

AÇILIŞ KONUŞMALARI

Tuncay SONGÖR

Rekabet Kurumu II. Başkanı

Prof. Dr. İbrahim UZMAY

Erciyes Üniversitesi Rektör Yardımcısı

I. OTURUM

Doç. Dr. Ateş AKINCI

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi

ABD VE AT'DEKİ SON GELİŞMELER İŞİĞİNDA TÜRK REKABET HUKUKU UYGULAMASININ GENEL DEĞERLENDİRMESİ

Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi

ABD VE KARTEL HUKUKLARINDA "PİŞMANLIK PROGRAMLARI" VE TÜRK REKABET HUKUKU ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

Prof. Dr. Spencer Weber WALLER

Loyola Üniversitesi Chicago Hukuk Fakültesi

REKABET HUKUKUNDA KAMU-ÖZEL ORTAKLIKLARI

Prof. Dr. Ejder YILMAZ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

REKABET HUKUKUNDA İSPAT YÜKÜ

II. OTURUM

Doç. Dr. İzak ATİYAS (Sabancı Üniversitesi Öğretim Üyesi) ve

Av. Gönenc GÜRKAYNAK

"UYUMLU EYLEM KARİNESİ" ÜZERİNE HUKUKİ VE EKONOMİK ÇÖZÜMLEMELER

Av. Mehmet GÜN, Av. Neşe TAŞDEMİR ve Av. E. Sevi BOZOĞLU

İLAÇ PİYASASINDA VERİ KORUMASI VE

REKABET HUKUKU İLİŞKİSİ

Oğuzkan GÜZEL
Rekabet Uzmanı

TÜRK REKABET HUKUKU UYGULAMASINDA
YARGININ ROLÜ; ONBİR YILLIK DENEYİMİN SONUÇLARI
SORU ve CEVAPLAR

Prof. Dr. Ünal TEKİNALP
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi

DEĞERLENDİRMELER

Tuncay SONGÖR

Rekabet Kurumu II. Başkanı

Erciyes Üniversitesinin değerli Rektör Yardımcısı, değerli hocalarım, akademisyenler, değerli katılımcılar, kıymetli basın mensupları; bugün, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından dördüncüsü düzenlenen “Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler” konulu sempozyumda sizlerle birlikte olmaktan mutluluk duyduğumu belirtiyor, hepinizi saygıyla selamlıyorum.

Rekabet hukukuna ve rekabet kültürünün oluşumuna büyük katkı sağlayacağına inandığım bu sempozyumu düzenleyen Erciyes Üniversitesinin Sayın Rektörüne ve bu organizasyonda emeği olan herkese teşekkür ediyorum.

İkinci Sempozyumda dinleyici olarak bulunmuştum; bugün de böyle kısa bir konuşma vesilesiyle burada bulunuyorum. Özellikle de şunu belirtmek istiyorum: Rekabet hukukuyla ilgili olarak özellikle üniversite çatısı altında yapılan bu gibi toplantılardan büyük haz duyduğumu özellikle belirtmek istiyorum.

4054 Sayılı Kanunun kabulünden bu yana 11 yıl, Rekabet Kurumunun faaliyete geçmesinden bu yana da yaklaşık 9 yıl geçmiştir. Geçtiğimiz yıla ilişkin gelişmeleri sizlere kısaca özetlemeye çalışacağım. Bu çerçevede; Kurum tarafından alınan kararlar, mevzuat değişiklikleri ve uluslararası gelişmeler temelinde 2005 yılına damgasını vuran gelişmelere kısaca değinmek istiyorum.

İlk olarak, 2005 yılında ön plana çıkan Kurul kararları ve bunlara ilişkin gelişmeler hakkında bilgi vermek istiyorum.

2005 yılı, özellikle Kurumun gerek verdiği görüşler ve gerekse aldığı kararlar çerçevesinde özelleştirmeler bakımından oldukça hareketli bir yıl olmuştur. Bu çerçevede, Türkiye ekonomisi için büyük önem arz eden Türk Telekom, TÜPRAŞ, Erdemir ve liman özelleştirmeleri gerçekleştirilmiştir. Bu özelleştirme işlemlerine ilişkin süreç, Rekabet Kurulunun gerekli onayları alındıktan sonra sonlandırılmıştır. Söz konusu işlemlere ilişkin olarak Rekabet Kurulu, özellikle işlem sonrasında ilgili pazarlarda rekabetçi ortamın tesisi, korunması ve geliştirilmesi perspektifiyle incelemeler yapmış ve nihai kararlarını bu çerçevede vermiştir. 2005 yılında, özelleştirme faaliyetleri dışında, her yıl

olduğu gibi önemli sayıda “rekabet ihlalleri” ile “birleşmeler ve devralmalar” da karara bağlanmışır. İhlal anlamında 2005 yılında ön plana çıkan en önemli sektör “demir-çelik” sektörüdür. Bu sektörde yapılan soruşturma neticesinde, çok sayıda faaliyet gösteren teşebbüsün kartel oluşturdıkları tespit edilmiş ve netice itibarıyla cezaî yaptırım uygulanmıştır.

Değerli katılımcılar, 2005 yılı, Kurul kararları bakımından, özellikle Danıştay’ın, hepimizin de bildiği gibi, almış olduğu önemli bir karar, Kurulun çalışması ve yapısı itibarıyla önemli olmuş, bizleri de etkilemiştir. Bilindiği üzere, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunda açıkça yer alan hüküm çerçevesinde, Kurul üyeleri soruşturma heyetlerinde görev almaktaydı. Danıştay, almış olduğu kararı ile, Kurul üyesinin hem soruşturma heyetinde, hem de karar aşamasında kurulda yer almasını hukukun genel ilkelerine aykırı saydı ve bu sebeple Kurul kararlarını iptal etti. Burada aslında şunu söylemek istiyorum: Kurulda hepimiz de buna katılıyorduk. Bizim katılmamızın sakıncalarına rağmen, kanunun açıkça emrettiği bir husus olduğundan dolayı kararlara katılıyorduk. Kendi aramızda yaptığımız tartışmalarda, bu iptal kararlarındaki bu gerekçeden çıkışın en isabetli yönteminin kanun değişikliği olduğuna kanaatine vardık ve gerekli yasa değişikliğini yaparak bu sorunu çözmeye yoluna gittik.

2005 yılında gerçekleşen mevzuat değişikliği ve uluslararası alanda ortaya çıkan ve Kurum bakımından oldukça önemli olan gelişmelere de değinmek istiyorum.

2005 yılında mevzuat değişikliği bağlamında ön plana çıkan iki konudan ilki, 4054 Sayılı Kanunda yapılan değişiklikler ve ikincisi ise, motorlu taşıtlar sektörüne ait grup muafiyeti tebliğinin kabul edilmesidir. 2 Temmuz 2005 tarih ve 5388 Sayılı Yasayla, -Rekabet Kanununun bazı maddelerini değiştiren yasadır bildiğiniz gibi- ilk olarak, kanunun 4’üncü madde kapsamındaki anlaşma, uyumlu eylem ve kararlara, 5’inci madde çerçevesinde, muafiyet tanınabilmesi için gerekli olan bildirim zorunluluğu kaldırılmış, Kurula resen muafiyet incelemesi yapma yetkisi verilmiş ve bireysel muafiyet kararları için öngörülen 5 yıllık süre sınırı kaldırılarak daha uzun süreli bireysel muafiyet verme imkânı yaratılmıştır; ayrıca, muafiyetin, anlaşmanın yapıldığı tarihten itibaren geçerli olacağı da hükme bağlanmıştır. Buna paralel olarak, 16’ncı maddenin ilk paragrafının “C” bendinde yapılan değişiklik ile bildirilmeyen anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar için cezaî yaptırım kaldırılırken, bildirilmeyen birleşme işlemlerine uygulanacak cezaî yaptırım konusu netleştirilmiş, ayrıca, uygulamada tartışmalara neden olan, hiç bilgi verilmemesi hâlinin cezaya bağlanmaması hali de yasa değişikliği ile cezaî yaptırımı tâbi kılınmıştır.

Kurul üyelerinin soruşturma heyetinde görev almalarına yönelik çeşitli eleştiriler ve Kurum içi tartışmalar da dikkate alınarak, Kurul üyelerinin soruşturma heyetinde görev almalarına son verecek düzenleme, daha önce de dediğim gibi, yapılmıştır. Bunun yanı sıra, Kurul üyesi sayısı 11'den 7'ye düşürülmüştür ve buna ilişkin yine karar alma nisapları da yeniden düzenlenmiştir. Ayrıca, kanunun 35'inci maddesindeki değişiklik ile de, uzman yardımcılığı sınavına girecek adayların öğrenim konularındaki karışıklık giderilmiş, konu netleştirilmiştir.

Söz konusu değişikliklerin ve halihazırda Kurulun önünde bulunan daha geniş çaplı bir kanun değişikliği taslağının hazırlanmasında, Kurumumuzun şu ana kadarki deneyiminin yanı sıra, Avrupa Birliği'nde rekabet hukuku alanında yaşanan gelişmeler ve birazdan bahsedecek olduğum OECD gözden geçirme raporunda yer alan öneriler dikkate alınmıştır.

Değerli katılımcılar, konuşmamın başında belirtmiş olduğum ikinci önemli mevzuat değişikliği ise, 1 Ocak 2006 tarihinde yürürlüğe giren motorlu taşıtlar sektörüne ilişkin grup muafiyeti tebliğidir. Hepinizin bildiği gibi, bu tebliğ, 1998/3 sayılı tebliği yürürlükten kaldırmıştır. Söz konusu tebliğin hazırlanmasında, bir yandan Avrupa Birliği'nde bu konuda gerçekleştirilen düzenleme değişiklikleri, bir yandan da, Türk otomotiv sektörüne özgü durumlar dikkate alınmıştır. Yeni tebliğ; üreticilerin ve ithalatçıların farklı dağıtım sistemlerini uygulayabilmelerine olanak tanıyan, sağlayıcıya karşı güçlendirilmiş bayilerin rekabetçi davranışlarını destekleyen, kısaca, "satış sonrası hizmetler" olarak adlandırılan yedek parça ve servisler bakımından alternatif kanalların rekabete dahil olmalarına imkân veren ve sonuç olarak, tüketicilerin artan rekabetten yararlanabilecekleri bir otomotiv sektörünü öngörmektedir.

Değerli katılımcılar, bilindiği üzere rekabet hukuku ve politikası alanında uluslararası ilişkiler, küreselleşme sürecine paralel olarak artan derecede önem kazanmıştır. Rekabet Kurumu, kendi görev alanı hakkında bu artan önemin farkında olarak bu sürecin gerisinde kalmamaya çaba göstermiş ve hatta süreç içinde belirleyici bir konuma sahip olma yolunda önemli adımlar atmıştır.

2005 yılı içerisinde Rekabet Kurumunu doğrudan ilgilendiren pek çok uluslararası gelişme yaşanmıştır. Burada bugün bunların hepsini ayrıntılı bir şekilde ele almak mümkün değildir; ancak, bunlardan öne çıkanlar hakkında sizlere kısa bilgi vermeye çalışacağım.

Söz konusu gelişmelerden ilki, OECD tarafından hazırlanan "Türkiye rekabet hukuku ve politikası gözden geçirme raporu"dur." 20 Eylül 2004 tarihinde başlayan hazırlık süreci, 20 Ocak 2005 tarihine kadar devam eden Türkiye

rekabet hukuku ve politikası gözden geçirme raporu, 18 Şubat 2005 tarihinde, OECD Küresel Rekabet Forum Toplantısında incelenmiş, Rekabet Kurumunun kapasitesi ve uygulamaları söz konusu platformda takdirle karşılanarak diğer ülkelere de örnek olarak gösterilmiştir. Küresel Rekabet Forumunda yapılan tartışmalar ışığında son hâli verilen rapor, 24 Mart 2005 tarihi itibarıyla yayınlanmıştır. Söz konusu rapor, bir yandan Rekabet Kurumunun kısa sürede kat ettiği mesafeyi ortaya koyarken, diğer yandan, Rekabet Kurumu uygulamalarının daha iyi ve daha etkin hâle getirilmesi için gerek Hükümete ve gerekse Rekabet Kurumuna yönelik bazı tavsiyelere yer vermektedir.

2005 yılı içindeki ikinci önemli gelişme: “5’inci Birleşmiş Milletler Kısıtlayıcı Ticarî Uygulamaların Kontrolü İçin Çok Taraflı Adil Prensipler ve Kurallar Setinin Bütün Yönleriyle Gözden Geçirmesi Konferansı” 14-18 Kasım 2005 tarihlerinde Antalya’da düzenlenmiştir. Konferansa, çok sayıda Birleşmiş Milletler üyesi ülke ve uluslararası örgüt temsilcisi katılmıştır. Söz konusu konferans, 1980 yılından beri her beş yılda bir düzenlenmektedir. İlk dört konferans Cenevre’de yapılmıştır. Açıkçası, bizim için anlamlı olan, hem ülkemiz için, hem de kendi Kurumumuz için, ilk defa Cenevre dışında konferans düzenlenmiştir ve bu da Türkiye’de yapılmıştır. Bu bakımdan, “UNCTAD”ın gösterdiği yaklaşım da ülkemiz için anlamlıdır.

2005 yılında gerçekleşen üçüncü gelişme ise, Avrupa Birliği ile Müzakere Sürecinde Rekabet Politikası Tarama toplantılarının yapılmasıdır. Bildiğiniz gibi, 3 Ekim 2005 tarihinde başlayan müzakere sürecinin ilk ayağını tarama toplantıları oluşturmaktadır. Rekabet Kurumunun sorumluluk alanına giren “rekabet politikası” başlığında, Tanıtıcı Tarama Toplantısı 8-9 Kasım 2005 tarihlerinde ve Ayrıntılı Tarama Toplantısı 1-2 Aralık 2005 tarihlerinde Brüksel’de gerçekleştirilmiştir. Bilindiği üzere rekabet politikası başlığı altında; devlet yardımları antitröst kuralları ve münhasır ve özel hakka sahip teşebbüsler ile kamu tekelleri olmak üzere üç alt başlık yer almaktadır. Görev alanı itibarıyla Rekabet Kurumu, bu alanlardan sadece antitröst kurallarından sorumludur. Diğer yandan, münhasır ve özel haklar ile kamu tekelleri konusu Rekabet Kurumunu dolaylı olarak ilgilendirmektedir. Yapılan sunuşlar sonrasında, Rekabet Kurumunun sorumlu olduğu antitröst kuralları bağlamında Türkiye’nin gerek mevzuat, gerek kurumsal kapasite ve gerekse uygulama çerçevesinde çok önemli bir mesafe kat etmiş olduğunun görüldüğü Avrupa Birliği yetkilileri tarafından ifade edilmiştir. Diğer yandan, henüz kabul edilmemiş olan mevzuatın uygulamada dikkate alınmasının önemi vurgulanırken, özellikle 3 Mart 2005 tarihinde Avrupa Birliği Komisyonu yetkilileriyle yapılan toplantıda varılan anlayış birliği

çerçevesinde, Rekabet Kurumunun, bu düzenlemeleri çıkarmanın öneminin farkında olması memnuniyetle karşılanmıştır.

Değerli katılımcılar, buraya kadar 2005 yılı gelişmelerinden bahsettim; izin verirseniz şimdi de, ayrıntıya girmeden Kurumumuzun 2006 yılındaki hedeflerine değinmek istiyorum.

Kurumumuzun 2006 yılı hedeflerini; yasa değişikliği, Avrupa Birliği ile müzakere süreci ve rekabet kültürünü artırmaya yönelik faaliyetler olmak üzere üç ana başlık altında toplamak mümkündür.

Yasa değişikliğine yönelik hazırlıklar, hepimizin de çoğunlukla bildiği gibi, 2002 yılından bu yana devam etmektedir. Bu sürecin sonunda hazırlanan taslak, 2005 yılı Nisan ayında Kurumumuz internet sitesine konulmuş ve ayrıca geçen yılın Ekim ayında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde, akademisyenlerin de katıldığı sempozyumda tartışmaya açılmıştır. Söz konusu taslağın, 2006 yılında yasalaşmasını beklemekteyiz.

İkinci konu, Avrupa Birliği müzakere sürecidir. 3 Ekim 2005 tarihinde başlayan bu süreç, 2006 yılında Kurum gündeminde önemli yer tutacak ve bundan sonraki yıllarda da yer almaya devam edeceğine inanıyoruz. Bu çerçevede, önümüzdeki dönemde, kanunun muhatabı olan tüm kesimlere yönelik, mevzuatı açıklayıcı amaçla kılavuz çalışmalarına ağırlık verilecektir. Bu çalışmalarda, tabii ki, Avrupa mevzuatının yanı sıra, ülkemizin kendine has özellikleri de dikkate alınacaktır.

Üçüncü olarak, 2006 yılında rekabet kültürünü artırmaya yönelik faaliyetlere ağırlık verilecektir. Bu çerçevede, hem iş dünyasında, hem üniversitelerde, hem de tüketicilerde rekabet kültürü yaratmak ve geliştirmek üzere faaliyetlere yoğunluk verilecektir.

Değerli katılımcılar, burada sözlerime son vermeden önce, bu sempozyum sırasında sunulacak tebliğlerin ve yapılacak tartışmaların yararlı olması dileğimi sizlerle paylaşıyorum ve beni dinlediğiniz için sizlere teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. İbrahim UZMAY

Erciyes Üniversitesi Rektör Yardımcısı

Değerli konuklar; seçkin konuşmacılar ve izleyicilerin-dinleyicilerin katılımıyla gerçekleşen Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumuna ev sahipliği yapmaktan dolayı duyduğumuz onuru sizlerle paylaşmak istiyorum.

Biraz önce de ifade edildiği gibi rekabet, şu veya bu şekilde, kurumlar olarak, kuruluşlar olarak, bireyler olarak hepimizi etkilemektedir, hayatımıza yön vermektedir ve bunlar aynı zamanda, bu işin taraflarının karşılıklı hukukunu düzenleyici, belirleyici bir rol üstlenmektedir ve aynı zamanda buna bağlı olarak da, bu doğrultuda ekonominin, sanayinin ve sosyal hayatımızın gidişini de etkilemektedir. Tabii ki, rekabet hukukundaki gelişmeler de, buna bağlı olarak, sadece ülke bazında değil, genel anlamda dünya konjonktüründe gerçekleşen birçok olaylarla da etkilenmektedir. Bir teknolojik gelişmeler, ekonomik gelişmeler, siyasi gelişmeler, bunların hepsi bu doğrultuda güncelleşmeleri belirleyici unsurlar olarak da karşımıza şüphesiz çıkmaktadır. Rekabetten tabii umulan da, bu işin taraflarının karşılıklı hukukunu düzenlemenin yanı sıra, faydadır, yararlıdır. Taraflar açısından sonuçta bu bir olumsuzluk noktasına ulaşmamalıdır, gitmemelidir. Bu doğrultuda, burada bulunan seçkin konuşmacıların, işin tekniğiyle ilgili belirleyici öz bilgileri size sunacağını beklemekteyiz, ummaktayız. Ben sözümü fazla uzatmak da istemiyorum.

Böyle önemli bir konuda düzenleme rolünü üstlenen Hukuk Fakültesi Dekanlığına, Rekabet Kurumuna teşekkürlerimi sunmak istiyorum ve sempozyumun başarılı bir sonuca erişeceğini umarak sizleri saygıyla selamlıyorum.

ABD VE AT'DEKİ SON GELİŞMELER İŞİĞİNDA TÜRK REKABET HUKUKU UYGULAMASININ GENEL DEĞERLENDİRMESİ

Dr. Ateş AKINCI

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi

Amerika Birleşik Devletleri ve Avrupa Birliği Rekabet Hukuklarındaki gelişmelerin ve Türk Rekabet Hukukundaki gelişmelerin değerlendirilmesi ve daha doğrusu ABD ve AB hukuklarındaki gelişmelerin Türk Rekabet Hukukuna etkilerini irdelemeden önce bazı tespitlerin yapılması kaçınılmaz bir zarurettir.

Bazı düşünürlerin ve yazarların Türk Hukukunun Kıta Avrupa hukuk sistemi içinde yer almış olmasından kaynaklanan ve Türk Hukukunun Anglo-Sakson geleneğinden esinlenemeyeceği yönündeki eleştiriler bir yana bırakılırsa bu Türk Hukukunun globalleşen bir düzen içinde sadece bir hukuk ailesine bağlı kalamayacağı açıktır. Ancak getirilmiş olan bu mukayeseli hukuk eleştirisinden başkaca engellerin de bulunduğu tespit edilmesi gerekmektedir.

AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ VE AVRUPA BİRLİĞİNDEKİ GELİŞMELER

ABD ve AB Rekabet Hukuklarındaki gelişmelerin, Türk Rekabet Hukukundaki etkileri değerlendirilirken ilk olarak değerlendirilmesi gereken husus yapısal farklılıkların ortaya konmasını gerektirir.

ABD Rekabet Hukukuna bakıldığında 1890 tarihinde kabul edilmiş Sherman Kanununun halen 110 seneyi aşkın bir süredir uygulandığı ve mahkeme içtihatları ile ortaya çıkan gelişmeler bu kanunun getirmiş olduğu ilkeler etrafında oluşmaktadır. Ortada mevcut durum kabul edilmiş bir Federal Kanun ve bunu uygulamakta olan bir yargı sistemidir. Sherman Kanununun eksik bıraktığı konular 1914 tarihli Clayton Kanununda düzenlenmiş, ancak bu düzenlemenin son derece başarısız olduğunu gören kanun koyucu 1914 tarihli Clayton Kanunundaki eksiklikleri tamamlayan mahkeme içtihatlarını esas alarak 1950 de kanunu aynı isimle tekrar ele almış ve tümünü değiştirerek bugün de uygulanmakta olan şekline getirmiştir. ABD yargı kararlarının Rekabet Hukukundaki gelişmeye olan katkısı çok büyüktür hatta Rekabet Hukukunun her ne kadar bir kanuna dayansa

da, tamamen “ ticaretin kısıtlanması” sözcüklerine Amerikan yargı organlarının vermiş olduğu anlamın üzerine oluştuğunu söylemek, gerçeği kabulden başka bir şey değildir.

Amerika Birleşik Devletleri uygulamasında Rekabet Hukukunun bir içtihat hukuku olarak gelişmesi gerçeğinin yanı sıra bunun kaynağın da büyük hakim Abe Fortas’ın bir kitap önsözünde (Nealy-Goyder, The Antitrust Laws of the USA, Cambridge, 1982) de açıkça ifade ettiği gibi, Amerikan toplumunun yaşam felsefesinden çıktığı ve bu Amerikan mitolojisinin diğer uluslarca anlaşılmasının kolay olmadığı şeklindeki sözlerinde gerçeklik payı vardır.

Bir hayat felsefesi ve biçimi üzerine kurulmuş olan Amerikan Rekabet Hukukuna karşılık, Avrupa Birliğinde rekabet hukuku ve uygulamaları başlangıçta ortak bir pazarın oluşumunda yöntem ve araç olarak algılanmıştır. Bu da amacın gerçekleşmesine yetecek kadar rekabet ile yetinilmesi felsefesinin gelişmesine yol açmıştır. Başlangıçta ortak pazarın oluşumuna katkı sağlamak amacı ile benimsenen rekabet hukuku daha sonraları Avrupa Birliğinin dış rekabete ve özellikle uzak doğu ülkelerine karşı korumacılık vasıtası haline gelmiştir. Ancak son yıllardaki gelişmeler ve globalleşen dünya ekonomisi sonucunda, ABD Rekabet Hukukundaki gelişmelerin etkileri AB rekabet hukuku uygulamalarını da etkilemeye başlamıştır.

Son on beş yılda Rekabet Hukuku’na damgasını vuran iki üç olay vardır. Bunlardan ilki Microsoft davalarıdır. Teknolojideki hızlı gelişmenin sonucu düşen maliyetler, bilgisayarların insan hayatında önemli bir yer edinmesini sağlamıştır. Bütün içeriği, iddia ve savunmalar tam olarak takip edilmemiş olsa bile Microsoft davaları büyük bir çoğunluk tarafından bir Rekabet Hukuku davası olarak duyulması, bu hukuk dalının ne olduğu bilinmese bile yaygınlaşmasına katkıda bulunmuştur.

Son yıllara damgasını vuran ikinci olay da 1990 lı yıllardan ve ona yakın yıl süre dünyadaki birleşme dalgasıdır. Çok büyük şirketlerden ve gruplardan daha orta halli ve mütevazı sayılabilecek büyüklükteki pek çok şirket kendini birden bire bir birleşme histerisi içinde bulmuştur. Çok uluslu birçok şirketin çok değişik nedenlerle içinde yer aldığı bu birleşme dalgası günümüzde durulmuş gibi gözükse de birleşmelerin birbiri ardına oluştuğu dönemlerde bu bir takım çevreler tarafından rekabet hukukunun değişmesi gibi algılanmağa çalışılmış ise de bunun gerçeğe ilgisinin olmadığı zaman içinde ortaya çıkmıştır.

1990'lı yıllarda yaygınlaşan birleşmeler, dünya ticaretinin globalleşmesinin etkileri olarak görülmüş ve genellikle zor durumda olan firmaların faaliyetlerine devam edebilmelerini, yolu benzer durumda olan başka firmalar ile birleşmekte görülmüştür. Ancak bütün birleşmelerin bu kadar masum nedenlere dayanmadığı da açıktır. Bu da gerek Amerika Birleşik Devletleri'nde ve gerekse Avrupa Birliği'nde birleşmeler sonrası ortaya çıkan durumun değerlendirilmesi ve birleşmenin piyasalardaki rekabete olumsuz etkilerinin ortaya çıkması durumunda eski hale döndürmek de dahil olmak üzere yapılabilecek hususların araştırılması çalışmalarının artmasına neden olmuştur. Sorunun çok boyutlu olması, her olayın kendine ilişkin özellikler taşıması genel bir çözüm üzerinde anlaşmayı zorlaştırmakla birlikte, birleşme sonrası rekabetin olumsuz etkilenmesi halinde birleşen firmaların tekrar dağıtılması, birleşme sonrası ile dağıtılma kararına geçen süre içinde üçüncü kişiler olan hukuki ilişkiden sorunların çözümü, birleşenler arasında oluşmuş olan bütünlüğün parça parça satımı sırasında ekonomik bütünlüğün korunması gibi sorunlar özel araştırmalar yapılmasını gerektirmiştir.

Birleşmeler ve bunlara ilişkin sorunların çözümü son yıllarda Amerikan Rekabet Hukukundaki en önemli gelişmeler olarak göze çarpmaktadır. Avrupa Birliği Birleşme Hukuku, Amerika Birleşik Devletleri'ndekine göre çok daha kısa bir geçmişe sahip ve ilk yılların pek fazla bir faaliyet gösterilmeden geçirildiği gerçeği de göz önüne alındığında, benzer konuların ve araştırmaların Avrupa Birliğinde de yapılmakta olması, globalleşen dünyada bilgi akışı gibi sorun transferinin sınır tanımadığını göstermektedir. Benzer sorunların birbirini takip edencesine ilk önce Amerika Birleşik Devletleri ve hemen sonra Avrupa Birliğinde ortaya çıkması, ülkelerin rekabet otoritelerinin birlikte davranmak ve daha fazla yardımlaşmak gibi konuların ortaya çıkmasına yol açmıştır. Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletleri kadar dünyanın diğer gelişmiş ekonomilerindeki rekabet hukuku uygulayıcıları arasında yakın işbirliği ve bilgi akışının artması, daha sıkı bir evrensel rekabet hukuku uygulamasının yakında olduğunun işaretlerini vermektedir.

Gerek Amerika Birleşik Devletleri'nde ve gerekse Avrupa Birliği'nde izlenen önemli bir gelişme de, rekabet kurallarını ihlallerin daha etkin takip için geliştirilen yöntem arayışlarıdır. Rekabet kurallarına uymayı temin için rekabet kurallarının uygulama alanının ülke coğrafi sınırları dışına taşırılması ve uluslararası bir Rekabet Hukukunun geliştirilmesi çabalarının yanı sıra cezaların arttırılarak cezanın caydırıcılık fonksiyonundan yararlanmak ve ihlalleri tespitinin kolaylaştırmak için geliştirilen af programları.

Globalleşen ticaret şekilleri ve ülkeler arası ekonomik bağımlılık, devletleri kendi hükümdarlık alanları dışında kalan rekabeti bozucu faaliyetlerle ilgilenmeğe

itmiştir. Yabancı kişilerin Amerika Birleşik Devletleri içindeki faaliyetlerinin Sherman Kanunu kapsamında olduğu kanunun açık ifadesinden anlaşılmaktadır. Amerikan şirketlerinin Amerika Birleşik Devletleri dışındaki faaliyetlerinin de yine Sherman Kanunu kapsamında olduğu ancak bunun için de iç piyasalara etkilerinin söz konusu olması gereği kabul edilmektedir. Dünyanın herhangi bir yerindeki bir toplantı odasında verilen bir kararın diğer bir ülkedeki rekabeti kısıtlama gücüne ulaşması teknolojiye, taşımacılığa kadar geniş bir faaliyet sahası içinde yaşanan hızlı gelişmeler ve değişimlerin sonucudur. 20. asrın son çeyreğine kadar gerçekleşmesi uzak ihtimal olan bir çok durum gerçekleşmesi muhtemel hale gelmiştir. Bu gelişmeler sonucunda da rekabet kuralları ulusallık kavramı içinde zorlanmağa başlamıştır.

Ülkeler arasındaki işbirliği ve dayanışma artık dünyanın her bir yerindeki yöneticileri daha dikkatli olmağa itmektedir. Rekabet kurallarının uygulanması ile görevli kamu ajanların işbirliği, yöneticileri daha dikkatli olmağa zorlamaktadır. Yanlış bir karar veya hareketin, hiç beklenmedik şekilde bir gün bir mahkumiyet kararı olarak yöneticilerin karşısına çıktığı bir döneme hızla gidilmektedir. Buna geliştirilmiş olan af programının da etkisi olmakta ve bir ülkede af programı kapsamındaki bazı bilgiler hiç beklenmedik şekilde başka bir ülkede bazı gerçeklerin ortaya çıkmasına yardım etmektedir. Bu sebepten yarının olduğu kadar, başlayan bu yeni gelişme nedeni ile bugünün yöneticileri çok dikkatli olmak zorunluluğu hissetmektedirler.

Yöneticileri dikkatli olmağa yönelten uluslar arası bir rekabet uygulaması olduğu kadar rekabeti ihlal durumunda karşılaşılabilecek yaptırımların ağırlığıdır. Amerika Birleşik Devletleri'nde 1974 yılında Sherman Kanunu'nda yapılan değişiklikle, rekabeti kısıtlayıcı, engelleyici anlaşmalar ve benzeri hukuki işlemler kabahat türü bir suç olarak nitelendirilirken, 1974 yılı değişikliği ile bunlar cürüm seviyesine yükseltilmiş ve bunlara üç yıl hapis cezası öngörülmüştür. 1990 yılında yapılan değişiklikle de tüzel kişilere verilecek para cezaları bir milyon dolardan on milyon dolara çıkarılmıştır. Görüldüğü gibi Amerika Birleşik Devletleri'nde hükmedilen ceza miktarlarında sürekli bir artış gözlenmektedir ve bu şekilde cezanın caydırıcı fonksiyonundan yararlanılmak istenmektedir. Bir gün Amerika Birleşik Devletlerine gittiğinde Sherman Kanunu'nu ihlalden hakkında mahkumiyet kararı verildiğini öğrenen bir şirket yöneticisi olmayı herhalde hiçbir yönetici istemez.

