekabet Kurumu'nun, soruşturma aşamasında gizliliği koruyabilmesi önem arz eden diğer bir yetkidir. Bu çerçevede, 4054 sayılı Kanun'da yapılacak değişiklikler, dosyaya giriş hakkının, soruşturma raporunun tebliğinden sonra başlayacağı ve iç yazışmaları kapsamayacağı açıkça belirtilmelidir. Bu değişiklik yapıncaya kadar da, Rekabet Kurumu, Kanun'un 43/2 ve 44/2 nci maddeleri çerçevesindeki her bir başvuruya ilişkin olarak, soruşturma sürecinin olumsuz yönde etkilenip etkilenmeyeceği değerlendirmesinin ardından, gerekçe belirtmek suretiyle işlem tesis etmelidir.

Kartel içinde yer almayan ancak bir şekilde kartelin varlığı hakkında bilgi sahibi olup bunu ihbar edenlere ödül verilmesi, kartellerle mücadeleye fayda sağlayabileceğinden, 4054 sayılı Kanun'da bu yönde bir düzenleme yapılmalıdır.

Rekabet Kurulu, en kısa zamanda, teşebbüsler ile bunların yöneticileri ve çalışanlarının başvurabilecekleri bir pişmanlık programını yürürlüğe koymalıdır. Pişmanlık programlarındakine benzer uygulamaların görüldüğü çeşitli Kurul kararları, böyle bir program için, 4054 sayılı Kanun'da bir değişiklik yapılmasına gerek olmadığını; 27 nci maddenin birinci fıkrasının (f) bendi çerçevesinde, Kurul'un, tebliğ veya benzeri bir düzenleme çıkarabileceğini göstermektedir. Ancak 4054 sayılı Kanun'da, 5728 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler, Kurul'a pişmanlık programı çıkarmak hususunda verilen açık yetki, konuya ilişkin tartışmaları sonlandırabilmek bakımından faydalı olacaktır.

Pişmanlık programı kullanıldıktan sonra gelip, ihlali kabul eden ve işbirliği yapan teşebbüslere uygulanacak cezalarda indirim yapılabilmesi ve uzlaşmaya varılarak dosya kapatılabilmesidir. Pişmanlık programına benzer şekilde, bunun için de, 4054 sayılı Kanun'da bir değişiklik yapılmasına gerek bulunmamaktadır; ancak 5728 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle açıkça imkan verilmesi fayda sağlayacaktır.

Kartellerin ortaya çıkarılabilmesi ve soruşturulabilmesi için gerekli ispat standartlarından biri, *rule of reason* analizi yerine *per se* kuralının kullanılması ve etki yerine amaca vurgu yapılmasıdır. Ancak Rekabet Kurulu'nun, çoğunlukla 4054 sayılı Kanun'un 9 uncu maddesinin 3 üncü fıkrası ile kendisine verilen yetkiyi kullanarak, soruşturma açılmaması yönünde verdiği pek çok karar, doktrindeki genel kabullerle, Kanun'un bu genel kabul ile uyumlu 4 üncü maddesiyle ve bunlara uygun alınan kararlar ile çelişmektedir. Bu çelişkili uygulamaların ortadan kaldırılmasına ilişkin çözüm, esas itibarıyla, Rekabet Kurulu'nun, yerel pazarlarda faaliyet gösteren, küçük ve orta büyüklükteki işletmeler ile ilgili dosyaları ele alıp almamak konusunda geliştireceği politikaya göre şekillenecektir. Kurul'un, bu tür dosyalar çerçevesinde, soruşturma yürüterek, ceza uygulamak yönünde bir politika geliştirmesi olumlu bir sonuç doğurabilir. Bu olumlu sonuç, ekmek veya otobüs gibi pazarlarda ortaya çıkarılan kartellerin cezalandırılmasının yerel medyada yaratacağı ilgi ile, tüketicilerin ve yerel iş çevrelerinin rekabet hukuku hakkında bilgi sahibi olmasını sağlaması ve Rekabet Kurumu'na yönelik kamuoyu desteğini artırması şeklinde ortaya çıkacaktır. Rekabet Kurumu, bu soruşturmaları yürütebilecek kaynağa sahiptir. Kaldı ki, kamu kaynaklarının etkin kullanımı, ihlalin kabulü ve işbirliği karşılığında cezalarda indirim yaparak ilgililerle uzlaşma yetkisi kullanılarak da sağlanabilir. Bütün bunlara rağmen, Rekabet Kurulu, bu tip dosyaları ele almamak yönünde bir tercihte de bulunabilir. Böyle bir tercihte bulunulması halinde, Kurul, kartellerin yaygın olduğu ekmek ve otobüs gibi sektörlerde, Kurum'a intikal eden ihbar, şikayet ve taleplere ilişkin olarak, 4054 sayılı Kanun m.42/2'de düzenlenen zımnî ret mekanizmasını kullanmak şeklinde bir politika benimseyebilir. Bunun yanı sıra veya bunun yerine, kartele taraf olduğu iddia edilen teşebbüslerin yıllık gayri safi gelirleri, Rekabet Kurulu tarafından çıkarılan bir tebliğ ile belirlenen bir yıllık gayri safi gelirin altında kalıyorsa, önaraştırma veya soruşturma açılmayabilir. Bu tebliğin, Kanun değişikliği ile 4 üncü maddenin sonuna eklenecek, "Kurul bu maddenin uygulanmasına ilişkin tebliğler çıkarabilir" şeklindeki bir ifadeye ya da böyle bir değişiklik gerçekleşmese bile, 27 nci maddenin birinci fıkrasının (f) bendindeki yetkiye dayanarak çıkarılabileceği düşünülmektedir. Bu sayede, doktrindeki genel kabullerle, 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesi ve madde gerekçesinde getirilen *per se* yaklaşımıyla ve bunlara uygun alınan Rekabet Kurulu kararları ile bağdaşmayan kararlar verilmesinden kaçınılmış olacaktır.

4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesi, bu maddenin gerekçesi ve 47 nci maddenin son fıkrası, kartellerin, ifadeler ve teşebbüsler arasında ticari sır niteliğindeki bilgilerin değişimi gibi ikincil deliller kullanılarak ispatlanabilmesine imkan vermektedir. Bu nedenle Rekabet Kurulu, Kanun'un ihlal edildiği sonucuna, yalnızca bu tür delillere dayanarak ulaştığı kararları ile çelişen kararlardan kaçınmalıdır. Keza, Kanun'da yapılacak bir değişiklik, kartellerin, ifadeler ve teşebbüsler arasında ticari sır niteliğindeki bilgilerin değişimi gibi ikincil deliller kullanılarak ispatlanabileceğinin açıkça zikredilmesi de faydalı olacaktır. Buna karşılık, Kurul, kartel dosyalarında, yalnızca iktisadi nitelikli delillere dayanmamalıdır. Çünkü çeşitli Kurul kararlarında ulaşılan sonuçların da gösterdiği üzere, teşebbüsler, diğer delillerin yokluğunda, elde edilmesi zor olan iktisadi nitelikteki delillere cevap vermekte zorlanmamaktadır. Keza, yalnızca iktisadi nitelikli delillere dayanılması, teşebbüslerin uzlaşmadan değil de oligopolistik bağımlılıktan kaynaklanan bilinçli paralelliklerinin de ihlal kabul edilmesi olasılığını doğurmaktadır.

Uzun dönemli kartellerde, ilgili teşebbüslerin uzlaşmalarını tek tek göstermek imkansız olduğundan, ABD ve AB'de, uzlaşmaya ulaşılan anı tanımlayan statik bir yaklaşım yerine, rekabetin ihlal edildiği bütün süreci kapsayan "devam eden tek bir uzlaşma" yaklaşımı geliştirilmiştir. Bu yaklaşım sayesinde, deliller bütün olarak değerlendirilerek, kartelin varlığı ve belirgin özellikleri ortaya konulmakta; aksini gösteren bir kanıt olmadıkça, ilgili teşebbüslerin bu sürecin tamamına katıldığı varsayılmaktadır. Bu nedenle, Rekabet Kurulu, "devam eden tek bir uzlaşma" yaklaşımını kullandığı kararlarla çelişen kararlar vermekten kaçınmalıdır.

Rekabet Kurulu, uyumlu eylemi, apayrı bir rekabet hukuku kavramı olarak değil de, 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesinin gerekçesinde belirtildiği üzere, "anlaşmanın varlığının ispatlanmasında bir araç" olarak kabul ettiği kararlarına süreklilik kazandırmalıdır. Bu çerçevede, Kurul, konuya ilişkin çelişkili kararlarına, şu üç temel ilke doğrultusunda son vermelidir. Bunlardan ilki, oligopolistik bağımlılık savunmasının kabul edilmesi; buna karşılık, koordinasyonu gösteren belgelerin varlığında, bu savunmanın, pazarın uzlaşmaya müsait olduğu ve paralel hareketlerin gerçekleştiğini ikrar niteliği ile delil haline gelmesidir. İkincisi, rekabeti sınırlayıcı paralel davranışların gösterilmesi şeklinde bir uyumlu eylem karinesi yerine, bilgi değişimi, kartel toplantılarına katılım gibi eylemlerin, genel pazar davranışlarını etkilemediğinin ispatının ilgili teşebbüslere bırakılması şeklinde bir karine benimsenmesidir. Üçüncüsü ise, rekabetin ihlal edildiği bütün süreci kapsayacak biçimde, anlaşma ve uyumlu eylem kavramlarının birarada kullanılabilmesi, bu çerçevede, önem teşkil edenin, anlaşma ve uyumlu eylem kavramları arasındaki ayrım değil de, 4 üncü madde kapsamındaki uzlaşmalar ile salt paralel davranışlar-bilinçli paralellikler arasındaki ayrım olduğudur.

Kartellerin etkili biçimde cezalandırılabilmesi için gerekli yaptırımlardan biri, caydırıcılığı sağlamak amacıyla yüksek olması gereken para cezalarıdır. Buna karşılık, Rekabet Kurulu, örneğin, ihlalin defalarca tekrar edildiği, kartel toplantılarının, önaraştırma veya soruşturma açılması kararının ardından devam ettiği, kartelin verdiği zararın veya kartelden elde edilen kazancın çok büyük olduğu hallerde dahi, %10'luk üst sınırın çok altında cezalar uygulamaktadır. Dolayısıyla Kurul, en kısa zamanda, karteller ile diğer rekabet ihlalleri arasında bir ayırım yaparak, caydırıcılığı mümkün olduğunca sağlayacak büyüklükte cezalar uygulamaya başlamalıdır. Keza, 5728 sayılı Kanun ile ilave bir caydırıcı olarak getirilen, ihlalde belirleyici etkisi saptanan teşebbüs veya teşebbüs birliği yöneticilerine ya da çalışanlarına, teşebbüs veya teşebbüs birliğine verilen cezanın yüzde beşine kadar para cezası verileceğine dair düzenleme, etkili şekilde kullanılmalıdır.