Avrupa Birliği'nde rekabet kurallarına aykırı davrananlara hürriyeti bağlayıcı cezalar verilmemektedir. Rekabet Hukukunun Avrupa Birliği'nde gelişmesi daha yumuşak olmuş ve rekabet hukuku kuralları bir yöntem olarak düşünüldüğü için ve birliği oluşturan üye devletlerin piyasa anlayışları birbirinden

farklı olduğu için rekabet hukuku normları ile endüstriyel politikalar hep yarışan alternatif iki kavram olarak görülmüştür. Globalleşme ve yeni aktörlerin ortaya çıkmasından sonra rekabet kurallarına uyum daha da önem kazanmıştır. Her ne kadar Avrupa Birliği Rekabet Hukuku kuralları, rekabeti ihlal edenlere yıllık cirolarının yüzde onu kadar para cezası verilebilmesini öngörmekte idiye de, bunun etkin olarak uygulanması cironun o şirketin bütün faaliyetleri ya da o şirketin içinde yer aldığı grubun bütün faaliyetlerini esas alan bir ciro hesaplaması sonucunda çok büyük miktarlara ulaşmış ve gerçekten caydırıcı olmağa başlamıştır. Hürriyeti bağlayıcı cezalar Avrupa Birliği'nde çok taraftar bulmamaktadır. Bunun iki temel nedeni vardır. Bunlardan ilki rekabetin ihlali kıta Avrupa hukuk sisteminde ekonomik suç olarak kabul edilmekte ve ekonomik suçlara verilecek cezaların para cezası olması şeklindeki görüştür. İkinci neden ise, Avrupa Birliği'nde rekabet uygulamasını idari yapı içinde yer alan Komisyon tarafından yapılması ve Komisyon'un hürriyeti bağlayıcı ceza vermek yetkisinin bulunmamasıdır. Oysa Amerika Birleşik Devletleri'nde Sherman Kanunu ya da Clayton Kanunu ya da başka bir rekabeti düzenleyen kanunun ihlalinde dava Federal Mahkemelerde görülmektedir. Komisyonun sahip olmadığı hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmetmek yetkisi doğal olarak yargıçta bulunmaktadır.

Rekabet Hukuku kurallarını ihlal edenlerin tespiti ve rekabet ihlallerinin sona erdirilmesi için başvurulmuş bir başka yol da, 1980'li yıllarda çıkarmış olduğu af programını geliştiren Amerikan Adalet Bakanlığı Antitröst Bölümünün yeni af programının beklenenden daha başarılı olmasıdır. Verilen cezaların ağırlaşması, Antitröst Bölümünün çıkarmış olduğu af programından faydalanmayı daha cazip hale getirmiştir. Amerika Birleşik Devletleri'nde 1990 yıllarının başında çıkarılmış olan af programları, gerçek kişileri de hürriyeti bağlayıcı ceza tehdidinden koruduğu oldukça sık başvurulmuş bir yöntem haline gelmiştir.

Benzer bir uygulamaya Avrupa Birliği'nde de rastlanmaktadır. Avrupa Birliği'nde de son on yılda Amerika Birleşik Devletleri'ndeki uygulamaya benzer af programları yürürlüğe konmuştur. Avrupa Birliği'ndeki uygulama da, rekabeti ihlal edenlerin bunları açıklayıp ihlal durumun ortaya çıkarılması şartına bağlıdır. Ancak rekabet ihlalinin açıklayan bakımından bazı cezalarda indirim hatta yaptırımdan tamamen muaf tutan bir sistem öngörüldüğü için oldukça başarılı olmuştur. Avrupa Birliği ile Amerika Birleşik Devletleri Adalet Bakanlığının çıkarmış olduğu Af Programları esas ve usul bakımından birbirine yakındır. Avrupa Birliği üyesi bir çok ülkede de Avrupa Birliği af programına benzeyen af programları kabul edilmiştir.

TÜRK REKABET HUKUKUNDAKİ GELİŞMELER

Türk Rekabet Hukukunun başlangıcı 1994 yılında kanunlaşmış olan Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ile olmuştur. Bu kanun daha haksız rekabet ile rekabetin ayırt edilemediği, bu konuda herhangi bir toplumsal talebin bulunmadığı bir dönemde sadece küçük bir grup çalışması olarak hazırlanmış ve daha sonra tasarı haline getiren hükümetin düşmesi ile de ancak kendine 187. sırada görüşme sırası yer bulmuş iken, o günün koşullarında iktidara gelmiş olan hükümetin Avrupa Topluluğu ile yapılması muhtemel bir Gümrük Birliği Antlaşması öncesi kanunlaştırmağa hazır bir metin olarak görülmüş ve bir gece 3,5 saat içinde meclisten sadece kurul üyeliğine yeterlilik şartı olarak mühendisler kelimesinin eklenmesi şeklindeki bir değişiklik meclisten hızla geçmiş olan bir kanundur. Gümrük Birliği anlaşmasını imzalamış olmayı yeterli gören hükümet kanunda öngörülen Rekabet Kurumu teşkilatını kurmakta yeterli titizliği göstermediği için Rekabet Kurumunun çalışmağa başlaması ve kanunun fiilen yürürlüğe girmesi iki yıldan fazla bir sürmüştür.

Rekabete ilişkin hükümler esas olarak Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku normlarından esinlenmiş olmakla birlikte, Amerika Birleşik Devletleri Federal Mahkeme kararlarından da yararlanılmıştır. Temelde başka ülke rekabet kanunlarından çok farklı olmayan ve sadece idarenin, yani Rekabet Kurumunun karar vermek faaliyetini kolaylaştırıcı bazı hükümler içeren bir kanundur.

Rekabetin ne olduğu, kanunun rekabetin korunmasına ilişkin hükümlerinin öğrenilmesi ve bunların uygulamaya geçirilmesi kolay ve hızlı olmuştur. Rekabet Kurumuna alınan uzman yardımcılarının yetiştirilmesi ve eğitilmesi ile sistemin temel elemanları oluşturulduktan sonra piyasaların incelenmesi ve karar vermek için gerekli bilgi toplanmasına ilişkin sorunlar büyük bir oranda sona ermiştir.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun sadece rekabet kurallarını ve yasaklanan rekabet ihlallerine ilişkin hükümleri içermemekte, bunlar ile birlikte Rekabet Hukuku usul kuralları ve Rekabet Kurumunun teşkilat kurallarını da düzenlemektedir. Son on yılda ortaya çıkan sorunların büyük bir çoğunluğu ise bu iki konuda yoğunlaşmaktadır.

Rekabet Kurumu Türk idari yapılanmasında idari teşkilat içinde yer almaktadır, dolayısıyla Rekabet Kurumu kararları idari kararlar niteliğindedir. Her ne kadar Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunun meclisten geçtiği dönemde Rekabet Kurumunun yapısı ülke için bir yenilik niteliğindedir. Rekabet Kurumu, Sermaye Piyasası Kurumu gibi bağımsız kurum niteliğindeki ilk kurumlardandır ve belki de verdiği kararların niteliği nedeniyle özel bir yer ve öneme sahiptir. Ancak bu husus, Rekabet Kurumunun idarenin bir parçası olması gerçeğini hiçbir zaman

değiştirmemiştir. Günüümüzde ise, 2004 yılı değişiklikleri ile Rekabet Kurumunun siyasi otoritenin uzantısı olması tehlikesini ortaya çıkmıştır.

Türk Rekabet Hukukundaki gelişmeler üç başlık altında ele alınacaktır. Son on yılda Rekabet Kurumu kararlarından, iptal için Danıştay'a başvurulanlardan sadece iki ya da üç tanesi onanmıştır. Rekabet Kurumunun teklifi ile Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'un bazı maddeleri 2004 değiştirilmiştir. Yargı kararları Rekabet Hukukundaki gelişmelerde belirleyici olmağa başlamıştır ve Rekabet Kurumu yeni bir kanun değişikliği taslağı hazırlamıştır.

2004 YILI KANUN DEğIşIKLİğİ

Kanunun 1994 tarihli ilk düzenlemesinde, karar organı olan Rekabet Kurulu 11 üyeden oluşmakta ve bunlardan sadece üçü siyasi otorite tarafından atanmaktayken, 2004 tarihinde yapılan yasa değişikliği ile üye sayısı 7 ye indirilmiş ve bunlardan beşi hükümet tarafından atanır hale gelmiştir. Bu da yeni getirilmiş düzenlemenin Rekabet Kurumunun idari özerkliğinin artık kalmadığını sonucuna ulaşmamıza neden olmaktadır. Bu değişikliğin sebebini de anlamak zordur, zira Rekabet Kurumunun bu değişikliğe kadar mevcut hükümetlerle çatışan bir konusu olmamış ve istikrarlı şekilde kamu tüzel kişilerinin söz konusu olduğu olaylarda, soruşturma konusunun Rekabet Kanunu kapsamında kaldığı gibi bir gerekçe ile korumacı bir yol seçmiş, ve hatta bazı olaylarda meslek teşekküllerinin faaliyetlerini dahi aynı gerekçe ile kapsam dışında tutma çabası göstermiştir. Yapılan bu değişikliğin gerekçesinin hukukiden çok siyasal olduğu ve seçilmiş siyasi iradenin bağımsız bir idare kavramına sıcak bakmaması ve idare üzerinde mutlak hakimiyet kurmak çabası olduğu kanısındaız. Bunun son derece tehlikeli ve hassas bir konu olduğunu ve kanun değiştirerek özerkliğe son verme yolunun maalesef açılmış olduğunu ve bundan sonraki dönemlerde de benzer davranışların ve kararların doğal karşılanacağını, bunun da Rekabet Hukukunun gelişmesini olumsuz yönde etkileyeceğini düşünmekteyiz.

2004 tarihli yasa değişikliğinde Rekabet Kurulu'nun yapısına ilişkin değişiklik ile birlikte getirilen önemli bir başka değişiklik de, 55. madde yer alan Rekabet Kurulu kararlarına karşı idari yargıya başvurulması halinde Kurul kararlarının infazına ilişkin yapılmış olan değişikliklerdir. İdarenin her işleminin yargı denetimine tabi olması yönündeki Anayasa hükmü karşısında Rekabet Kurumu kararlarının da yargı denetimine tabi olması doğaldır. Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun Rekabet Kurulu kararlarına karşı yargı mercii olarak Danıştay'ı göstermektedir. Rekabet Kurulu kararına karşı Danıştay'a başvurulmuş olması durumunda Rekabet Kurulu kararı, Danıştay'ın onama kararı

ile kesinleşir. 55. maddenin eski düzenlemesine göre, tarafların Rekabet Kurulu'nun kararlarını yerine getirmek yükümlülüğü kesinleşme ile başlar, yani 1994 tarihli düzenlemede aleyhine karar verilen taraf Danıştay'a başvurmuş ise kendisine verilmiş para cezalarının tahsili kesinleşmeden sonra yapılacaktır. Yapılan 2004 tarihli değişiklikle bu kural değiştirilmiş ve Kurul kararlarına karşı yargıya, yani Danıştay'a başvurulmuş olmasının tahsilatı durdurmayaacağı ve para cezalarının Rekabet Kurulu'nun nihaî kararının ilgisine tebliğ edildiği tarihten itibaren üç ay içinde ödeneceği kuralı getirilmiştir. Her şeyden önce bu değişikliğin yukarıda değindiğimiz Rekabet Kurulu'nun yapısını değiştiren 20. madde değişikliği ile birlikte yapılmasının son derece tehlikeli olduğunu ifade etmek isteriz. Ancak, 55. maddedeki değişikliğe neden olarak, Kurul kararına karşı Danıştay'a başvuru üzerine Danıştay'da davanın görülmesinin uzun çok uzun süre aldığı ve bu süre içinde cezanın caydırıcılık fonksiyonunu yitirdiği gerekçesi ileri sürülmektedir. İleri sürülen diğer bir gerekçe de, hukuk sistemimizde idarenin vermiş olduğu para cezalarının derhal tahsil edilmesinin kural olduğu ve Rekabet Kurulu'nun para cezası kararlarının bu şekilde diğer idari mercilerce verilen para cezalarına benzetildiğidir. Ancak her iki gerekçe de değişiklik yapmayı haklı gösterecek kadar inandırıcı olmadığı gibi sonuçları bakımından son derece tehlikeli durumların çıkmasına yol açacak nitelikte değişikliklerdir.

Her şeyden önce belirtmekte yarar gördüğümüz husus, bu değişikliklerle getirilen düzenlemenin Amerika Birleşik Devletleri ve Avrupa Birliği Rekabet Hukuklarında son yıllarda karşılaştığımız cezaların artırılması görüşü ile hiçbir ilgisi yoktur. ABD ve AB hukuklarında etkinliği temini ve caydırıcılığı sağlamak için ceza miktarlarında artışa gidilirken, Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'un 55. madde değişikliği bir ceza artımını öngörmemektedir. Diğer yandan Rekabet Kurulu kararları incelendiğinde, Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun 16. maddesinde Rekabet Kurulunun cironun yüzde onuna kadar ceza verebilmesi düzenlenmiş iken, Rekabet Kurulu böyle bir eğilimde olmadığı görülmektedir. Rekabet Kurulu'nun yüzde on ceza vermek yerine binde beş ve onlar seviyesinde para cezaları vermeğe devam etmiştir. 55. maddede yapılan değişikliğin tek sebebi kanımızca, yargı organına başvuru halinde para cezasının infazının ertelenmesi ve bunun sonucunda da yüksek enflasyon nedeni ile paranın satın alma gücündeki azalmanın cezanın caydırıcılığını azaltmasına engel olma düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Rekabet Kurulu kararlarının diğer idari kararlar ile uyumlu hale getirmek ise belki düşünülmüş olsa bile bu Rekabet Kurulu'nun faaliyetini anlamamış olma ile eş anlamlıdır. Rekabet Kurulu'nu kararlarını Belediye Encümeni kararlarına ya da Hıfzısıhha Kurulu ya da Reklam Kurulu kararlarına benzetmek ile Rekabet Kurulu'nun faaliyetleri ve Rekabet

Kurulu'nun sistem içindeki yerinin ne olduğunun anlaşılmamış olduğunu belirtisidir.

Danıştay'ın onama kararını beklemeden Rekabet Kurulu kararlarının infazına gitmek onarılması mümkün olmayan çok ağır sonuçlara yol açabilir. Özellikle on yıla yakın sürede yüzlerce karar vermiş bulunan Rekabet Kurulu'nun sadece iki ya da çok az sayıda kararının yargı tarafından onaylanmış olması Rekabet Kurulu kararlarının doğruluğu konusunda ciddi şüpheler doğurmuştur. Belki Danıştay'ın bozma sebeplerinin usulden olduğu söylenebilirse de, usulden bozulmuş olması esasın doğru olduğu anlamına gelmemektedir. Usul hatası nedeni ile kararları bozulan bir kurulun esasa ilişkin doğru yaptığını kabul etmek zordur. Ancak Danıştay'ın onama kararından sonra Rekabet Kurulunun kararının hukuka uygun olduğu ileri sürülebilir. On yıl boyunca kararlarının yüzde doksan beşten fazla bir oranı hangi sebepten olursa olsun onaylanmamış ve iptal edilmiş bir kurumun kararlarının derhal icra edilir hale getirilmesi şeklinde bir kanun değişikliği yerinde olmamıştır. Kanun koyucu durumu açıklığı ile bilmiş olsa ve değişiklik önerileri komisyonlarda yeteri kadar ve açıkça tartışılmış olsa idi, kanun koyucunun böyle bir hata içinde olmayacağına inanıyoruz, zira haksız bir para cezası ile karşı karşıya kalan ve büyük sayılar kanununa göre de aleyhine verilmiş olan kararı bozulacak bir şirketi veya kişiyi tahsil ile karşı karşıya bırakmayı kanun koyucunun istemiş olması mümkün değildir. Kaldı ki, bazı Rekabet Kurulu kararlarının yıllarca sonra kaleme alındığı sözlü toplantıdan sonra açıklanan kararın kaleme alınmasının bir iki sene sürdüğü ve kararların bir kısmının bu nedenle etkili olmaktan uzaklaştığı ilgili kamuoyunca da bilinmektedir, ancak bu gerçek her nasılsa kanun koyucunun gözünden kaçmıştır. Rekabet Kurulu kararlarının infazı için Danıştay'da kesinleşme şartını arayan maddenin değiştirilmesi ve bireyleri Rekabet Kurulu kararlarına karşı açtıkları davalarda Danıştay'ın yürütmeyi durdurma kararı verip vermeyeceği belirsizliğine itmiştir.

Rekabet Kurumunun herhangi bir idari kurum gibi algılanarak kararlarının infaz rejiminin diğer kamu kurumlarınınkine benzetilmesi Rekabet Kurulu kararlarına saygınlığı ve Rekabet Kurumunun önemini azaltan bir yaklaşımdır. Rekabet Kurumunun kararlarının büyük bir çoğunluğunun Danıştay tarafından iptal edilmesi, kanımızca rekabete ilişkin hükümlerin yanlışlığından değil, Rekabet Kurumunun usul hukuku kurallarına uygun davranmakta gösterdiği özensizlikten kaynaklanmaktadır. Rekabet Kurumu bir bütün olarak hala hukuk devleti olmanın manasını kavrayamamış gözükmekte ve bütün idari yapı içinde kararları en fazla hukuka aykırılık nedeni ile iptal edilen kurum haline gelmiş bulunmaktadır.

YARGI KARARLARI

Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'un ihlalinin özel hukuka ilişkin sonuçları bakımından adli yargı yetkilidir. Diğer yandan Rekabet Kurulu'nun verdiği kararlara karşı itiraz mercii ise, Rekabet Kurumu idare olması nedeni ile Danıştay'dır. Bu sebepten, gerek adli yargı ve gerekse idari yargı kararlarının Rekabet Hukuku etkilerinin önemlidir.

İdari yargı konusunda üzerinde durmayacağız ve sadece bir tespit olarak belirteceğimiz husus Rekabet Kurumu kararlarına karşı Danıştay'da yapılan itirazlar sonucu sadece 2 karar onanmış ve yüzlerce karar Rekabet Kurumu'nun kararının iptali şeklinde olmuştur. İptal nedenleri usulden de olsa bu, Rekabet Kurumu'nun bu kadar yetersiz kalmasının açıklanabilir ve makul bir gerekçesinin olduğunu düşünmüyoruz. Bu sadece görevi ihmal ile açıklanabilir.

Adli Yargıdaki Gelişmeler

Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun Beşinci Kısımında yer alan hükümler, rekabete aykırı davranışların özel hukuk sonuçlarını düzenlemiştir. Kanunun 56. ve devamında getirilmiş olan düzenlemeler, özel hüküm niteliğinde olup, Borçlar Kanunu genel hükümlerinin rekabetin kısıtlanmasından zarar görenlerin zararlarının tazmini sorununa bazı özel usul hükümleri getirmektedir. Ancak, 4054 sayılı kanunda bu hükümlerin yer almasının Rekabet Hukuku uygulamasına katkısı sınırlı olmuştur. Bu hükümlerin hiç bulunmaması halinde zarar görenler giderim taleplerini Borçlar Kanunu'nun 41. ve devamı maddelerine dayandıracaklardı. 4054 sayılı kanun sadece zarar görenlere bazı durumlarda ispat külfetinin yer değiştirmesi bakımından ayrıcalık getirmiştir. Öte yandan 10 yıllık uygulamaya bakıldığında, Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun Beşinci Kısımında yer alan hükümlerin zarar görenlerin durumunda hiçbir değişiklik yapmadığı görülür.

Yargıtay 19. H.D. verdiği iki kararda da zarar gördüğünü iddia eden davacıların taleplerini kabul eden bidayet mahkemesi kararlarını, davacıların rekabeti ihlal gerekçesi ile açtıkları tazminat taleplerinin dinlenebilmesi için, ilk önce Rekabet Kurumuna başvurunun ve Rekabet Kurumu'nun bu konudaki kararının bulunması gerektiğini bildirmiştir. Yargıtay 19. H.Dairesinin her iki kararının da hukuki mesnetten yoksun olduğunu belirtmekte yarar vardır. Her şeyden önce kişilerin dava hakkının bir idari karara bağlanması Anayasa'nın dava hakkını düzenleyen 36. maddesine aykırıdır. Dava hakkı her ne kadar kısıtlanabilirse de, gerek Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunda ve gerekse her hangi bir kanunda bu yönde hüküm bulunmamaktadır. Yargıtay 19.HD.'nin her iki kararı da hatalıdır, kötü emsal oluşturmaktan başkaca bir şeye yaramamaktadır ve Anayasa'nın 36. maddesine aykırıdır.

Yargıtay 19. HD.'nin 1999 tarihli ilk kararında (Yargıtay 19. H.D., 1.11.1999, E.1999/3350, K.1999/6364.), bidayet hakiminin karar vermeden önce Rekabet Kurumuna başvuruda bulunup bulunulmadığını araştırması ve bunu bekletici ön mesele yapması gerektiğine karar vermiştir. Yargıtay 19. HD. Rekabet Kurumunun ne türlü karar vermiş olursa olsun bunun bir idari karar olup adli yargıyı hiçbir şekilde bağlamayacağını farkında dahi değildir. Bu Anayasa'nın kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırıdır.

1999 tarihinde karar verirken, herhalde Yargıtay 19. HD. Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun hakkında pek fazla bilgi sahibi olmadığı izlenimini vermektedir.

Yargıtay 19.HD. dairesinin 2002 tarihli ikinci kararında (Yargıtay 19. HD., 29.11.2002 tarih ve E.2002/2827, K.2002/758, zikreden Ahmet Eğerci'nin "Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 2005) çoğunluk görüşü yine aynı hatalı tutumunu pekiştirerek tekrarlamış ve cehaleti bir adım daha ileri götürerek Rekabet Kurulu'na karşı Danıştay'a başvurulmuş olduğunu, ancak Danıştay'ın bu konudaki kararının beklenmesine de gerek olmadığını açıklamıştır(Danıştay'ın Rekabet Kurulu kararını iptal etmesi üzerine Yargıtay 19.HD.'nin vermiş oldukları bu kararı ne yapacaklarını tahmin edemiyorum). Azınlık kararını kaleme alan Daire Başkanı'nın, gerekçesi daha makul ve hukukidir. Kesinleşmiş bir idari yargı kararı adli yargı bakımından delil niteliğindedir ve bu kararın beklenilmesi hiç olmazsa hakime bütün deliller toplandıktan sonra karar vermesi kararın daha adil olması bakımından yardımcı olur. Ancak bidayet mahkemesi yargıcının idari yargı kararını beklemesi gibi bir hukuki zorunluluk olmadığı gibi buna gerek de yoktur. Rekabet Kurumu kararlarının son on yıllık geçmişine bakıldığında ne kadar güven verdiği ve doğru olduğu da tartışılır bir konudur ve bidayet mahkemesi yargıcının idarenin kararını beklemeden karar vermiş olması son derece isabetlidir.

Yargıtay 19. HD.nin her iki kararı da Yargıtay'ın diğer daire kararları ile de uyumlu değildir. Hiçbir Yargıtay Hukuk Dairesinin tapu kütüğünün iptali davasında Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğüne müracaat edilmesi ya da trafik kazalarından doğan tazminat davalarında İl Trafik Komisyon'unun bu konuda ne karar verip vermediğinin araştırılması ve bunun bekletici mesele yapılması gibi bir yaklaşım gösterdiği görülmemiştir.

Rekabet Hukukunun gelişmesine adli yargının önemli katkıları olacak iken, Yargıtay 19. HD. sinin iki kararı bunun önünde ciddi engel oluşturmuştur. 19. Hukuk Dairesi üyeleri fikir değiştirmedeği sürece, sağlıklarına dua edip emekliliklerini beklemekten başkaca yapılacak bir şey yoktur.

İdari Yargıdaki Gelişmeler

Rekabetin kısıtlanmasından zarar gören kişiler, giderim talepleri için adli yargıya başvurabilecekleri gibi eğer şartlar mevcut ise idari yargıya da başvurabilirler. Her ne kadar bu yol henüz denenmemiş ise de uğranılan zararın giderimi için bu yolun da mevcut olduğunu belirtmekte fayda vardır. Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 5. maddesi muafiyeti düzenlemiştir. Bu maddeye göre kanunda sayılan şartlar var ise, tarafların talebi üzerine teşebbüsler arasındaki anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birlikleri kararlarının 4. madde uygulamasından muaf tutulabileceğine karar verecektir. 4. madde de ise “Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engellemek, 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” hükmü getirilmiştir. Yani Rekabet Kurumunun teşebbüsler arasındaki herhangi bir anlaşmaya muafiyet vermesi için ve verilen bu muafiyetin bir anlam ifade etmesi için bu anlaşmanın 4. maddeyi ihlal eder olması gerekir. Eğer 4. maddeyi ihlal eden bir durum yok ise 4. madde uygulamasından muaf edilmiş olmanın pratik bir anlamı yoktur ve Rekabet Kurumunun abesle iştiğal etmesi de beklenemez. Yani taraflar 4. maddeyi ihlal eden bir anlaşma için 5. maddede belirtilmiş olan şartların mevcut olduğunu ileri sürerek muafiyet talep edebilirler ve Rekabet Kurumu da böyle bir muafiyet kararını verir, çünkü anlaşmanın yapılması ve 4. maddenin uygulanmasından muaf tutularak yürürlüğe konmasında kamusal yarar bulunmaktadır.

Ancak muafiyet verilmiş olan bir anlaşmanın temel koşulu 4. maddede belirlenmiş olan ihlalleri gerçekleştirmiş olması yani rekabeti kısıtlamasıdır. Rekabetin kısıtlanması, engellenmesi veya bozulması ister istemez bazı kişilerin bundan zarar görmesini ortaya çıkaracaktır. Sorun bu zarar gören kişilerin zararlarının nasıl giderileceğidir. Bu kişilerin Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 56 ve devamı maddelerinden yararlanması mümkün değildir, zira muafiyet ile bir tür hukuka uygunluk durumu yaratılmıştır. Böyle durumlarda ki, bu her muafiyet verildiği zaman ortaya çıkacak bir durumdur, zarar görenlerin zararlarının giderilmesi talebi adli yargı önünde değil, idari yargı önünde olacaktır. Zarar gören idari yargıda açacağı tam yargı davasında, Türk İdare Hukukunda kabul edilen “idarenin kusursuz sorumluluğu ilkesi” ne göre uğramış olduğu zararın giderimi talep edecektir.

Danıştay’ın bu konudaki kararları son derece açıktır.

“İdare Kamu hizmetlerinin yürütülmesi sırasında fertlere vermiş olduğu zararları tazmin ile yükümlüdür. Hatta bu, zarar idarenin hizmet kusurundan doğmamış olsa bile, objektif sorumluluk dediğimiz kusursuz sorumluluk esasına göre idarenin bu zararları zarar görenlere tazmin etmesi hukukun genel kaidelerinden biridir. Zira kamu hizmetlerinin yürütülmesi sırasında kişilerin malvarlıkları veya hayatları ya da sağlıkları üzerinde meydana gelen bir zararı sadece o kişiler üzerinde bırakmak, kamu hizmetinden yararlanan diğer fertler bakımından bir eşitsizlik meydana getirmektedir. zararın bu bakımdan idarenin hizmet kusuru aranmaksızın tazmin edilmesi objektif sorumluluk adı ile bilinen hukuk kaidesi gereğidir.” (Danıştay Dergisi, sayı 60-61, s. 463, 1986, Danıştay 12 D. 22.05.1985 gün ve E. 82/3322, K. 85/1065)

“ ... meydana gelen tesis ve eserler, topluluğun faydalandığı bir iktisap teşkil ettiğine göre, bu yüzden bir fedakarlık niteliğini taşıdığı cihetle amme mükellefiyetleri karşısında eşitlik sağlama için devamlı ve istisnai karakterde olan ferdi zararları telafi etmek hakkaniyet ve nesafetin bir icabıdır...” Danıştay Kararlar Dergisi, sayı 87-88 s. 77, Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu 16.02.1962, E. 60/177, K. 62/108).

REKABET KURUMU’NUN 2005 DEĞİŞİKLİĞİ TASLAĞI

Rekabet Kurumunun 2005 yılından beri 4054 sayılı kanunun bazı maddelerinin değiştirilmesi için bir taslak hazırladığı bilinmektedir. Taslakta yer alan hükümler, önümüzdeki dönemde Türk Rekabet Hukukunun nasıl bir gelişme göstereceğine ilişkin ip uçları vermesi bakımından önemlidir. Kurumun internet sayfasında gördüğümüz taslak metni tek bir konu dışında pek fazla yenilik getirmemekte ve hatta bazı hususlarda gereksiz ve hukuka aykırı düzenlemeler içermektedir. Şöyle ki,

- 1. maddedeki değişiklik pek yeni bir şey getirmemiştir.
- 2. maddede “rekabeti kısıtlamak” yerine “rekabeti önemli ölçüde” kısıtlamak gibi yeni bir yaklaşım söz konusu edilmektedir. Ülkemizde Anayasa’nın biraz delinmesi, Ceza Kanunu hazırlık çalışmalarında cinsel saldırıda duhulün santimetre ile ölçülmesi gibi tartışmalardan pek hoşlanıldığı malumdur. Bu da benzer bir tartışmayı yaratacak gibi gözükmektedir. Rekabetin az kısıtlanması iyidir, çoğu zarardır gibi bir sonucu çıkaracak bir düzenlemenin AB Rekabet Hukukundaki gelişmelere dahi ters düşeceği açıktır. Bundan 100 sene önce neyin az neyin yerinde olduğu konusunun tartışılmasını “şüpheler denize yelken açmak” olarak niteleyerek (United States.v. Trans-Missouri Freight Ass’n, 166 U.S. 290, (1897)) tartışmalara son noktayı koymuş bulunan büyük Hakim Peckham’ın, 115

yıl sonra Türk Rekabet Hukukunda hala bunun tartışılması herhalde kemik sızlamaktadır.

- 3. madde garip bir usul yaratmaktadır. “İlgililerin talebi üzerine” ibaresinin kaldırılmasından sonra Rekabet Kurumu herhalde re’sen muafiyet verir duruma gelecektir. Uygulamanın nasıl gelişeceğini tahmin dahi zordur. 10. maddede getirilmek istenen yeni para cezaları başlıklı madde ile birlikte değerlendirildiğinde, bireysel muafiyetin tamamen keyfi bir hale geleceği sonucuna varmak zor değildir.

- 4. madde belirsizlik geliştirilmiştir. Rekabet Kurumunun yetkileri T.C: Devletin sahip olmadığı yetkileri de aşar hale getirilmiştir. Madde anlamsız hükümler içermektedir. Kurul kararının hatalı olması üzerine üçüncü kişilerin uğrayacağı zararın nasıl karşılanacağı önemli bir sorundur. Son günlerde ortaya çıkan örnek olayda, çimento fabrikalarının özelleştirmesi sırasında Rekabet Kurumunun kararının Danıştay kararı ile durdurulması sonucu ilgili şirketlerin ortaya çıkan zararlarının nasıl karşılanacağı, hizmet kusuru nedeni ile Devletin ödemek zorunda kalacağı tazminat için kamu ajanlarına rucu edilmesi meselesi ciddi bir sorundur ve Rekabet Kurulu üyeleri ciddi boyutlu tazminat davaları ile karşılaşacaklardır.

- 5. maddenin üçüncü fıkrasındaki idarenin özel hukuk sözleşmelerine idari karar ile müdahalesi anlamına geldiğinden Anayasa’ya aykırıdır. Anayasa Mahkemesi’nin bu yönde vermiş olduğu kararları mevcuttur. Taslak metni hazırlanırken Anayasa Mahkemesi’nin kararlarına ve Anayasa ilkelerine gereken özen gösterilmemiş ve hukuk devleti ilkesinden sapılmıştır.

- 7. maddenin son fıkrasına göre söz konusu tebliğin sağladığı muafiyetin beklenen faydaları sağlamaması halinde muafiyeti kaldırması durumunda tebliğ hükümlerine güvenerek hukuki işlem ve harcama yapmış olan üçüncü kişilerin zararlarının giderilmesi konusunun da düzenlenmesi gerekirdi.

- 8. maddede “özel kanunlarda yazılı gizlilik ve sır saklama hükümleri”nin ileri sürülemeyeceği ifadesine yer verilirken, Rekabet Kurumunun bu bilgileri ifşa edemeyeceği, bu bilgilerin üçüncü kişiler tarafından öğrenilmesi halinde Rekabet Kurumunun cezai ve maddi sorumluluğu olduğu ve Rekabet Kurumu içinde bu bilgileri edinmiş ve görmüş herkesin cezai sorumluluğu olduğu düzenlenmemiştir

- 9. madde düzenleme Anayasa’nın 20. maddesine, Türk Ceza Kanununun 116/2. ve 120. maddelerine aykırıdır. Anayasa’nın 20. maddesi, Türk Ceza Kanununun 116/2. maddeleri insanlığın uzun süren uğraşlar, mücadeleler ve

kavgalar üzerine kazandıkları temel insanlık haklarıdır. Bunların bu kadar kolay değiştirilebileceğini beklemek yanlıştır.

- 10. madde ile para cezalarında önemli değişikliklere gidilmiştir. Para cezalarında Kurul'un nihai karar tarihinden bir önceki mali yıl sonunda oluşan gayri safi gelirine göre verilmesi hatalıdır. Para cezasını ödemek ile yükümlü olanların eylemlerinin yapıldığı yıl ya da bir önceki mali yıl sonunda oluşan gayri safi gelirinin belirli bir oranının olması şeklinde düzenlemesi gerekir. Rekabet Kurumunun ve Rekabet Kurulunun nihai kararını geciktirmesinin cezayı ödeyecekler ek bir külfet yaratmaması gerekir. Nihai kararın gecikmemesi Rekabet Kurumunun sorumluluğundadır ve gecikme söz konusu ise ve bundan devletin bir gelir kaybı söz konusu ise bunun tespit edilerek Rekabet Kurulu üyelerinden talep edilmesi daha yerinde olur. Diğer yandan Rekabet Kurulu'nun Amerika Birleşik Devletleri'ndeki af programından esinlenerek getirmiş olduğu intibamı veren ve Kurum ile işbirliğine giren teşebbüs veya teşebbüs birliklerine ceza uygulanmaması ya da ceza indiriminde bulunması şeklindeki düzenleme idareye verilmiş büyük bir takdir hakkını içermektedir. Bu, Türk hukuk sistemine ve Anayasa'nın idarenin işlemlerinin kanuna uygunluğu ve keyfi olmaması ilkesine aykırıdır. Böyle bir sistem getirilecekse bunun teferruatlı olarak kanun halinde düzenlemesi gerekir. Bundan sadece bir cümlecik halinde bahsedip, detaylarının yönetmelikler düzenlenmeğe kalkması kamu hukuku ilkelerine aykırıdır.

- 18. madde taslakta önerilmiş en olumlu tekliftir. Soruşturmayı meslek personelinin yapması ve soruşturmaya Rekabet Kurulu üyelerinin dahil edilmemesi tarafsızlığı teminde önemli bir aşamadır. Ancak Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanununun 43. maddesinin 2. fıkrasının değiştirilmeden kalması gerekir. Hakkında soruşturma açılmış kişilere bunun yazı ile bildiriminde (ki yazı ile bildirilmiş olması önemlidir), iddiaların türü ve niteliği hakkında yeterli bilgi verilmiş olması gerekir. Ayrıca 18. madde ile getirilen 43. maddenin değiştirilmesi taslağında soruşturmanın 4 ay içinde bitirileceği öngörülmüştür. Taslaktaki cevap süreleri dikkate alındığında soruşturmanın dört ay içinde bitmeyeceği açıktır. Bu dört aylık sürenin tekrar hesaplanarak düzeltilmesi gerekir.

- 19. ve 20 maddeler ile Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanununun 43 ve 44. maddeleri birbirine karıştırılmış ve bu arada 44. maddede yer alan ilgili tarafların kendileri ile ilgili düzenlenmiş her türlü evrakın ve mümkünse elde edilmiş olan her türlü delili görmesi ve bilmesi hakkına sınırlama getirilmiştir. Yeni düzenlemeye göre, Kurum içi yazışmalar ve ticari sır niteliğini haiz doküman şeklinde yeni bir evrak sınıfı yaratılarak kişilerin savunma haklarına engellenmeğe çalışılmaktadır. Bu Rekabet Kurulu kararlarının Danıştay'dan usul hatası nedeni

ile dönmesi üzerine Kurumun sıkı usul kurallarından kurtulma ve keyfiliye yönelmesi olarak yorumlanabilir.

- 22. madde ile sözlü savunma toplantısına ilişkin usul ve esasların Kurul tarafından çıkarılan bir yönetmelik ile belirleneceği düzenlenmiş ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun 47. maddesindeki aleniyet ve savunma hakkını düzenleyen maddelerin bertaraf edilmesini temin etmeğe ve savunma hakkının özünü kaldırarak keyfiliğin kapısı aralanmağa çalışılmıştır. Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunun 47. maddesinin değiştirilme gerekçeleri demokratik toplum anlayışıyla bağdaşmamakta ve savunma hakkını teminat altına alan Anayasa hükümlerine de aykırıdır.

- 23. madde başlığı altındaki düzenleme, Kanununun 47. maddesi boş kalmamış olması ve dikkatin başka yerde toplanmasına yönelik içi boş bir maddedir.

- 24. maddede getirilen düzenleme ile nihai kararın ihtiva etmesi içerik ve şekil şartları belirlenirken Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunun 50. maddesi yürürlükten kaldırılması hedeflenmiştir. 50. maddede karar verenlerin isimleri, toplantıya katılanlar gibi bazı bilgilerin yer alması öngörülmüş iken, yeni düzenlemede bunlara hiç yer verilmemiştir. Bunun sonucu sözlü savunma toplantısına kim katılmış, nihai karar toplantısına kimler katılmış artık belli olmayacak sadece Kurul kararı belki sadece Başkan ya da Başkan Yardımcısının imzası ile yayınlanacak ve varsa karşı oy yazısı ilave edilecektir. Sözlü savunma toplantısına katılmamış, taraf açıklamaları ve sunulan deliller ile yüz yüze gelmemiş üyeler başkalarının görmesi ile yetinerek oy kullanacaklardır ve bu da tespit edilmeden geçilecektir. Rekabet Kurulu, mevcut düzenlemenin çok sıkıntılı ve dar bir gömlek olduğunu iddia ederek bazı değişiklikler talep etse bile, hizmet kusurundan ve hatalı kararlardan doğan mali ve cezai sorumluluğun kime yoneltileceğinin belirlenmesi bakımından kararlarda karara katılanların adları ve imzalarının bulunması gereklidir.

- 26. madde ile getirilen hüküm Anayasa'nın dava hakkı (m.36), kuvvetler ayrılığı ve mahkemelerin bağımsızlığı (m. 138) ilkelerine aykırıdır. Kişilerin dava ve hak arama hakkının bir idari organ kararına bağlanması, adli mahkemelerin Rekabet Kurul kararına kadar kararlarını vermekte geciktirmesi Anayasa'nın mahkemelerin bağımsızlığı hükmüne de aykırıdır. Bu değişikliğin kaynağı herhalde Yargıtay 19. HD. dairesi kararları olduğu düşünülmektedir. Böyle bir değişiklik kanımızca Anayasa'ya aykırılık nedeniyle iptal edildiğinde, Yargıtay 19. Hukuk Dairesi kararları da emsal olma özelliğini yitirecek, ve adli yargının Rekabet Hukuku konusunda önü açılacaktır.

SONUÇ

Son on yılda Rekabet Hukuku dünyada daha yaygın uygulama alanı kazanmıştır. Rekabet Hukukundaki gelişmeler rekabeti daha etkin kılmak için alınması gerekli tedbirler üzerinde yoğunlaşmış. Cezaların artırılmasının yanı sıra rekabet ihlali yapanların öne çıkarak itirafta bulunup ihlallerin tespitinde yardımcı olmalarını teşvike ilişkin düzenlemeler getirmiştir.

Türkiye’de ise son on yılda çok işler yapılır gibi gözüküp hiçbir şey yapılmamıştır. Başarısızlığın nedenleri yanlış yerlerde aranmış ve bir adım ileri atarken iki adım geri gidilmiştir.

Türkiye’de Rekabet Hukuku’nda etkin bir uygulama istenmekte ve hedeflenmekte ise bunun bu teşkilatlanma içinde halledilmesinin mümkün olmadığı ortaya çıkmıştır. Belki çözüm, Rekabet Kurulu’nun Rekabet Kurumu teşkilatından ayrılmasından sonra geri kalan teşkilatın rekabet ihlallerini araştırma ve dava açmak görevi ve yetkisi ile faaliyetine devam etmesi, Rekabet Kurulu’nun da, Adalet Teşkilatı içinde yer almasıdır.

Rekabet konusunun ihtisas istediği gibi görüşlerde gerçeklik payı olsa bile, bunun idari yargı tarafından yerine getirilemeyeceği iddia edilemez. İdari yargıda yer alan hakimlerin tek bir konuda eğitilmiş olduğu gibi bir durum da yoktur. İdari yargıçlar da Rekabet Kurulu üyelerinin eğitim formasyonlarına benzer eğitim almış kişilerdir. Bu sebepten Rekabet Kurulu’nun bir Danıştay özel dairesine dönüştürülmesi, on yıldır yetiştirilen meslek personelinin ise iddia ve soruşturma yapmakta istihdam edildiği bir model Türkiye’de Rekabet Hukukunun gelişmesine çok daha yardımcı olacaktır.

**ABD VE KARTEL HUKUKLARINDA
“PİŞMANLIK PROGRAMLARI” VE
TÜRK REKABET HUKUKU ÜZERİNE DÜŞÜNCELER**

Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi

**A. ABD ANTİTRÖST HUKUKUNDA “LENIENCY”
KAVRAMI VE CEZA YAPTIRIMLARININ UYGULANMASINA
İLİŞKİN GELİŞMELER**

I. “LENIENCY” KAVRAMI

Rekabet hukukuna aykırı davranışların (örneğin “kartel anlaşmaları” veya “uyumlu eylemler”) ya da antitröst ihlallerinin ilgili makamlara bildirilmesi, ihlali gerçekleştiren ya da ihlale karışan kişi veya teşebbüsün “pişmanlık duyması”na dayanabileceği gibi; daha hafif bir cezaya çarptırılmak düşüncesinden de ileri gelebilir.

Rekabet hukukunda “**pişmanlık**”, hukuka aykırı kartel anlaşmaları ya da diğer rekabet kısıtlamalarıyla gerçekleştirilen hukuka aykırı davranışlar hakkında rekabet makamlarına bilgi verilmesi veya ihbarda bulunulması üzerine, rekabet hukukuna aykırı hareket eden teşebbüslere veya bu teşebbüslerin yöneticilerine

verilecek hapis veya para cezalarının kaldırılmasını ya da azaltılmasını amaçlayan bir çözümdür.

Türkçe “**pişmanlık**” terimiyle ifade ettiğimiz “leniency” kavramı, genel sözcük anlamı bakımından “yumuşatma ya da hafifletme” anlamlarına gelmektedir. Hukuk terminolojisinde “**leniency**”, “ceza” bakımından, “**cezanın hafif olması**” veya “**cezanın hafifletilmesi**”ni ifade eder. ABD antitröst hukukunda ise, “**leniency**” kavramıyla, antitröst ihlallerini ihbar edenlere verilecek “para ya da hapis cezalarının hafifletilmesi” veya rekabet hukukuna aykırı hareket edenler “hafif ceza verilmesi” anlaşılır.

ABD’nde, antitröst hukukuna ilişkin ihlallerde, durumu “ihbar edenler”e verilecek cezaların azaltılması ya da bazı koşullarda ilgililer hakkında ceza kovuşturması yapılmamasını amaçlayan “programlar”a da, “**Pişmanlık Programları**” adı (Leniency Program) adı verilmektedir.

Bu araştırmada, hukuksal durumu daha iyi ifade etmesi nedeniyle, “leniency” karşılığında “pişmanlık” sözcüğü kullanılacak; “**leniency program**” için de “**Pişmanlık Programı**” deyimine üstünlük tanınacaktır.

II. AMERİKAN ANTİTRÖST UYGULAMASINDA “ANTİTRÖST İHLALLER”E İLİŞKİN YAPTIRIMLAR: PARA VE HAPİS CEZALARINA İLİŞKİN GELİŞMELER

ABD antitröst hukukunda, hukuka aykırı kartel anlaşmalarının yapılması halinde, anlaşmaya taraf olan teşebbüslere sadece **para cezaları** verilmeyip; antitröst ihlalleri gerçekleştiren **yöneticilere** ve **görevlilere** (manager) **hapis cezaları** da verilmektedir.

Antitröst hukukunda ceza yaptırımlarının uygulanmasıyla görevli olan makam, **Adalet Bakanlığı Antitröst Bölümü**dür (Department of Justice, Antitrust Division).

Antitröst Bölümünün gerçekleştirdiği antitröst ihlallerine ilişkin soruşturmalar sonucunda, 1997 yılından bu yana, bir çok teşebbüse milyonlarca dolar para cezası verildiği ve bir bölümü yabancı yöneticiler olmak üzere önemli sayıda şirket yöneticisinin de hapis cezasına çarptırıldığı görülmektedir.

Bir kısmı “**uluslararası kartel**” niteliği taşıyan hukuka aykırı kartel anlaşmalarının karşı girişilen ceza soruşturmaları sonucunda 1997 yılından 2003 yılı sonlarına kadar 2 milyar dolardan fazla para cezası verilmiş; ayrıca sayısı otuzu aşan, bir kısmı ABD uyruklu; bir kısmı da yabancı olan bir çok yönetici ve iş adamı hapse mahkum edilmiştir. Hapis cezaları bir yıldan başlamaktadır. 2002

yılında, Mısır'da USAID ihalelerine fesat karıştıran bir Amerikalı işadamına 3 yıl hapis cezası verilmiş; Newark'da kamu okulları ile New York City'deki bazı kamusal ihalelerde usulsüzlük yapan başka bir iş adamı 67 ay hapisle cezalandırılmış; Guam'da, FEMA tarafından finanse edilen projelerle ilgili ihalelerde usulsüzlük yapan, rüşvet veren, kara para aklayan başka bir Amerikan iş adamı ise 10 yıl hapis cezasına mahkum olmuştur¹.

2000'li yıllardan bu yana, Amerikan antitröst uygulamasında “**şirketlere verilen para cezaları**”nda (corporate fines) önemli bir artış göze çarpmaktadır. 1997 yılından önceki 10 yıl içinde, yılda ortalama 29 milyon dolar **para cezası** (criminal fine) verildiği gözlemlenirken; 1997 yılında Adalet Bakanlığı Antitröst bölümünün gerçekleştirdiği soruşturmalar sonucunda hükmedilen para cezası 205 milyon dolar olmuştur. Şirketlere verilen para cezalarının miktarı 1998 yılında 265 milyon doları aşmış; 1999 yılında 1.1 milyar dolar para cezası verilmiştir. 2000-2003 yıllarında verilen para cezaları ise şu sırayı izlemiştir: 2000 yılında 150 milyon dolar; 2001 yılında 280 milyon dolar; 2002 yılında 75 milyon dolar ve 2003 yılında da 107 milyon dolar².

ABD antitröst uygulamasında, şirketlere verilen para cezalarının giderek artmakta olduğu görülmektedir. Örneğin, 10 yıl önce ABD'nde antitröst ihlali nedeniyle bir teşebbüse verilen en yüksek para cezası 5 milyon dolar iken, 1999 yılında **F. Hoffman-La Roche**'a 500 milyon dolar (vitamin karteli); **BASF AG**'ye 225 milyon dolar (vitamin karteli); **SGL Carbon AG**'ye 135 milyon dolar (grafit elektrot karteli); **Mitsubishi Corp.**'a 134 milyon dolar (grafit elektrot karteli); **UCAR International**'a 110 milyon dolar (grafit elektrot karteli) ve **Archer Daniels Midland Company**'ye 100 milyon dolar (lisin ve sitrik asit karteli) para cezası verilmiştir³.

Amerikan Adalet Bakanlığı Antitröst Bölümünün çalışmaları, antitröst ihlaller nedeniyle, hem “teşebbüslere verilen para cezaları”nda; hem de antitröst ihlallere karışmaları nedeniyle hapse mahkum edilen yöneticilerin sayısında önemli bir artış olduğunu ortaya koymaktadır. Antitröst ihlaller nedeniyle hapse mahkum edilen yöneticiler arasında **yabancıların sayısının** artmakta olduğu da dikkat çeken bir görünümdür. Hapis cezasına çarptırılan yöneticiler içinde Belçikalı,

1 Griffin, s. 31-32.

2 Griffin, s. 36.

3 Griffin, s. 37; Victor, s. 77.

Kanadalı, Fransız, Alman, İtalyan, Japon, Koreli, Meksikalı, Norveçli, Hollandalı, Güney Afrikalı, İsveçli, İsviçreli ve İngiliz yöneticiler de bulunmaktadır⁴.

Bu durumun, çeşitli ülkelerdeki **rekabet ve antitröst makamları arasındaki işbirliğinin; yabancı ülkelerde delil elde edilmesine ilişkin gelişmelerin ve yabancı ülkelerde antitröst yaptırımlarla ilgili uygulamaların artmasının** bir sonucu olduğu söylenebilir.

Bu gelişmelerin yanında, Adalet Bakanlığı Antitröst Bölümü tarafından uygulanan **“Pişmanlık Programları”**nın da (Leniency Program) bu gelişmeye önemli bir katkısı olmuştur.

III. ABD’NDE “PİŞMANLIK PROGRAMLARI” (LENIENCY PROGRAMS)

1. Genel Olarak

ABD’nde **“Pişmanlık Program”**larının oldukça eski bir geçmişi bulunmaktadır. Burada, 1990’lı yıllardan önceki ilk “pişmanlık programı” ve uygulaması üzerinde durulmayacaktır.

Adalet Bakanlığı Antitröst Bölümü, eski “Pişmanlık Programı”nı, **“Şirketler İçin Pişmanlık Politikası”** (Corporate Leniency Policy) adı altında 10. Ağustos.1993 tarihinde yenilemiştir⁵.

Yeni program, antitröst ihlallerden pişmanlık duyan teşebbüslerin Antitröst Bölümüne ihbarda bulunması ve işbirliği yapmasını daha kolay bir hale getirmiştir. 1993 tarihli Pişmanlık Politikasıyla, “pişmanlık programı”nda yapılan 3 önemli değişiklik şunlardır:

- a) İlk olarak, teşebbüs hakkında önceden bir soruşturma açılmamış ise, cezadan otomatik af sistemi öngörülmüştür.
- b) Antitröst Bölümüyle işbirliğinin, soruşturmaya başlanmasından sonra gerçekleşmesi halinde de ceza affından yararlanabilmenin mümkün olması sağlanmıştır.
- c) İşbirliğinde bulunan tüm müdürlere, görevlilere ve çalışanlara (directors, officers and employees) ceza soruşturmasından bağışık tutulabilme imkanı tanınmıştır⁶.

4 Griffin, s. 32.

5 Bkz. <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/lencorp.htm>

6 Griffin, s.37.

1993 yenilemesi sonucunda, Antitröst Bölümü özellikle **uluslar arası kartellerle savaşım da önemli mesafeler almıştır**⁷.

Eski “pişmanlık programı”nın yürürlükte olduğu dönemde, yılda bir ihbar yapılırken; 1993 yenilemesinden sonra, ihbar sayısı ayda bir ihbarı aşmıştır. 2002 Ekim ayı ile 2003 Mart ayı arasında, pişmanlık ve af programından yararlanmak için ihbarda bulunanların sayısı ayda üçe çıkmıştır⁸.

Amerikan modeli, **diğer rekabet hukukları üzerinde de önemli yansımalar** yapmış; kartellerle savaşım da Amerikan çözümü, çeşitli ülkeler tarafından benimsenmiştir. Brezilya, Kanada, Çek Cumhuriyeti, Fransa, Almanya, İrlanda, Kore Cumhuriyeti ve İngiltere de benzer “pişmanlık ve af program”larını uygulamaya koymuşlardır⁹.

1993 pişmanlık ve af programının, özellikle **vitamin ve grafit elektrotlarına ilişkin kartellerde, sanat eserlerine ilişkin açık arttırmalar ile USAID inşaat soruşturmalarında** önemli uygulamaları olmuştur¹⁰.

Bazı kartelleşmelerde, Antitröst Bölümüne ihbarda bulunan ve işbirliği yapanlara hiçbir para cezası verilmemiş; şirket yöneticileri de hapis cezası soruşturmalarından bağışık tutulmuştur. **Vitamin kartelinde** ise, ihbarda bulunanın işbirliğiyle Antitröst Bölümü, F. Hoffmann-La Roche ve BASF AG’ye karşı soruşturmaya girişebilmiştir. Bu teşebbüslere para cezaları verilmiş; bunların İsviçreli ve Alman yöneticileri (6 kişi) ise hapis cezalarına çarptırılıp, Amerikan hapishanelerine konulmuşlardır.

Grafit elektrotları kartelinde de, suçu kabul eden teşebbüse daha az para cezası verilmiştir. Kartele dahil teşebbüslerin iki Amerikalı yöneticisi uzun hapis cezaları ile 2 milyon dolar para cezasına çarptırılmıştır. Bir Alman yöneticiye de 10 milyon dolar para cezası verilmiştir¹¹.

7 Griffin, s. 37.

8 Griffin, s. 38.

9 Griffin, s. 38; Victor, s. 79.

10 Sanat eserleri için açık arttırmalar alanında tanınmış Sotheby (firması), rakip açık arttırma firması Christie’yle Londra ve ABD’ndeki açık arttırmalar için fiyat tespiti anlaşması yapmış bulunmaktaydı. Sotheby 2003 yılı Ekim ayında pişmanlık bildiriminde bulunmuş ve 45 milyon dolar para cezası ödeyerek daha ağır bir cezadan kurtulmuştur. Sotheby’nin önde gelen yöneticilerinden Diana “DeDe” Brooks da, fiyat tespiti konusunda pişmanlık bildiriminde bulunmuş ve Antitröst Bölümüyle işbirliği yapmıştır. Buna karşı, başka bir yönetici ve pay sahibi olan Alfred Taubman ise, ceza yargılaması sonucunda bir yıl bir gün hapis cezasına mahkum edilmiştir. Bkz. Victor, s. 76

11 Griffin, s. 39; Victor, s. 81.

ABD “pişmanlık programları”nda, “**bireysel pişmanlık programı**” ile “**şirketler için pişmanlık programı**” (corporate leniency) birbirinden ayırt edilmektedir¹².

2. “Bireysel Pişmanlık”ta Cezanın Hafifletilmesine İlişkin Koşullar

a) Bireysel Pişmanlıkta Cezanın Hafifletilmesine İlişkin Koşullar

Bireysel pişmanlıkta, antitröst ihlalde bulunan bir teşebbüsün yöneticisi, müdürü, görevlisi ya da çalışanın (directors, officers, employees) cezadan kurtulabilmesi veya verilecek cezanın hafifletilebilmesi için aşağıdaki koşulların gerçekleşmesi öngörülmüştür:

“Pişmanlık Programı”na göre, sözü geçen bireylerin **soruşturmanın başlamasından önce** Antitröst Bölümüne **ihbarda** bulunmaları ve aşağıdaki üç hususu yerine getirmeleri gerekir:

- aa-** İlk olarak, ilgili bireyin hukuka aykırı faaliyeti Antitröst Bölümüne ihbar ettiği anda, Antitröst Bölümü, hukuka aykırı ihlal hakkında başka bir kaynaktan bilgiye almamış olmalıdır.
- bb-** İkinci olarak, hukuka aykırılığı ihbar edenin verdiği bilgi samimi ve tam olmalı; ihbarda bulunan, soruşturma boyunca Antitröst Bölümüyle tam ve sürekli bir işbirliğini sürdürülmelidir.
- cc-** Üçüncü olarak da, ihbarda bulunan birey, hukuka aykırı faaliyete katılması için başka birini zorlamış olmamalı; antitröst ihlalin öncüsü ya da teşvikçisi durumunda bulunmamalıdır.

b) “Bireysel Pişmanlık” Politikasının Uygulanma Alanı

Yukarıdaki koşulları yerine getirenler “bireysel pişmanlık politikası”ndan yararlanabilecekleri gibi; bu koşulları gerçekleştiremeyenlere de, “**ceza kovuşturmasından yasal olarak bağışık kılınma**” (statutory immunity from criminal prosecution) imkanı tanımıştır. Bu gibi durumların, Antitröst Bölümünün

¹² Bireysel pişmanlık programı ile şirketler için pişmanlık programı arasındaki “birbirine bağılılık” (interdependence) ilişkin sorunlar için bkz. Philipp Festerling, Cartel Prosecution and Leniency Programs: Corporate versus Individual Leniency, Department of Economics, Working Paper No. 2005-20, University of Aarhus, Denmark, s. 2 vd.

soruşturma ile ilgili takdir yetkisi (prosecutorial discretion) çerçevesinde değerlendirileceği kabul edilmiştir¹³.

c) “Bireysel Pişmanlık” Programından Yararlanma Usulü

Bireysel pişmanlık programından yararlanabilmek için, başvurulacak makam Adalet Bakanlığı Antitröst Bölümüdür.

Antitröst Bölümündeki görevli, başvuruda bulunanın “bireysel pişmanlık” için öngörülen koşulları yerine getirdiği kanısına varırsa, durumu, olumlu bir görüşle birlikte, ilgili için “cezanın hafifletilmesi” gerektiğine ilişkin nedenleri de açıklayarak, “**Deputy Asistant Attorney General for Litigation**”a (dava bölümü) bildirir. Dosyayı inceleyen “Deputy Asistant Attorney General for Litigation” da, son kararın verilmesi için bunu “**Asistant Attorney General**”a iletir.

Bireysel pişmanlık başvurusu yapıldığında, Antitröst bölümü görevlisi, “cezanın hafifletilmesi” yönünde bir **görüş** (tavsiye, recommendation) açıklamaz ise, **ilgili birey ve danışmanları** “**Deputy Asistant Attorney General for Litigation**”a başvurarak, durumu doğrudan doğruya ona anlatabilme imkanına sahiptirler. İlgili bireye ve hukuk danışmanlarına, görüşme konusunda, bir “hak” tanınmış değilse de, uygulamada, genel olarak, onlara bu imkanın sağlandığı belirtilmelidir¹⁴.

3. “Şirket için Pişmanlık Programı”ndan Yararlanma

Cezanın hafifletilmesine ilişkin **şirket için pişmanlık programı** (corporate leniency program), uygulamada, “**şirket affı**” (corporate amnesty) ya da “**şirkete bağışıklık tanınması politikası**” (corporate immunity policy) olarak anılmaktadır.

a) “Şirket Pişmanlık Programı”ndan Yararlanabilmenin Koşulları

aa- **Tip A: Tam Bağışıklık** (Immunity)

İhbar edilen hukuka aykırı faaliyet bakımından, bu faaliyete karışan bir şirkete verilecek cezanın hafifletilmesi ya da hiç ceza verilmemesi için **ihbarın**,

¹³ Bir teşebbüs “Şirket için Pişmanlık Politikası” (Corporate Leniency Policy) çerçevesinde Antitröst Bölümüne başvurmuş ise, şirket ile birlikte itirafta bulunan ve Antitröst Bölümüyle işbirliği yapan yöneticilerin, müdürlerin, şirket görevlileri ve çalışanların da aynı programdan yararlanabilmeleri mümkündür. Bu konuda. Bkz. <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/lencorp.htm>

¹⁴ Bkz. <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/lencorp.htm>

ihlale ilişkin soruşturmadan önce yapılması (before investigation) ve ayrıca **aşağıdaki altı koşulun** da yerine getirilmiş olması gerekir:

- aa- İlk olarak, ilgili şirket Antitröst Bölümüne ihbarda bulunduğu anda, Bölüm, başka bir kaynaktan söz konusu **hukuka aykırılık hakkında herhangi bir bilgi** edinmiş olmamalıdır
- bb-İkinci olarak, ihbarda bulunan şirket, hukuka aykırılığın farkına varır varmaz, kendisi bakımından **ihlale son verme konusunda derhal ve etkili önlemleri** almış bulunmalıdır.
- cc- Üçüncü olarak, şirket, hukuka aykırılığı samimiyetle ve tam olarak açıklamalı ve tüm soruşturma boyunca, Antitröst Bölümüyle de **tam ve sürekli işbirliğini** sürdürmelidir.
- dd-Dördüncü olarak, **hukuka aykırılığa ilişkin itiraf** (confession of wrongdoing), şirket müdürleri ya da görevlilerinin soyut itirafları olmayıp, **gerçek bir şirket işlemi** (corporate act) niteliğinde olmalıdır.
- ee- Beşinci olarak, şirket, hukuka aykırılık sonucunda elde ettiklerini **zarar görenlere iade** etmelidir.
- ff- Altıncı olarak, itirafta bulunan şirket, hukuka aykırı faaliyete katılması için **başka birini zorlamış olmamalı**; antitröst ihlalin öncüsü ya da başlatıcısı durumunda bulunmamalıdır¹⁵.

bb- Tip B: Ceza İndirimi (Leniency)

“**Şirket pişmanlık programı**” (corporate leniency) ya da “**şirket affi programı**”ndan (corporate amnesty) yararlanabilmek için, hukuka aykırılığı bildiren şirket, yukarıda belirtilen 6 koşulu yerine getirmemiş bulunuyorsa, soruşturmanın başlamasından önce ya da sonra, aşağıdaki 7 koşulun gerçekleştirilmesi halinde, başvuruda bulunan, yine şirket pişmanlık programından yararlanabilir:

- (i) Birinci koşul, ilgili şirketin, hukuka aykırı faaliyeti (ihlal) bildirme bakımından **diğerlerinden önce** başvuruda bulunmasıdır.
- (ii) İkinci koşul, şirketin başvuruda bulunduğu anda, Antitröst Bölümün söz konusu şirkete karşı, muhtemelen bir ceza verilmesi sonucunu doğurabilecek **herhangi bir delil** elde etmemiş olmasıdır.

¹⁵ Bkz. <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/lencorp.htm>

- (iii) Üçüncü olarak, şirket, ihbar ettiği hukuka aykırılığı öğrenir öğrenmez, kendisi bakımından **ihlale katılımın sona erdirilmesi için derhal ve etkili eyleme** geçmiş olmalıdır.
- (iv) Dördüncü olarak, şirket, hukuka aykırılığı **samimiyetle ve tam olarak** açıklamalı ve Antitröst Bölümünün girişeceği soruşturmasında ilerleyebilmesini sağlayacak **tam ve sürekli işbirliğini** sürdürmelidir.
- (v) Beşinci olarak, hukuka aykırılığa ilişkin itiraf, şirket müdürleri ya da görevlilerinin soyut itirafları olmayıp, **gerçek bir şirket işlemi** (truly a corporate act) olmalıdır.
- (vi) Altıncı olarak, şirket, mümkünse, hukuka aykırılık sonucunda elde ettiklerini **zarar görenlere iade** etmelidir.
- (vii) Yedinci olarak, Antitröst Bölümü, hukuka aykırı faaliyetin niteliğini ve itirafta bulunan şirketin bu **antitröst faaliyet içindeki rolünü** göz önünde bulundurarak, bilgi veren şirkete uygulanacak cezada pişmanlık indiriminin, diğerlerine karşı **haksızlık** (unfair) sayılmayacağı konusunda karar vermelidir.

Yukarıdaki 7 koşulun uygulanmasında öncelik verilecek hususlar, şirketin, ne kadar erken Antitröst Bölümüne başvurduğunun; ihlale katılanları hukuka aykırı davranışa zorlayıp zorlamadığının ve ihlalin önderi ya da başlatıcısı olup olmadığının değerlendirilmesidir. Antitröst Bölümünün hukuka aykırılık hakkında soruşturmaya başlamasından sonra şirketin itirafta bulunması halinde, pişmanlık programından ancak düşük düzeyde yararlanılabilir¹⁶.

b) Şirket Müdürleri, Görevlileri ve Çalışanlarının “Şirket Pişmanlık Programı”ndan Yararlanabilmesi

Bir şirket, yukarıda belirttiğimiz koşulları gerçekleştirmek suretiyle, “şirket pişmanlık programı”ndan yararlanabildiği takdirde, şirketin itirafta bulunması bir parçası olmak üzere, hukuka aykırı antitröst faaliyetlerdeki rolleri bakımından itirafta bulunan **şirket yöneticileri, müdürleri, görevlileri ve çalışanları** da “**pişmanlık programı**”ndan yararlanabilirler. Ancak, bu kişilerin hukuka aykırılık hakkında

¹⁶ Bkz. <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/lencorp.htm>

samimi ve tam olarak bilgi vermeleri ve tüm soruşturma boyunca da Antitröst Bölümüyle işbirliği yapmaları gerekir.

Gerekli koşulların bulunmaması nedeniyle bir şirketin “pişmanlık programı”ndan yararlanamaması halinde, şirketle birlikte Antitröst Bölümüne başvuran şirket yöneticileri, müdürleri, görevlileri ya da çalışanları bir ölçüde korunmaktadır. Bu gibi durumlarda, bunların, tıpkı “**bireysel pişmanlık programı**”nda olduğu gibi, ceza soruşturmasından bağışık tutulabilmeleri mümkündür.

c) “Şirket Pişmanlık Programı”ndan Yararlanma Usulü

Bir şirketin, “**şirket pişmanlık programı**”ndan (corporate leniency) yararlanmak üzere Antitröst Bölümüne başvurması halinde, başvuru yapılan görevli, şirketin “pişmanlık programı”nda öngörülen koşulları gerçekleştirdiği kanısına varırsa, durumu, olumlu bir görüşle ve başvuruda bulunan şirket için neden “cezanın hafifletilmesi” gerektiğine ilişkin gerekçeleri de açıklayarak, durumu, “**Office of Operations**”a (İşlemler Bölümü) bildirir. Bu gibi başvurularda, görevlilerin gecikmeden kaçınmaları ve soruşturma için bir “**olgu memo**”su (fact memo) hazırlanmasından önce, sözü geçen **görüş bildiriminde** bulunmaları öngörülmüştür. Dosyanın kendisine iletilmesi üzerine, **İşlemler Bölümü Müdürü** (Director of Operations) istemi inceler ve son kararın verilmesi için pişmanlık istemini “**Asistant Attorney General**”a iletir.