Rekabet Kurulu, para cezalarını belirlerken, “ihlalin süresi”, “ihlalin tekrarı”, “eksik, yanlış veya yanıltıcı bilgi verilmesi, belgelerin içeriklerinin değiştirilmesi veya ortadan kaldırılması ile inceleme ve soruşturmanın engellenmesi” gibi caydırılmak veya “ihlalin kabulü ve işbirliği” gibi teşvik edilmek istenen çeşitli hususları göz önünde bulundurmalıdır. Bu doğrultuda Kurul, ihlalin süresi bakımından, teşebbüsleri, kartellere kısa süreli katılımlardan bile caydıracak yöntemler geliştirmeli; keza, kartel dosyalarında, incelemenin başlaması ile birlikte ihlale son verilmesini, yaptırımı ortadan kaldırıcı veya hafifletici bir unsur olarak kabul etmemelidir. Benzer şekilde, Kurul'un, ihlalin tekrarı bakımından, para cezasını, her bir tekrar için bir katı oranında arttırması ve “önceki ihlalin, farklı bir ürün pazarında, aynı grup içerisindeki farklı şirketler tarafından gerçekleştirilmesi”, “önceki ihlale para cezası verilmemiş olması”, “zaman aşımı” gibi hususları dikkate almaması önem arz etmektedir. Bunun yanı sıra, Kurul, nihai karar aşamasında, eksik, yanlış veya yanıltıcı bilgi verilmesi, belgelerin içeriklerinin değiştirilmesi veya ortadan kaldırılması ile inceleme ve soruşturmanın engellenmesini ağırlaştırıcı unsur olarak göz önünde bulundurmalıdır. İstisnai nitelik taşıyan çeşitli kararlarda yapılan artırım ve indirimler, Kurul'un bu yönde bir politika benimsemesi için, 4054 sayılı Kanun'un değiştirilmesine gerek olmadığını göstermektedir. Ancak konuya açıklık getirmesi bakımından, 5728 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler kuşkusuz faydalı olacaktır.

4054 sayılı Kanun, cezaların belirlenmesi konusunda, Rekabet Kurulu'na çok geniş bir takdir yetkisi sağlamıştır. Bu yetki, Kurul'un yayımladığı bir rehberle veya bugüne kadar ki Danıştay kararlarıyla kısıtlanmamıştır. Ancak bu durum, kartel üyelerinin, çoğunlukla, diğer yurttaşlar açısından bir tehdit yaratmayan, toplumun temel direği niteliğinde insanlar olarak görülmelerinden dolayı, caydırıcılığı sağlayacak büyüklükte cezalar uygulamak hususundaki isteksizliğin sürdürülmesine imkan vermekte; keza,

şeffaflık, nesnellik ve tutarlılığı ortadan kaldırmaktadır. Bu nedenle, olaylar arasındaki farklılıkların dikkate alınmasına imkan verecek esneklik tanınmak kaydıyla, cezaların belirlenmesinin usul ve esaslarına ilişkin detaylı düzenlemeler getirilerek, cezalara karar verenlerin takdir yetkisi sınırlanmalıdır. Bu çerçevede, Kanun'da yapılacak bir değişiklikle, cezanın hesaplanmasına başlangıç noktası teşkil edecek oran, ağırlaştırıcı unsurlara ilişkin artış veya hafifletici unsurlara ilişkin azalış miktarları gibi konularda düzenleme yapılabilir. Bundan çok daha elzem olan ise, Rekabet Kurulu'nun, en kısa zamanda, böyle bir Kanun değişikliğine esas olacak bir yönetmelik yayımlamasıdır.

Beyaz yakalılara yönelik en caydırıcı yaptırım olması nedeniyle hapis cezası, kartellerin ortaya çıkarılması, soruşturulması ve cezalandırılmasını kolaylaştırmaktadır. Toplumda konuya ilişkin bilinci artıran niteliği de göz önünde bulundurularak, 4054 sayılı Kanun'da, kartel üyelerine hapis cezası verilebilmesini sağlayacak bir değişikliğin yapılması önem arz etmektedir.

Kartelden zarar görenlerin, 4054 sayılı Kanun sayesinde sahip olduğu, kartele taraf olanlara tazminat davası açma imkanını fazla kullanmadığı görülmektedir. Bu nedenle Rekabet Kurumu, kartel kararlarının tefhimiyile birlikte kamuoyuna yapacağı duyurularla, kartel mağdurlarını tazminat davası açmaya yönlendirmek gibi girişimlerde bulunmalı; keza, tazminat davalarının sayısını artırmaya yönelik önerilerin ortaya konmasına imkan verecek bir tartışma ortamı yaratmalıdır. Tazminat davası açanların delil elde etme imkanlarının artırılması, ispat yüklerinin düşürülmesi gibi hususların irdeleneceği bu tartışma ortamının yaratılması, Rekabet Kurulu'nun, yerel pazarlarda faaliyet gösteren, küçük ve orta büyüklükteki işletmeler ile ilgili dosyaları ele almamak yönünde bir tercihte bulunması halinde daha da önem kazanacaktır. Çünkü Kurul'un böyle bir tercihte bulunması durumunda, kartelden zarar görenlerin başvurabilecekleri yol, esas itibarıyla, Kanun'un 57 ile 59 uncu maddeleri çerçevesinde tazminat davası açmak olacaktır. Tartışılması gereken diğer bir husus, tazminat davalarının, Rekabet Kurulu'nun konuya ilişkin kararını vermesine kadar bekletilmesine ilişkindir. Böyle bir düzenleme, tazminat davalarının açılmasının yaygınlaşmasıyla, Rekabet Kurumu'nun kaynak ayırmaya değer bulmadığı konuların tekrar önüne getirilmesine yol açabilir. Son olarak, çıkarılacak bir pişmanlık programına başvuranların, açılan tazminat davalarında, verilen zararın üç katına kadarından, kartele taraf diğer teşebbüsler ile müteselsilen sorumlu olması yerine, zarar gören davacılarla tam işbirliği yapmaları koşuluyla, sadece kendi verdikleri zarardan sorumlu olması kuralının getirilmesi, pişmanlık programına başvuruların artırılmasını sağlayacaktır.

Rekabet Kurulu kararlarının Danıştay tarafından gerçekleştirilen yargısal denetiminde, “süre” ve “içerik” bakımından çeşitli sorunlar bulunmaktadır. Bu sorunlar, kartellerle mücadelede yaşanan başarısızlıkta, Rekabet Kurumu ve Rekabet Kurulu’nun yanında, mevcut yargısal denetim sürecinin de rolünün bulunduğunu göstermektedir. 2005 yılından itibaren faaliyete geçen Danıştay 13 üncü Dairesi de, gerçekleştirmesi beklenen iyileştirmeyi sağlayamamıştır. Dolayısıyla, Türk rekabet otoritesinin işlemlerinin yargısal denetimi konusunda daha köklü değişikliklerin tartışılması ve bu tartışmalarda, bir ihtisas mahkemesinin kuruluşunun gündeme gelmesi yerinde olacaktır.

Doktrindeki genel kabuller ve kartellerle etkili mücadeleyi amaç edinmiş hukuk düzenlerindeki uygulamalar incelenmek suretiyle hazırlanan yukarıdaki olması gerekenler listesinin uzunluğu, çimento gibi sektörlerde ihlallerin tekrarlanma nedenini açıklamakta ve nihai tahlilde, kartellerle mücadeledeki başarısızlığı ortaya koymaktadır. Bu başarısızlığı anlatmakta, etkisiz yaptırımlara yönelik, “trafik cezası”¹ ya da uygulanmayacak düzenlemelere yönelik, “Fransız restoranlarındaki sigara içme yasağı”² şeklindeki iki benzetmede yetersiz kalmaktadır. Çünkü Türkiye’de asgari ücretli bir çalışana binlerce YTL’yi bulan trafik cezası verilebilmekte ve bu para tahsil edilebilmektedir. Buna karşılık ciroları milyonlarca YTL’yi bulan kartel üyesi teşebbüslere, görece düşük cezalar verilmekte ve bu cezalar genellikle tahsil edilememektedir. Uygulanmayan bir sigara içme yasağının ise, en azından vergi mükelleflerine doğrudan bir zararı bulunmamaktadır. Buna karşılık 2006 mali yılı bütçe uygulama sonuçlarına göre, Rekabet Kurumu’nun yalnızca personel giderleri toplamı, 11.681.574 YTL’dir³.

Bu açıklamalar çerçevesinde, kartellerin ortaya çıkarılması, soruşturulması ve cezalandırılması için gerekenler yapılmadıkça, şu ifadenin her zaman için geçerliliğini koruyacağı düşünülmektedir:

“Antitröst hukukunun yarım uygulanması, hiç olmamasından daha fazla zarar verir.”⁴

¹ Klawiter 2001, s.747.

² Joshua 2002, s.245.

³ Rekabet Kurumu 2007, s.208.

⁴ AZEVEDO, J.P. (2003), “Crime and Punishment in the Fight against Cartels: The Gathering Storm”, *E.C.L.R.*, Issue 8, s.400.

ÖZET

OECD'nin 1998 tarihli "Açık Kartellerle Etkili Şekilde Mücadele Edilmesine İlişkin Tavsiyesi"nde, "*kartellerin en ciddi rekabet ihlali olduğu*" ifade edilmiştir. Başta Türkiye olmak üzere, pek çok ülkenin rekabet yasasını kabul ederken model olarak dikkate aldığı ABD ve AB antitröst mercilerinin en üst düzey yöneticileri de bu yönde görüş belirtmiştir.

Peki, "en ciddi rekabet ihlali" şeklinde nitelendirilen karteller yeterince tanınmakta mıdır? Bir OECD çalışmasına göre, bu soruya verilecek cevap "hayır"dır. İlgili çalışmada, "*kartellere yönelik bilgi eksikliğinin yalnızca kamuoyunda değil, rekabet otoriteleri çalışanlarında da bulunduğu*" ifade edilmiştir. Bu bilgi eksikliği önemli sorunlar ortaya çıkarmaktadır. Bu nedenle, tezin amacı, kartelleri tanıyarak, etkili mücadele yollarını araştırmak ve bu sayede, son bölümde yapılacağı üzere, Türk rekabet hukukunda olması gerekenlere ilişkin görüşler ortaya koymaktır.

Bunun için birinci bölümde, önce kartel kavramına, ardından zararlarına, son olarak da kartellerin gizliliğini temin etmek için yapılanlara yer verilecektir.

İkinci bölümde, bugünkü noktaya nasıl geldiğini anlayabilmek için, modern rekabet yasaları öncesi, ABD ve AB örneklerinde, kartellerle mücadeleyle, tarihsel bir süreç içinde bakılacaktır.

Birinci ve ikinci bölümler vasıtasıyla kartelleri tanıdıktan sonra, nasıl mücadele edilebileceği araştırılacaktır. Bunun için, önce, ağırlıklı olarak ABD ve AB olmak üzere, dünyanın önde gelen rekabet otoritelerinin kartelleri ortaya çıkarmak ve soruşturmak için kullandıkları araçlar hakkında bilgi verilecektir. Ardından ortaya çıkarılan ve soruşturulan kartellere uygulanabilecek etkili yaptırımların neler olduğu konusu tartışılacak; bu çerçevede, son yıllara damgasını vuran kartel üyelerine hapis cezası verilmesine ilişkin tartışmalara yer verilecektir.

Son bölümde ise, önceki bölümlerde sunulan bilgiler çerçevesinde, Türk rekabet hukuku uygulamalarında olan ve olması gerekenler üzerine görüşler ortaya konacaktır.

ABSTRACT

OECD states in its 1998 Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard-Core Cartels that “*cartels are the most egregious violations of competition law*”. The officials of antitrust authorities of the US and the EU, regarded as models by many countries adopting antitrust laws, express similar opinions. Despite this acknowledgement, “*the supreme evil of antitrust*” is not sufficiently known. According to another OECD study, “*not only public but also antitrust authorities’ officials underestimate the harm and clandestine nature of cartels*”. This knowledge gap is a serious impediment to action against cartels since it causes insufficient legislation and ineffective enforcement. Therefore, the aim of this thesis is to identify “the supreme evil of antitrust” and to seek for effective fighting ways.

Thus, section 1 will examine the concept of cartel, the harms cartels cause and the methods to be followed in order to ensure the secrecy of cartels.

Section 2 will examine the fight against cartels in an historical perspective. To this end, respectively, how pre-modern competition laws, the US and the EU competition law have dealt with cartels will be discussed.

Section 3 will present the investigative tools used to detect and investigate cartels. Section 4 will discuss effective sanctions including imprisonment against cartel participants.

The last section will put forward opinion about Turkish competition law, on the basis of the discussion and evaluation in previous sections.

KAYNAKÇA

A.B.A. (2005), Comments of the ABA Section of Antitrust Law on S. 443: “Antitrust Criminal Investigative Improvements Act of 2005”, <http://www.abanet.org/antitrust/comments/2005/06-05/com-crmlinal-invest-improv.pdf>

ALBACH, H. (1996), “The U.K. Agricultural Tractors Information Exchange System”, H. Albach, J.Y. Jin ve C. Schenk (der.), *Collusion through Information Sharing? New Trends in Competition Policy* içinde, Edition Sigma, Germany, s.123-135.

ALBÆK, S., H.P. MØLLGAARD ve P.B. OVERGAARD (1996), “Law-Assisted Collusion? The Transparency Principle in the Danish Competition Act”, *E.C.L.R.*, No:6/1996, s.339-343.

ANDERSON, D.G. ve M.J. REYNOLDS (2006), “Immunity and Leniency in EU Cartel Cases: Current Issues”, *E.C.L.R.*, Issue 2, s.82-90

ANDERSON, E. ve G. BERGER (2006), “Commission Fines Four Undertakings a Total of € 344.5 Million for Participating in an Acrylic Glass Cartel”, *Competition Policy Newsletter*, No:3, Autumn 2006, s.33-35.

ANDREWS, P. (2002), “Modernisation-Irish Style”, *E.C.L.R.*, Issue 9, s.469-473

ANTOINE, O.N. ve C.E. KOOB (2006), “United States”, *Cartel Regulation*, GCR, London, s.186-193

ANTUNES, L. (1991), “Agreements and Concerted Practices under EEC Competition Law: Is The Distinction Relevant?”, *Yearbook of European Law*, 11, s.57-77.

ARBAULT, F. ve M. LINDROOS (2002), “The Zinc Phosphate Market-Sharing and Price-Fixing Cartel”, *Competition Policy Newsletter*, No:1, February 2002, s.40-41

ARBAULT, F. ve F. PEIRÓ (2002a), “The Citric Acid Cartel”, *Competition Policy Newsletter*, No:1, February 2002, s.34-36

ARBAULT, F. ve F. PEIRÓ (2002b), “The Commission’s New Notice on Immunity and Reduction of Fines in Cartel Cases: Building on Success”, *Competition Policy Newsletter*, No:2, June 2002, s.15-22

ARBAULT, F. ve S. SUURNAKKI (2002), “The Sodium Gluconate Cartel”, *Competition Policy Newsletter*, No:1, February 2002, s.29-30

- AREEDA, P.E. (1986), *Antitrust Law An Analysis of Antitrust Principles and Their Application, Volume VI*, Little, Brown and Company, USA.
- AREEDA, P.E. ve L. KAPLOW (1997), *Antitrust Analysis Problems, Text, Cases*, Fifth Edition, Aspen Publishers, New York, U.S.A.
- ARP, D.J. ve C.R.A. SWAAK (2003), "A Tempting Offer: Immunity from Fines for Cartel Conduct under the European Commission's New Leniency Notice", *E.C.L.R.*, Issue 1, s.9-18
- ART, J.Y. (1999), "Developments in EC Competition Law in 1998: An Overview", *Common Market Law Review*, No:36, s.971-1026.
- ASKOLA, E. (2004), "Commission Adopts a Cartel Decision Imposing Fines on Industrial Copper Tube Producers", *Competition Policy Newsletter*, No:1, Spring 2004, s.42-43
- ASKOLA, E. (2006), "Commission Fines 3 Undertakings a Total of € 76 Million for Participating in Rubber Chemicals Cartel", *Competition Policy Newsletter*, No:1, Spring 2006, s.66-67.
- ASLAN, İ.Y. (2001), *Rekabet Hukuku*, Genişletilmiş 2. Basım, Ekin Kitabevi, Bursa.
- AZEVEDO, J.P. (2003), "Crime and Punishment in the Fight against Cartels: The Gathering Storm", *E.C.L.R.*, Issue 8, s.400-407
- BAKER, D.I. (2001), "The Use of Criminal Law Remedies to Deter and Punish Cartels and Bid-Rigging", *The George Washington Law Review*, October/December 2001, Volume 69, No:5/6, s.693-714
- BAKER, D.I. (2003), "Jailing Conspirators: A Critical Part of US Anti-Cartel Enforcement", *G.C.R.*, February 2003, s.25-27
- BAKER, J.B. (1993), "Two Sherman Act Section 1 Dilemmas: Parallel Pricing, the Oligopoly Problem and Contemporary Economic Theory", *The Antitrust Bulletin*, Spring 1993, s.143-219.
- BAKER, J.B. (1996), "Horizontal Price-Fixing in Cyberspace", *Remarks Before the 1996 Antitrust Conference: Antitrust Issues in Today's Economy- New York*, <http://www.ftc.gov/speeches/other/confbd4.htm> .
- BAKER, J.B. (2001), "New Horizons in Cartel Detection", *The George Washington Law Review*, October/December 2001, Volume 69, No:5/6, s.824-828

- BARENNE, M. ve B. VAN BARLINGEN (2005), "The European Commission's 2002 Leniency Notice in Practice", *Competition Policy Newsletter*, No:3, Autumn 2005, s.6-16.
- BARNETT, T.O. (2006a), "Seven Steps to Better Cartel Enforcement", *Presentation to the 11th Annual Competition Law & Policy Workshop, European Union Institute, Florence, Italy*, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/216453.pdf>
- BARNETT, T.O. (2006b), "Criminal Enforcement of Antitrust Laws: The U.S. Model", *Presented at the Fordham Competition Law Institute's Annual Conference on International Antitrust Law and Policy, New York*, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/218336.pdf>
- BARNETT, B. ve W. DILLON (2004), "To Catch a Thief: Border Watches, Interpol, & Extradition", *ICN Cartel Workshop, Sydney, Australia*
- BECKER, G. (1968), "Crime and Punishment: An Economic Approach", *Journal of Political Economy*, Volume 76, s.169.
- BELLAMY, C. ve G.D. CHILD (1993), *Common Market Law of Competition*, Fourth Edition, Sweet&Maxwell Limited, London, U.K.
- BELLAMY, C. (2001), "Cartel Cases: The Role of the Judge", *Fighting Cartels-Why and How?* içinde, Swedish Competition Authority, 2001 Konkurrensverket, Sweden, s.160-167
- BENINI, F. ve C. BERMIG (2007), "Milestones in Maritime Transport: EU Ends Exemptions", *Competition Policy Newsletter*, No:1, Spring 2007, s.20-22.
- BERASATEGI, J. (1997), "Competition Policy and Oligopolies: A Critic on Collective Dominance" (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), College of Europe, Bruges.
- BERGER, G. ve L. PIAZZA (2006), "Commission Fines Seven Undertakings a Total of € 388 Million for Participating in a Cartel for Hydrogen Peroxide and Perborate", *Competition Policy Newsletter*, No:3, Autumn 2006, s.31-32.
- BERMUDEZ, A.G. (2003), "The Specialty Graphite Price-Fixing Cartels", *Competition Policy Newsletter*, No:1, Spring 2003, s.66-67
- BISHOP, W. (1983), "Oligopoly pricing: a proposal", *The Antitrust Bulletin*, Summer 1983, s. 311-336.
- BISSOCOLI, E.F. (2000), "Trade Associations and Information Exchange under US Antitrust and EC Competition Law", *World Competition*, Vol:23, No:1, s.79-106.