Şirketin pişmanlık başvurusunda bulunduğu Antitröst bölümü görevlisi, “cezanın hafifletilmesi”ne **karşıt bir görüşte** olduğu takdirde, **şirket danışmanı** “İşlemler Bölümü Müdürü”ne başvurarak, durumu ve görüşlerini doğrudan doğruya ona anlatabilir. Şirket danışmanlarına bu yolda bir istemde bulunmaları bir “hak” olarak tanınmamış ise de, genel olarak, onlara bu imkanın sağlanmakta olduğu görülmektedir¹⁷.

IV. AMERİKAN “PİŞMANLIK PROGRAMI”NIN YANSIMALARI

Amerikan “Pişmanlık Programı” özellikle İngiliz ve Kanada rekabet hukukları tarafından benimsenmiştir.

1. İngiltere’de “Ceza İndirimi İçin Pişmanlık Programı”

İngiltere’de, 20 Haziran 2003 tarihinde yürürlüğe giren 2002 tarihli “**Enterprise Act**” (Teşebbüsler Hakkında Kanun), hukuka aykırı “gizli

¹⁷ Bkz. <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/lencorp.htm>

karteller”in (hard core cartels) oluşturulması halinde, kartelin oluşturulmasında suçu sabit görülen gerçek kişilere beş yıla kadar hapis cezası ve/veya sınırsız para cezası verilmesini öngörmektedir¹⁸.

1998 tarihli İngiliz “**Competition Act**”in (Rekabet Kanunu) uygulanmasıyla görevli “**Office of Fair Trading**” (Dürüst Ticaret Ofisi), ABD modeline dayalı “şirket pişmanlık programları”nı uygulamaktadır. İngiliz çözümüne göre, kartel hakkında ilk bilgi veren şirket kendisine uygulanacak cezadan **kendiliğinden** (automatic) kurtulmakta; daha sonra bilgi veren teşebbüslerin cezaları ise, rekabet makamının takdir yetkisi çerçevesinde indirilmektedir. Ancak, ilk ihbarcı dışında diğer kartel üyelerinin cezadan bağışık kılınması mümkün değildir.

İngiltere’de de, “şirket pişmanlık programı” dışında, ayrıca, “**bireyler**” için de “ceza indirimi programları” uygulanmaktadır¹⁹.

2. Kanada’da Ceza İndirimi İçin “Pişmanlık Programı”

Karteller ve rekabet kısıtlamalarıyla savaşım bakımından Kanada’nın 1889 tarihli “**Competition Act**”i (Rekabet Kanunu) dünyanın en eski kartel kanunlarından biridir. Rekabet Kanununun 45. paragrafı (Section), kartelleşmeyi suç saymakta ve 10 milyon dolara kadar para cezası ile 5 yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırmaktadır. Bazı kartel durumlarında, para ve hapis cezalarının birlikte verilebilmesi de mümkündür.

Kanada, 2002 yılında Rekabet Kanunu paragraf 45’in modernizasyonu çalışmalarını başlatmış; 2005 yılında da 45. paragrafın modernizasyonu tamamlanmıştır²⁰.

Yeni düzenlemede, kartellerle savaşım bakımından, pişmanlık ve haber verme çözümünün ilgililerin “**cezadan bağışık tutulması**” ya da “**ceza indirimi**” için amaca uygun olacağı benimsenmiştir.

Rekabet mevzuatını uygulamakla görevli olan **Kanada Rekabet Bürosu** (Canadian Competition Bureau), kartellere ilişkin soruşturma ve kovuşturmalardan “**Bağışıklık Programı**”nda (Immunity Program), ilgili teşebbüslerin Büroyla işbirliği bakımından, gevşetilmiş bir Amerikan modelini

18 Scott, s. 13. Avustralya’da da, 1974 tarihli Trade Practices Act’le ilgili bir inceleme yapmakla görevlendirilen “Dawson Komitesi” 2003 Şubatında sunduğu raporda kartelci davranışların suç sayılmasını (criminalization) tavsiye etmiştir. Bkz. Scott, s. 12

19 Morris, s. 182.

20 Ayrıntı için bkz. Scott, s. 20-23.

kabul etmiş; ancak “pişmanlık programı”nın oluşturulmasında, genel olarak **OECD** tarafından önerilen çözümleri benimsemiştir²¹.

Pişmanlık programının uygulanmasında **Rekabet Bürosu, Adalet Bakanlığı Rekabet Hukuku Bölümü** (Department of Justice, Competition Law Division) ile birlikte çalışmaktadır. Bu program çerçevesinde, kartelleşme hakkında haber veren ve işbirliğinde bulunanların soruşturmadan bağışık tutulması ya da daha elverişli muamele görmesi konusundaki karar, **Adalet Bakanı** (Attorney General) tarafından verilmektedir.

Kanada Rekabet Bürosunun, karteller ve özellikle uluslararası kartellerle savaşımında, soruşturmadan kurtulma ve ceza indirimi sağlama amacına yönelik pişmanlık programlarının 2000 yılından bu yana başarıyla sürdürülmekte olduğu belirtilmektedir²².

3. Diğer Bazı Ülkelerde “Pişmanlık Programları”

Avustralya’da 2003 yılından bu yana hem şirketler; hem de bireyler için “pişmanlık programı” uygulanmakta ve ihbar için öngörülen koşulların gerçekleştirilmesi durumunda, ilk başvuruda bulunan “kendiliğinden” bağışıklıktan (automatic immunity) yararlanmaktadır. **Avustralya**’da “bireysel pişmanlık” çözümü de kabul edilmiştir²³.

Brezilya’da 2000 yılından bu yana uygulanan “pişmanlık programı”nda ise, ihbarla ilgili koşulların gerçekleşmesi halinde ilk başvuruda bulunan teşebbüs, “kendiliğinden” bağışıklıktan yararlanmakta; daha sonra ihbarda bulunanlara ise,

21 OECD’nin 20 Ocak 2003 tarihli İkinci Raporunda, başarılı bir “pişmanlık programı”nın aşağıdaki öğelerden oluşması gerektiği belirtmiştir: (i) en önce ihbarda bulunan bakımından cezadan tam bağışıklık; (ii) sonraki ihbarcılar için ceza indiriminde “esaslı bir boşluk”un bulunması (substantial gap); (iii) azami saydamlık ve belirlilik; (iv) soruşturmaya başlanması durumlarında da ihbarda bulunabilme imkanının kabulü; (v) “ceza indirimi”nden yararlanmak amacıyla ihbarda bulunanların olanaklar elverdiği ölçüde gizli tutulması; (vi) kartele katılma durumlarında ilgililerin ağır cezalara uğrayacaklarına inandırılması . Bkz. Second Report by the Competition Committee on Effective Action against Hard Core Cartels, Directorate for Financial, Fiscal and Enterprise Affairs, Competition Committee, DAFNE/COMP (2003)2, January 20, 2003. Ayrıca bkz. Scott, s. 6-7.

22 Scott, s. 28. Uluslararası kartellerle savaşımında, rekabet hukuku sorunlarıyla ilgili olarak Kanada ile çeşitli ülkeler arasında yapılan ikili anlaşmaların da önemli bir rolü olduğuna dikkat çekilmektedir. Söz konusu ikili anlaşmalar içinde, özellikle aşağıdaki anlaşmaların uluslararası kartellerin dağıtılmasına etkin bir şekilde yardımcı oldukları gözlemlenmiştir: Agreement between the Government of Canada and the Government of the United States of America regarding the Application of Their Competition and Deceptive Marketing Practices Laws (1995); Agreement between the Government of Canada and the European Communities regarding the Application of their Competition Laws (1999); Agreement between the Government of Canada and the Government of the United Mexican States regarding the Application of their Competition Laws (2001’de imzalanmış; 2003 yılında yürürlüğe girmiştir. Bkz. Kanada Rekabet Bürosunun internet sayfası: <www.cb-bc.gc.ca>

23 Bkz. <http://competition.practicallaw.com>

rekabet makamının takdir yetkisi çerçevesinde % 33.3 ile % 66.6 arasında ceza indirimi yapılmaktadır²⁴.

Güney Kore'de 2005'ten bu yana uygulanan "pişmanlık programı"nda, ihbar koşullarının gerçekleştirilmesi halinde, ilk başvuruda bulunan teşebbüs idari cezalar (administrative penalties) için "kendiliğinden" bağışıklıktan yararlanmakta; ikinci başvuruda bulunana % 30; daha sonrakilere ise % 15 oranında ceza indirimi yapılabilmektedir²⁵.

Japonya'da 2006 Ocağında başlayan "pişmanlık programı"na göre, koşullar gerçekleştirilmiş ise, ilk başvuruda bulunan teşebbüs kendiliğinden cezadan bağışık kılınmakta; daha sonraki başvurularda ise, % 50 ile % 30 oranlarında ceza indirimi sağlanmaktadır. Japonya'da bireysel pişmanlık çözümü kabul edilmemiştir²⁶.

Norveç'te, 1 Mayıs 2004 tarihinde yürürlüğe giren "pişmanlık programı"ndan sadece teşebbüsler yararlanabilmektedir. İhbarla ilgili koşulların gerçekleştirilmesi halinde, ilk başvuruda bulunan, "kendiliğinden" bağışıklıktan yararlanmaktadır. İkinci başvuruda bulunana % 30-50 arasında; üçüncü başvuruda bulunana % 20-30 arasında; daha sonra başvuruda bulunanlara ise, % 20'ye kadar ceza indirimi yapılabilmektedir. Norveç, "bireysel pişmanlık" çözümünü kabul etmemiştir²⁷.

B. AVRUPA BİRLİĞİNDE "PIŞMANLIK PROGRAMLARI"

I. 1996 TARİHLİ "PIŞMANLIK BİLDİRİMİ"

AB'inde ilk pişmanlık programı, 1996 yılında Komisyonun çıkardığı "**Pişmanlık Bildirimi**" ile (Leniency Notice) uygulamaya konulmuştur²⁸.

Gizli kartellerle (secret cartels) savaşında 1996 tarihli "**Pişmanlık Bildirimi**" (Leniency Notice) başarılı sonuçlar ortaya koymuştur. Bu Bildirim çerçevesinde, yaklaşık 100 şirket, "ceza indirimi" sağlamak amacıyla Komisyona başvuruda bulunmuş; Komisyon da, şirketlerle işbirliği yapmak suretiyle 24 kartel olayını karara bağlamıştır²⁹.

24 Bkz. <http://competition.practicallaw.com>

25 Bkz. <http://competition.practicallaw.com>

26 Bkz. <http://competition.practicallaw.com>

27 Bkz. <http://competition.practicallaw.com>

28 Bkz. Commission Notice on the non-imposition or reduction of fines in cartel cases (96/C207/04) OJ C 207 of 18.07.1996.

29 Komisyon, kartellerle savaşım konusundaki ilk kararı Roma Antlaşmasının 85. maddesi çerçevesinde 1969 yılında vermiştir. Kinin karteline ilişkin karar için bkz. Commission Decision 69/240, RE Quinin Cartel [1969] OJ L 192 ve Dyestuffs (C-48/69, ICI v. Commission, OJ [1969]

1998 yılında **Para Cezaları Hakkında Kılavuz** (Guidelines on Fines) çıkarılmıştır³⁰.

Yine 1998 yılında **AB Rekabet Genel Müdürlüğü** bünyesinde bir **“Kartel Birimi”** (Cartel Unit) kurulmuş; 2002 yılında kartel sorunlarıyla uğraşmak üzere ikinci bir **“Kartel Birimi”** daha oluşturulmuştur.

Para Cezaları Hakkında Kılavuz, rekabet ihlallerini üç kategoriye ayırmaktadır: **“Çok ciddi ihlaller”** (very serious infringements), **“ciddi ihlaller”** (serious infringements) ve **“küçük ihlaller”** (minor infringements). **“Çok ciddi ihlaller”**de verilecek para cezası 20 milyon € dan başlamaktadır. **“Ciddi ihlaller”**de para cezası, 1 miyon ile 20 milyon € arasındadır. **“Küçük ihlaller”**de ise para cezası 1000 € ile 1 milyon € arasındadır.

Kılavuzda, ayrıca, cezanın arttırılmasını ve azaltılmasını gerektiren nedenler de yer almaktadır³¹.

Komisyonun 2000 yılından bu yana vermiş olduğu para cezalarında önemli bir artış göz çarpmaktadır. Komisyon, 2001 yılında 1855 milyon €; 2002 yılında 935 milyon € para cezası vermiştir. Vitamin olayında, İsviçre firması **F. Hoffmann-La Roche**, en yüksek para cezasına çarptırılmıştır (462 milyon €). Diğer bir kartelleşmede, İngiliz firması **Arjo Wiggins Appleton Plc (AWA)** 184,27 milyon €; başka bir kartel ilişkisinde de, Fransız şirketi **Lafarge** 249.6 milyon€ para cezası almışlardır³².

1996 tarihli **“Pişmanlık Programı”**nın uygulamaya konulmasından sonra, Komisyon, 150’den fazla şirketin katıldığı rekabet ihlalleriyle ilgili olarak sonuca bağladığı 30 olayda 3,45 milyar € para cezası vermiştir³³.

AB’de, genel olarak ağır endüstri sektörüne özgü pazar paylaşma ve fiyat tespitlerine ilişkin kartel anlaşmalarının diğer sektörlerde de ortaya çıktığı görülmektedir (örneğin vitamin ve gıda katkı maddeleri, mali hizmetler, güzel sanat eserlerine ilişkin açık arttırmalar, kağıt, kimyasal maddeler, grafit vb.). Bu durum, kartellerin, sadece **“eski ekonomi”**nin bir görünümü olmadığını; hizmete

L195/11. AB Antlaşmasının 81. maddesi hükümleri uyarınca, Komisyon, gizli kartellerle savaşım bakımından 2001 yılında 10; 2002 yılında 9; 2003 yılında da 3 kartel olayını karara bağlamıştır. Ayrıntı için bkz. Guersent, s. 43.

30 Guidelines on the Calculation of Fines (OJ C9/3 14.01.1998)

31 Komisyon 1969 yılından 2000 yılına kadar uzanan zaman dilimi içinde çekirdek kartellere ilişkin 57 olayı karara bağlamış ve toplam 3.329 milyon€ para cezası vermiştir. Bkz. Guersent,s. 43.

32 Guersent, s. 47.

33 Guersent, s. 48.

dayalı “yeni ekonomi”nin de (new service based economy) kartelleşmelere elverişli bulunduğunu göstermektedir.

Komisyonun, 1996 Pişmanlık Programı çerçevesinde vermiş olduğu 19 karar, bu programın kartellerle savaşım bakımından ne kadar etkili olduğunu göstermiştir. 19 kartel olayından sadece dördünde kartele taraf olanlar Komisyona işbirliği yapmamışlardır. Diğer kartellerde ise, kartel anlaşmasına katılanlar ya ceza soruşturmasından tamamen bağışık kılınmak ya da ceza indiriminden yararlanmak amacıyla Komisyona başvurmuşlardır. Tam bağışıklık başvuruları nedeniyle Komisyona, çeşitli kartellerde ilk kez 1996 Pişmanlık Bildiriminin, belirli koşullarda para cezası bakımından % 80’den % 100’e varan oranlarda indirim öngören B Bölümünü uygulamıştır³⁴.

II. 2002 TARİHLİ “PİŞMANLIK BİLDİRİMİ”

1. Genel olarak

1996 “Pişmanlık Bildirimi”nin başarısı üzerine Komisyona, duruma göre ceza indirim; duruma göre ceza soruşturmasından tam bağışıklık sağlayan **Pişmanlık Bildirimini** 2002 yılı Şubat ayında yenilemiştir³⁵.

Yeni **AB Pişmanlık Bildiriminin**, hem öze (esasa); hem de usule ilişkin çözümler bakımından ABD Pişmanlık ya da Af Programlarına daha yakın olduğu görülmektedir. Bu durum, bir ölçüde AB rekabet makamları ile ABD Adalet Bakanlığı Antitröst Bölümü arasındaki yakın işbirliğinden kaynaklanmaktadır.

Yeni Pişmanlık Bildirimi, hem para cezalarından tam bağışıklık (immunity from fines) imkanını geliştirmiş; hem de, “para cezasından indirim” (reduction of a fine) durumlarına açıklık getirmiştir. 2002 Pişmanlık Bildirimi, başvuruda bulunan bakımından da “**hukuksal belirlik**” konusunda daha geliştirilmiş bir çözüm öngörmüştür.

2. Para Cezalarından Bağışıklık

“**Tam bağışıklık**” (immunity from fines), kartel soruşturmalarında Komisyona, “içerden bilgi” (insider information) ve kanıt sağlanması halinde söz konusudur.

Tam bağışıklıktan yararlanabilmenin koşulları şunlardır (m. 8):

³⁴ Ayrıntı için bkz. Guersent, s. 49.

³⁵ Bkz. Commission Notice on Immunity from Fines and Reduction of Fines in Cartel Cases, 2002/C, OJ C 45/3 of 19.2.2002.

- kartel soruşturmasında **daha önce keşfedilemeyen bir kartel hakkında açıklamada** bulunulması veya
- **soruşturma sırasında, kartel üyeleri hakkında başarılı soruşturma yapılmasını sağlayacak önceden bilinmeyen önemli kanıtların** sağlanması;
- Komisyonla **tam ve sürekli işbirliği** halinde bulunulması ve
- başvuruda bulunan teşebbüsün, **kartelin oluşturulmasında önder olmaması, başkasını kartele dahil olmaya zorlamaması ve hukuka aykırılığa da (ihlal) derhal son vermiş bulunması.**

Para cezasına ilişkin bağışıklıktan yararlanmak isteyen teşebbüsün Komisyon'un Rekabet Genel Müdürlüğüne başvurması gerekir (m. 12). Bağışıklığa ilişkin koşulların yerine getirilmesi halinde (m. 13), başvuruda bulunan teşebbüse, Komisyon tarafından, **Bildirimindeki koşulların gerçekleştirilmesi halinde bağışıklık tanınacağını** belirten bir yazı verilir (m. 14).

3. Para Cezasından İndirim

2002 tarihli Pişmanlık Bildiriminde, ABD modelindeki gibi, **bağışıklık için gerekli koşulları gerçekleştiremeyen diğer kartel üyeleri** bakımından para cezalarında indirim sağlayacak koşullar da yer almaktadır (m. 20). Böylece, Komisyona kartel olgusunu ilk bildiren teşebbüs yanında, daha sonra aynı konuda açıklamada bulunan diğer kartel üyelerinin durumları da belirlenmiştir.

Komisyon, ihbarda bulunanın durumunu göz önünde bulundurarak, ilk teşebbüse verilecek para cezasında % 30-50 oranında indirim yapabilir. Para cezasından indirim oranı, ikinci teşebbüs için % 20-30; üçüncü teşebbüs için de % 20'ye kadar olmak üzere değişebilir. İndirimin takdirinde, ihbarda bulunan teşebbüsün, ihlal konusunda verdiği bilgi ve sunduğu kanıtların değeri ile en geç bu kanıtlar sunulduğu anda ihlale son verip vermediği göz önüne alınır (m. 21).

4. Uygulama

19 Şubat 2002 tarihinde yürürlüğe konulan **Pişmanlık Bildiriminin** yayınlanmasından sonra Komisyona 50 pişmanlık bildirimleri yapılmıştır. Bunların

44'ü, ceza soruşturmasından bağışıklık istemine ilişkindir. Bunların bir bölümü de, hem AB'de; hem de ABD'nde "bağışıklık" istemine yönelik başvurulardır³⁶.

AB'ni kapsayan "ceza indirimi" ya da "bağışıklık" istemlerinde önem taşıyan bir husus, ABD'li davacıların "**discovery procedure**" çerçevesinde Amerikan mahkemelerinden bu başvuruların ve teşebbüslerce yapılan açıklamaların Amerikan mahkemelerine sunulmasını istemelerine ilişkindir. Bu nedenle, Komisyon, Amerikan mahkemelerinde görülen davalara müdahil olarak katılmaktadır. Komisyon, ilke olarak, Komisyona yapılan "bağışıklık" ya da "ceza indirimi" başvurularının Amerikan mahkemelerine sunulabilmesine karşı çıkmaktadır. Bunun nedeni de, bu yolun açılmasının AB Pişmanlık Programını başarısızlığa uğratması kaygısıdır. Bu nedenle, Komisyon, iç usul kurallarında değişiklik yaparak, "pişmanlık başvurusu"nda bulunan teşebbüslerin yaptıkları açıklamaların ABD'de hukuk yargılamasında kullanılabilmesi riskine karşı başvuruda bulunanları koruyucu bazı önlemler almıştır³⁷.

Bununla beraber, AB "pişmanlık programı" çerçevesinde başvuruda bulunanlara "bağışıklık tanınması" ya da "ceza indirimi" yapılması, kartel olgusundan zarar görenlerin açabilecekleri hukuk davalarına etkili değildir. Komisyon, kartel olgusundan zarar gören diğer teşebbüslerin ve kişilerin **hukuk davaları** açmak suretiyle (civil litigation) haklarını aramalarını teşvik etmekte; **özel hukuk davalarının** (private enforcement), kartellere karşı savaşımında bu imkanın caydırıcı etkileri olacağını düşünmektedir³⁸.

III. "PİŞMANLIK PROGRAMI" BAKIMINDAN AB'NE ÜYE DEVLETLERİN DURUMU

AB'ye üye devletlerin büyük bölümünde "**teşebbüsler için pişmanlık programları**"nın (corporate leniency) uygulanmakta olduğu göze çarpmaktadır³⁹.

Almanya'da "pişmanlık programı" uygulanmasına 2000 yılında başlanmıştır. İhbarla ilgili tüm koşulların gerçekleştirilmesi durumunda, ihbarda bulunan teşebbüsün "kendiliğinden" cezadan bağışıklıktan yararlanabilmesi mümkündür. Soruşturma başladıktan sonra bilgi verilmesi ve kanıt sunulması halinde ise, cezadan % 50 oranında indirim sağlanabilir. Bağışıklık koşullarının

36 Bkz. Neelie Kroes, The First Hundred Days, 40th Anniversary of the Studienvereinigung Kartellrecht 1965-2005, International Forum on European Competition Law, Brussels, 7th April 2005

37 Ayrıntı için bkz. Guersent, s. 51-52. Buna karşı, AB Antlaşmasının 81. maddesine ilişkin soruşturmalarda, Komisyon, AB üyesi devletlerin mahkemelerine "pişmanlık programı" çerçevesinde elde ettiği bilgileri vermektedir. Bkz. <http://competition.practicallaw.com>

38 Ayrıntı için bkz. Guersent, s. 53-54.

39 Bkz. <http://competition.practicallaw.com>

gerçekleştirilememesi, ancak, sunulan bilgi ve kanıtlarla kartelin ortaya çıkarılmasına katkıda bulunulması durumunda ise, yine para cezasında indirimden yararlanabilmek mümkündür.

Pişmanlık indirimlerine ilişkin programları, **Çek Cumhuriyeti** 2002; **Macaristan ve Kıbrıs** (Rum Kesimi) 2003; **Hollanda, Belçika, Polonya, Estonya, Letonya, Lituanya** ve **Finlandiya** ise 2004 yılında uygulamaya koymuşlardır.

Macaristan'da, ihbarla ilgili koşulları gerçekleştiren teşebbüs kendiliğinden bağışıklıktan yararlanabilir. İkinci başvuruda bulunanın % 30-%50; üçüncü başvuru yapanın % 20-%30; onu izleyen ihbarcılarının ise, % 20'ye kadar ceza indiriminden yararlanabilecekleri kabul edilmiştir.

Belçika'da, ihbarla ilgili tüm koşulları gerçekleştiren teşebbüs kendiliğinden bağışıklıktan yararlanabilmektedir. İkinci başvuruda bulunanın % 30 - % 50; üçüncü başvuruda bulunanın % 20- % 30; onu izleyenlerin ise % 5 -%20 arasında ceza indiriminden yararlanabilmeleri mümkündür.

Polonya'da ikinci başvuruda bulunana % 50; üçüncü başvuru yapana ise % 30 ceza indirimi sağlanmaktadır. Hollanda'da ceza indirimi % 10 ile %100 arasındadır. İlk başvuruda bulunanın dışında, başvuruda bulunan diğer teşebbüslerin azami % 50 indirimden yararlanabilecekleri kabul edilmiştir.

Fransa'da 2004 Martında yenilenen “pişmanlık programı”na göre, verilecek bilginin ve sunulacak kanıtların önemine göre teşebbüsün kendiliğinden cezadan bağışıklık sağlayabilmesi mümkündür. Diğer başvuruda bulunanlar da, rekabet makamının takdirine bağlı olarak % 100'e kadar ceza indiriminden yararlanabilir

İsveç'te de, ilk başvuruda bulunan ve tüm ihbar koşullarını gerçekleştiren teşebbüsün bağışıklıktan tamamen yararlanabilmesi benimsenmiştir. Buna karşılığında, ikinci başvuruda bulunanın % 30-%50; üçüncü başvuranın % 20-%30; daha sonraki ihbarcılarının ise, % 20'ye kadar ceza indiriminden yararlanabilmeleri mümkündür.

C. REKABET İHLALERİNDE “CEZADAN BAĞIŞIKLIK” YADA “CEZA İNDİRİMİ” KONUSUNDA TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN “DE LEGE FERENDA” DÜŞÜNCELER

1. Yürürlükteki Hukuk

Türk hukukunda 4054 sayılı **Rekabetin Korunması Hakkında Kanun** (RKK), “idari para cezaları”nı m. 16’da düzenlemiştir.

RKK m. 16, çeşitli hukuka aykırılık durumlarında, hukuka aykırı davranışlarda bulunan “teşebbüs niteliğindeki gerçek ve tüzel kişiler ile teşebbüs birlikleri ve/veya bu birliklerin üyeleri”ne (m. 16/I) “idari nitelikte para cezaları” verilmesini öngörmüş (m. 18/I); ayrıca tüzel kişiliği olan teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin para cezalarına çarptırılması durumunda, bunların “yönetim organlarında görev alan gerçek kişiler” için de şahsen verilen cezanın % 10’una kadar para cezası uygulanacağını belirtmiştir (m. 16/III).

RKK, para cezalarının verilmesinde, Kurulun,

“kastın varlığı, kusurun ağırlığı, ceza uygulanan teşebbüs veya teşebbüslerin pazar içindeki gücü ve muhtemel zararın ağırlığı”

gibi etkenleri göz önünde bulunduracağını da öngörmektedir (m. 16/IV).

RKK uyarınca verilen para cezalarında Kurul, “piyasanın küçüklüğü ve ihlalin etkileri”ni; “teşebbüslerin zayıf olmasını ve anlaşma konusu fiyatların fiilen uygulanmaması”nı, “ihlalin sadece potansiyel tehdit seviyesinde kalması”nı, “ihlal teşkil eden kararın uygulanmasının oldukça güç olmasını ve sınırlı bir etkiye sahip bulunması”nı, “soruşturma bildirimine ihlale derhal son verilmesi”ni ve “Kurul ile işbirliği içinde olunması”nı ceza indirimini sağlayan **“hafifletici nedenler”** olarak değerlendirmiştir⁴⁰.

Buna karşı, “belirli bir piyasada faaliyette bulunan teşebbüslerin tümünün uyumlu eylem içinde yer almaları”nı ve “soruşturma yürütülürken dahi ihlalin sürdürülmesi” ise, **cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren nedenler** olarak kabul edilmiştir⁴¹.

2. RKK’a İlişkin Değişiklik Taslağı

RKK’nda yapılması öngörülen değişikliklere ilişkin taslakta, m. 16 bakımından aşağıdaki değişiklikler önerilmiştir:

“Teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin ikinci fıkrada belirtilen para cezalarına çarptırılması halinde, ihlalde belirleyici etkisi saptanan teşebbüs veya teşebbüs birliği yöneticilerine ya da çalışanlarına teşebbüs veya

40 Ayrıntı için bkz. Yılmaz Aslan, Rekabet Hukuku, s. 638-642’de anılan kararlar.

41 Ayrıntı için bkz. Yılmaz Aslan, Rekabet Hukuku, s. 643’

teşebbüs birliğine verilen cezanın yüzde birine kadar şahsi para cezası uygulanabilir”

Kurul, para cezasına karar verirken, ihlalin tekrerrü, süresi, teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlalin gerçekleşmesindeki belirleyici etkisi, verilen taahütlere uyup uymaması, incelemeye yardımcı olup olmaması, gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi unsurları dikkate alır.

Kanuna aykırılığın ortaya çıkması amacıyla **Kurumla aktif işbirliği yapan teşebbüs** ya da **teşebbüs birlikleri** veya **bunların yönetici ve çalışanlarına, işbirliğinin niteliği, etkinliği ve zamanlaması dikkate alınarak ceza verilmeyebilir** veya **teşebbüs ya da teşebbüs birliklerine ceza indirimi** uygulanabilir.

Kurul, bu maddenin uygulanma esaslarına ilişkin olarak yönetmelikler çıkarabilir”.

3. Rekabet Hukuku İhlallerinde “Cezadan Bağışıklık” Ya da “Ceza İndirimi” Sağlayan Bir “Pişmanlık Programı” Yönetmeliği

Bilindiği gibi, RKK’nun bugüne kadar gelen uygulamasında, herhangi bir “pişmanlık programı” uygulanmış değildir. Oysa, **fiyat saptamaya, üretim ve satış kotaları belirlemeye, piyasaları paylaşmaya, ithalat veya ihracat kısıtlamaları yapmaya yönelik gizli kartellerle** etkin bir şekilde savaşım bakımından, diğer ülkelerde olduğu gibi Türkiye’de de Rekabet Kurulunun “pişmanlık programları”ndan yararlanması zorunludur.

Bu konuda, ABD modelinden çok, yukarıda açıklamış olduğumuz **AB “pişmanlık programı”** örnek alınmalıdır. Görüldüğü gibi, kartellerle savaşım bakımından, önemli ölçüde Amerikan çözümlerinden esinlenen 2002 tarihli Komisyon “Bildirim”i, kanımca, bu konuda Türkiye tarafından izlenecek ilkeleri ve çözümleri belirlemektedir. Bu model, AB hukukuyla uyum halinde bulunan Türk rekabet hukukunun yapısına ve bugüne kadarki gelişimine en uygun çözümdür.

Bu nedenle, RKK’daki değişikliklerin gerçekleştirilmesinden sonra, şimdilik **“teşebbüsler”** bakımından **“kartel durumlarında cezalardan bağışıklık ve ceza indirimi”** sağlayan bir programın ve buna ilişkin **Yönetmeliğin** hazırlanması; Komisyonunun **2002 tarihli Bildirimi** ile bir çok AB üyesi devletin rekabet hukuklarında yer alan ilke ve çözümleri benimseyen bir “pişmanlık programı”nın uygulamaya konulması amaca uygun olacaktır.