- BLAKE, S. ve D. SCHNICHELS (2004), “Leniency Following Modernisation: Safeguarding Europe’s Leniency Programmes”, *Competition Policy Newsletter*, No:2, Summer 2004, s.7-13
- BOYCE, J., J. LENSCHOW, D. LOUKAS ve H. NIEMEYER (2006), “European Union”, *Cartel Regulation*, GCR, London, s.44-52
- BRAUN, R., J.F. RAWLINSON ve K.L. RITTER (1991), *EEC Competition Law-A Practitioner’s Guide*, Brussels and Chicago.
- BREIT, I. (2001), “Commission Fines Eight Companies in Graphite Electrode Cartel”, *Competition Policy Newsletter*, No:3, October 2001, s.34-35
- BRIDGELAND, P. (2002), “Market Sharing Cartel on the Luxembourg Beer Market”, *Competition Policy Newsletter*, No:1, February 2002, s.38-39
- CALVANI, T. (2004), “Competition Penalties & Damages in a Cartel Context: Criminalisation & the Case for Custodial Sentences”, *ICN Workshop on Cartels, Sydney, Australia*
- CAPOBIANCO, A. (2004), “Information Exchange Under EC Competition Law”, *Common Market Law Review*, No:41, s.1247-1276
- CARLE, J., S.P. LINDEBORG ve E. SEGENMARK (2002), “The New Leniency Notice”, *E.C.L.R.*, Issue 6, s.265-272
- CLERC, E. (2006), “Commission Fines Nine Companies a Total of € 43.5 Million for Participating in Industrial Thread Cartels”, *Competition Policy Newsletter*, No:1, Spring 2006, s.64-65.
- C.L.I. (2004), “Cartel Fines May Not Be High Enough”, *Competition Law Insight*, 23 November 2004, s.16
- C.L.I. (2005), “EU’s Leniency Policy Calls for Thought”, *Competition Law Insight*, 12 April 2005, s.1
- DE ARAUJO, K.V.M.M., P.R.P. PUGLIESE ve A.G. CASTILLO (2003), “European Union and Brazil: Leniency in Cartel Cases-Achievements and Shortcomings”, *E.C.L.R.*, Issue 9, s.463-474
- DEBEIJ, T. (2000), “European Integration: An Historical Framework”, *Lecture within the framework of Seminar for officials of the Turkish Competition Authority*, College of Europe, Bruges.
- DE BROCA, H. (2006), “The Commission Revises its Guidelines for Setting Fines in Antitrust Cases”, *Competition Policy Newsletter*, No:3, Autumn 2006, s.1-6.

- DE LUCA, M. ve B. LIST (2007), “Commission Fines Producers and Traders of Synthetic Rubber € 519 Million for Price Fixing and Market Sharing Cartel”, *Competition Policy Newsletter*, No:1, Spring 2007, s.68-70.
- DEMATAKI, G. ve R. WESSELY (2007), “Commission Fines Copper Fittings Producers € 314.7 Million for Price Fixing Cartel”, *Competition Policy Newsletter*, No:1, Spring 2007, s.65-67.
- DeWINE, M., H. KOHL ve P. LEAHY (2005), “DeWine, Kohl Introduce Bill to Strengthen Antitrust Enforcement”, <http://www.senate.gov/~kohl/press/05/02/2005217946.html>
- ELZINGA, K.G. (1984), “New developments on the cartel front”, *The Antitrust Bulletin*, Spring 1984, s.3-26.
- FONTANA, C.R., M. DE LUCA ve R. MORILLAS (2005), “Commission Fines Companies for Colluding on Raw Tobacco Prices in Spain”, *Competition Policy Newsletter*, No:1, Spring 2005, s.65-66
- FOX, E.M. ve R. PITOFSKY (1997), “United States”, E.M. Graham ve J.D. Richardson (der.), *Global Competition Policy* içinde, Institute for International Economics, Washington D.C., U.S.A. s.235-269.
- GAUER, C. ve M. JASPERS (2007), “ECN Model Leniency Programme – a first step towards a harmonised leniency policy in the EU”, *Competition Policy Newsletter*, Spring 2007, s.35-38.
- G.C.R. (2000), “Dawn Raids in the UK”, *G.C.R.*, December 2000, s.9
- G.C.R. (2001), “The Pitfalls of Seeking Cartel Leniency”, *G.C.R.*, April/May 2001, s.27-28
- G.C.R. (2002a), “First UK Fines for Cartel Activity”, *G.C.R.*, April/May 2002, s.15
- G.C.R. (2002b), “Thinking Differently about Cartels”, *G.C.R.*, April/May 2002, s.21-22
- G.C.R. (2002c), “An Interview with Olivier Guersent”, *G.C.R.*, April/May 2002, s.32-35
- G.C.R. (2002d), “Calvani to Enforce Again-In Ireland”, *G.C.R.*, June 2002, s.8
- G.C.R. (2003a), “Interview with Finn Lauritzen”, *G.C.R.*, April 2003, s.11-12
- G.C.R. (2003b), “Better Enforcement Means Cartels Play for Ever Higher Stakes”, *G.C.R.*, April 2003, s.15-16

- G.C.R. (2003c), “The Architects of Enforcement”, *G.C.R.*, October 2003, s.20-27
- G.C.R. (2004), “An Interview with John Fingleton”, *G.C.R.*, September 2004, s.26-30
- G.C.R. (2005), “Cutting-Edge Issues in Cartels”, *G.C.R.*, April 2005, s.22-32
- GERADIN, D. ve D. HENRY (2005), “The EC Fining Policy for Violations of Competition Law: An empirical Review of the Commission Decisional Practice and the Community Courts’ Judgments”, *The Global Competition Law Centre Working Papers Series, GCLC Working Paper 03/05*
- GREEN, N. ve A. ROBERTSON (1997), *Commercial Agreements and Competition Law Practice and Procedure in the UK and EC*, Second Edition, Kluwer Law International, London, U.K.
- GRIFFIN, J.M. (2001), “An Inside View of a Cartel at Work: Common Characteristics of International Cartels”, *Fighting Cartels-Why and How?* içinde, Swedish Competition Authority, 2001 Konkurrensverket, Sweden, s.29-55
- GUERRIN, M. ve G. KYRIAZIS (1992), “Cartels: Proof and Procedural Issues”, B.E. Hawk (der.), *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy* içinde, s.773-843.
- GUSTAFSON, L.K., B.M. COLLINS ve B. McKAY (2004), “Criminal Consequences of Anticompetitive Conduct”, *South Texas Law Review*, Vol:45, 2003-2004, s.89-110
- GÜRZUMAR, O.B. (2005), “Özel Hukuk Açısından 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun”, *4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanun’da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak - Sempozyum – Bildiriler – Tartışmalar – Panel (7-8 Ekim 2005)* içinde, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayın Nu: 426, 2006, s.115-198.
- HAMMOND, S.D. (2001a), “When Calculating the Costs and Benefits of Applying for Corporate Amnesty, How Do You Put a Price Tag on an Individual’s Freedom?”, *The Fifteenth Annual National Institute on White Collar Crime, San Francisco, California*, www.usdoj.gov/atr/public/speeches/7647.htm
- HAMMOND, S.D. (2001b), “The Fly on the Wall Has Been Bugged-Catching an International Cartel in the Act”, *International Law Congress 2001, EU Competition Law, Dublin, Ireland, UK*, www.usdoj.gov/atr/public/speeches/8280.htm

- HAMMOND, S.D. (2001c), “From Hollywood to Hong Kong-Criminal Antitrust Enforcement Is Coming to a City near You”, *Antitrust Beyond Borders, Chicago, Illinois*, www.usdoj.gov/atr/public/speeches/9891.htm
- HAMMOND, S.D. (2004a), “Dealing with Obstruction in Cartel Investigations”, *Presented Before the ICN Workshop on Cartels, Sydney, Australia*
- HAMMOND, S.D. (2004b), “Cornerstones of an Effective Leniency Program”, *Presented before the ICN Workshop on Leniency Programs, Sydney, Australia*, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/206611.pdf>
- HAMMOND, S.D. (2005a), “An Overview of Recent Developments in the Antitrust Division’s Criminal Enforcement Program”, *Before the American Bar Association Midwinter Leadership Meeting, Kona, Hawaii*, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/207226.pdf>
- HAMMOND, S.D. (2005b), “Transcript of Testimony of Scott D. Hammond before the United States Sentencing Commission Concerning Proposed 2005 Amendments to §2R1.1”, <http://www.usdoj.gov/atr/public/testimony/209071.pdf>
- HAMMOND, S.D. (2005c), “Ten Strategies For Winning The Fight Against Hardcore Cartels”, *OECD Competition Committee Prosecutors Program, Paris, France*, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/212270.htm>
- HAMMOND, S.D. (2006a), “Measuring the Value of Second-In Cooperation in Corporate Plea Negotiations”, *The 54th Annual ABA Section of Antitrust Law Spring Meeting, Washington DC*, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/215514.pdf>
- HAMMOND, S.D. (2006b), “The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For All”, *OECD Competition Committee Working Party No.3, Paris, France*, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.pdf>
- HAY, G.A. (2000), “The Meaning of ‘Agreement’ under the Sherman Act: Thoughts from the ‘Facilitating Practices’ Experience”, *Review of Industrial Organization*, No:16, s.113-129.
- HENRY, R.E. (-), “New Problems and Possibilities Brought by the Globalisation of Criminal Prosecution”, www.abanet.org/antitrust/committees/criminal/new_problems.html
- HOVENKAMP, H. ve E.T. SULLIVAN (2004), *Antitrust Law, Policy and Procedure: Cases, Materials, Problems*, Fifth Edition, LexisNexis, U.S.A.
- HUR, J.S. (2004), “Tools & Techniques for Cartel Detection”, *ICN Cartel Workshop, Sydney, Australia*

- I.C.N. (2005), “Defining Hard Core Cartel Conduct Effective Institutions Effective Penalties-Building Blocks for Effective Anti-Cartel Regimes”, *Report Prepared by the ICN Working Group on Cartels, ICN 4th Annual Conference, Bonn, Germany*
- JACOBSON, J.M. ve D.H. MARKS (1985), “Price-fixing: an overview”, *The Antitrust Bulletin*, Spring 1985, s.199-256.
- JEPHCOTT, M. (2002), “The European Commission’s New Leniency Notice-Whistling the Right Tune?”, *E.C.L.R.*, Issue 8, s.378-385
- JONES, A. (1993), “Woodpulp: Concerted Practice and/or Conscious Parallelism?”, *E.C.L.R.*, No:6/1993, s.273-279.
- JONES, A. ve B. SUFRIN (2004), *EC Competition Law Text, Cases, and Materials*, Second Edition, Oxford University Press, New York, US.
- JOSHUA, J.M. (1995), “Attitudes to Anti-Trust Enforcement in the EU and US: Dodging the Traffic Warden, or Respecting the Law?”, http://europa.eu.int/common/competition/speeches/text/sp1995_044_en.html .
- JOSHUA, J.M. (1999), “Cartels and Conspiracies: The Turning of The Tide?”, *IBC Advanced EC Competition Law Conference, Brussels*.
- JOSHUA, J.M. (2002), “A Sherman Act Bridgehead in Europe, or a Ghost Ship in Mid-Atlantic? A Close Look at the United Kingdom Proposals to Criminalise Hardcore Cartel Conduct”, *E.C.L.R.*, Issue 5, s.231-245
- JOSHUA, J.M. (2003), “The UK’s New Cartel Offence and Its Implications for EC Competition Law: A Tangled Web”, *E.L.R.*, No:28, October 2003, s.620-641
- JOSHUA, J.M. (2004), “Oral Statements in EC Competition Proceedings: A Due Process Short-Cut”, *Competition Law Insight*, No:26, 7 December 2004, s.3-7
- JOSHUA, J.M., M. LOW ve G.SPRATLING (2001), “International Cartels, International Exposure: How to Contain the Pain”, *G.C.R.*, February/March 2001, s.16-24
- JOSHUA, J.M. ve N.VAN HINTEN-REED (2001), “Rethinking Leniency at the European Commission”, *G.C.R.*, October/November 2001, s.18-21
- KALLAUGHER, J. ve A. WEITBRECHT (2007), “Articles 81 and 82 EC in 2006 – The Year in Review”, *E.C.L.R.*, Issue 5, s.316-323.
- KIM, B. (2005), “Measures to Improve Cartel Detection (Other than Leniency)”, *ICN Cartel Workshop, Seoul, Korea*.