LİTERATÜR: İ. Yılmaz **Aslan**, Rekabet Hukuku, 3. Baskı, Ekin Kitapevi, Ankara, 2005; Philipp **Festerling**, Cartel Prosecution and Leniency Programs: Corporate versus Individual Leniency, Department of Economics, Working Paper No. 2005-20, University of Aarhus, Denmark, s. 2 vd.; James M. **Griffin**, An Overview of Recent Developments in the Antitrust Division's Criminal Enforcement Program, 2003 Fordham Corp.L.Inst., International Antitrust Law & Policy (B. Hawk, Ed. 2004), Juris Publishing, Inc., 2004, s. 29-41; Olivier **Guersent**, The Fight Against Secret Horizontal Agreement in the Competition Policy, 2003 Fordham Corp. L. Inst., International Antitrust Law & Policy (B. Hawk, Ed. 2004), Juris Publishing, Inc., 2004, s.43-54; Scott D. **Hammond**, Lessons Common to Detecting and Deterring Criminal Activity, 3rd Nordic Competition Policy Conference, September 12, 2000 (Speech); Scott D. **Hammond**, When Calculating the Costs and Benefits of Applying for Corporate Amnesty, How Do You Put a Price Tag on an Individual's Freedom ? Fifteenth Annual National Institute On White Collar Crime, March 8, 2001 (Speech); Derek **Morris**, Dominant Firm Behaviour Under UK Competition Law, 2003 Fordham Corp. L. Inst., International Law & Policy (B. Hawk, Ed. 2004), Juris Publishing, Inc., 2004, s. 175 vd.; Sheridan **Scott**, Cartel Enforcement: International and Canadian Developments, Fordham Corporate Law Institute, Thirty-first Annual Conference on International Antitrust Law & Policy, (Tebliğ, 37 s.); Gary R. **Spratling**, The Corporate Leniency Policy: Answers to Recurring Questions ? ABA Antitrust Section 1998 Spring Meeting (April 1, 1998) (Speech); Gary R. **Spratling**, Making Companies an Offer They Shouldn't Refuse, Bar Association of the District of Columbia's 35th Annual Symposium on Associations and Antitrust (February 16, 1999) (Speech); Paul **Victor**, U.S. Antitrust Enforcement Against International Cartels: Trends and Practical Considerations, 2003 Fordham Corp.L.Inst., International Antitrust Law & Policy (B. Hawk, Ed. 2004), Juris Publishing, Inc., 2004, s.75 vd.

Not: Bu araştırma, 25 Aralık 2005 - 21 Ocak 2006 tarihlerinde **New York City**'de **Fordham Law School**'da gerçekleştirilmiştir. Yazar, kitaplardan yararlanabilme imkanının sağlanması nedeniyle Fordham University Law School'a ve kendisine kaynak sağlamada yardımcı olan "master" öğrencisi **Av. Betül Ümit Dışkaya**'ya teşekkürlerini sunar.

REKABET HUKUKUNDA KAMU-ÖZEL ORTAKLIKLARI

Prof. Dr. Spencer Weber WALLER

Loyola Üniversitesi Chicago Hukuk Fakültesi

Türk rekabet hukuku konusundaki yıllık konferansta sizlere hitap etme olanağına sahip olduğum için memnuniyet duymaktayım. Türk rekabet hukukunun geçiş sürecinde olduğunu biliyorum. Özel hukuk anlamındaki dava hakları, mevcut kanunun⁴² bir parçasıdır, ancak henüz anlamlı bir gerçekliği mevcut değildir. Türkiye, hemen hemen her yargı çevresi gibi, kamusal ve özel alandaki hukuki çözümler ve dava haklarına ilişkin uygun karmayı tartışmaya ve buna ilişkin farklı argümanlar ileri sürmeye devam etmektedir. Bu tebliğde ben, bu tartışmanın

⁴² V. Bölüm, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun.

burada Türkiye’de verilmekte olan önemli kararlara ışık tutacağı umuduyla, bu meseleler hakkında hem Birleşik Devletler’de hem de Avrupa Birliği’ndeki güncel farklı argümanları tartışacağım.

Benim tezime göre, özel hukuk anlamındaki bazı dava hakları, rekabet hukukunun kamusal alanda uygulanmasında gerekli bir tamamlayıcı unsurdur, ancak o hakların kesin şekli ve ölçüsü, ağırlıklı olarak, her yargı çevresinin bir benzeri olmayan hukuku, tarihi, yargısı ve hukuk kültürüne bağlıdır. Dünyanın geriye kalanının çoğunun, tam kamusal alanda mevcut uygulatma düzenlerini takviye etmek için özel hukuk anlamındaki dava haklarını genişletmeyi amaçladığı zamanla aynı dönemde Birleşik Devletler’in o dava haklarını kısıtlamayı amaçlıyor olması en ironik unsurdur. Ne kamusal ne de özel alanda uygulatma rekabet hukukunu “tekelleştirmelidir”, ancak kanunsuz olan, rekabete aykırı davranışları caydırmak, tespit etmek, cezalandırmak ve bunların mağdurlarını tazmin etmek için birarada çalışmalıdır. Sadece bunun sonrasında tüketici dostu olan, rekabetçi bir ekonomi mümkündür.

I. Birleşik Devletler’deki Geleneksel Kamusal-Özel Ortaklık

1890 yılında Sherman Yasası’nın geçişinden bu yana, Birleşik Devletler’de antitröst hukukunda kamusal ve özel alandaki hukuki çözümlerin bir karması yer almıştır.⁴³ Birleşik Devletler Adalet Bakanlığı Antitröst Birimi, ceza hukuku anlamında antitröst davaları açmada münhasır yetkiye sahiptir. Ceza davaları normalde, fiyat tespiti, hileli fiyat teklifi ve pazarın bölünmesi gibi, Sherman Yasası’nın 1. Kısmı’nı ihlal eden bizatihi kanundışı, bariz kartel davalarıyla sınırlıdır.⁴⁴

Ceza hukuku anlamındaki ihlallere yönelik cezalar oldukça sert olabilir. Bireyler, on yıla kadar hapis cezasına çarptırılabilir, şirketler de 1) 100 milyon dolardan fazlası veya 2) suçun neden olduğu kazanç ya da kaybın iki katı oranında para cezasına çarptırılabilir. Uluslararası vitaminler karteline ilişkin açılan davada, Hoffman-LaRoche suçluluğunu kabul etmiş ve üzerinde mutabık kalınmış 500 milyon dolarlık para cezasını ödemiştir. Daha yakın dönemde,

⁴³ Sherman Yasası, Birleşik Devletler’deki ilk federal (ulusal) antitröst yasasıdır. Ulusal şirketlerle ilgilenmedeki etkinsizlikleri kısmen Sherman Yasası’nın kabulüne yol açmış olan, daha önceye ait eyalet antitröst kanunları bulunmaktaydı. Bakınız: James May, *Oluşum Çağında Antitröst Uygulaması ve Usulü: Eyalet Antitröst Kanununun Anayasal ve Kavramsal Uzantısı, 1880-1918*, 135 U. PA. L. REV. 495 (1987).

⁴⁴ Sherman Yasası’nın 2. Kısmı çerçevesinde tekelleşmeye ilişkin bir ceza davası açmak teorik olarak mümkün iken, 1960’lardan bu yana yapılmamıştır. Birleşik Devletler – Union Camp Corp. (Amerikan kağıt, kağıt hamuru ve kimyasal maddeler şirketi) Davası, 4558 No’lu Ceza Davası (E.D. Va. 1967).

Samsung, bilgisayar *chip*'lerini içeren ceza hukuku anlamındaki bir fiyat tespiti davasında 300 milyon dolarlık para cezası ödemiştir.

Adalet Bakanlığı da mahkeme emirlerini amaçlayan hukuk davası açabilir, ancak medeni hukuk anlamında para cezaları amaçlama yetkisine sahip değildir. Adalet Bakanlığı, muhakeme kuralı çerçevesinde kanunsuz olduğuna inandığı rekabete aykırı anlaşmalara, Sherman Yasası'nın tekelleşmeyle ilgili hükümlerini ihlal eden davranışlara karşı koymak, ayrıca rekabete zarar verebilecek ve Clayton Yasası'nın 7. Kısmı'nı ihlal edebilecek birleşme-devralmaları durdurmak için medeni hukuk anlamında antitröstü uygulatmaktan yararlanmaktadır.

Antitröst kanunlarını uygulatan ikinci bir federal kurum mevcuttur, yani Federal Ticaret Komisyonu (FTC). 1914 yılında oluşturulmak suretiyle, FTC, FTC Yasası'nın adaletsiz rekabet yöntemleri ile adaletsiz ve aldatıcı eylemler veya uygulamaları yasaklayan 5. Kısmı aracılığıyla hem tüketiciyi koruma hem de antitröst hukukunu uygulatmaktadır.⁴⁵ FTC cezai kaza hakkına sahip değildir ve uygulamayı durdurma emirleri için idari işlem başlatmakla veya federal mahkemede resmi emirler almaya çalışmakla sınırlıdır.

Hem Antitröst Birimi hem de FTC para cezaları için hukuk davaları açma yetkisinden yoksundur. AB'de suç işleyen işletmenin yıllık cirosunun % 10'una kadar bir para cezası amaçlayan hukuk davasından oluşan hukuki çözüme benzer bir unsur Amerika'da mevcut değildir. Bunun yerine, rekabete aykırı bariz davranışları caydırmak için, ceza hukuku anlamındaki cezalar ve münferit mükellefiyetin birleşimine güvenilmektedir. Antitröst Birimi, sadece, bizzat hükümet malların veya hizmetlerin alıcısı olduğunda ve bir antitröst ihlali nedeniyle fazla ödeme yapmış bulunduğu federal hükümet adına tazminat amaçlayabilir. FTC, yüksek oranda tartışılan bir "boşaltma" yetkisine de sahip olup, burada bir firmanın veya bireyin, antitröst ihlalden kaynaklanan hukuka aykırı kazançları iadesini zorlamayı amaçlayabilecektir. Bununla birlikte, daha sıklıkla tüketiciyi koruma davalarında kullanılan bu yetki, antitröstte sadece az sayıda adli muvafakat kararlarında (müzakere edilen halletme şekilleri) kullanılmıştır. Bu, sadece bildirilen bir davada⁴⁶ desteklenmiştir ve Birleşik Devletler En Üst Mahkemesi, hukukiliği konusunda hiçbir zaman yargıda bulunmamıştır.

⁴⁵ FTC'nin işleyişi ve antitröst ile tüketicinin korunması hukuku arasındaki ilişki konusunda daha fazlası için bakınız: Spencer Weber Waller, İktisadi Adalet Arayışında: Rekabet ve Tüketicinin Korunması Hukukunun Gözönüne Alınması, 36 LOY. CHI. L.J. 631 (2004).

⁴⁶ Federal Ticaret Komisyonu-Mylan Lab. A.Ş. Davası, 62 F. Ek. 2. 25 (D.D.C. 1999).

Federal hükümet tarafından dava açılması, Birleşik Devletler federal mahkemelerinde antitröst alanında dava açmanın sadece çok küçük bir bölümünü temsil etmektedir. Federal antitröst kanunları, bir antitröst ihlali nedeniyle işinde veya mülkünde zarar gören herhangi bir kimseye, gerçek zararlarının üç katına kadar (üç katı tazminat) artı avukat ücretleri ve masrafları için dava etme imkanı vermektedir.⁴⁷ Üç katı tazminat ve/veya mahkeme emrine dayalı telafiyi amaçlayan, özel hukuk anlamında antitröstte dava açma, Birleşik Devletler'de antitröstte dava açmanın büyük ölçüde % 90'dan fazlasını temsil etmektedir.⁴⁸

Özel hukuk anlamında antitröstte dava açma iki ana kategoriye ayrılmaktadır. İlki, davalı veya davalıların rekabete aykırı hareketleri nedeniyle safdışı bırakılmış veya zarar görmüş olduklarını iddia eden, davalıların rakiplerinin açtığı davadır. Bu tür açılan dava, davacıların piyasalarında rekabeti artırmak yerine rekabeti azaltmak ve kendilerini korumak için antitröst kanunlarından yararlanmayı amaçladıkları kaygısı nedeniyle çoğu kez şüphelidir.⁴⁹

Federal mahkemede özel hukuk anlamındaki antitröste ilişkin diğer ana kategori, malların veya hizmetlerin üreticilerinin antitröst kanunlarını ihlal etmiş olduğu yerlerde, bu kalemlerin doğrudan alıcıları tarafından açılan davalardan oluşmaktadır.⁵⁰ Tipik olarak, fiyat tespitini ve antitröst kanunlarının diğer bizatihi ihlallerini içeren bu hukuk davaları çoğu kez sınıfsal davalar (kanundışı davranıştan benzer şekilde etkilenen tüm şahıslar adına açılan davalar) olarak açılmaktadır. Eyaletlerin çoğunluğunun, eyaletin antitröst kanunu çerçevesinde eyalet mahkemesinde dolaylı alıcılar tarafından davalara da izin vermesine karşın, sadece doğrudan alıcılar federal mahkemede antitröst iddialarında bulunabilirler.^{51 52}

⁴⁷ 15 U.S.C. §§ 4, 16. Birleşik Devletler dışında hukuk davası açmadaki halin aksine, kaybeden davacının çoğu durumda davalının avukat ücretlerini ve masraflarını ödemesi gerekmemektedir.

⁴⁸ LAWRENCE A. SULLIVAN & WARREN GRIMES, ANTİTRÖST HUKUKU: ENTEGRE BİR ELKİTABI 954 (2. basım 2006).

⁴⁹ William H. Page & John Lopatka, *Antitröst Zararı, Rakip Davacı ve Birleşme Politikası*, 82 IOWA L. REV. 127 (1996); Thomas E. Kauper ve E.A. Snyder, *Antitröst Kanunlarının Kötü Şekilde Kullanımı: Rakip Davacı*, 90 MICH. L. REV. 551 (1991)

⁵⁰ 15 U.S.C. § 4. Bu davaları kimin açabileceğini de sınırlayan, dava açma hakkına dair önemli kurallar mevcuttur. California Birleşik Genel Müteahhitleri-California Eyaleti Marangozlar Konseyi, 459 A.B.D. 519 (1983); Brunswick-Pueblo Bowl-o-Mat, A.Ş., 429 A.B.D. 477 (1977).

⁵¹ Illinois Tuğla Şti-Illinois, 431 A.B.D. 720 (1977).

⁵² *Genel olarak bakınız: ABA ANTİTRÖST HUKUKU KISMI, EYALET ANTİTRÖST UYGULAMASI VE YASALARI* (2. basım 1999).

Federal mahkemede “özel” antitröst davasının nihai türü, 50 eyaletin (artı Columbia Bölgesi, Puerto Rico Özerk Siyasi Birimi ve Guam ile Virgin Adaları gibi az sayıda bölge) başsavcılar tarafından açılmaktadır. Eyalet başsavcılar kendi eyaletlerinin antitröst kanunlarını kendi eyalet mahkemelerinde uygulatmaktadır, ancak federal mahkemede davacılar olarak da ortaya çıkmaktadır. Eyaletin hükümeti veya çeşitli kurumları antitröst ihlallerinin mağdurları olduklarında ve vergi mükellefinin dolarlarıyla mallar veya hizmetler alırken fazla fiyat ödediklerinde federal mahkemede dava açabileceklerdir. Vatandaşları antitröst ihlallerinin doğrudan mağdurları olduklarında, (ticari teşebbüsler değil) gerçek kişi konumundaki vatandaşların adına da ortaya çıkabileceklerdir. Bazı koşullar altında, eyalet antitröst kanunu çerçevesindeki iddiaları geçerli federal nitelikli iddialarla birleştirebilecek ve o yerel iddiaların federal mahkemede de dinlenmesini sağlayabileceklerdir.

Daha büyük eyaletlerden bazılarının 5-20 antitröst hukukçusuna sahip olmasına karşın, daha küçük eyaletlerden kimisi rekabet hukukunu uygulatan tek bir avukata sahip olabilecektir. Az sayıda eyalette, bir hukukçu hem antitröst hem de tüketiciyi koruma davaları konusunda sorumluluk sahibidir. Bununla birlikte, eyaletlerin davacı oldukları en başarılı davalar, Ulusal Başsavcılar Birliği aracılığıyla birden çok eyaleti içeren koalisyonlar şeklinde soruşturulmakta ve açılmaktadır.⁵³ Bu tür birden çok eyaleti içeren koalisyonlar yirmi veya daha fazla avukattan oluşup, eyaletlere, belirli bir davada, ya federal kurumların ya da davalının hukuk ekiplerine denk olan veya bunları geçen birleştirilmiş kaynaklar sağlayabilmektedir.

Özel hukuk anlamındaki bu üçlü tazminat davalarından çoğu, hükümet davalarını veya soruşturmalarını takip etmekte ve daha önceki bir ceza davasındaki suçluluğu kabullerden veya mahkumiyetlerden avantaj sağlamaya çalışmaktadır. Bir davalı hükümetin bir antitröst davasında mahkum olduğunda veya mükellef bulunduğu, özel alandaki davacıların açtığı müteakip herhangi bir dava için mükellef olduğu varsayılmaktadır.⁵⁴ Bu koşullar altında özel alandaki bir davacının, bu senaryoda hüküm sürmek için zararları kanıtlamaktan biraz daha fazlasını yapma ihtiyacı mevcuttur. Örneğin, uluslararası vitaminler davasındaki suçluluğu kabuller ve mahkumiyetler, aynı davalılar aleyhinde özel hukuk anlamında üçlü tazminatı içeren düzinelerce münferit ve sınıfsal hukuk davasına neden olmuştur.⁵⁵

⁵³ Bakınız: <http://www.naag.org/issues/issue-antitrust.php>

⁵⁴ 15 U.S.C. § 5.

⁵⁵ Ör. bakınız: F. Hoffman-LaRoche Ltd.-Empagran, S.A. Davası, 542 A.B.D. 155 (2004).

Federal hükümet her ne sebeple olursa olsun bir nedenle hareket edemediği veya etmeyeceği zaman, özel hukuk alanında uygulatma da önemli bir rol oynamaktadır. Hükümetin başarılı olmayacağına sadece inanmış olduğu sayısız önemli özel dava vardır. Bunlar arasında, İngiliz firmaları tarafından organize edilen, ABD sigorta piyasasındaki boykota⁵⁶, hükümetin açtığı grup davalardan, gıdadaki katkı maddeleri sanayiindeki ayrı bir fiyat tespit komplosuna⁵⁷ ve Birleşik Devletler kredi kartı piyasasının yapısı ve işletilmesine⁵⁸ karşı çıkan davalar yer almaktadır.

Özel dava hakları, hükümetin belli bir zamanda hoşnut olmayıp, yasama organının ve mahkemelerin açıkça onayladığı teorilerin hayata geçirilebilirliğini sağlayan bir güvenlik ağı da temin etmektedir. Güncel olarak, federal hükümet, yeniden satış fiyatının tespitine, kelepçelemeye, fiyat ayrımcılığına karşı yasaklamaları eğer uygulatacaksa nadiren uygulatmakta ve tarihsel olarak, nispeten az sayıda tekelleşme veya teşebbüs edilen tekelleşme davası açmaktadır. Antitröst kanunlarının bu yönlerinin uygulatılması bu nedenle neredeyse tamamen özel taraflara düşmektedir ve kurumlara bırakıldığı takdirde kanun yürürlüğü bağlamında eylemsizlik nedeniyle iptal edilecektir. Örneğin 1980’lerde kurumlar o kadar az birleşme davası getirmişti ki kanunun uygulanması özel taraflar ve bu davaları federal mahkemelere getiren eyalet başsavcılar tarafından canlı tutuldu.

II. Özel Alanda Antitröst Uygulatılmasına Yapılan Saldırıları

Özel alanda antitröst uygulamaları ve sınıf davaları bugün Amerika Birleşik Devletlerinde saldırılara maruz kalmaktadır. 1930’ların sonunda Başkan Franklin Delano Roosevelt yönetimi sırasında modern antitröstün ortaya çıkışından bu yana antitröst uygulamaları için atmosfer hiç bu kadar kısıtlı olmamıştı. Antitröstün esas görevi lehindeki iki partili politik uzlaşma, 1980’lerde Başkan Ronald Reagan yönetimi sırasında kayboldu. Daha yakın zamanda “Chicago Antitröst Ekolü” adı verilen oluşum, antitröstü esasen, hatta yalnızca, bariz fiyat tespiti ve sadece en aşık rekabete aykırı yatay birleşmelerle ilgili olarak yeniden tanımlamaya çalıştı. Uygulatma alanındaki Federal kurumlar yirmi yıl boyunca çoğunlukla antitröst için bu yaklaşıma bağlı olanlar tarafından yönetildi ve hatta antitröst alanındaki kapsamlı bilgi sahibi pek çok muhafazakar kişi

⁵⁶ Hartford Yangın Sigortası Şti.-California Davası, 509 A.B.D. 764 (1993).

⁵⁷ Yüksek Fruktozlu Mısır Şurubu ile ilgili Açılan Antitröst Davası konusunda, 295 F. 3. 651 (7. Gezici Mahkeme Bölgesi 2002), *tasdik reddedilmiştir*, 537 A.B.D. 1188 (2003) (müteakiben 525 milyon dolara anlaşma sağlanmıştır).

⁵⁸ Visa Check/Master Card ile ilgili Açılan Antitröst Davası konusunda, 280 F. 3. 124 (2. Gezici Mahkeme Bölgesi 2001), *tasdik reddedilmiştir*, 536 A.B.D. 917 (2002).

antitröstün amacı ve anlamıyla ilgili bütün çatışan düşünce ekolleri üzerinde zafer kazandıklarını ilan ettiler.⁵⁹

Şu andaki atmosferin en iyi örneği En Üst Mahkeme'nin *Verzion Comm., Inc ile Law Offices of Curtis Trinko, LLP*⁶⁰ davasındaki 2004 tarihli kararı olabilir. Bu davada En Üst Mahkeme oybirliği ile hakim durumdaki yerel bir telefon şirketinin pazara yeni giren bir şirketin müşterilere erişimine müdahale etme çabalarına karşı koyan özel bir antitröst davasını reddetmiştir. Şikayeti reddederken Mahkeme, tekel gücü arayışının serbest girişim sisteminin önemli bir parçası olduğunu ve antitröst kanunları yoluyla rekabeti artırmak için mahkemelerin yapabileceği çok az şey bulunduğunu belirtmiştir. Rekabet hukukunun sözüne inananlar için hiç de ilham verici şeyler değil.

Trinko, ABD antitröst hukukunun özel alanda uygulanmasına yönelik genel atmosferi belirlese de hukuktaki bazı kendine özgü başka gelişmeler özel dava haklarının kısıtlanmasına katkıda bulunmuştur. Öncelikle antitröste esasa ilişkin hukuk geçtiğimiz otuz yılda, bariz fiyat tespiti ve bununla ilgili davranışlar dışında rekabete aykırı davranışları yasaklayan neredeyse hiç bizatihi kural olmaksızın değişmiştir.⁶¹ İkincisi mahkemeler kabul edilmesi gereken kanun dışı davranışlara dahi karşı koyabilecekleri sınırlamak üzere, dava açma hakkı ve antitröste ilişkin zarar kavramlarını agresif bir şekilde uygulamışlardır.⁶² Üçüncüsü, Adalet Bakanlığı ve daha az oranda olmak üzere Federal Ticaret Komisyonu özel hukuk anlamında dava açmayı engellemeyi amaçlayan özel

⁵⁹ HERBERT HOVENKAMP, THE ANTITRUST ENTERPRISE: PRINCIPLE AND EXECUTION (2005); RICHARD POSNER, ANTITRUST LAW (2. basım 2001); Fred S. McChesney, *Talking 'Bout My Antitrust Generation: Competition for and in the Field of Competition Law*, 52 EMORY L. REV. 1401 (2003); Timothy J. Muris, *How History Informs Practice-Understanding the Development of Modern U.S. Competition Policy*, American Bar Association, Antitrust Section Fall Forum, Washington, D.C., 19, Kasım 2003, şu adresten erişilebilir: <http://www.ftc.gov/speeches/muris/murisfallaba.pdf>

⁶⁰ 540 U.S. 398 (2004). *Trinko'nun eleştirisi için bakınız*; *Spencer Weber Waller, Microsoft and Trinko: A Tale of Two Courts*, şu adresten erişilebilir: http://www.luc.edu/law/academics/special/center/antitrust/waller_utah_comment.pdf

⁶¹ Örneğin bu yıl, En Üst Mahkeme ortak girişimin fiyatlandırma kararının ya da patentli bir ürünün patentsiz bir ürüne bağlanmasının bizatihi kanun dışı olmadığına hükmetmiştir. *Texaco v. Dagher*, -U.S.- (2006), şu adresten erişilebilir: <http://a257.g.akamaitech.net/7/257/2422/28Feb20061050/www.supremecourtus.gov/opinions/05pdf/04-805.pdf>; *Illinois Tool Works v. Independent Ink, Inc.*, -U.S.- (2006), şu adresten erişilebilir: <http://a257.g.akamaitech.net/7/257/2422/01Mar20061050/www.supremecourtus.gov/opinions/05pdf/04-1329.pdf>

⁶² Joseph P. Bauer, *The Stealth Assault on Antitrust Enforcement: Raising the Barriers for Antitrust Injury and Standing*, 62 University of Pittsburgh Law Review 437 (2001).

davalara katılmıştır. Son olarak özel antitröst uygulatmasını daha fazla kısıtlayacak bir takım öneriler yapmayı düşünen Antitröst Modernleştirme Komisyonunun karaltı gibi çöken varlığı bulunmaktadır.⁶³

III. Özel Alanda Antitröst Uygulatmasını Etkileyecek Genel “Usule İlişkin” Reformlar

Sherman Yasasının, 1. Bölümü kapsamındaki bizatihi yasa dışı fiyat tespiti iddialarına karşı özel uygulamanın dayanak noktası olan sınıf davası anlamında dava açma imkanını daraltarak özel antitröst uygulatmasını daha fazla kısıtlama olasılığı olan, usule ilişkin değişiklikler ve öneriler de vardır.

Sınıf davaları bir ya da daha fazla “adı geçen” davacının benzer durumda olan bütün kişilerinin çıkarlarını temsil ettiği, kitlelerin toplu halde dava açma biçimidir. Sınıf davaları, kendi küçük bireysel iddialarını kendileri getirebilecek uygulama ehliyetine sahip olmayan, etkilenen kişilerden veya teşebbüslerden oluşan çok büyük grupların, nispeten küçük iddialarını içeren davalar için kullanılmak üzere tasarlanmıştır. Sınıf davası başarılı olursa davacı sınıfın bütün üyeleri kazanır. Eylem başarısız olursa, kesin bir ifadeyle sınıf davasından çıkmayı tercih edip kendileri dava açmadıkça, sınıfın üyeleri bu sonuca tabi olur. Benzer şekilde sınıf davası karara bağlanırsa sınıf üyeleri kendi iddialarını kendileri takip etmeyi seçmedikçe, karardan orantılı olarak paylarını alırlar.⁶⁴

Sınıf davalarının yararlılığına ilişkin ABD’deki tartışma, sınıf davalarını destekleyenlerin, bu eylemleri “tarihteki sosyal açıdan en yararlı çözüm yollarından biri” olarak ve sınıf davalarına karşı çıkanların da onları “yasallaştırılmış şantaj”⁶⁵ olarak adlandırdığı 1970’lerden beri neredeyse hiç yol almamıştır.

Sınıf davalarını yönetme çabaları değişik biçimler almıştır. Amerika Birleşik Devletleri Kongresi, menkul kıymetler dolandırıcılığı alanında sınıf davalarını kısıtlamak için iki ayrı kanun çıkarmıştır.⁶⁶ Aynı zamanda eyalet En

⁶³ Bakınız: http://www.amc.gov/commission_hearings/civil_remedies_issues.htm (medeni hukuk alanında özel antitröst uygulatmaları konusundaki sözlü savunmalar)

⁶⁴ Bakınız: Hukuk Usulüne İlişkin Federal Kurallar, 23. Kural

⁶⁵ Abraham Pomerantz, New Developments in Class Actions-Has Their Death Knell Been Sounded?, 25 BUS. LAW. 1259 (1970) ile Milton Handler, Anti-Trust Suits, 71 COLUM. L. REV. 1, 9 (1971) karşılaştırınız.

⁶⁶ Private Securities Litigation Reform Act, Pub. L. No. 104- 67, 109 Stat. 737 (1995); Securities Litigation Uniform Standards Act of 1998, Pub. L. 105-353, 112 Stat. 3227 (1998).

Üst Mahkemeleri, örneğin Illinois En Üst Mahkemesi, tüketiciyi dolandırmak dahil olmak üzere birtakım alanlarda sınıf davalarını kısıtlamıştır.⁶⁷

Hukuk Usulüne İlişkin Federal Kurallardan 23 No.lu Kural 1 Ocak 2004'te sınıf davalarının onaylanmasında mahkemelere daha fazla yetki vermek için değiştirilmiştir. Halletme, ret ve uzlaşmalar artık mahkeme tarafından “adil, mantıklı ve yeterli” olarak onaylanmalıdır. Değişiklikler ayrıca duyuru ve davadan çıkmayı seçme hakkı için daha fazla olanak tanımakta ve mahkemeye davacılar için baş avukatın atanması ve savcı ücretlerinin verilmesi konusunda daha fazla yetki vermektedir.

Bu değişiklikler 2005 tarihli Sınıf Davalarında Adillik Kanunu'na kıyasla nispeten tartışmasızdır.⁶⁸ Bu kanun şu koşullar gerçekleşirse sınıf davalarını eyalet mahkemesinden federal mahkemeye taşıyacaktı:

- 1) 5 milyon Dolardan daha fazla miktar tehlikedeyse;
- 2) En az bir davacı ve bir davalı farklı eyaletlerden geliyorsa;
- 3) Davacıların 2/3'ünden fazlası davanın açıldığı yerden farklı eyaletlerden geliyorsa; ve
- 4) Davacıların 1/3'ü ila 2/3'ü davanın açıldığı yerden farklı bir eyaletten geldiği takdirde federal mahkemeye davalara bakma konusunda takdir hakkı veriyse.

Bu birçok değişikliğin etkilerini başlangıç safhalarında tahmin etmek zordur. Federal mahkemeler yeni mevzuat nedeniyle, aslında eyalet mahkemelerine götürülecek olan antitröst davalarına bakmaya başlamışlardır. Bu durum davaların halledilmesini kolaylaştırabilir çünkü aynı davacılar karşı verilen iddiaların çoğu Amerika Birleşik Devletleri boyunca değişik eyalet mahkemeleri ve federal mahkemelere dağılmak yerine artık tek bir federal mahkemede birleştirilecektir. Ancak karara bağlanan davaların, daha büyük nakit miktarlarıyla halledilmesi ve davacıların oldukça az ve avukatlarının yüksek miktarlarda ücret aldığı danişıklı anlaşmaları içeren halletme şekilleri adı verilen durumun

⁶⁷ Avery v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co., şu adresten erişilebilir: <http://www.state.il.us/court/Opinions/SupremeCourt/2005/August/Opinions/Html/91494.htm>;
Price v. Philip Morris, Inc., şu adresten erişilebilir:

<http://www.state.il.us/court/Opinions/SupremeCourt/2005/December/Opinions/Html/96236.htm>

⁶⁸ 28 U.S.C. §§ 1332(d), 1453 ve 1711-1715 Bölümleri.

önlenmesine yardımcı olması muhtemeldir ve davalılar sınıf üyeleri tarafından art arda dava edilmekten korunurlar.

IV. Yurt Dışındaki Özel Dava Hakları ve Sınıf Davalarının Gelişimi

Amerika Birleşik Devletlerinde özel antitröst davaları ve sınıf davalarına yapılan saldırılarda pek çok ironi vardır. Tam Amerika Birleşik Devletleri bu tür davaları kısıtlamaya çalışırken dünyanın geri kalanı rekabet alanındaki özel dava hakları düşüncesine ısınmakta ve bir tür toplu dava ya da sınıf davası ihtiyacının farkına varmaktadır.

Avrupa Birliği kamunun kanunu uygulama çalışmalarını tamamlamak için özel dava haklarının gelişimine en büyük katkıyı sağlamıştır. Avrupa Adalet Divanı, her üye devletin AB rekabet hükümlerinin ihlalden kaynaklanan zararlar için etkin bir biçimde özel dava hakları sağlaması gerektiğine hükmetmiştir.⁶⁹ Avrupa Komisyonu üye devletlerin rekabet otoriteleri tarafından uygulamayı canlandırma ve üye devletlerin mahkemelerinde özel davaları serbest bırakma ihtiyacına dayanarak 2004'te AB rekabet hukukunun önemli ölçüde modernleştirilmesini yürütmüştür.⁷⁰

Şu ana kadar bu modernleşmenin özel dava hakları üzerinde yalnızca ortalama bir etkisi olmuştur ve tasarlanan Avrupa rekabet ağı hala başlangıç safhasındadır. Sonuç olarak AB güçlü bir özel uygulama sistemine en iyi şekilde nasıl ulaşılabileceğine ilişkin bir dizi oldukça anlamlı soru ortaya koyan Yeşil Raporu ilan etmiştir.⁷¹

Özel antitröst davalarının gelişmesi konusunda en önde gelen yargı dairesi büyük olasılıkla Kanada yargı dairesidir. Kanada, bütün Kuzey Amerika Ekonomisini etkileyen yasa dışı davranışları ortaya çıkaran, Amerika Birleşik Devletlerindeki benzer davaları genellikle takip eden ya da onlarla aynı zamanda oluşan fiyat tespiti davalarında güçlü bir fiili sınıf davaları alanında dava açma organı geliştirmiştir.⁷² Karşı tarafa yönelik güçlü keşif kurallarının olmayışı, üç

⁶⁹ Crehan ile Courage, (C-453/99 No.lu Dava)

⁷⁰ Antlaşmanın 81 ve 82. Maddelerinde yer alan rekabet kurallarının uygulanmasına ilişkin 16 Aralık 2002 tarihli ve 1/2003 No.lu Konsey Tüzüğü, şu adresten erişilebilir:
http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2003/l_001/l_00120030104en00010025.pdf

⁷¹ Green Paper, Damage Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, şu adresten erişilebilir:
http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/actions_for_damages/gp_en.pdf.