KINSELLA, S. ve K. DALY (2001), “Defence Strategies in International Cartels an EU Perspective”, *ABA Cartels Workshop, Brussels*, <http://www.abanet.org/antitrust/committees/criminal/cartel.doc>

KLAWITER, D.C. (2001), “After the Deluge: The Powerful Effect of Substantial Criminal Fines, Imprisonment, and Other Penalties in the Age of International Cartel Enforcement”, *The George Washington Law Review*, October/December 2001, Volume 69, No:5/6, s.745-765

KOCAER, Ş. (2005), *Kartellerle Mücadelede Pişmanlık Programlarının Uygulanması*, Rekabet Kurumu, Ankara

KOMİSYON (2002), “Glossary of Terms Used in EU Competition Policy”, http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/glossary_en.pdf.

KONURALP, H. (2007), “Rekabet Hukukunda Deliller ve Değerlendirilmesi”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu – V (6-7 Nisan 2007)* içinde, Ankara, Rekabet Kurumu, s.11-21.

KORAH, V. (1997), *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practices*, Sixth Edition, Hart Publishing, Oxford, U.K.

KOVACIC, W.E. (1993), “The Identification and Proof of Horizontal Agreements Under the Antitrust Laws”, *The Antitrust Bulletin*, Spring 1993, s.5-81.

KOVACIC, W.E. (2001), “Private Monitoring and Antitrust Enforcement: Paying Informants to Reveal Cartels”, *The George Washington Law Review*, October/December 2001, Volume 69, No:5/6, s.766-797

KOVACIC, W.E. ve C. SHAPIRO (1999), “Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking”, <http://www.haas.berkeley.edu/shapiro/century.pdf>

KRISTOF, M. (2006), “Developments in Cartel Case-law: Commission Decisions and Court Judgments of 2005 ”, *Competition Policy Newsletter*, No:1, Spring 2006, s.57-60.

KROES, N. (2005), “The First Hundred Days”, *40th Anniversary of the Studienvereinigung Kartellrecht 1965-2005, International Forum on European Competition Law, Brussels*, <http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/05/205&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

KROES, N. (2006), “Delivering on the Crackdown: Recent Developments in the European Commission’s Campaign against Cartels”, *The 10th Annual Competition Conference at the European Institute, Fiesole, Italy*,

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/06/595&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

KROES, N. (2007), “Reinforcing the Fight Against Cartels and Developing Private Antitrust Damage Actions: Two Tools for a more Competitive Europe”, *Commission/IBA Joint Conference on EC Competition Policy, Brussels*, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/07/128&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

KUHN, K.U. ve X. VIVES (UA), *Information exchanges among Firms and their Impact on Competition*, European Union-European Commission, Luxembourg.

LAINA, F. (2003), “Commission Fines Participants in Concrete Reinforcing Bars Cartel”, *Competition Policy Newsletter*, No: 1, Spring 2003, s.68-69

LAWRENCE, J. ve J. MOFFAT (2004), “A Dangerous New World-Practical Implications of the Enterprise Act 2002”, *E.C.L.R.*, Issue 1, s.1-4

LEVENSTEIN, M. ve V.Y. SUSLOW (2003), “Contemporary International Cartels and Developing Countries: Economic Effects and Implications for Competition Policy”, *Antitrust Law Journal*, No:71, s.801-852.

LEVY, N. ve R. O'DONOGHUE (2004), “The EU Leniency Programme Comes of Age”, *World Competition*, No:27(1), s.75-99

LIST, B. (2004), “Commission Adopts Cartel Decision Imposing Fines in Sorbates Cartel”, *Competition Policy Newsletter*, No:1, Spring 2004, s.40-41

LOPATKA, J.E. (1996), “Solving the oligopoly problem: Turner’s Try”, *The Antitrust Bulletin*, Winter 1996, s.843-908.

LOWE, P. (2006), “Speech at the Cartel Working Group Plenary Session”, *ICN Annual Conference, Cape Town, South Africa* http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/text/sp2006_007_en.pdf

LOWE, P. (2007a), “Commission’s Enforcement Record in 2006”, *Competition Policy Newsletter*, No:1, Spring 2007, s.1-2.

LOWE, P. (2007b), “Introduction to Cartels Working Group Plenary Session”, *ICN Annual Conference, Moscow*, http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/text/sp2007_06_en.pdf

MacNEIL, I. (2003), “Criminal Investigations in Competition Law”, *E.C.L.R.*, Issue 4, s.151-157

- MAGNEY, J.S. ve R.C. ANDERSON (2004), "Recent Developments in Criminal Enforcement of US Antitrust Laws", *World Competition*, No: 27(1), s.101-106
- MAGUIRE, C. (2002), "The European Commission's New Leniency Notice: Roses and Thorns", *G.C.R.*, April/May 2002, s.36-39
- MALRIC-SMITH, P. ve A. SAARELA (2005), "Reorganisation of Cartel Work in DG Competition", *Competition Policy Newsletter*, No: 2, Summer 2005, s.43.
- MARTEIL, E. ve S. SUURNÄKKI (2002), "The Carbonless Paper Cartel", *Competition Policy Newsletter*, No:1, February 2002, s.42-43
- MASOUDİ, G.F. (2007), "Cartel Enforcement in the United States (And Beyond)", *Presented at the Cartel Conference, Budapest, Hungary*, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/221868.pdf>.
- MAYOCK, C. (2005), "Commission Fines Members of the Monochloroacetic Acid Cartel", *Competition Policy Newsletter*, No:1, Spring 2005, s.71-72
- McCARTHY, J.T., S.C. OPPENHEIM ve G.E. WESTON (1981), *Federal Antitrust Laws*, Second Edition, West Publishing Co., St.Paul, Minnesota.
- McELWEE, D. (2004), "Should the European Commission Adopt 'Amnesty Plus' in Its Fight against Hard-Core Cartels?", *E.C.L.R.*, Issue 9, s.558-565
- McQUAIL, T. (2000), "Price Collusion Between Competitors", *IBC Pricing in Europe Conference, London*.
- MISCHE, H. (2005), "Commission Adopts Cartel Decision Imposing Fines on Copper Plumbing Tube Producers", *Competition Policy Newsletter*, No:1, Spring 2005, s.67-70
- MOBLEY, S. ve D. TWEEN (2006), "International Cartel Enforcement and Leniency", *IBC Advanced EC Competition Law Conference, London*.
- MONTI, G. (1996), "Oligopoly: Conspiracy? Joint Monopoly?, Or Enforceable Competition?", *World Competition*, Vol:19, No:3, s.59-102.
- MONTI, M. (2001), "Why Should We Be Concerned with Cartels and Collusive Behaviour?", *Fighting Cartels-Why and How? içinde*, Swedish Competition Authority, 2001 Konkurrensverket, Sweden, s.14-22
- MUELLER, T. (2004), "Expulsion from the Garden of Eden", *G.C.R.*, May 2004, s.33
- MURPHY, G. (2003), "OFT Publishes Consultation Paper on Investigating Criminal Cartels", *E.C.L.R.*, Issue 10, s.549-553

- NEVEN, D., P. PAPANDROPOULOS ve P. SEABRIGHT (1998), *Trawling for Minnows European Competition Policy and Agreements Between Firms*, Centre for Economic Policy Research, Great Britain.
- NIJS, B. (2002), “Market-Sharing and Price-Fixing Cartels on the Belgian Beer Market”, *Competition Policy Newsletter*, No:1, February 2002, s.36-38
- NORLANDER, K. (2004), “Discovering Discovery-US Discovery of EC Leniency Statements”, *E.C.L.R.*, Issue 10, s.646-659
- NORLANDER, K. (2006), “Pre-insulated Pipes Appeal Cases”, *Common Market Law Review*, No:43, s.583-595
- NUIJTEN, J. ve B. VAN BARLINGEN (2007), “Commission Fines Fourteen Undertakings a Total of € 266 Million for Participating in an Cartel for Road Pavement Bitumen in the Netherlands”, *Competition Policy Newsletter*, No:1, Spring 2007, s.71-73.
- O.E.C.D. (1993), “Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law”, <http://www.oecd.org/dataoecd/8/61/2376087.pdf>.
- O.E.C.D. (1998), “Recommendation of the Council concerning Effective Action Against Hard Core Cartels”, C(98)35/FINAL
- O.E.C.D. (2000), “Hard Core Cartels”, <http://www.oecd.org/dataoecd/39/63/2752129.pdf>
- O.E.C.D. (2002), “Report on the Nature and the Impact of Hard Core Cartels And Sanctions Against Cartels Under National Competition Laws”, DAF/COMP(2002)7
- O.E.C.D. (2004), “Cartels: Sanctions Against Individuals”, DAF/COMP(2004)39
- O.E.C.D. (2005a), *Competition Law and Policy in Turkey*, OECD, Paris
- O.E.C.D. (2005b), “Competition Law and Policy in the European Union”, <http://www.oecd.org/dataoecd/7/41/35908641.pdf>
- O.F.T. (2005), “Leniency and No-action – OFT’s Interim Note on the Handling of Applications”, <http://www.oft.gov.uk/NR/rdonlyres/FE4F98BF-D8C5-48FB-9F7E-D6133F907538/oft803.pdf>
- OLIVA, S.M. (2005), “Analysis of S. 443: The Antitrust Criminal Investigative Improvements Act of 2005”, http://www.voluntarytrade.org/downloads/5C01_Analysis.pdf
- OSTI, C. (1994), “Information Exchanges in the Obscure Light of Woodpulp”, *E.C.L.R.*, No:3/1994, s.176-182.

ÖZ, G.A. (2000), *Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması*, Rekabet Kurumu, Ankara.