⁷² 31 LITIGATING CONSPIRACY: AN ANALYSIS OF COMPETITION CLASSACTIONS (IRWIN PRESS 2006); Charles M. Wright & Matthew Baer, *Price-Fixing ClassActions: A Canadian Perspective*, 16 LOY. CONS. L. REV. 463 (2004).

misli zarar veya Amerika Birleşik Devletleri dava açma sisteminin diğer uç özelliklerine rağmen, özel sınıf davalarının geçerli bir iyileşme (en azından halletme ile) yöntemi olduğu kanıtlanmıştır.

İngiltere gibi diğer yargı çevreleri ise, belirli tüketici gruplarının rekabet otoritesine şikâyet götürme konusunda kanuni yetkiye sahip olduğu “üstün şikâyet” kavramını denemektedirler. Bu türden bir prosedür, idari bir sınıfsal dava meydana getirir ve aksi halde nispeten küçük boyutta olmalarından dolayı büyük olasılıkla çözümsüz kalacak olan müşteri taleplerini bir arada toplamanın bir başka etkili yolu olarak kendini ispatlamıştır.⁷³

Davanın özel nitelikte olanını hali hazırda oturtmuş bulunan az sayıdaki yargı çevresine ait mahkeme sistemleri ise böyle davalara ilişkin deneyim bakımından henüz işin çok başındadır. Daha genel anlamda bakıldığında, diğer yargı çevreleri, kendi içtihatları yoluyla veya yasal değişiklik yoluyla rekabet davalarında özel hukuk anlamında dava hakkını uygulayıp uygulamama veya ne şekilde uygulama sorusuyla mücadele etmektedirler. Bilgilerime dayanarak şunu söylemekle yetinebilirim ki, kapalı kapılar ardında faaliyet gösteren bir dizi kamusal ve özel aktörün ve çözüm yollarının bulunduğu Birleşik Devletler sistemi herhangi bir yargı çevresinde ciddi anlamda dikkate alınmamaktadır.

Son derece saygın bir rekabet düzenine sahip olan, ancak özel alanda uygulamaya ilişkin hiçbir geleneği bulunmayan Türkiye de dâhil olmak üzere hemen her yargı çevresi bu mesele ile yüzleşmelidir. Türkiye ve benzer durumdaki diğer yargı çevreleri, başka bir neden olmasa bile rekabet hukukunun Avrupa Birliği ile uyumlaştırılmasına ilişkin uzun vadeli yükümlülükleri adına, bu türden çözüm yollarını mevcut rekabet düzeni içerisine nasıl dâhil edeceklerine karar vermelidirler.⁷⁴

V. Daha İyisini Yapmak: Rekabet Hukuku Uygulamasında Bir Kamu ve Özel Sektör Ortaklığı Modeli

Gerek ulusal gerekse uluslararası düzeyde rekabet hukukunun en önemli amacı bariz kartellerin caydırılması, tespit edilmesi ve cezalandırılması, ayrıca bunların mağdur duruma düşürdüklerinin zararlarının tazmin edilmesidir. Her sistemin bu konuları sistematik olarak düşünmesi gerekir. Birleşik Devletler de

⁷³ Basın Açıklaması, 29-10-2001, Tüketiciler Birliği Adil Ticaret Ofisine (OFT) ilk “üstün şikâyet” bildiriminde bulunmuştur, <http://www.which.net/media/pr/oct01/general/supesrcomplaint.html> ’ den ulaşılabilir.

⁷⁴ Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü, *Türkiye’de Rekabet Hukuku ve Politikası*, Politika Belgesi (Ağustos 2005).

dâhil olmak üzere her sistem daha iyisini yapabilir.⁷⁵ Şimdi sözünü edeceklerim Birleşik Devletlere ilişkin belirli önerileri, Avrupa Birliği'ne yönelik tavsiyeleri ve rekabet hukukunda özel hukuk anlamındaki dava haklarının uygulanıp uygulanmayacağı veya nasıl uygulanacağı üzerinde düşünmekte olan Türkiye ve diğer yargı çevrelerine yönelik olarak bu konuların değerlendirilebileceği kısa bir çerçeveyi içermektedir.

Ulusal ve uluslararası kartellere ilişkin sorunla en iyi şekilde mücadele etmek için çözüm yollarının nasıl bir araya getirileceği konusu sonuçta deneyerek görülecektir. Üzerinde ne söylenirse söylensin, şu anda dünyanın her yerindeki rekabet düzenlerince kınanan böyle bir davranışın, tespitin en üst seviyeye çekilmesi ile mi yoksa tazminatın en üst seviyeye çekilmesi ile mi en iyi şekilde caydırılacağına karar vermek konusunda yardımcı olmayacaktır. Aynı şekilde üzerinde ne konuşulursa konuşulsun, bu soruna karşı cezai veya hukuki mi, ya da kurumsal veya bireysel yaptırımların mı daha iyi işleyeceğini belirleyemez. Daha fazla tecrübeye dayalı araştırmaya ihtiyaç duymaktayız ki bu da yeni yeni ortaya çıkmaya başlamaktadır.

Birleşik Devletler'de de her şeye en baştan başlıyor olsaydık kimsenin şu an sahip olduğumuz sistemi tasarlamayacağı konusunda herkes hemfikir. Çok sayıda kanunu çok çeşitli biçimlerde uygulayan çok sayıda uygulayıcının bulunduğu özgün bir sisteme sahibiz. AB'de, eğer bir sorundan söz edilecekse, etkili bir uygulama için çok az sayıda seçeneğe sahip olan çok az sayıda uygulayıcının bulunduğu bunun aksi bir durum sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Her iki sistem de bütünüyle mantığa uygun değildir ancak iki yargı çevresinin de her şeyi silip yeniden yazma lüksü yoktur. Çoğu yasal sistem, tarihin, kültürün, sürecin, çoğunlukla da tamamen bir tesadüfün ürünüdür. Yeni bir kanunlar ve prosedürler bütününe amacına ulaşması için, yargı çevrelerinin sahip olduğu tarih ve kültürle tutarlı olmaları gerekir. Biraz şanslı olmak hiçbirine zarar vermez. Ancak çoğu yorumcu, düşünülerek tasarlanmamış ve tarihle ve kültürle bağdaşmayan bir yasal sistemin başarılı olma ihtimalinin çok düşük olduğu konusunda hem fikirdir.⁷⁶

ABD'nin rekabetle ilgili (en azından karteller alanında) birinci derecede yetkili devlet kuruluşunun özel alandaki davacılarla doğrudan çatışır konuma

⁷⁵ Spencer Weber Waller, *The Incoherence of Punishment in Antitrust* (Antitröstte Cezanın Tutarsızlığı), 78 CHI-KENT L. REV. 207 (2003).

⁷⁶ 35 Spencer Weber Waller, *Neo-Realism and the International Harmonization of Law: Lessons from Antitrust*(Neo-Realism ve Hukukun Uluslararası Uyumlaştırılması: Antitröstten alınan dersler), 42 U.KAN.L.REV. 557 (1994).

düşmesi, büyük ölçüde, ABD Adalet Bakanlığı Antitröst Biriminin pişmanlık ve af programlarının başarısının beklenmeyen bir sonucu olmuştur. 1990'larda, Antitröst Birimi, Antitröst ihlallerine ilişkin cezai kovuşturma dokunulmazlığının nasıl elde edileceğine dair resmi ölçütleri ortaya koyan bir program oluşturmuştur. Söz konusu politikaya göre, aşağıdaki altı koşulun yerine getirilmesi halinde bir şirket kovuşturma dokunulmazlığına sahip olacaktır:

1. Şirket yasadışı faaliyeti rapor etmek üzere öne çıktığı tarihte, bu yasadışı faaliyete ilişkin herhangi başka bir kaynak tarafından rapor edilmiş bir bilgi hâlihazırda birimin eline ulaşmamıştır;
2. Şirket, rapor edilen yasa dışı faaliyeti fark etmesi üzerine, bu faaliyete katılımına son vermek üzere derhal ve etkili bir adım atmıştır;
3. Şirket söz konusu kabahati doğru ve eksiksiz bir şekilde rapor eder ve Birim ile soruşturma boyunca tam, sürekli ve eksiksiz bir işbirliği gerçekleştirir;
4. Kabahatin itiraf edilmesi, farklı yönetici veya yetkililerin münferit itirafları değil, gerçekten kurumsal bir eylemdir.
5. Şirket, mümkün oldukça, zarar gören tarafların zararlarını karşılar; ve
6. Şirket yasadışı faaliyete katılmak konusunda başka bir tarafı zorlamamıştır veya açık bir şekilde faaliyetin lideri veya hayata geçireni değildir.⁷⁷

Ayrıca, devlet ile samimi bir şekilde işbirliği yapmaları halinde şirketin çalışanları da kovuşturmaya karşı benzeri bir dokunulmazlık kazanacaklardır. Bununla birlikte, aftan yararlanan firma hukuki Antitröst davalarına karşı dokunulmazlığa sahip **değildir**.

Af programı son derece başarılı olmuştur ve benzerleri pek çok başka yargı çevrelerince de kabul edilmiştir. Ancak program, devletle işbirliği yapan firma da dâhil olmak üzere bir kartel davasında kovuşturmaya uğrayan bütün firmaları rutin olarak dava eden özel alandaki davacılarla ABD hükümetini doğrudan çatışmaya sokmuştur. Antitröst Birimi af programına son derece bağımlı hale gelmiştir ve bir firmanın karteli terk ederek devleti kartelin varlığından haberdar etme ihtimalini düşüren her türlü duruma ilişkin tedirginlik duymaktadır. Bu nedenle ABD devleti, özel hukuk anlamındaki üç katı tazminat davalarını, kartele karşı savaşta bir ortaktan ziyade çoğunlukla bir rakip olarak görmektedir.

⁷⁷ 36 <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0091.htm>

Özel alanda tazminat uygulamasına gösterilen bu düşmanlık birkaç şekilde ortaya çıkmaktadır. İlk olarak Antitröst Birimi *Empagran* Davasında, fiyat tespitinin kurbanı olmuş olan yabancı firmaların Amerika Birleşik Devletleri'nde üç katı tazminat davası açamaması gerektiğini iddia ederek bir üçüncü taraf müdahalesinde bulunmuştur.⁷⁸ Birimin, kısa bir süre önce kendisinin de dava etmiş olduğu davalıları desteklemesi büyük ölçüde, yabancı davacılara böyle bir statü tanımının af programı ve genel anlamda kartellerin caydırılması üzerinde neden olacağı iddia edilen olumsuz etkiye dayalı olmuştur. İkinci olarak, Sherman Yasasını ihlal eden suçlara yönelik cezaları artırarak ve işbirliği yapan firmaların ileride doğabilecek hukuki yükümlülüğünü *üç kat* değil de *tek kat* tazminat ile sınırlandırarak özel alanda uygulama pahasına af programını güçlendiren 2004 tarihli antitröst kanunlarındaki değişikliği desteklemiştir.⁷⁹ Üçüncü olarak, pek çok gözlemci, mevcut Antitröst Modernleştirme Komisyonunun, eyalet başsavcılarının ve özel firmaların özel hukuk kapsamında antitröst davaları açabilmelerine daha fazla kısıtlama getirilmesini tavsiye edeceğine inanmaktadır. Bu gelişmeler büyük ölçüde af programları yoluyla tespit artırılmasının ve bunun sonucunda ortaya çıkan cezai kovuşturmanın kartel davranışının caydırılmasında en iyi yol olduğu yönündeki tecrübelerle dayalı sınırlanmış inanışa bağlıdır.

Şu çok açık ki, ABD'de daha üretken bir ortaklığa ihtiyaç vardır. Uygulama biçimlerinden birinin diğerine nazaran üstün olduğuna inanmak için hukuki veya tarihi bir gerekçe bulunmamaktadır. Cezai soruşturmanın, araştırma jürisi yolu ve af programı ile bir araya getirilmesi güçlü bir birleşmedir ancak şu ana kadar dünyayı kartellerden temizlemekte yeterli olmamıştır.⁸⁰ Kartel alanında bile, kartellerin varlığını af programı ve araştırma jürisi yoluyla açıkça ortaya çıkaracak delilin toplamasında uluslararası işbirliği gereklidir. Bununla birlikte, şayet kamu alanındaki uygulama özel alandaki uygulamayı önleyecekse veya bir anlamda ona üstün olacaksa, en azından, zararın tam olarak tazmin edileceği, tüm suçu kabul anlaşmalarında ve mahkemelerce verilen gerçek hükümlerde açık bir şekilde yer bulmalıdır.

⁷⁸ Adalet Bakanlığının Belgesi *F. Hoffman-LaRoche Ltd. v. Empagran*'da tartışılmaktadır, S.A., 542 U.S. 155, 168 (2004).

⁷⁹ 2004 tarihli Antitröste İlişkin Cezai Uygulamaların İyileştirilmesi ve Reformu Kanunu (Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act) (ACPERA), Pub. L. No. 108-237, § 215, 118 Stat. 665, 668 (2004).

⁸⁰ Devletin af ve pişmanlık programının da, cezai kovuşturmayla tabi tutulmayan diğer tüm antitröst hukuku ihlalleri üzerinde bir etkisi yoktur.

Diğer bir deyişle, federal devlet özel alandaki davacıları zayıflatmaktansa desteklemelidir. Federal kurumlar dava ve soruşturmalar hakkındaki kamuya açık bilgileri, yabancı rekabet otoriteleriyle olduğu gibi, hem devlet uygulayıcıları hem de özel baro ile paylaşmalıdır. Devlet ayrıca, fiyat tespiti mağdurlarının zararlarının etkili bir şekilde tazmini ve/veya geri iadesi ile sonuçlanan özel alanda etkin uygulamayı sağlamak üzere suçu kabul anlaşmalarında ve hüküm verme işlemlerinde ayrıntılı gerçek kayıtlar oluşturmalıdır.

Bunu gerçekleştirmek için ABD antitröst hukukunda esaslı bir değişiklik gereklidir. Federal mahkemede dolaylı alıcıların iddiada bulunması üzerindeki yasak kaldırılmalıdır ki bu, her türlü savunma grubuna karşı olabilecek bütün iddiaların federal mahkemeye taşınmasına ve sonuç olarak da tek bir iddialar bütünü olarak aynı yargıç önünde konsolide hale getirilmesine olanak tanıyacaktır. Eyalet düzeyinde ve federal düzeyde iddialardan oluşan şu anki parçalı sistemde, aynı davalılar grubuna yönelik aynı temel iddiaların yer aldığı, davacıların lider konum için her yola başvurduğu ve sayıları gerçekten düzineleri bulabilen davalar için çok fazla kaynak harcanmaktadır. Aynı davalılara yöneltilen tüm iddiaların aynı mahkemeye götürülebileceği daha mantıklı bir sistemde, doğrudan ve dolaylı alıcılar arasında, tüm fiyat tespiti kurbanlarının zararlarının adil bir şekilde tazmin edilmesini ve davalıların tutarsız ve farklı kararlara karşı daha az risk altında olmasını sağlamak, nihayetinde, (mahkeme gözetiminde olmak üzere) davacının yükümlülüğü altında olacaktır.

Diğer tüm dava türlerinde, özel amaçlı ağ türlerinden hangilerinin veya hangi münferit davacının göreceli avantajının en fazla olduğunun belirlenmesi amaç olmalıdır. Diğer bir deyişle, belirli herhangi bir dava nedeni için en uygun davacı veya davacılar grubunun kim olduğuna bırakalım pazar karar versin. Zaman içerisinde, federal kurumlar, eyalet başsavcılar ve özel alandaki çeşitli davacılar, rekabete aykırı farklı anlaşmalara, kötüye kullanma içeren hâkim firma davranışlarına veya rekabeti tehdit eden birleşmelere karşı savaşmak üzere farklı etkin düzenlemelerle bir araya geleceklerdir. Eyaletler bunu birden çok eyaletten oluşan koalisyonlarında zaten rutin bir şekilde yapmaktadır ve bazen FTC veya Adalet Bakanlığı ile belirli davalar üzerinde birlikte çalışmaktadır. Bu kamusal-özel ve kamusal-kamusal ağlar birçok davada iyi çalışmıştır, ancak anlaşıldığı kadarıyla Microsoft davalarındaki Adalet Bakanlığı ve yirmi eyaletten oluşan koalisyon, Bush Yönetiminin davayı anlaşarak çözüme kavuşturmaya karar vermesinden sonra iyi çalışmamıştır. Bu hayal kırıklıklarının, davaların büyük

çoğunluğunda iyi çalışmış olan bir dizi özel amaçlı (*ad hoc*) uygulatma ağına karşı bir aşırı tepkiye neden olmasına izin vermemeliyiz.⁸¹

Federal kuruluşların bazı alanlarda doğal bir lider rolü bulunmaktadır ancak bu rolün daha önce düşünülenenden daha farklı ve daha dar kapsamlı olması mümkündür. Tekelleşme davaları, hukuki çözümün sahip olduğu önemin, ABD antitröst topluluğunun tek bir sesle konuşması gerekliliğini akla getirdiği doğal bir alandır. Benzer şekilde, dış politika açısından önemli sonuçları olan az sayıdaki dava da federal hükümetin icra kolu tarafından yönetilen tek bir sesi hak etmektedir.⁸² Gerçek ulusal ya da uluslararası boyuta sahip bazı birleşmeler de bu tür başka bir alan olabilir.

Bunun ötesinde inandırıcı deneysel araştırmaların yokluğunda federal hükümetin belirgin bir karşılaştırmalı avantajı yoktur. Aslında eyaletlerin doğal bir avantaja sahip olduğu bazı antitröst alanları bulunmaktadır. Yeniden satış fiyatının tespiti (dikey fiyat tespiti) bu alanlardan biridir. Eyaletlerin federal mahkemelerde gerçek kişi konumundaki vatandaşlarını temsil etmeye yönelik yasal yetkisi, tüketici çıkarlarına siyasi bir yakınlığı ve bu tür davaları tüketicilere tazminatların dağıtılmasını da kapsayacak şekilde ele almaya ilişkin kanıtlanmış bir becerisi vardır. Federal kuruluşlar bu davaları soruşturmaya olan ilgilerini uzun süre önce kaybetmiştir. Bu gibi davaların karmaşıklıkları ve olası tazminatların görece olarak küçük miktarda olması nedeniyle, özel barolar bunları ele almak için yeterli donanımına sahip değillerdir. Benzer şekilde, federal hükümetin uygulatmayı durdurduğu dikey tahdit davalarında ve niteliği gereği yerel ilgi alanına giren davalarda eyaletlerin oynayacak doğal bir rolü bulunmaktadır. Aynı zamanda diğer tazminat, telafi ve zararın iadesi hususlarının ana hususlar olduğu davaların özel barolara bırakılması daha iyi olabilir.

Benim genel önerim, özel amaçlı (*ad hoc*) ortaklık ve ağların büyümesiyle savaşmayıp bunları geliştirmek yönündedir. *Microsoft* davası işlerin nerede yanlış gittiğine ilişkin bir örnek olarak okunabileceği gibi bir koalisyondaki ortaklardan birinin pazarlığın kendisine düşen kısmını yerine getirmedeği durumlara bir örnek olarak da okunabilir.⁸³

⁸¹ Bkz. Richard Wolfram & Spencer Weber Waller, *Contemporary Antitrust Federalism: Cluster Bombs or Rough Justice?* ANTITRUST LAW IN NEW YORK STATE 3 (2. Baskı 2002).

⁸² JAMES ATWOOD, KINGMAN BREWSTER & SPENCER WEBER WALLER, ANTITRUST AND AMERICAN BUSINESS ABROAD § 21.30 (3. Baskı 1997 & yıllık ek)

⁸³ Harry First & Andrew I. Gavil, *Reframing Windows: The Durable Meaning of the Microsoft Antitrust Litigation*, xx UTAH L. REV. xx (2006 yılında yayınlanacak)

VI. Özel Hukuk Anlamında Hayata Geçirilebilir Bir Dava Hakkı Arayan AB ve Diğer Yargı Çevreleri için Öneriler

AB özel hukuk anlamında dava haklarını gerçeklik haline getirmeye ve bu davaları Brüksel, Üye Devletler ve özel baro arasında bir ortaklık biçiminde tasarlamaya yönelik çabaları için tebrik edilmelidir. Şu anda kuram, açılmış birkaç düzine dava ve az sayıdaki tazminat ödenmesi kararları ile uygulamadan çok daha iyi durumdadır. Yeşil Rapor'un etkili bir özel uygulatma sisteminin bir parçası olarak üzerinde durulması gereken birçok soru ortaya atmasına karşın, ben bunlardan en önemli hususlar olarak gördüğüm ikisi üzerinde yorum yapmak istiyorum: 1) bir sınıfsal (toplu) dava açma biçimine duyulan gereksinim ve 2) dolaylı alıcıların tazminat davası açmasına izin verme gereksinimi.

İlk husus yalnızca usuli bir niteliğe sahip değildir. Esasa ilişkin ciddi unsurları bulunmaktadır ve sıklıkla sonucu belirleyici niteliktedir. Bir sınıfsal dava mekanizması olmadan küçük boyuttaki tazminat talepleri getirilmeyecektir. Münferit hiçbir tüketici veya küçük grup bu talepleri tek başlarına getirebilecek güdüye ya da pratik beceriye sahip değildir. Bu nedenle seçim bireysel dava iddiaları ile sınıfsal dava iddiaları arasında değildir. Seçim, fiyat tespiti ve ilişkili bariz ihlallerden kaynaklanan fazla ücretler konusundaki çoğu tüketici iddialarına ilişkin sınıfsal davalar açılması ile özel hukuk anlamında hiçbir dava açılmaması arasındadır.

Toplu davaların dünya çapında yaygınlık kazanması birçok yargı çevresini Birleşik Devletler'deki sorunların farklı biçimleri ile uğraşmak zorunda bırakmıştır. Sınıfsal davaları kabul eden Birleşik Devletler, Kanada ve diğer birkaç ülkenin deneyimleri, bir tür toplu davanın gerekli olduğunu göstermiştir.

Birleşik Devletler'deki deneyimler aynı zamanda *dolaylı* alıcıların tazminat davası açmasına izin verilmesi gerekliliğini de göstermektedir, aksi halde antitröst kanunlarından faydalanması arzu edilen tüketiciler çoğu fiyat tespiti ihlalleri için ya çok az telafi alacak ya da hiç alamayacaktır. Birleşik Devletler En Üst Mahkemesi'nin doğrudan alıcıların en iyi ve en etkin antitröst uygulatıcıları olduğu yönündeki inancına rağmen,⁸⁴ durumun bu şekilde olduğu kanıtlanamamıştır.

Olağan tüketici mallarını (yiyecekler, ev ürünleri, giyim, vs.) göz önüne alın. Bazı internet ve posta yoluyla yapılan satışlar dışında bu tür satışların neredeyse tamamı, sıra tüketiciye gelmeden önce birçok seviyede dağıtımcıdan geçmektedir. Sonuç olarak geri alımın doğrudan alıcılar ile sınırlı kalması halinde

⁸⁴ Illinois Tuğla Şti.-Illinois davası, 431 A.B.D. 720 (1977).

gerçek tüketiciler çok seyrek biçimde tazminat davası açma hakkına sahip olacaklardır. Doğrudan alıcılara müşterilerin durumunu anlamaları konusunda güvenmek mümkün değildir çünkü farklı güdüleridir. Öncelikle, üreticinin müşterileri olarak, tedarikçilerle dostane ilişkiler sürdürmek yönünde, fazla ücret davası açmalarını genellikle engelleyen bir güdüleridir. İkincisi, fazla ücretler sık sık tamamen ya da kısmen aktararak doğrudan alıcının fiyat tespiti sonuçlarına kayıtsız kalmalarına yol açmıştır. Doğrudan alıcıların geçmişteki fazla ücretler için bir miktar telafi elde etme konusunda müzakerede bulunabildiği (üreticilerin iyi dağıtımçıların ayrılmasını engelleme yönünde bir güdüleridir de vardır) hallerde bile bu tür telafilerin nihai tüketiciye aktarılacağına ilişkin bir teminat yoktur. Bu nedenle sorun yine davanın doğrudan veya dolaylı alıcılar tarafından açılmış olması değil davanın açılmış olup olmadığıdır.

Deneyimler her yargı çevresinin, sınıfsal dava arabasının antitröst atının önüne koşulmasına izin vermemek konusunda dikkatli olması gerektiğini göstermiştir. Dolaylı alıcıların rekabet hukuku uyarınca zararlarının karşılığını geri almasına izin verilip verilmeyeceği makul insanların hakkında fikir ayrılığına düşeceği zor bir husustur. Ancak bu sorunla sınıfsal dava tasdikine ilişkin bir arka kapı aracılığıyla değil, doğrudan ilgilenilmesi gereklidir. Kanada, bu zor husus için sınıfsal dava tasdiki gereksinimleri hakkında durum bazında dava açma yoluyla çözüm bulmaya çalışmaktadır.⁸⁵ Yola bu şekilde devam etmek yalnızca sınıfsal ve bireysel dava arasındaki karşıtlığın risk altında olduğu şeklindeki arzu edilmeyen kurguyu sürdürmektedir, ancak gerçekte seçim, olası geri alımın caydırıcılığı ve tazmin edici değeri ile kesinlikle hiçbir geri alım, tazminat ve caydırıcılık olmaması arasındadır.

Birleşik Devletler’de federal antitröst hukuku bağlamında dolaylı alıcı davalarına yönelik bir hukuki engelle karşılaşılan eyaletler,⁸⁶ boşluğu doldurmak için harekete geçmiş ve En Üst Mahkeme de bunu yapmalarının anayasaya ve kanunlara uygun olduğu hükmüne varmıştır.⁸⁷ Bazı anlatımlara göre kırk dört kadar eyalet, eyalet antitröst hukuku uyarınca dolaylı alıcılara yönelik olarak bir tür geri alıma izin vermektedir.⁸⁸ Bu tür davalara yasalar veya gelenek hukuku aracılığıyla izin veren eyaletlerin sayısı tam olarak bilinmemekle birlikte, daha büyük ekonomiye sahip eyaletlerin neredeyse tamamının bu tür davaları mümkün

⁸⁵ Chadha-Bayer A.Ş. Davası, O.R. (3.) 22 (Ontario Temyiz Mahkemesi 2003).

⁸⁶ Illinois Tuğla Şti.-Illinois Davası 431 ABD 720 (1977)

⁸⁷ California-ARC Am. Şirketi, 490 ABD 93 (1989)

⁸⁸ Daniel R. Karon, “Your Honor, Tear Down that Illinois Brick Wall!”: *The National Movement Toward Indirect Purchaser Antitrust Standing and Consumer Justice*, 30 WM. MITCHELL L. REV. 1352 (2004).

kılması nedeniyle herkes Amerikan ekonomisinin büyük kısmının bu tür davalara tabi olduğu konusunda hemfikirdir. Ancak birkaç eyalet bu tür dolaylı alıcı sınıfsal davalarını Eyalet Başsavcısı tarafından açılan davalar ile sınırlayarak uygulatmayı her eyalet uygulatma bürosunun önceliklerine ve kaynaklarına tabi hale getirmiştir. Sonuç olarak ortaya çıkan, federal dolaylı alıcı davası açılmaması, birçok eyalet mahkemesinde dolaylı alıcı davası açılabilmesi ve şimdi de Sınıfsal Dava adaleti Kanunu nedeniyle tüm bu yukarıdakilerin federal çok-bölgeli davalarda yargılama öncesi usuller kapsamında birleştirilmesi ihtimali şeklindeki anlamsız durum hakkında bir şeyler yapmaya yönelik baskının, Birleşik Devletler’i federal dolaylı alıcıya ilişkin üç katı tazminat davaları üzerindeki adli yasağı kaldırmaya itmesi mümkündür.

Tüketici refahı adına rekabet uygulatımının, ortalama tüketicinin tasdikini imkânsız olması nedeniyle hiçbir zaman geri alım yapamadığı ve bu tür davaların gerçek dünyada açılmaması nedeniyle bireysel dava ile geri alımda bulunamadığı zalim bir parodiye dönüşmemesi için, tüm yargı çevrelerinin dolaylı alıcı davalarını yasalaştırması ya da bunlara izin vermesi ve sınıfsal dava tasdikini gerçekçi bir biçimde uygulaması konusunda ısrar ediyorum.

Önerilerim, hayata geçirilmek için, bir yargı çevresinden mahkeme sistemi ve hukuku uygulayan baro gibi birçok talepte bulunmaktadır. Aynı zamanda Birleşik Devletler de dahil birçok ülkeye gelmekte geç kalmış bir rekabet kültürünü de gerektirmektedir.⁸⁹ Tarihi, kültürü ve yasal sistemi öngörülebilir gelecekte anlamlı bağlamda davanın özel nitelikte olanına izin vermeyecek yargı çevreleri için, rekabet hukukunu tüketicilerin yararına uygulatmaya yönelik kamu-özel ortaklıkları yaratmak adına atılabilecek başka adımlar bulunmaktadır. Uygulatma kurumları ve hükümetin geri kalanı ile birlikte rekabeti savunmak üzere tüketici birlikleri yaratılmalı ve desteklenmelidir.⁹⁰ Ulusal rekabet kuruluşlarına görevlerini adaletle yerine getirmeleri için yeterli kaynaklar ve politik bağımsızlık sağlanmalıdır. Aynı zamanda bu kuruluşlar soruşturmalarını yürütür ve şikâyetlere yanıt verirken şeffaf ve usul bakımından adaletli bir biçimde işlemelidir. Yargıçların hem rekabet hukukunun değeri hem de bunun idaresinin teknik yönleri hakkında eğitilmesi gereklidir.

⁸⁹ Bakınız: SEPENCER WEBER WALLER, THURMAN ARNOLD: A BIOGRAPHY 78-110 (2005) (1930lardaki Büyük Buhan ve 1940ların başında, 2. Dünya Savaşı sırasında rekabet ile hükümetin ekonomik planlaması arasındaki gerilimi açıklamaktadır).

⁹⁰ Bu açıdan parlak bir örnek Hindistan’daki Tüketici Birliği & Güveni Topluluğu’dur (Consumer Unity & Trust Society-CUTS). CUTS’in etkinliklerinin kapsamlı bir anlatımı için bakınız: <http://www.cuts-international.org>.

Belki de hepsinden önce, halkın rekabetin kanunlarla uygulatılmasının önemi ve değerine ilişkin olarak ikna edilmesi gerekmektedir. Eğer bunu başarılırsanız uygun bir kamusal-özel ortaklık ortaya çıkacaktır. Eğer başarısız olursanız başka hiçbir şeyin önemi yoktur.

REKABET HUKUKUNDA İSPAT YÜKÜ

Prof. Dr. Ejder YILMAZ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

GİRİŞ

Bir iş veya sorun hakkında varılan sonuca, genel olarak, “karar” adı verilir. Başka bir ifadeyle karar, (çeşitli anlamlarının yanısıra) esas itibariyle, herhangi bir husus (iş) hakkında nasıl bir işlem yapılacağına sonuca bağlanması veya ortaya çıkan bir uyuşmazlıkta kimin haklı olduğunun belirlenmesi demektir. Teknik anlamda karar ise, hukuksal sonuç doğurmaya yönelik irade açıklamasıdır.

Verilecek olan karar, duruma göre, bir kişi tarafından verilebileceği gibi birden fazla kişinin iradesini ve oyunu da gerektirebilir ve kararları bu açıdan çeşitlendirmek mümkündür. Ancak karar verme işi (yetkisi), ister tek kişiye ait olsun isterse de birden fazla kişinin iradelerinin bir araya gelmesini gerektirsin; kararın oluşmasındaki normal olan ortak yön, konu üzerinde az veya çok (kısa veya uzun) bir “düşünme evresi”nin bulunması gereğidir.

“Düşünme evresi”, verilecek olan kararın oluşmasındaki amaç (etkenler) ile karar ertesinde ortaya çıkacak olan sonuç ilişkisinin değerlendirilmesine duyulan ihtiyaçtan kaynaklanır. Bu değerlendirme yapılırken esas olarak, amaç / sonuç ikilisinin arasındaki “bağ (bağlantılar bütünü)”, (yavaş veya hızlı) bütün boyutlarıyla irdelenir (gözden geçirilir) ve bunun sonucunda karar verilir. Yapılan “irdeleme”, verilmiş bulunan “kararın gerekçesi”ni oluşturur.

Karar ve gerekçesi, kararı veren kişinin sorumluluğu içerisindedir. Şayet karar gündelik yaşamda insanın kendini ilgilendiren kararlardan ise, bunun etkileri

de ilgili kişiye ait bir husustur. Buna karşılık karar bir başka kişi, kurul veya kurumun yetkilendirmenin sonucunda verilen kararlardan ise bu kararı verenin, adına yetki kullandığı kişi, kurul veya kuruma hesap verme zorunluluğu ve alınan kararlardan dolayı sorumluluğu vardır. Bu sorumlulukta, verilmiş bulunan “kararın gerekçesi” büyük önem gösterir ve kararı veren kişinin kararın doğru olup olmadığı bu sayede denetlenebilir. Buradaki gerekçe, karar verilirken yapılan değerlendirmenin temeli olması hasebiyle hiç şüphesiz sağlam ve mantıklı sebeplere (delillere) dayandırılmış olmalıdır.

Bu söylenenlerin, her şeyden önce yargı kararları bakımından geçerli olduğunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Nitekim Anayasamıza (m.141,III) göre de bütün mahkemelerin her türlü kararı gerekçeli olarak yazılır.

İdare hukukunun gelişmesine ve bu arada insan haklarının gittikçe yükselen değer hale gelmesine paralel olarak, “idarî işlemin gerekçesinin belirtilmesi” ilkesi de gittikçe önem kazanır hale gelerek idarî usul yasalarına girmiştir⁹¹. Örneğin Alman İdarî Usul Kanununun 39 uncu maddesine göre “Yazılı olan veya yazı ile belgelenen bir idarî işlem, yazılı gerekçeleri taşır. Gerekçelerde yetkili makamın karara varmasında dikkate aldığı önemli fiilî ve hukukî temeller anlatılır. Takdir yetkisine giren kararlardaki gerekçelerde de, yetkili makamın üzerinde takdir yetkisi kullandığı bakış açısı gösterilir”.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin 77/31 sayılı, İdarenin İşlemleri Karşısında Bireyin Korunması Hakkında Karar’ın IV üncü ilkesine göre: “Haklarını, özgürlüklerini veya çıkarlarını ihlal edici nitelikte bir idarî işlem söz konusu olduğunda, bu işlemin gerekçesi, ilgili işlemin metninde yahut ilgilinin isteği üzerine, makul bir süre içinde yazılı olarak kendisine verilir”. Bu Karar bizim hukuk sistemimizin de bir parçasıdır. Nitekim Danıştay da, bir kararında şöyle demektedir: “İdarenin İşlemleri Karşısında Bireyin Korunması Hakkında Avrupa Bakanlar Komitesininin 77 sayılı kararında, ilgilinin hak ve özgürlüklerine veya çıkarlarına değinen bir idari işlem söz konusu olursa, olabilecek itiraza olarak vermek için gerekçeli olması öngörülmüştür. İdari işlemlerin gerekçeli olması ilkesi, işlemi yapan idareyi yönetsel işlemin dayandığı maddi ve hukuksal nedenleri açıklamaya, uyguladığı yasayı kavramaya, doğru ve anlamlı olgular ortaya koymaya ve denetim yapmaya zorlar. İşlemden gösterilen gerekçe işlemin yasaya

⁹¹ Bkz. Tekin Akıllıoğlu, Yönetmelik İşlemlerde Gerekçe İlkesi (Amme İdaresi Dergisi, cilt 15/2); Murat Sezginer, Usul Kanunlarında İdari İşlemin Dış Görünüşü (İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu, Ankara 1998 s.201-226); Bahtiyar Akyılmaz, İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Ankara 2000, s.199 vd.

uygunluğunu değerlendirme, itiraz edip etmeme ve yargı yoluna gidip gitmeme konusunda işlemin ilgisine yardımcı olur”⁹².

İdarî işlemin gerekçesinin bildirilmesi, her şeyden önce idarenin keyfi davranması tehlikesini ortadan kaldırır. Gerekçe sayesinde idare aldığı bütün kararlarında fiilî ve hukukî gerekçelerini bildirmek zorunda kalacağı içindir ki, idare yasalara ve hukuka uyum konusunda daha titiz hareket etmek zorunda kalır ve böylece karar verirken daha dikkatli hareket eder; bu hareket sırasında yasaları hep göz önüne alacağı içindir ki, otokontrolü de gerçekleştirmiş olur. Kararlarının gerekçesini iyi bir şekilde açıklayan idare, inandırıcı olduğu ölçüde, bireyin idareye saygısını da birlikte getirir ve hatta bu sayede dava açılması ihtimalleri de azalabilir. Gerekçe yargısal makamların denetiminin kolayca yapılmasına da hizmet eder⁹³.

Gerekçe belirtilmesi ihtiyacı, ister idarî bir organ ister yarı yargısal bir kurum olarak kabul edilsin, hiç kuşkusuz Rekabet Kurulu için de geçerlidir. Nitekim, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (m.52/h), kararlarda bulunması gereken hususlar arasında “gerekçe ve kararın hukukî dayanağı”nı da saymaktadır.

İSPAT İHTİYACI

Kanun sözkonusu m.52/h hükmü ile esas itibariyle mahkemelere ait bulunan bir hususu Rekabet Kurulu bakımından da belirlemektedir. Bu husus, “ispat”tır.

Genel olarak kabul edildiği üzere, bir talebin konusu ile ilgili hukuksal sonucu öngören hukuk normundaki öge olguların (vakıaların, unsurların) gerçekleştiği hakkında karar organında (örneğin, mahkemede) kanaat oluşturmak üzere girişilen inandırma (ikna) faaliyetine ispat adı verilir⁹⁴.

İspat, özellikle yargılama hukukunun belkemiğini oluşturur. Çünkü, usul (yargılama) hukukunda asıl önemli olan husus, herhangi bir konuda iddia veya karşı iddiada (savunmada) bulunmak değil, bu konuda gerçekleştirilmesi şart olan inandırma (ispat) faaliyetidir. Hangi taraf iddiasını ispat edebilirse, onun lehine karar verilecektir. İspatın biçimsel kurallara dayanması sebebiyle de, kişi ne kadar

⁹² Dan. 10.D 10.11.1994, 1403/5633 (Danıştay D. Sa.90 s.1047).

⁹³ Patrick Goffaux, Transparance administrative et motivation formelle des actes administratifs en Belgique (İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu, Ankara 1998 s.167 vd, 197).

⁹⁴ Bilge Umar/Ejder Yılmaz, İspat Yükü, İstanbul 1980, s.2.

haklı olursa olsun iddiasını ispatta başarısız kalırsa, iddiasını (davayı) kaybetme riski içerisindedir.

İddiada bulunanın yapmak zorunda olduğu ispata, “asıl-ispat” da denir. Bu yapıldıktan sonra karar organında (örneğin, mahkemede) uyandırılmış olan bu kanaati sarsmak için, karşı inandırma faaliyetinde bulundurulabilir ki, bu da “karşı-ispat”tır. Karşı-ispat, yalnızca karşı tarafın delillerini veya onun dayandığı belirtileri çürütmek şeklinde değil de, doğrudan doğruya, ispat edilmiş sayılan vakıaların tersini ispat için yapılıyorsa buna “aksini-ispat” denir.

Herhangi bir hukuk normunun uygulanması, o normla düzenlenen (yani, kendilerine hukuksal sonuç bağlanan) olumlu veya olumsuz olguların somut olarak gerçekleşmiş bulunmasına bağlıdır. Başka bir deyişle, hukuk normunun soyut olarak düzenlendiği ve kendilerine hukuksal sonuç bağladığı olgular somut olarak gerçekleşmiş bulunmadıkça, o norm uygulanamaz; o normda öngörülen hukuksal sonuç doğmuş sayılamaz.

İşte bu noktada, özellikle ortada bir iddia varsa bunun ispatlanması, bir ihtiyaç olarak ortaya çıkar.

İspat araçlarına, “delil” adı verilir. Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun (m.47,V) kendisine atıf yaptığı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunundaki (m.238,I) tanıma göre delil, davanın çözümüne etki edebilecek uyuşmazlık konusu hususların ispatı için başvuru vasıtalarıdır.

Delilin konusu maddî vakılardır. Maddî hukuk, bir hakkın doğumunu veya son bulmasını belli vakıaların varlığına bağlı tutmuştur. Gösterilen delil ile dayanan maddî vakıa ispat edilirse, hukuku uygulayacak olan makam, ilgili normu belirler ve olaya uygular; buna karşılık maddî vakıa ispat edilemezse, iddia reddedilir⁹⁵.

Aslında mahkemeler için söylenen bu husus, şeklen bir idarî organ olmasına rağmen, işlevsel olarak yargısal (yarı yargısal) faaliyet gösteren Rekabet Kurulu için de geçerlidir.

İSPAT YÜKÜ

Karşılıklı iki tarafın bulunduğu durumlarda, iki taraftan herhangi birinin iddiasına (talebine) hak veren hukuk normundaki öge olgunun gerçekleştiğinin belirlenmemesi halinde, o hukuk normu uygulanamaz ve bu durum, taraflardan birinin aleyhine olur; yani, o taraf istemini elde edemez. Acaba istemini elde

⁹⁵ Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2005 s. 418.

edemeyecek olan taraf hangisidir? Diğer bir anlatımla, ispat faaliyeti kime ait bir husustur? İddiada bulunan mı yoksa aleyhine iddiada bulunan mı ispat edecektir?

İşte bu soruların cevabını veren hukukî müessesese, “ispat yükü” müessesesidir.

İspat yükü, belli bir olayın gerçekleşmiş olup olmadığının anlaşılabilmesi, yani olayın ispatsız kalması halinde, aleyhte kararla karşılaşmak tehlikesidir⁹⁶. Bunun anlamı şudur: İspat yükü kime ait ise, o taraf ispat faaliyetine girişecek ve iddiasını ispat edecektir. Eğer ispat yükü kendisine düşen taraf iddiasını ispat edemezse, karşı tarafın herhangi bir ispat faaliyetine girişmesine gerek olmadan, iddia ispat edilemediğinden iddiaya dayanak olan hukuk normu da uygulanmayacaktır. Bu anlamda örneğin (A), (B) aleyhine “ben ondan alacaklıyım” şeklinde bir iddiada bulunursa bu iddiayı (neden ve ne kadar alacaklı olduğunu) ispat etmek zorunda olup, şayet iddiasını ispat edemezse, (B)’nin bu iddianın aksini (yani, A’ya borçlu bulunmadığını) ispat etmesine gerek olmayacaktır.

İspat yükü, hem özel hukukta hem idare hukukunda⁹⁷ kabul edilen bir müessesedir⁹⁸. Nitekim Danıştay da bir kararında aynen şöyle demektedir: ”Genel bir hukuk kaidesi olarak davada taraflar iddialarını ispat etmekle yükümlüdürler. Bu kurala uygun olarak idarî yargılama usulünde ve idarî yargı yetkisini haiz mercilerde de ispat yükü iddia sahibine düşmektedir. Ancak, idarî yargılama usulünde ve idarî yargı yetkisini haiz mercilerde taraflar arasında mevcut dengesizlik nedeniyle, durumun icabına ve hayatın olağan akışına göre ispat külfetinin yer değiştirmesi olağandır ve bunun takdiri de yetkili mercilere ait bulunmaktadır”⁹⁹.

İspat yükünün, genellikle iki tarafın (iddia ve savunmanın) bulunduğu hallerde (yani, davalarda) sözkonusu olduğu akla gelebilir ve Rekabet kurulu bakımından ispat yükünün teknik anlamda uygulanabilirliği belki tartışmaya

⁹⁶ Umar/Yılmaz s.3.

⁹⁷ Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt III, İstanbul 1966, 1979-1980; Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, İdare Hukuku, cilt 2, İdari Yargılama Hukuku, Ankara 1999, s.994-995.

⁹⁸ Ceza yargılamasında ispat yükünün sözkonusu olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre ceza yargılamasında ispat yükü sözkonusu değildir (Nurullah Kunter/Feridun Yenisey, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2000, s.547). Buna karşı diğer bir görüşe göre ise, ceza yargılamasında ispat yükü savcıdadır ve isnadı ispat edemezse, sanık beraat edecektir (Metin Feyzioğlu, Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Ankara 2002, s.159 vd).

⁹⁹ Danıştay 9.D. 12.10.1977, 1/3024.

açılabilir ve bu husus ilk bakışta akla yatkın görülebilir. Çünkü, Rekabet Kurulunda iddia makamı ve karar merciinin, (örneğin mahkemelerin işleyişinden farklı olarak) aynı organda birleştiği görülmektedir. Bu belki önemli bir nüans olarak değerlendirilebilir. Ancak, çağımızda idari işlem tesis eden bir makamın vereceği kararı gerekçelendirmesi ve bu arada delillendirmesi mecburiyetinin varlığı dikkate alındığında, adına ister isbat yükü denilsin ister gerekçe gösterme zorunluluğu denilsin yine de aynı noktaya gelinmektedir.

Bu noktada ispat yükünü öne çıkarttığımızda, rekabet ihlali ile ilgili iddialarda ispat yükünün Rekabet Kurulunda olduğu açık bir şekilde ifade etmenin kesinlikle hatalı olmadığı görüşündeyim.

İspat yükü müessesesi, yargılama hukuklarında en çok tartışılan konulardandır ve özellikle ispat yükünün kime düştüğü konusunda çeşitli teoriler geliştirilmiştir¹⁰⁰. Bugün için esas itibariyle kabul edilen teori, “norm teorisi”dir. Bu teoriye göre, iki taraftan her biri, kendi istemine veya savunmasına dayanak olan (yani, kendi lehine olan) normun öge olgularını ispat yükünü taşır.

Norm kuramının ortaya koyduğu bu ana kural, Medeni Kanunun (yalnızca medeni hukukta değil diğer hukuk alanlarında da geçerli bulunan genel hükümlerinden olan) 6 ncı maddesinde de yer alan kuraldır. Buna göre: “Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür”.

Norm kuramına göre, hukuk normları asıl normlar (hak doğuran normlar) ve karşı normlar olarak iki ana gruba ayrılır. Karşı normlar da kendi aralarında üç alt başlığa ayrılır: Hakkın doğumuna engel olan normlar, hak düşüren normlar ve hakkı felce uğratan normlar¹⁰¹. İlke olarak, hangi tür norm olursa olsun, bir norma dayanan taraf, o normun uygulanabilmesi için (normun) gerekli öge olguların gerçekleştiğini ispat etmek durumundadır. Normun öge olaylarından kasıt ise, ilgili normda düzenlenmiş bulunan unsurlardır. Bu anlamda örneğin A, B’nin haksız rekabetten dolayı kendisine karşı sorumlu olduğunu iddia ediyorsa, A, ilgili haksız rekabet normunda öngörülen öge olguların (duruma göre: BK m.48, TK m.56 vd’daki şartların) gerçekleştiğini ispatla yükümlüdür. Yani bu örnekte ispat yükü, B’ye düşmez ve B’nin haksız rekabette bulunmadığını ispatla yükümlü olması beklenemez. Kaldı ki, olumsuz (menfi) durumun ispatının zorluğu (olumluyu iddia eden ispat eder) ilkesi¹⁰² de bu engeldir.

¹⁰⁰ Bunların ayrıntısı için bkz. Umar/Yılmaz, s.38 vd.

¹⁰¹ Ayrıntılar için Umar/Yılmaz s.51 vd.

¹⁰² Bkz. Umar/Yılmaz s.246 vd.

Türk hukukunda ispat yükü bakımından gerek öğretinin çoğunluğu gerek yüksek mahkeme kararlarında benimsenen ana kural norm kuramı olmakla birlikte bu kurala bazı istisnalar getirilmektedir. Şöyle ki:

Normal duruma dayanan tarafın iddiasını ispat etmesi beklenemez. Çünkü olağan durum, hayatımızda hepimizin kendiliğinden kabul ettiği durumdur. Buna karşılık, olağan durumun aksi iddia ediliyorsa, bunun ispatı iddia edene düşer. Örneğin normal olan durum, herkesin hukuk kurallarına uygun davranmasıdır; bu sebeple hiç kimseden hukuk kurallarına uyduğunu ispat etmesi istenemez. Buna karşılık, bir kimsenin hukuka aykırı davrandığı iddia ediliyorsa, böyle bir iddiada bulunan taraf iddiasını ispatla yükümlüdür.

İspat yükü bakımından çok önemli bir istisnalar grubunu, karineler oluşturur ve karinenin aksini iddia eden ispat yükünü taşır. Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun da (m.4,III) karineden söz etmekte oluşu sebebiyle, burada karine kavramı üzerinde durulması uygun olacaktır.

Çok genel bir tanımlama ile karine, bilinen (belli) olgulardan, bilinmeyen (belli olmayan) bir olgunun (sonucun) çıkarılmasıdır¹⁰³. Başka bir anlatılma karine sözünden, varlığı bilinen olumlu veya olumsuz bir olaydan diğer bir olumlu veya olumsuz bir olayın, hukuksal durumun varlığı veya yokluğu sonucunun çıkartılmasına olanak veren kural anlaşılır¹⁰⁴.

Karineler, esas itibariyle kanunî karineler ve fiilî karineler (beşerî karineler, yaşam deneyimi kuralları, tecrübe kuralları) olarak iki ana gruba ayrılır.

Fiilî karineler, belli bir olaydan, belli olmayan bir olay için çıkarılan sonuçlardır. Bunlar olay iddialarının doğruluğu veya bir delilin güvenilirlik derecesi hakkında hakimin kanaat edinmesine yarayan, yaşam deneyimlerinin ortaya koyduğu değer yargılarıdır. Bu değer yargılarının aslında gerçeğe ilgili yoktur; fakat bunlar dolaylı olarak ve delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi sayesinde hukuk bakımından önemli sonuçlar ortaya çıkarılırlar. Fiilî karinelerin iki türlü işlevi vardır: 1) Hakim gösterilmiş bir delilin güvenilirlik derecesini, yani ispat gücünü, yaşam deneyimi kurallarına göre belirler; 2) Hakim hakkında delil gösterilmemiş bir olayın bile doğruluğunu yaşam deneyimi kurallarına dayanarak kabul edebilir ve bu durumda (karinenin gücü sayesinde) gerçek olarak kabul edilen olgunun aksinin isbatı aleyhine sonuç çıkartılan kişiye geçer.

Bu soyut açıklamaları somuta indirgemek için somut örnekler verelim. Yaşam deneyimi kuralları çerçevesinde: Ödeme şartıyla (ödemeli) olarak

¹⁰³ Ejder Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, Ankara 2005 (karine kelimesi).

¹⁰⁴ Umar/Yılmaz s.165.

gönderilen malın alıcıya teslim edilmiş olması, satış bedelinin ödenmiş olduğuna karine teşkil eder. Baba oğul arasındaki ilişki çerçevesinde babanın oğluna verdiği paranın bağış olması asıldır, verilen paranın ödünç olduğunun iddia edilmesi halinde bunu iddia edenin ispat etmesi gerekir. Evli eşlerin müşterek evindeki bileziğin veya kürk mantonun kadına ait olması normal olanıdır, bunun aksi iddia ediliyorsa ispat yükü ona düşer¹⁰⁵.

Kanunî karineler ise, belli olaylardan belli olmayan olaylar için kanun tarafından çıkarılan sonuçlardır. Bu tür karineler, kanun tarafından düzenlendiği için önemli karinelerdir. Bununla birlikte kanunî karineler, aksi ispat edilebilen (adi kanunî karine) ve aksi edilemeyen (kesin kanuni karine) karineler olarak iki ana gruba ayrılırlar. Uygulamadaki yerleşik kabule göre örneğin rızası fesada uğrayan kimsenin bir yıl içinde sözleşmeyi feshetmemesi halinde icazet vermiş sayılacağı karinesi (BK m.31), kesin kanunî karineye; iyiniyet (hüsnüniyet) karinesi ise, aksi ispat edilebilen adi kanunî karineye örnektir.

Tebliğ konum itibariyle, karineler bakımından Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun 4 üncü maddesinin getirdiği hüküm, yakından incelemeyi ve irdelemeyi gerekli kılmaktadır:

Anılan 4 üncü maddenin birinci fıkrasında özetle rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan anlaşmaların yasak olduğu belirtilmekte; ikinci fıkrada bunların özel görünüşleri belirtilmekte ve üçüncü fıkrada bir karine konulmaktadır. Buna göre: “Bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı

¹⁰⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 21.4.1982 tarihli ve 4-1528/412 sayılı kararına göre: “Destekten yoksun kalma tazminatına ilişkin davalarda ... davacılar, kendilerinin sosyal ve ekonomik durumlarını, ölenin sağ olması halinde kendilerine düzenli bir şekilde yardım ve muavenette bulunulacağını ispatla yükümlüdürler. Ne var ki, genel yaşam deneylerine ve yaşamın olağan akışına dayanan kişi, artık iddiasını ispatla yükümlü değildir. Bilindiği gibi bu kurallar, yani eylemli (ya da beşeri) karine denen yaşam deneyi kuralları, tarafların olay iddialarının doğruluğu veya bir delilin güvenilirlik derecesi hakkında, hakimin kanaat edinmesine yarayan yaşam deneylerinin ortaya koyduğu değer hükümleridir (Bilge Umar/Ejder Yılmaz, İspat Yükü, 2.baskı, İstanbul 1980, s.165 vd, 170 ve 40). Delil değerlendirme serbestisinin yürüdüğü durumlarda (HUMK m.240) ve değer hükümleri dolaylı olarak hakim tarafından göz önünde tutulurlar. Bu karinenin iki işlevinden en önemli bir tanesi şudur: Hakim, hatta hakkında delil gösterilmemiş olay iddiasının doğruluğunu, yaşam deneyi kurallarına dayanarak kabul edebilir ve bu durumda delil gösterme yükü, o olayın aksini ileri süren tarafa geçer” (YKD 1982/8 s.1076-1080).

piyasalardakine benzerlik göstermesi, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder”.

Öncelikle belirtmek gerekirse bu karine, kanun tarafından belirtildiği için bir kanunî karinedir; m.4,IV’deki “Ekonomik ve rasyonel gerekçelere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir” ifadesi, bu karinenin aksi ispat edilebilir bir kanunî karine olduğunu göstermektedir.

Karineyi, “bilinen olgulardan bilinmeyen sonucun çıkartılması” şeklinde tanımladığımızı göre, 4 üncü maddedeki karinenin uygulanabilmesi yönünden, “teşebbüslerin uyumlu eylem içinde oldukları sonucu”na varılabilmesi (yani, karinenin uygulanabilmesi) için, olayda saptanması gereken (yani bilinen) bazı olguların bulunması gerekir. Buna göre; ortada bir anlaşma bulunmasa (yahut bulunsu bile bunun varlığı tespit edilemese) dahi şayet “bir piyasada var olan fiyat değişimleri veya oluşan arz ve talep dengesi ya da teşebbüslerin faaliyet gösterdikleri bölgeler; rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik gösteriyorsa”, uyumlu eylemin varlığı sonucuna götürebilir.

Burada getirilen karine, “uyumlu eylem karinesi” olarak adlandırılmaktadır. “Uyumlu eylem”in ne olduğu işbu incelemenin konusu değildir. Ancak, genel olarak kabul edildiğine göre, iki veya daha çok teşebbüsün, ekonomik ve rasyonel gerçeklerle anlaşılamayan ve bir anlaşmaya dayanmayan fakat bilinçli olarak birbirine paralel hale getirilmiş rekabeti sınırlayıcı pazar davranışları, uyumlu eylem olarak tanımlanmaktadır¹⁰⁶. Bu tanımdan da görüleceği üzere, buradaki sınırlayıcı Pazar davranışları bakımından birden fazla teşebbüsün bilinçli olarak hareket etmeleri esastır. Şayet taraflar arasında gerçekten bilinçli bir paralellik yoksa, uyumlu eylemden söz edilemez.

Kanunun (m.4,III) koyduğu uyumlu eylem karinesi bakımından, burada şu iki hususu özenle birbirinden ayırmak gerekir: 1) Rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasanın (daha amiyane bir tabirle: rekabetin korunması açısından “istenmeyen piyasa”nın) ne anlama geldiği; 2) İncelenen piyasanın belli bir anda gözlemlenen durumu ve bunun istenmeyen piyasa ile benzerlik göstermesi.

“İstenmeyen piyasa”, rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararların geçerli olduğu piyasadır. Hepimizin bildiği üzere Kanun, “istenmeyen piyasa”yı tanımlar ve açıklarken, bu konuda önce genel bir kural (m.4,I) koyarak

¹⁰⁶ Bkz. Yılmaz Aslan, Rekabet Hukuku, Bursa 2001, s.80 vd.

(doğrudan veya dolaylı bir şekilde) “rekabetin engellenmesini, bozulmasını ve kısıtlanmasını” yasaklamakta ve daha sonra somut örnekler vererek bu kuralı (altı bent halinde) özele (m.4,II) indirgemektedir. Bunlar özetle şöyledir: “fiyatı (satım şartlarını) belirleme” (m.4,II/a,e ve f); “piyasayı bölüşme” (m.4,II/b ve d); “arz ve talebi kontrol etme” (m.4,II/c).

Yasaklanan bu faaliyetlere olanak veren hertürlü anlaşma, uyumlu eylem (zımnî anlaşma) ve karar hukuka aykırı ve yasaktır.

4 üncü maddenin III üncü fıkrasındaki karine bakımından da belirtilmek istenilen durum (yani, yukarıda belirttiğim 1 nolu husus) budur. İşte bu bağlamda, incelenen bir piyasada ortada açıkça bir anlaşma bulunmasa (böyle bir anlaşmanın varlığı tespit edilemese) dahi, incelenen birden fazla teşebbüsün faaliyet gösterdiği piyasada, teşebbüslerin bilinçli eylemleri sonucunda “fiyatları belirleme”, “piyasayı bölüşme” yahut “arz ve talep kontrol” vakıaları varsa, o piyasa, karine olarak “istenmeyen bir piyasa” konumundadır ve Rekabet Kurulu bundan hareket ederek Rekabet Kanununda öngörülen yetkilerini kullanabilir. Burada artık, bir anlaşmanın varlığının ispatına ve başkaca delil göstermeye gerek yoktur.

Ancak hiç şüphesiz, Rekabet Kurulunun buradaki karineden yararlanarak sonuca varırken, o piyasada tespit ettiği “fiyatı belirleme”, “piyasayı bölüşme” yahut “arz ve talep kontrolü” hakkında elde ettiği somut verileri ve bunların delillerini açıkça göstermek durumundadır. Bu hususlar idarenin verdiği kararın gerekçesini oluşturacağı içindir ki, Danıştay’ın denetimine açıktır.

Kanunun (m.4,III) burada koyduğu karinenin aksinin ispatı mümkün (m.4,IV) olduğuna göre, bu hükmün uygulanmasında Rekabet Kurulu nihaî kararını vermeden önce, bu karineye dayanacağını ve bunun nedenlerini ayrıntılı bir şekilde ilgili tarafa bildirmeli ve onun bu karinenin aksini ispatlamasına olanak tanımalıdır. Aksi halde vereceği karar, Danıştay tarafından iptal edilecektir.

Rekabet Kurulumuzun da, çeşitli kararlarında buradaki uyumlu eylem karinesinden yararlandığı, uyumlu eylem bulgularını açıklayarak bunları irdeleyerek kararına gerekçe olarak koyduğu görülmektedir. Örneğin: 17.07.2000 tarihli ve 00-26/291-161 sayılı kararda, bazı gazeteler arasında; 27.02.2001 tarihli ve 01-10/100-24 sayılı kararda motor yenileme pazarında faaliyet gösteren teşebbüsler arasında; 2.12.2004 tarihli ve 04-77/1108-277 sayılı kararda bazı çimento kuruluşları arasında; 24.02.2004 tarihli ve 04-16/123-16 sayılı kararda bazı seramik üreticileri arasında; 23.9.2005 tarihli ve 05-60/896-241 sayılı kararda

bazı maya üreticileri arasında karine olarak uyumlu eylem bulunup bulunmadığı tartışılmış ve sonucuna varılmıştır.

Rekabet Kurulu'nun yukarıda son anılan kararında ayrıca, m.4,IV'deki karinenin aksinin ispatına ilişkin hükümlerle ilgili olarak da şöyle denilmektedir: "Her ne kadar oligopolistik piyasalarda fiyat hareketlerinin benzerlik göstermesi oligopol tanımında yer alsada; dört firmanın birden piyasa koşullarında objektif herhangi bir değişme olmaksızın üretim maliyetlerindeki artışın ve enflasyon oranlarının hayli üzerinde fiyat artışına gitmelerinin ve bu artışları başlangıçta üst üste iki ay ve yüksek oranda gerçekleştirebilmelerinin ve ilerleyen zamanlarda da istikrarlı bir şekilde fiyat artış trendlerini devam ettirebilmelerinin uyumlu eylemden başka bir iktisadi gerekçesi bulunmamaktadır".

Rekabet Kurulu kararlarının bu şekilde gerekçelendirilmiş olması, (bunlar hakkındaki iptal davalarının henüz kesinleşmemiş olması sebebiyle, kararların esas hakkında bugün için herhangi bir değerlendirme yapmaksızın) biçimsel olarak yerindedir. Bu vesileyle, anılan karinenin neden uygulandığı konusunun kararlarda daha da ayrıntılı olarak yer almasının, Danıştay denetiminin daha sağlıklı yapılması bakımından yerinde olacağına altını çizmek isterim.

İspat yükü bakımından buraya kadar 4 üncü madde açısından yaptığım açıklamalar, ispat yükünün kanunun kabul ettiği bir karine sebebiyle dolaylı olarak yer değiştirdiğini göstermektedir.

Kanun, başka bir hükmüyle (m.59) rekabetin sınırlanmasının özel hukuk alanındaki sonuçlarını düzenlerken de, ispat yükü bakımından açık (doğrudan) bir hüküm koymuştur.

Rekabete aykırı anlaşma ve kararlar geçersiz olduğundan (m.56), kanuna aykırı olan eylem, karar, sözleşme veya anlaşma ile rekabeti engelleyen, bozan ya da kısıtlayan yahut hakim durumunu kötüye kullanan kişi veya teşebbüs, zarar görenlerin her türlü zararını tazmin eder (m.57).

Zarar görenin açtığı herhangi bir tazminat davasında ispat yükü, Medeni Kanunun 6 ncı maddesi çerçevesinde (normal olarak) davacıya düşmektedir. Bu bağlamda davacı, davanın kendi lehine sonuçlanabilmesi için davanın dayanağı olan şartları (duruma göre, haksız fillin şartları olan hukuka aykırı eylem, kusur, zarar, illiyet bağı) ispat etmek durumundadır. Eğer davacı ispat yükünü yerine getiremezse, davalının ispat yönünden herhangi bir faaliyette bulunmasına gerek olmadan, davacının davası reddedilir. Çünkü ispat yükü, ispatsızlığın riskini taşıyan tarafta (somut tazminat davasında davacıda) olması sebebiyle, sonuç onun aleyhine olmaktadır.

Yukarda açıklanan bu kural, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 57 nci maddesine dayanılarak açılan davalarda da geçerlidir. Bu sebeple, bu davada da ispat yükü davacıya düşmektedir. Ancak Kanun (m.59), burada davacı lehine bir karine koymak suretiyle onun işini kolaylaştırmaktadır. Buna göre: Zarar gören (yani: davacı), (Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun yasakladığı) bir anlaşmanın varlığı ya da piyasada rekabetin bozulduğu izlenimini veren, özellikle piyasaların fiilen paylaşılması, uzun sayılacak bir süre piyasa fiyatında gözlenen kararlılık, fiyatın piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın aralıklarla artırıldığı gibi kanıtları mahkemeye sunarsa, uyumlu eylem içinde bulunmadığını ispat yükü davacıya geçer.