PATE, R.H. (2003a), “The DOJ International Antitrust Program-Maintaining Momentum”, *Before the American Bar Association Section of Antitrust Law 2003 Forum on International Competition Law*, New York City, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/200736.pdf>

PATE, R.H. (2003b), “Anti-Cartel Enforcement: The Core Antitrust Mission”, *Before the British Institute of International and Corporate Law Third Annual Conference on International and Comparative Competition Law the Transatlantic Antitrust Dialogue*, London, England, www.usdoj.gov/atr/public/speeches/201199.htm

PATE, R.H. (2003c), “Vigorous and Principled Antitrust Enforcement: Priorities and Goals”, *Before the Antitrust Section of the American Bar Association Annual Meeting*, San Francisco, California, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/201241.pdf>

PATE, R.H. (2003d), “The Honorable Konrad Von Finckenstein and North American Antitrust Enforcement”, *2003 Annual Fall Conference on Competition Law Canadian Bar Association*, Ottawa, Canada, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/201336.pdf>

PATE, R.H. (2004a), “Securing the Benefits of Global Competition”, *Tokyo American Center*, Tokyo, Japan, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/205389.pdf>

PATE, R.H. (2004b), “Current Issues in International Antitrust Enforcement”, *Before the Fordham Corporate Law Institute 31st Annual Conference on International Antitrust Law & Policy-Antitrust Perspectives Roundtable*, New York, NY, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/206479.pdf>

PATE, R.H. (2004c), “International Anti-Cartel Enforcement”, *Before the 2004 ICN Cartels Workshop*, Sydney, Australia, www.usdoj.gov/atr/public/speeches/206428.htm

PAULIS, E. (2004), “Key Developments in the International Fight Against Cartels: The Perspective of ICN Member Agencies”, *ICN Cartel Workshop*, Sydney, Australia

PEEPERKORN, L. (2002), “New Notice on Agreements of Minor Importance (de minimis Notice)”, *Competition Policy Newsletter*, No:1, February 2002, s.45-46

PEIRO, F. (2002), “The Vitamin Cartels”, *Competition Policy Newsletter*, No:1, February 2002, s.30-34

- PERETZ, G. (2000), "Cartels and Fining Policy", *IBC Advanced EC Competition Law Conference, Brussels*
- PETERS, T. (2004), "Commission Fines Members of the Organic Peroxides Cartel", *Competition Policy Newsletter*, No:1, Spring 2004, s.46-47
- PIETERS, S. (2002), "Commission Adopts Cartel Decision Imposing Fines in Methionine (Animal Feed) Cartel", *Competition Policy Newsletter*, No:3, October 2002, s.55-56
- PIETERS, S. (2003), "Commission Adopts Cartel Decision Imposing Fines in Food Flavour Enhancers (Nucleotide) Cartel", *Competition Policy Newsletter*, No:1, Spring 2003, s.65
- POSNER, R. (1969), "Oligopoly and the Antitrust Laws: A Suggested Approach", *Stanford Law Review*, Volume 21, s.1562-1606.
- POSNER, R. (1980), "Optimal Sentences for White Collar Criminals", *American Criminal Law Review*, Volume 17, s.409.
- RANDOLPH, F. (1993), "An Overview of the Recent Opinion in the PVC Appeal", *E.C.L.R.*, No:6/1993, s.235-239.
- REHER, T. (2004), "First Vitamins Victory for an Industrial Customer", *G.C.R.*, November 2004, s.24
- REKABET KURUMU (2007), *Rekabet Kurumu 8. Yıllık Rapor (2006 Yılı)*, Ankara
- RIVAS, J. ve J. BRANTON (2003), "Developments in EC Competition Law in 2002: An Overview", *Common Market Law Review*, No:40, s.1187-1240
- RIVAS, J. ve F. STROUD (2002), "Developments in EC Competition Law in 2001: An Overview", *Common Market Law Review*, No:39, s.1101-1145
- RIVERO, E.M. (2001), "Recent Cases in the Transport Sector: Commission Fines Scandinavian Airlines System (SAS) and Maersk Air for Market-Sharing", *Competition Policy Newsletter*, No:3, October 2001, s.40-43
- ROSOCHOWICZ, P.H. (2004), "The Appropriateness of Criminal Sanctions in the Enforcement of Competition Law", *E.C.L.R.*, Issue 12, s.752-757
- SAKKERS, E.C. (2003), "Commission Rules Against the Collusive Behaviour of Christie's and Sotheby's", *Competition Policy Newsletter*, No:1, Spring 2003, s.61-62
- SAMUEL, G. (2004), "2004 ICN Cartels Workshop Welcome Speech", *ICN Cartel Workshop, Sydney, Australia*

SANLI, K.C. (2000), *Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*, Rekabet Kurumu, Ankara.

SCHAUB, A. (2001), “Cartel Enforcement by the European Commission”, *Fighting Cartels-Why and How?* içinde, Swedish Competition Authority, 2001 Konkurrensverket, Sweden, s.185-190

SCHONEVELD, F.R. (2003), “Cartel Sanctions and International Competition Policy: Cross-Border Cooperation and Appropriate Forums for Cooperation”, *World Competition*, No:26(3), s.433-471

SEYİDOĞLU, H. (1992), *Ekonomik Terimler Sözlüğü*, Güzem Yayınları, Ankara.

SOAMES, T. (1996), “An Analysis of the Principles of Concerted Practice and Collective Dominance: A Distinction without a Difference?”, *E.C.L.R.*, No:1/1996, s.24-39.

SPINKS, S. (2000), “Review of Major Events and Policy Issues”, *IBC Advanced EC Competition Law Conference, Brussels*.

SPRATLING, G.R. (1998), “The Corporate Leniency Policy: Answers to Recurring Questions”, *ABA Antitrust Section 1998 Spring Meeting, Washington D.C.*, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/1626.htm>

SPRATLING, G.R. (1999), “Making Companies an Offer They Shouldn't Refuse”, *Bar Association of the District of Columbia's 35th Annual Symposium on Associations and Antitrust, Washington D.C.*, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/2247.htm>

SPRATLING, G.R. ve D.J. ARP (2003), “A New Paradigm for Counsel Responding to International Cartel Investigations”, *G.C.R.*, October 2003, s.28-33

STEVENS, D. (1995), “Covert Collusion and Conscious Parallelism in Oligopolistic Markets: A Comparison of E.C. and U.S. Competition Law”, *Yearbook of European Law*, 15, s.47-78.

SULLIVAN, M. ve J. FILION (2004), “The Basics of International Cartel Enforcement in Canada”, *A Paper Prepared for the Osgoode Hall Continuing Legal Education Program: Canada's Competition Regime: Thinking Strategically a Practical Guide for Business, Osgoode Hall Law School, York University*

- SUURNAKKI, S. ve M.L. TIERNO CENTELLA (2007), "Commission Adopts Revised Leniency Notice to Reward Companies that Report Hard-core Cartels", *Competition Policy Newsletter*, No:1, Spring 2007, s.7-15.
- TAYLOR, K.S. (1996), "Human Society and the Global Economy The Arthritic Hand of Oligopoly", <http://distance-ed.bcc.ctc.edu/econ100/ksttext/oligopoly/oligopoly.htm>.
- TÜRKKAN, E. (2005), "İlk Rekabet Anketinin Bulguları", *Rekabet Haber Bülteni*, Sayı:13, Tarih:20, Temmuz 2005, s.2.
- VAN BAEL, I. (1995), "Fining a la Carte: The Lottery of EU Competition Law", *E.C.L.R.*, No:4/1995, s.237-243.
- VAN BARLINGEN, B. (2003), "The European Commission's 2002 Leniency Notice after One Year of Operation", *Competition Policy Newsletter*, No:2, Summer 2003, s.16-22
- VAN BARLINGEN, B. (2004), "Commission Fines Five Companies in Carbon and Graphite Products Cartel", *Competition Policy Newsletter*, No:1, Spring 2004, s.44-45
- VAN DER WOUDE, M. (2000), "The Commission's Anti-Cartel Offensive", *IBC Advanced EC Competition Law Conference, Brussels*.
- VAN GERVEN, G. ve E.N. VARONA (1994), "The Wood Pulp Case and the Future of Concerted Practices", *Common Market Law Review*, No:31, s.575-608.
- VICKERS, J. (2001), "The New UK Competition Regime", *G.C.R.*, February/March 2001, s.25-26
- VÖLCKER, S.B. (2004), "Developments in EC Competition Law in 2003: An Overview", *Common Market Law Review*, No:41, s.1027-1072
- VÖLCKER, S.B. (2005), "Developments in EC Competition Law in 2004: An Overview", *Common Market Law Review*, No:42, s.1691-1736
- WARREN, P.H. (2004), "Targeting Industries for Cartel Enforcement", *ICN Cartel Workshop, Sydney, Australia*
- WERDEN, G.J. ve M.J. SIMON (1987), "Why Price Fixers Should Go to Prison?", *The Antitrust Bulletin*, Winter 1987, s.917-937
- WESSELING, R. (2000), *The Modernisation of EC Antitrust Law*, Hart Publishing, USA.
- WESSELING, R. (2004), "PVC II Appeal Cases", *Common Market Law Review*, No:41, s.1141-1155

- WESSELY, T.W. (2001), "Polypropylene Appeal Cases", *Common Market Law Review*, No:38, s.739-765
- WHISH, R. (2000), "Recent Developments in Community competition Law 1998/1999", *ELR*, No:25, s.219-246.
- WHISH, R. (2001), "Fighting Cartels: The Legal Meaning of Conspiracy", *Fighting Cartels-Why and How?* içinde, Swedish Competition Authority, 2001 Konkurrensverket, Sweden, s.100-115
- WHITNEY, S.N. (1958), *Antitrust Policies: American Experience in twenty industries Volume 2: Famous Antitrust Cases*, Twentieth Century Fund, New York.
- WILS, W.P.J. (1995), "E.C. Competition Fines: To Deter or Not to Deter", *Yearbook of European Law*, 15, s.17-46.
- WILS, W.P.J. (2003), "Self-Incrimination in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis", *World Competition*, No:26(4), s.567-588
- WILS, W.P.J. (2004), "The Combination of the Investigative and Prosecutorial Function and the Adjudicative Function in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis", *World Competition*, No:27(2), s.201-224
- WILS, W.P.J. (2005), "Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?", *World Competition*, No:28(2), s.117-159
- WINTERSTEIN, A. (2002), "Commission Fines Eight Austrian Banks for Participating in the 'Lombard Club' Cartel", *Competition Policy Newsletter*, No:3, October 2002, s.31-32
- YSEWYN, J. ve E. JORDAN (2003), "Cashing in on Cartels", *E.C.L.R.*, Issue 6, s.235-237

AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ

YM KARARLARI

- US v. E.C.Knight Co., 156 U.S. 1 (1895)
- US v. Trans-Missouri Freight Association, 166 U.S. 290 (1897)
- US v. Joint Traffic Association, 171 U.S. 505 (1898)
- US v. Addyston Pipe & Steel Co., 175 U.S. 211 (1899)
- Northern Securities Co. v. US, 193 U.S. 197 (1904)
- Standard Oil Co. v. US, 221 U.S. 1 (1911)
- Chicago Board of Trade v. US, 246 U.S. 231 (1918)
- Maple Flooring Manufacturer's Association v. US, 268 U.S. 563 (1925)
- Cement Manufacturers Protective Association v. US, 268 U.S. 588 (1925)
- US v. Trenton Potteries Co., 273 U.S. 392 (1927)
- Appalachian Coals, Inc. v. US, 288 U.S. 344 (1933)
- Interstate Circuit, Inc. v. US, 306 U.S. 208 (1939)
- US v. Socony-Vacuum Oil Co., 310 U.S. 150 (1940)
- American Tobacco, Co. v. US, 328 U.S. 781 (1946)
- US v. Paramount Pictures, Inc., 334 U.S. 131 (1948)
- Theatre Enterprises, Inc. v. Paramount Film Distributing Corp., 346 U.S. 537 (1954)
- Continental Ore Co. v. Union Carbide&Carbon Corp., 370 U.S. 690 (1962)
- Verizon Communications, Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP 540 U.S. 398 (2004)

AVRUPA BİRLİĞİ

ATAD KARARLARI

- Cases 48/69 etc., ICI v. Commission (Dyestuffs) [1972] ECR 619
- Cases 40/73 etc., Suiker Unie v. Commission (Sugar) [1975] ECR 1663
- Case 172/80, Züchner v. Bayerische Vereinsbank [1981] ECR 2021
- Case 374/87, Orkem v. Commission [1989] ECR 3283
- Cases C-89/85 etc., A Ahlstrom Oy v. Commission (Woodpulp) [1993] ECR I 1307
- Cases C-137/92P etc., Commission v. BASF and others (PVC I) [1994] ECR I-2555
- Case C-7/95P etc., John Deere Ltd v. Commission (UK Tractors) [1998] ECR I-3111
- Case C-51/92P etc., Hercules Chemicals NV v. Commission (Polypropylene) [1999] CMLR 976
- Cases C-291/98 P Sarrío SA v. Commission (Cartonboard) [2000] ECR I 9991
- Case C-453/99 Courage v. Crehan [2001] ECR I 6297.
- Joined Cases C-238/99P etc., Limburgse Vinyl Maatschappij NV and Others v. Commission (PVC II) [2002] ECR I-8375.
- Joined Cases C-189/02 etc., Dansk Rorindustri and Others v. Commission (Pre-insulated Pipes) [2005] ECR I-5425
- Case C-301/04 P, Commission v. SGL Carbon (Graphite Electrodes) [2006] ECR I-5915
- Joined Cases C-403/04 P etc., Sumitomo Metal and others v. Commission (Seamless Steel Tubes) [2007] ECR I-729
- Case C-3/06 Groupe Danone v. Commission (Belgian Beer) [2007] ECR I-1331
- Case C-328/05 P, SGL Carbon v. Commission (Specialty Graphite) [2007] ECR I-3921
- Case C-76/06 P, Britannia Alloys & Chemicals Ltd. v. Commission (*Zinc Phosphate*) [2007] ECR I-4405

İDM KARARLARI

- Cases T-1/89 etc., Rhone-Poulenc SA v. Commission (Polypropylene) [1991] ECR II-867
- Cases T-79/89 etc., BASF and others v. Commission (PVC I) [1992] ECR II-315
- Case T-35/92 etc., John Deere Ltd v. Commission (UK Tractors) [1994] ECR II-957
- Cases T-80/89 etc., BASF and others v. Commission (LdPE) [1995] ECR II-729
- Cases T-334/94 etc., Sarrío SA v. Commission (Cartonboard) [1998] ECR II-1439
- Cases T-305/94 etc., Limburgse Vinyl Maatschappij NV and Others v. Commission (PVC II) [1999] ECR I-931
- Joined Cases T-236/01 etc., Tokai Carbon Co. Ltd. and others v. Commission (Graphite Electrodes) [2004] ECR II-1181
- Joined Cases T-67/00 etc., JFE Engineering Corp. and others v. Commission (Seamless Steel Tubes) [2004] ECR II-2501
- Case T-38/02 Groupe Danone v. Commission (Belgian Beer) [2005] ECR II-4407
- Joined Cases T-71/03 etc., Tokai Carbon and others v. Commission (Specialty Graphite) [2005] ECR II-10
- Cases T-33/02 etc., Britannia Alloys & Chemicals Ltd. v. Commission (*Zinc Phosphate*) [2005] ECR II-4973

KOMİSYON KARARLARI

- Dyestuffs (1969) OJ L195/11
- Sugar (1973) OJ L140/17
- Pioneer (1980) OJ L60/21
- Woodpulp (1985) OJ L85/1
- Polypropylene (1986) OJ L230/1
- Fatty Acids (1987) OJ L3/17
- PVC I (1989) OJ L74/1

- LdPE (1989) OJ L74/21
- UK Agricultural Tractor Registration Exchange (1992) OJ L68/19
- PVC II (1994) OJ L239/14
- Cartonboard (1994) OJ L243/1
- Pre-insulated Pipes (1999) OJ L24/1
- Greek Ferries (1999) OJ L109/24
- SAS-Maersk Air (2001) OJ L265
- Graphite Electrodes (2002) OJ L100/1
- Citric Acid (2002) OJ L239/18
- Luxembourg Beer (2002) OJ L253/21
- Vitamin (2003) OJ L6/1
- Industrial and Medical Gases (2003) OJ L84/1
- Seamless Steel Tubes (2003) OJ L140/1
- Zinc Phosphate (2003) OJ L153
- Belgian Beer (2003) OJ L200/1
- Methionine (2003) OJ L255/1
- Lombard Club (2004) OJ L56
- Food Flavour Enhancers (Nucleotide) (2004) OJ L75/1
- Carbonless Paper (2004) OJ L115/1
- Industrial Copper Tubes (2004) OJ L125/50
- Sodium Gluconate (Commission Press Release IP/01/1355 of 19 March 2002)
- Art Auction (Commission Press Release IP/02/1585 of 30 October 2002)
- Plasterboard (Commission Press Release IP/02/1744 of 27 November 2002)
- Specialty Graphite (Commission Press Release IP/02/1906 of 17 December 2002)
- Concrete Reinforcing Bars (Commission Press Release IP/02/1908 of 17 Dec. 2002)
- Sorbates (Commission Press Release IP/03/1330 of 02 October 2003)

- Carbon and Graphite (Commission Press Release IP/03/1651 of 03 December 2003)
- Organic Peroxides (Commission Press Release IP/03/1700 of 10 December 2003)
- Copper Plumbing Tube (Commission Press Release IP/04/1065 of 3 Sep. 2004)
- Spanish Raw Tobacco (Commission Press Release IP/04/1256 of 20 October 2004)
- Monochloroacetic Acid (Commission Press Release IP/05/61 of 19 January 2005)
- Industrial Thread (Commission Press Release IP/05/1140 of 14 September 2005)
- Industrial Bags (Commission Press Release IP/05/1508 of 30 November 2005)
- Rubber Chemicals (Commission Press Release IP/05/1656 of 21 December 2005)
- Hydrogen Peroxide and Perborate (Commission Press Release IP/06/560 of 3 May 2006)
- Acrylic Glass (Commission Press Release IP/06/698 of 31 May 2006)
- Road Pavement Bitumen (Commission Press Release IP/06/1179 of 13 September 2006)
- Copper Fittings (Commission Press Release IP/06/1222 of 20 September 2006)
- Synthetic Rubber (Commission Press Release IP/06/1647 of 29 November 2006)
- Elevators and Escalators (Commission Press Release IP/07/209 of 21 February 2007)

TÜRKİYE

DANIŞTAY İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU KARARLARI

- 13.12.2002 günlü, E:2002/538, K:2002/930 sayılı karar
- 24.02.2005 günlü, E:2004/2330, K:2005/48 sayılı karar
- 24.02.2005 günlü, E:2004/10381, YD. İtiraz: 2005/59 sayılı karar
- 26.05.2005 günlü, E:2004/9503, YD. İtiraz:2005/284 sayılı karar
- 16.06.2005 günlü, E:2003/315, K:2005/2177 sayılı karar
- 16.06.2005 günlü, E:2003/348, K:2005/2184 sayılı karar
- 28.09.2006 günlü, E:2006/891, YD. İtiraz:2006/856 sayılı karar
- 28.09.2006 günlü, E:2006/1456, YD. İtiraz:2006/992 sayılı karar
- 28.09.2006 günlü, E:2006/1965, YD. İtiraz:2006/1042 sayılı karar
- 21.12.2006 günlü, E:2003/1061, K:2006/2440 sayılı karar
- 25.01.2007 günlü, E:2006/3398, YD. İtiraz:2006/1337 sayılı karar
- 25.01.2007 günlü, E:2006/3402, YD. İtiraz:2007/8 sayılı karar
- 25.01.2007 günlü, E:2006/4539, YD. İtiraz:2006/1573 sayılı karar
- 25.01.2007 günlü, E:2006/4606, YD. İtiraz:2006/1458 sayılı karar
- 08.03.2007 günlü, E:2006/1381, YD. İtiraz:2006/1575 sayılı karar

DANIŞTAY İDARİ İŞLER KURULU KARARLARI

- 18.04.2007 günlü, E:2007/1, K:2007/2 sayılı karar

DANIŞTAY 1 İNCİ DAİRESİ KARARLARI

- 24.10.2002 günlü, E:2002/156, K:2002/167 sayılı karar
- 08.11.2006 günlü, E:2006/451, K:2006/1014 sayılı karar

DANIŞTAY 10 UNCU DAİRESİ KARARLARI

- 15.01.2001 günlü, E:2000/1220, K:2001/55 sayılı karar
- 08.05.2001 günlü, E:2000/1220 sayılı karar
- 19.11.2003 günlü, E:2001/2278, K:2003/4479 sayılı karar

- 09.12.2003 günlü, E:2001/1405, K:2003/4903 sayılı karar
- 23.12.2003 günlü, E:2001/2049, K:2003/5290 sayılı karar
- 22.10.2004 günlü, E:2004/6581 sayılı karar
- 24.11.2004 günlü, E:2004/9503 sayılı karar

DANIŞTAY 13 ÜNCÜ DAİRESİ KARARLARI

- 11.03.2005 günlü, E:2005/1802 sayılı karar
- 29.03.2005 günlü, E:2005/49, K:2005/1733 sayılı karar
- 03.05.2005 günlü, E:2005/1011, K:2005/2456 sayılı karar
- 03.05.2005 günlü, E:2005/1023, K:2005/2469 sayılı karar
- 22.06.2005 günlü, E:2005/938, K:2005/3245 sayılı karar
- 22.06.2005 günlü, E:2005/1701, K:2005/3254 sayılı karar
- 10.10.2005 günlü, E:2005/1727, K:2005/4935 sayılı karar
- 07.04.2006 günlü, E:2005/7157, K:2006/1667 sayılı karar
- 09.05.2006 günlü, E:2005/7464, K:2006/2135 sayılı karar
- 06.11.2006 günlü, E:2006/4606 sayılı karar
- 14.11.2006 günlü, E:2005/51, K:2006/4327 sayılı karar
- 13.12.2006 günlü, E:2005/8957, K:2006/4722 sayılı karar
- 26.12.2006 günlü, E:2005/1704, K:2006/4943 sayılı karar

ANKARA BÖLGE İDARE MAHKEMESİ KARARLARI

- 15.02.2006 günlü, E:2005/2029, YD. İtiraz:2006/450 sayılı karar

ANKARA 4 ÜNCÜ İDARE MAHKEMESİ KARARLARI

- 08.11.2006 günlü, E:2005/2246, K:2006/2497 sayılı karar

ANKARA 10 UNCU SULH CEZA MAHKEMESİ KARARLARI

- 22.09.2006 günlü, K:2006/1037 sayılı karar

REKABET KURULU KARARLARI

- Adıyaman LPG, 26.11.1998 tarih ve 93/750-159 sayılı karar
- Ege Çimento I, 17.06.1999 tarih ve 99-30/276-166(a) sayılı karar
- İstanbul Ekmek, 27.10.1999 tarih ve 99-49/536-337 sayılı karar
- Turkcell/Telsim I, 14.12.1999 tarih ve 99-57/614-391 sayılı karar
- Reklam Yerleri I, 01.02.2000 tarih ve 00-4/41-19 sayılı karar
- Süt, 23.03.2000 tarih ve 00-11/109-54 sayılı karar
- Maya I, 27.06.2000 tarih ve 00-24/255-138 sayılı karar
- Gazete, 17.07.2000 tarih ve 00-26/291-161 sayılı karar
- Ankara Ekmek I, 29.08.2000 tarih ve 00-32/338-192 sayılı karar
- Domates, 05.09.2000 tarih ve 00-33/355-199 sayılı karar
- PÜİS/TABGİS, 18.09.2000 tarih ve 00-35/392-219 sayılı karar
- Ankara Motor Yenileme, 27.02.2001 tarih ve 01-10/100-24 sayılı karar
- Antalya Sürücü Kursları, 10.04.2001 tarih ve 01-18/151-40 sayılı karar
- İzmir Otobüs, 05.06.2001 tarih ve 01-26/256-72 sayılı karar
- Elma, Vişne, Kayısı ve Şeftali, 04.12.2001 tarih ve 01-58/599-155 sayılı karar
- Bodrum Su, 22.01.2002 tarih ve 02-04/39-20 sayılı karar
- İç Anadolu, Akdeniz ve Marmara Çimento, 01.02.2002 tarih ve 02-06/51-24 sayılı karar
- Gübre, 08.02.2002 tarih ve 02-07/57-26 sayılı karar
- Turgutlu Kuyumcular, 26.03.2002 tarih ve 02-16/176-70 sayılı karar
- Tıbbi Sarf Malzemeleri I, 06.06.2002 tarih ve 02-36/396-164 sayılı karar
- Maya II, 01.08.2002 tarih ve 02-46/557-227 sayılı karar
- Gübre Üreticileri Derneği, 08.08.2002 tarih ve 02-47/586-M sayılı karar
- Karbogaz, 23.08.2002 tarih ve 02-49/634-257 sayılı karar
- Yonga Levha I, 06.09.2002 tarih ve 02-53/685-278 sayılı karar
- Reklam Yerleri II, 21.10.2002 tarih ve 02-64/803-325 sayılı karar
- Sigara I, 24.12.2002 tarih ve 02-80/937-385 sayılı karar

- Yonga Levha II, 25.02.2003 tarih ve 03-12/135-63 sayılı karar
- Antalya Ekmek, 12.06.2003 tarih ve 03-42/465-204 sayılı karar
- Uluslararası Hızlı Taşımacılık, 21.08.2003 tarih ve 03-58/681-308 sayılı karar
- Yangın Sigortaları, 30.10.2003 tarih ve 03-70/844-366 sayılı karar
- Kablo TV, 25.12.2003 tarih ve 03-83/1003-405 sayılı karar
- Süt İhalesi, 19.01.2004 tarih ve 04-05/54-15 sayılı karar
- Seramik, 24.02.2004 tarih ve 04-16/123-26 sayılı karar
- Konya Sürücü Kursları I, 03.03.2004 tarih ve 04-18/154-36 sayılı karar
- Ankara Yapı Laboratuarları, 01.04.2004 tarih ve 04-23/251-55 sayılı karar
- Toz Alçı, 08.04.2004 tarih ve 04-25/279-61 sayılı karar
- Antalya Ecza Depoları, 03.05.2004 tarih ve 04-31/363-89 sayılı karar
- Bilişim Ürünleri, 20.05.2004 tarih ve 04-36/414-105 sayılı karar
- Ankara Kitap Dağıtım, 24.06.2004 tarih ve 04-43/533-130 sayılı karar
- Elektrik Türbini, 24.06.2004 tarih ve 04-43/538-133 sayılı karar
- Kütahya Ekmek, 17.08.2004 tarih ve 04-54/750-187 sayılı karar
- Konya Otobüs, 18.08.2004 tarih ve 04-55/751-188 sayılı karar
- Turkcell/Telsim II, 25.10.2004 tarih ve 04-68/976-236 sayılı karar
- Ege Çimento II, 02.12.2004 tarih ve 04-77/1108-277 sayılı karar
- Ege Hazır Beton, 02.12.2004 tarih ve 04-77/1109-278 sayılı karar
- Diyarbakır Otobüs, 06.01.2005 tarih ve 05-01/9-8 sayılı karar
- Ankara Ekmek II, 18.01.2005 tarih ve 05-06/52-21 sayılı karar
- Mardin Otobüs, 10.02.2005 tarih ve 05-10/83-32 sayılı karar
- Vize Otobüs, 24.02.2005 tarih ve 05-11/107-37 sayılı karar
- Trafik Sinyalizasyon, 10.03.2005 tarih ve 05-13/156-54 sayılı karar
- Kastamonu Tüp, 07.04.2005 tarih ve 05-22/259-75 sayılı karar
- Sivas Otobüs, 25.04.2005 tarih ve 05-28/324-83 sayılı karar
- Ankara Kahveciler, 05.05.2005 tarih ve 05-30/372-91 sayılı karar
- Erzurum Otobüs, 17.06.2005 tarih ve 05-40/562-141 sayılı karar

- Samsun Otobüs, 08.07.2005 tarih ve 05-44/626-159 sayılı karar
- Dizi Yapımcıları, 28.07.2005 tarih ve 05-49/710-195 sayılı karar
- Konya Tüp, 15.08.2005 tarih ve 05-51/753-204 sayılı karar
- Maya III, 23.09.2005 tarih ve 05-60/896-241 sayılı karar
- Demir Çelik, 14.10.2005 tarih ve 05-68/958-259 sayılı karar
- Kastamonu Otobüs, 09.02.2006 tarih ve 06-11/143-33 sayılı karar
- Karadeniz Navlun, 24.04.2006 tarih ve 06-29/357-88 sayılı karar
- Gazbeton, 30.05.2006 tarih ve 06-37/477-129 sayılı karar
- Nevşehir Otobüs, 31.05.2006 tarih ve 06-38/478-130 sayılı karar
- Şanlıurfa Otobüs, 06.06.2006 tarih ve 06-40/504-131 sayılı karar
- Kaş Dalış Merkezleri, 07.06.2006 tarih ve 06-41/507-132 sayılı karar
- Alanya Tekne Turu, 22.06.2006 tarih ve 06-45/570-154 sayılı karar
- Granisetron, 13.07.2006 tarih ve 06-51/655-183 sayılı karar
- İthal Kömür I, 25.07.2006 tarih ve 06-55/712-202 sayılı karar
- Sakarya Otobüs, 25.07.2006 tarih ve 06-55/713-203 sayılı karar
- Konya Süt, 26.07.2006 tarih ve 06-56/714-204 sayılı karar
- İthal Kömür II, 11.09.2006 tarih ve 06-62/848-241 sayılı karar
- Marmara Çimento II, 02.10.2006 tarih ve 06-68/926-265 sayılı karar
- Marmara Hazır Beton, 02.10.2006 tarih ve 06-68/927-266 sayılı karar
- Akdeniz Çimento II, 03.10.2006 tarih ve 06-69/930-267 sayılı karar
- Akdeniz Hazır Beton, 03.10.2006 tarih ve 06-69/931-268 sayılı karar
- Viranşehir Minibüs, 20.12.2006 tarih ve 06-92/1169-348 sayılı karar
- Bartın Otobüs, 26.12.2006 tarih ve 06-94/1191-357 sayılı karar
- Sağlık Bakanlığı İhalesi, 19.01.2007 tarih ve 07-07/43-12 sayılı karar
- Refrakter Malzemeleri, 29.01.2007 tarih ve 07-10/63-19 sayılı karar
- Cam Ambalaj, 28.02.2007 tarih ve 07-17/155-50 sayılı karar
- Tıbbi Sarf Malzemeleri II, 16.03.2007 tarih ve 07-24/236-76 sayılı karar
- Manisa Kuyumcular, 28.03.2007 tarih ve 07-28/255-88 sayılı karar

- Şanlıurfa Kuyumcular, 28.03.2007 tarih ve 07-28/256-89 sayılı karar
- Kırklareli Otobüs, 09.05.2007 tarih ve 07-39/419-165 sayılı karar
- Denizli Dershane, 09.05.2007 tarih ve 07-39/420-166 sayılı karar
- Kiraz, 24.07.2007 tarih ve 07-60/713-245 sayılı karar
- Konya Sürücü Kursları II, 26.07.2007 tarih ve 07-62/761-263 sayılı karar
- Kayseri Sürücü Kursları, 23.08.2007 tarih ve 07-68/838-309 sayılı karar