Bu hükümde ispat hukuku bakımından birbirinden farklı hususlar, teknik açıdan doğru olmayan şekilde bir arada ifade edilmiştir. Şöyle ki: Davacı, yasaklanan bir anlaşmanın varlığını ispat ederse, kendisine düşen ispat yükünü yerine getirmiş olur ve kanun bu konuda herhangi bir düzenleme getirmemiş olsa dahi, asıl ispat yapıldığı için ispat yükü (daha doğrusu: karşı ispat yükü) kendiliğinden davalılara geçer.

Buna karşılık, m.59 hükmünün ispat hukuku bakımından değeri, metindeki “ya da...” ibaresinden sonra yeralan kısım bakımındandır ve davacı, “piyasayı bölüşme” veya “fiyatı belirleme” gibi konularda mahkemeye deliller sunarsa, uyumlu eylemi borçlar hukukundaki teknik ifadesiyle, hukuka aykırı fiili) ispat etmiş ve ispat yükünü yerine getirmiş olur.

59 uncu maddedeki düzenleme sebebiyle, davayı kazanmak isteyen davalıların, uyumlu eylem içinde bulunmadıklarını ispat etmeleri gerekir. Aslında böyle bir ispatın, menfi duruma ilişkin olması sebebiyle oldukça zordur. Kanunkoyucu m.59 bakımından, m.4,IV'deki “ekonomik ve rasyonel gerekçe” ifadesini burada kullanmamaktadır. Bu sebeple davalıların herhangi bir şekilde, uyumlu eylem içinde bulunmadıklarını ispat etmeleri yeterlidir.

Dikkat edilirse m.59 hükmü de, temeli itibariyle m.4 hükmündeki düzenlemeye benzemektedir. Bununla birlikte her iki hüküm arasında, kaleme alınıştan kaynaklanan bazı farklılıklar vardır. Bu farklılıkların, olması gereken hukuk bakımından gözden geçirilerek düzeltilmesinin uygun olacağı kanısındayım.

“UYUMLU EYLEM KARİNESİ” ÜZERİNE HUKUKİ VE EKONOMİK ÇÖZÜMLEMELER

Doç. Dr. İzak ATİYAS (*Sabancı Üniversitesi Öğretim Üyesi*) ve

Av. Gönenç GÜRKAYNAK

1. GİRİŞ

Bu çalışmanın amacı Rekabeti Korunması Hakkındaki Kanun'un (RKHK) 4 maddesinde sözü edilen karine hükmünü tartışmaktır. Söz konusu maddede, “...rekabeti engelleme, bozma yada kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran veya doğurabilecek nitelikte olan anlaşma ve uyumlu eylemler” yasaklanmaktadır. Bu çalışmanın konusu olan karine hükmü ise şöyledir:

“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.”

Karine hükmü çeşitli biçimlerde yorumlanabilir. Bu çalışmada özellikle karine hükmünün Rekabet Kurulu'nun son birkaç kararında kullanılma biçimi ve bunun dayandığı yorum üzerinde durulacaktır.¹⁰⁷ Bu yorum ve kullanılma biçimi yenidir. Çok özet bir biçimde ifade edecek olursak, daha önceki kurul kararlarında firmalar arası paralel davranış ve özellikle paralel fiyat artışının varlığı, tek başına uyumlu eylemin karinesi olarak ele alınmamış, sadece paralel fiyat artışları deliline dayanılarak RKHK'nun 4. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varılmamıştır. Bu yakın tarihli kararlara gelinceye kadar, dördüncü maddenin uyumlu eylem yolu ile ihlal edildiği sonucuna varılan her Kurul kararında, paralelliğe ek olarak bir teşebbüsler arası irtibat delili bulunmuştur.

Oysa Rekabet Kurulu'nun son dönemlerdeki iki kararında firmaların belirli dönemlerde paralel davranış göstermiş olmalarının uyumlu eyleme karine teşkil ettiği sonucuna varılmış, böylece ilgili her bir teşebbüsün ekonomik ve rasyonel gerekçelere dayanarak uyumlu eylemde bulunmadığını ispat etmesi istenmiştir.

Karinenin anılan yorumunda kullanılan mantık aşağı yukarı şöyledir:

1. 4.maddede karinenin kullanılması için öngörülen söz konusu paralelliğin “rekabetin engellendiği piyasalara benzerlik göstermesi” şartı (buna “benzeme şartı” denebilir) genellikle hafif bir biçimde kullanılır. Örneğin sözkonusu olan paralel fiyat artışları ise, bunların maliyet ve enflasyonun üzerinde olması, bu hareketlerin rekabetin engellendiği piyasadakilere benzediğini öne sürmek için yeterli sayılır.
2. Dolayısıyla bu tür paralel hareketler uyumlu eylem karinesi teşkil eder.
3. Bu durumda söz konusu paralelliğin uyumlu eylem dışında ekonomik ve rasyonel gerekçeleri olduğunu göstermek teşebbüslere düşmektedir.

Bu çalışmada, bu mantığın geçerli olduğu muhakeme biçimine “uyumlu eylem karinesinin çıplak bir biçimde kullanılması” adı verilecektir. Bu çalışmada karinenin çıplak bir biçimde kullanıldığı Kurul kararı ayrıntılı bir biçimde tartışılmayacak, daha genel olarak karine hükmünün bu ve benzeri yorumu

¹⁰⁷ 05-60/896-241 numaralı 23.9.2005 tarihli maya kararı ve 05-05/42-17 numaralı ve 13.1.2005 tarihli çimento kararı.

hakkında ekonomik ve hukuki bir analiz yapılacaktır. Burada bu analizin ana başlıklarını özetlemek ve sınırlarını çizmek yararlı olacaktır.

Uyumlu eylem tartışmalarında karine mantığı, rekabet otoritelerinin, oligopolistik piyasalarda uyumlu eylem yoluyla rekabetin kısıtlandığı sonucuna varmaları için ne tür deliller ortaya koymaları gerektiği bağlamında ortaya çıkmaktadır. İleride ayrıntılı bir biçimde gösterileceği gibi, gerek Avrupa Birliği gerek ABD’de antitröst uygulamasında uyumlu eylem yolu ile rekabet ihlalinin olduğu sonucuna varmak için fiyat paralelliği dışında bazı deliller aranmaktadır. Örneğin, firmalar arasında çeşitli iletişim ve irtibat biçimleri, uyumlu eylemin varlığı hakkında yeterli delil olarak ele alınabilmektedir.

Öte yandan konuya ekonomi teorisi açısından bakılacak olunursa, en azından bir yoruma göre denebilir ki, oyun teorisi, şirketlerin, aralarında herhangi bir doğrudan irtibat olmadan, kolektif piyasa gücü uygulayabildiklerini göstermiştir. Yani, bu yaklaşım içinde piyasada (hatta) tekel fiyatlarının oluşması için bile firmaların birbirleri ile doğrudan irtibat içinde olmalarına gerek yoktur. Kuşkusuz, hele ki rekabet hukukunun esas amacının tüketici veya toplam refahı korumak olduğuna inanılırsa, bu tespit, antitröst uygulamasında bir açmazı işaret etmektedir: Bu tespit ışığında, nerdeyse, rekabet ihlali sonucuna varılması için irtibat delili ortaya konması gerekliliği, kartellere karşı savaşta rekabet otoritelerinin ellerini kollarını bağlayan bir zincir durumuna düştüğü düşünülebilir. Öte yandan yine açıktır ki, ve bu çalışmada ileride gösterileceği gibi, bu gözlemler, rekabet otoritelerini, karine mantığını çıplak bir biçimde kullanmaya itmemiştir. Bu da başlı başına bir çelişki gibi durmaktadır.

Uluslar arası antitröst uygulaması açısından bakıldığında Türkiye’de RKHK’ndaki karine hükmü bir yeniliktir ve yukarıda özetlenen bağlam bu yeniliğin niye ortaya çıkarılmış olduğu hakkında da açık bir fikir vermektedir: belli ki yasayı hazırlayanlar yukarıda sözü edilen zincirleri bir miktar kırmak istemiştir. Türkiye bilgelik yüklü bir cesaret içinde mi davranmıştır yoksa eksik tecrübenin verdiği bir yanılsama içinde uluslar arası düzeyde henüz çözülememiş olan bir açmazı kolayca çözebileceğini mi zannetmiştir?

Meseleyi daha genel bir şekilde ortaya koyacak olursak şu sorular sorulabilir: Karine gibi bir hükmün fayda ve zararlarını görmek için ne tür etkenleri göz önünde bulundurmak gereklidir? Karine hükmünün faydalı olabilmesi için yerine getirilmesi gereken bazı ön şartlar var mıdır? Karinenin çıplak bir biçimde kullanılması doğru kararlar ile sonuçlanabilir mi? Kanunda yer aldığı şekli ile karine hükmü antitröst uygulamasında sık sık hatalara yol açabilir mi?

Bu makalede bu soruların tümüne cevap verilmeyecektir. Bizce bu tür sorulara cevap verebilmek, bu konudaki tartışmayı anlamlı kılabilmek ve tartışmayı kolaylaştırmak için önce etraflıca ve konunun ekonomik yönüne yani oligopolistik piyasaların özelliklerine ağırlık veren bir analitik çerçeve ortaya koymak, bu çerçevenin hukuk temelli bir tartışma için ne anlama geldiği hakkında çikarsamada bulunmak lazımdır. Bu çalışmanın birinci hedefi böyle bir çerçevenin ilk taslağını ortaya koymaktır.

Öte yandan Türkiye’de, en son kurul kararlarında ifadesini bulan karinenin çıplak kullanılma biçiminin Avrupa Birliği uygulamasından çok sapmadığı şeklinde bir inanış da var gibidir. Biz aynı fikirde değiliz. Dolayısıyla, bu makalenin ikinci amacı, karinenin çıplak bir biçimde uygulanmasının Avrupa Birliği, ABD ve hatta genel olarak uluslar arası deneyime ters düştüğünü ortaya koymaktır. Bunu yaparken, uluslar arası uygulama ile daha önce ortaya konmuş olan analitik çerçeve arasındaki mantıksal ilişki mümkün olduğu kadar açık bir biçimde ortaya konulacaktır.

Kuşkusuz yukarıdaki sorulara cevap verebilmek için bu makalede ortaya konulan amaçlar yeterli değildir. İleride de anlaşılacağı gibi bu sorulara cevap verebilmek için, karine tipinde hükümlerin çeşitli piyasa durumlarında ne tür fayda ve maliyetle yol açabileceğini, oligopolistik piyasalarda piyasa gücü sorununu çözebilmek için rekabet otoritelerinin başka ne tür araçlar kullanabileceği hakkında daha ayrıntılı bir tartışma yapmak gerekmektedir. Bu çalışma bir yerde böyle bir tartışmaya faydalı bir zemin hazırlamaya çalışmaktadır.

2. OLİGOPOL PİYASALARA EKONOMİK BAKIŞ

Bu bölümde oligopolistik piyasalarda teşebbüs davranışları ele alınacak, oyun teorisi kavramları ışığında bu tür piyasalarda ortaya çıkan piyasa sonuçları toplumsal refah açısından irdelenecek, farklı piyasa sonuçlarının rekabet hukuku açısından nasıl değerlendirilebilecekleri konusunda görüşler öne sürülecektir.

2.1. Refah Kıstası

Her ne kadar rekabet hukukunun ana hedefinin ne olduğu hakkında açık bir konsensüs var gibi gözükme de (Bkz. Gürkaynak ...) herhangi bir piyasanın ekonomik açıdan irdelenmesinde temel değerlendirme kıstasının yani toplumsal refah ölçütünün ne olması gerektiği konusunda oldukça yaygın bir konsensüsün varlığından söz edilebilir: Bu kıstas, ya tüketici artığıdır ya da toplam artıktır (yani tüketici artığı artı üretici artığı). Bu çalışmada, piyasa sonuçları veya rekabet politikasının piyasa sonuçları üzerindeki muhtemel etkisi değerlendirilirken, bu toplumsal refah ölçütü kullanılacaktır. Tüketici artığı ile toplam artık her

değerlendirmede aynı sonucu vermemektedir ancak bu çalışmanın amaçları açısından aradaki farkların önemsiz olduğu söylenebilir.

2.2. Bağımsız Davranma ve Nash Dengesi: Tek Sefer Oyun

Sanayi ekonomisi alanında gizli veya zımni danışıklık (“tacit collusion”) diye adlandırılan olguyu irdelemek için önce basit oligopol modellerini gözden geçirmekte yarar vardır. İki temel oligopol modeli vardır: Cournot ve Bertrand oligopol modelleri. İkisi de az sayıda teşebbüsün arasındaki etkileşimi inceler. Bunların arasındaki fark, teşebbüslerin hangi değişkenleri seçerek rekabet ettiklerine ilişkin varsayımdır. Eğer aynı şeyi oyun teorisi kavramlarıyla belirtecek olursak: Cournot modelinde oyuncuların strateji kümesi üretim miktarlarından, Bertrand modelinde ise fiyatlardan oluşur. Cournot modelinde teşebbüslerin üretim miktarını belirledikleri, tüm üretim miktarları belirlenince fiyatın da üretim ile talebi eşitleyecek düzeyde oluşacağı varsayılır. Bertrand modelinde ise teşebbüslerin fiyatları belirledikleri, bu sefer üretim miktarlarının belirlenen fiyatta oluşan talebi tam olarak karşılayacak kadar gerçekleşeceği varsayılır. Her iki yaklaşımda da teşebbüslerin etkileşiminden nasıl bir sonuç çıkacağı sorusuna verilen cevap “Nash Dengesi”dir. Oyun teorisinin en temel çözüm kavramlarından biri olan Nash Dengesinin tanımı şudur: Diğer oyuncuların stratejileri verili iken, her oyuncunun stratejisinin diğerlerine “en iyi cevap” olduğu strateji kombinasyonu.¹⁰⁸ Yani Nash dengesinde oyuncular öyle stratejiler seçmiş olurlar ki, diğer oyuncuların seçimleri verili iken, hiçbir oyuncunun başka bir strateji seçme dürtüsü yoktur, başka bir strateji seçerek kazanımın arttırması mümkün değildir. Örneğin Cournot-Nash dengesinde ikinci oyuncunun denge üretim miktarı verili iken, birinci oyuncu denge üretim miktarından herhangi başka bir üretim miktarı seçerek kazanımını arttıramaz, denge üretim miktarı en yüksek kazanımı verir.

Nash çözüm veya denge kavramı, teşebbüslerin birbirinden bağımsız davrandığı varsayımına dayanır. Oyun teorisi terminolojisine göre, Nash dengesi “işbirliği içermeyen” (non-cooperative) bir çözüm kavramıdır. Nash dengesinde her teşebbüs diğerinden bağımsız olarak kendi kârını maksimize eder; daha doğrusu stratejik değişken ne ise (Cournot modelinde üretim miktarı, Bertrand modelinde fiyat) onun muhtemel değerleri arasından, diğer oyuncuların Nash-denge seçimleri verili iken, kendi kazanımını maksimize edecek değerini seçer. Buradaki “bağımsız” deyimini iyi anlamak lazımdır. Bağımsız demek, her şirketin,

¹⁰⁸ “Strateji profili” demek daha doğru olurdu. Yani her bir oyuncunun seçtiği stratejilerden oluşan küme. Örneğin oyun Cournot modeli ise ve iki oyuncu varsa birinci oyuncunun üretim miktarı ve ikinci oyuncunun üretim miktarından oluşan küme.

diğer teşebbüslerin denge stratejisi verili iken, kendi stratejisini optimal seçmesi demektir. Teşebbüsler bağımsız davrandığı halde, Nash denge kavramı yine de teşebbüsler arasında ciddi bir koordinasyon içerir: nerdeyse her şirket, diğer teşebbüslerin Nash denge stratejilerini seçeceklerini bilir gibidir. Bu bir varsayımdır ve Nash denge kavramının çok temel bir varsayımdır. Standart oligopol teorisi, teşebbüslerin Nash dengelerini nasıl buldukları konusunda bir ipucu vermez. Bu modellerde oyuncuların zihin süreçleri irdelenmez, inceleme konusu yapılmaz. Bir modelde Nash dengesi var ise, oyuncuların onu oynayacağı varsayılır. Bu anlamda Nash denge kavramı ciddi bir koordinasyon içerir.

Yine de Nash denge kavramının neden güçlü bir kavram olduğunu anlayalım. Oyunun muhtemel sonuçları arasında¹⁰⁹ Nash denge sonucunun dışındaki her muhtemel sonuçta oyunculardan en azından biri, diğer oyuncunun stratejisi verili iken, stratejisini değiştirerek daha fazla kazanım elde edebilir. Yani Nash denge dışındaki herhangi bir muhtemel sonuçta oyunculardan en azından biri optimal davranmıyor gibidir (diğerinin seçimine en iyi yanıt vermemektedir). Sadece Nash dengesinde her iki oyuncu da (diğerinin seçimi verili iken) en iyi yanıt anlamında optimal davranmaktadır.

Herhangi bir homojen ürün piyasasını ele alalım. Tam rekabetin olduğu (yani tüm firmaların fiyatları veri aldığı ve uzun dönemde giriş çıkışların serbest ve maliyetsiz olduğu) durumda bu piyasada fiyatlar marjinal maliyetlere eşit olur. Uzun dönemde ekonomik kâr sıfırdır. Eğer piyasa oligopolistik ise ve Cournot rekabeti var ise denge fiyatı marjinal maliyetin üzerindedir ve teşebbüslerin kârları sıfırdan büyüktür. Cournot modelinde denge fiyatlar ayrıca aynı talep fonksiyonunun olduğu fakat bir tek firmanın mal sattığı tekel piyasasında oluşacak fiyatın da altındadır.

Buna karşılık, Bertrand modelinin dengesinde belirli şartlar altında fiyatlar marjinal maliyetlere eşit olur yani teşebbüsler sıfır kâr elde ederler. Yani bir anlamda Bertrand modeli Cournot modeline göre daha keskin rekabet içerir.¹¹⁰

2.3. İşbirliği

Fakat, yukarıda anlatılan oyunlarda hem fiyat hem kâr, teşebbüslerin işbirliği yapması halinde elde edebilecekleri kârın altındadır. Burada kullanılan “işbirliği” lafı aslında çok genel bir kavramdır. Genellikle herhangi bir oyunun “işbirliği içeren” (cooperative) çözümü şu anlama gelir: Oyuncular işbirliği

¹⁰⁹ Örneğin Cournot oyununda her üretici sıfır ile sonsuz arasında herhangi bir üretim miktarını seçebileceğinden, oyunun sonsuz muhtemel sonucu vardır.

¹¹⁰ Kuşkusuz burada anlatılan modellerin en basit halleridir.

yapınca, kazanımlarını birbirinden bağımsız maksimize etmeye çalışmazlar, birlikte davranıp stratejik değişkenleri ne ise, onun oyuncuların tek tek değil de toplam kazanımlarını maksimize edecek değeri bulunur.¹¹¹ Oligopol teorisinde de bu böyledir: İşbirliği içeren çözümü bulmak için üretim miktarı ve fiyatın toplam kazanımları maksimize edecek değeri bulunur. Buna kartel çözümü de denir. Kuşkusuz talep fonksiyonu verili iken, Cournot ve Bertrand kartel çözümleri birbirine eşittir. Bu değer aynı zamanda o talep fonksiyonu altındaki tek el fiyatına eşittir.

Hemen vurgulamak gerekir ki bu modelin varsayımları altında kartel gibi davranmak kolay değildir, bunun için dışsal bir yaptırım gerekir. Çünkü dışsal yaptırım olmadığında oyunculardan her birinin bu anlaşmaya uymama dürtüsü vardır. Diğer oyuncular kartel stratejilerine sadık kalırken her bir oyuncunun kartel stratejisine sadık kalması optimal değildir. Zaten kartel çözümünün Nash dengesi olmaması da bu anlama gelir.

Tüketici refahı veya toplam refah açısından bakıldığında, tam rekabet ve Bertrand modellerinde tüketici ve toplam refah mümkün olan en yüksek düzeyine ulaşır. Cournot modelinin Nash dengesinde oluşan fiyatlar marjinal maliyetlerden yüksek olduğundan tüketici refahı da toplam refah ta daha düşüktür. İşbirliği altında ise her iki refah ölçütü de daha da azalır ve tek el düzeyine ulaşırlar.

Bu modellerin şimdiye kadar özetlenen özellikleri ile rekabet hukuku arasında bir ilişki kurmaya çalışırsak sanırım şunları söylemek mümkün olur. Eğer gerçek dünya bu modellerdeki gibi basit olsaydı ve de teşebbüsler bu modellerdeki

¹¹¹ Kavramlar çok rahat birbirine karışabildiği için İngilizce kullanımdaki bazı kelimelerin Türkçe seçimlerine şimdiden açıklık getirelim. Oyun teorisinde oynanan oyunun türünü betimlemekte kullanılan “cooperative” deyiminin karşılığı olarak yerine göre işbirliğine dayalı veya işbirliği içeren veya işbirlikçi deyimleri kullanılacak. “Non-cooperative” deyimini karşılığı olarak da işbirliği içermeyen veya işbirliğine dayanmayan gibi ifadeler kullanılacak.

“Collusion” kelimesinin en uygun Türkçesi danışıklık gibi durmaktadır. O zaman “collusive” kelimesinin Türkçesi de danışıklı olmaktadır. Bunlar ekonomi teorisinde kullanılan kavramlar ve kelimelerdir. Bir de hukukta kullanılan kavramlar vardır: anlaşma ve uyumlu eylem. Genelde anlaşma deyiminin taraflararası açık (belki belgelenmiş veya metne dökülmüş) bir anlaşmayı ima ettiği, öte yandan uyumlu eylem deyiminin ise ortada açık bir anlaşmanın olmadığı fakat tarafların yine de bir irade birliği içinde davrandığı durumları kapsadığı söylenebilir.

Hukuk temelli kavramlar ile ekonomi temelli kavramları karıştırmamak yerinde olacaktır. Zaten bir anlamda bu çalışmada yapılma istenen şey, hukuk ve ekonomideki kavramların ne kadar birbirine karşılık geldikleri veya benzer veya ikame edilebilir olduklarını tartışmaktır.

gibi davranırsa idi, Cournot veya Bertrand Nash denge stratejilerini hayat geçiren teıebbüsler sanırız ki 85(1) anlamında anlaşma veya uyumlu eylem içinde olmazlardı. Nash denge davranma biçimi, Anti-tröst metinlerinde çokça geçen “bağımsız davranma” kavramına uygun bulunurdu. Örneğın bu, Cournot dengesinde fiyatların tam rekabete göre daha yüksek olmasına rağmen doğru olurdu. Buna karşılık “işbirliğı” içinde olan firmaların ise 85(1)’i ihlal ettiğı kabul edilirdi.

Yalnız şu kadarki tartışma ışığında bile anti-tröst tartışmaları ile basit oligopol modellerli arasındaki ilişkinin çok sorunsuz olmadığının altını çizmek lazımdır. Örneğın uyumlu eylem kapsamında teıebbüs davranışlarının ihlal içinde olup olmadığının önemli belirleyenlerinden biri firmaların “rekabet riski”ni azaltmaya yönelik faaliyetleri olup olmadığıdır. Halbuki basit Cournot modelinde herhangi bir risk yoktur, her oyuncu diğerk oyuncuların hamlelerini tam olarak bilmektedir.

2.4. Tekrarlanan Oligopol Oyunu

Tek seferli oyun aynı biçimiyle sonsuza kadar tekrarlanması halinde kartel fiyat ve kârları bir Nash dengesi olarak ortaya çıkabilir. Ekonomistlerin “gizli veya zımnı danışıklık” (tacit collusion) dedikleri budur. Yani oyunun sonsuza dek tekrarlanması halinde oyuncular kartel kârını fakat bu sefer birbirinden bağımsız stratejiler yolu ile, yani bir işbirliğı içinde bulunmadan elde ederler. Elde edilen sonuç danışıklıdır ancak bu sonuca işbirliğı içermeyen stratejiler sonucu ulaşmaktadır. Ayrıca varsayım odur ki bu durumda teıebbüsler arasında herhangi bir irtibat veya iletişim de yoktur.

Kartel sonucunu destekleyen stratejiler tek sefer oyunun stratejilerine göre daha karmaşık stratejilerdir. Literatürde yaygın olarak kullanılan stratejiler cezalandırma içerirler. Bunlar arasında en basitleri, “tetik stratejileri” diye adlandırılır. Örneğın sürekli tekrarlanan bir Bertrand oyununda tetik stratejileri şöyle özetlenebilir: herhangi bir oyuncu ilk dönem danışıklı fiyatı (kartel fiyatı) oynar. Sonraki her dönem eğer rakip bir önceki dönemde danışıklı fiyatı seçmiş ise, kendisi de danışıklı fiyatı seçer, aksi halde tek seferlik temel oyunun Nash dengesini oynar. Oyun teorisi, iskonto haddinin yeterince yüksek olduğu durumlarda, bu tür stratejilerin tekrarlanan oyunun bir Nash dengesini oluşturduğunu göstermiştir. Bu stratejiler sonucunda teıebbüsler sonsuza dek kartel kârı elde ederler. Cezalandırma gözlenmez.

Fakat bu strateji sonsuza dek tekrarlanan oyunun yegane stratejisi değildir. Örneğın tek seferlik temel oyunun Nash dengesi de tekrarlanan oyunun bir Nash dengesidir. Daha da önemlisi, yukarıda açıklanan tetik stratejisi ile

sadece kartel sonucu değil, tekel kârı ile tek sefer oyunun kârı arasındaki her düzey kâr desteklenebilir. Yani tekrarlanan oyunun çok sayıda Nash dengesi vardır. Dolayısıyla, aslında oyuncular arasında bir de koordinasyon sorunu vardır: Teşebbüsler, bu sonsuz sayıdaki denge stratejisi arasında hangi dengeyi oynayacaklarına nasıl karar verecekler, aynı dengeyi hedeflediklerinden nasıl emin olacaklardır? Yaygın bir biçimde kullanılan tekrarlanan oyun modellerinde bu soruya cevap verilmemektedir.

Her ne kadar bu konu ekonomi yazınında önemli bir sorun olarak değerlendirilse de tartışılan basit model ve bunun varsayımları çerçevesinde belki de çok önemli olmayacağını söylemek lazımdır. Sonuç olarak şirketlerin, talep ve maliyet parametrelerini gerçekten biliyorlar ise, tekel kârını bir odak noktası olarak almaları ve bunu destekleyecek stratejiyi seçmeleri beklenebilir. Yine de şu belirtilmelidir ki, oligopol teorisi henüz çoklu Nash dengesinden hangisini nasıl seçileceği konusunda açık bir mesaj vermemektedir.

2.5. Karşılaştırma

Tek sefer oyunun Nash denge stratejisi ile tekrarlanan oyunlardaki danışıklı stratejilerin bazı ortak yönleri vardır. Bu ortak yönlerin başlıcaları şunlardır:

- Her iki strateji de oyun teorisi anlamında bağımsız yani işbirliği içermeye stratejilerdir. Her ikisi de teşebbüsler arasında herhangi bir irtibat ve iletişim içermemektedir.
- Her iki durumda da, stratejiler Nash anlamında optimaldir (veya rasyoneldir). Yani her bir teşebbüsün stratejisi, rakiplerinin stratejileri verili iken, en iyi yanıt teşkil etmektedir.

Bu iki stratejinin birbirine benzemeyen yanları da vardır. Başlıcaları şunlardır.

- Danışıklı stratejiler, bir cezalandırma mekanizması veya tehdidi içerirler. Ayrıca bu cezalandırma tehdidi inandırıcıdır. Oysa tek seferli oyunun Nash stratejileri böyle bir mekanizma içermezler. Tekrarlanan oyunların basit versiyonlarında bu cezalandırmalar hayata geçmez. Yani tetik stratejilerinin oynandığı piyasada fiyat savaşları gözlenmez. Daha karmaşık olan ve belirsizlik içeren modellerde fiyat savaşlarının ortaya çıkması mümkündür.
- Danışıklı stratejiler, oyuncuların oyunun geçmiş dönemlerinde ne yaptığına bağlı olarak şekillenirler. Yani danışıklı stratejilerin

oluşumunda tarih önemli bir rol oynar. Doğal olarak tek seferlik oyunun Nash stratejilerinde bu durum yoktur.

2.6. Dinamik Oyunlar

Tekrarlanan oyun sonuç olarak statik bir oyunun aynı biçimde tekrarlanmasıdır. Bir de daha dinamik özellikleri olan oyunlar vardır. Dinamik oyunlar kendi başına ilginçtir çünkü bu oyunlarda çok çeşitli sonuçlar ortaya çıkabilmektedir. Bu oyunlarda genellikle oyuncuların Markov-mükemmel stratejiler uyguladığı varsayılır. Bu stratejilerin özelliği, her dönem kazanımları etkileyen (payoff-relevant) değişkenlere bağlı olmasıdır. Maskin ve Tirole (1988) ve başkaları (örnek ver) bu oyunlarda arasında devrevi fiyat hareketleri olabileceğini ortaya koymuşlardır. Yani fiyatlar maliyet veya talepte herhangi bir değişiklik olmadığı halde aşağı yukarı hareket edebilmektedir.

Bu tür oyunların bir tanesinin (Maskin ve Tirole, 1988) özelliklerini burada kısaca özetlemek yararlı olacaktır. Fiyat rekabetine dayanan bu oyunun özelliği, ve bu oyunu tekrarlanan Bertrand oyunundan ayıran yönü, teşebbüslerin fiyatlarını eşzamanlı değil sıra ile belirlemeleridir. Bu durumda her bir oyuncunun hamle sırası kendisine geldiğinde yapacağı seçim, diğer oyuncunun bir önceki dönemki seçiminin bir fonksiyonudur. Bu modelde oluşan dengede, fiyatlar tekel kârına tekabül eden düzey ile maliyetlere eşit olduğu (yani teşebbüslerin kârının sıfır olduğu) düzey arasında inip çıkar. Fiyatların tekel düzeyinde olduğunu varsayalım. O zaman hamle sırası kendine gelen oyuncu fiyat kırar ve piyasa payını artırır. Diğer oyuncu da buna fiyatı daha da kırarak cevap verir. Burada fiyat kırmanın amacı cezalandırmak değil piyasa payı arttırmaktır. Bu süreç fiyatlar maliyetlere eşitleninceye kadar devam eder. Fiyatlar taban yaptığında ise her iki oyuncudan biri bir olasılık ile fiyatını yeniden tekel düzeyine yükseltir.¹¹² Bu süreç içinde teşebbüslerin ortalama kârı tek seferli oyundaki dengenin üzerinde kartel düzeyinin ise altındadır.

3. EKONOMİK MODELLERİN ANTİTRÖST HUKUKU İÇİN ANLAMI

Bu bölümde yukarıda tartışılan modellerin rekabet hukuku ve uygulaması açısından ne anlama geldiği tartışılacaktır. Bu konu, özellikle de zımnî danışıklığın hukuki durumu, ekonomistlerin zihinlerini meşgul etmiş bir konudur (bakınız Kutu 1: Zımnî Danışıklık Hakkında İki Ekonomist Görüşü). Tek seferlik oligopol oyunların Nash sonuçlarının rekabet hukuku açısından bir sorun teşkil etmediği konusunda bir konsensüs var gibidir. Her ne kadar Nash dengesi de teşebbüsler

¹¹² Yani oyun teorisi dilinde burada karışık stratejiler geçerli olur.

arasında koordinasyon gerektiriyorsa da, ve her ne kadar (örneğin Cournot modelinde olduğu gibi), bazı tek seferlik Oligopol oyunlarının Nash dengelerinde tam rekabet durumuna göre bir toplumsal refah kaybı söz konusu ise de, muhtemelen bu koordinasyon tamamen bağımsız stratejiler tarafından yerine getirildiği için, rekabet ihlali olarak algılanmamaktadır.

3.1. Tam Bilgi Ortamında Zımnî Danışıklığın Rekabet Hukuku Açısından Durumu

Kuşkusuz konumuz açısından daha önemli olan soru, tekrarlanan oyunların danışıklık içeren sonuçlarının antitröst hukuku için ne ima ettiğidir. Antitröst hukukunun, teşebbüsler arası bir anlaşmayı bırakın, doğrudan veya dolaylı bir irtibat veya iletişiminin de olmadığı, tüm koordinasyonun sadece bağımsız seçilen stratejiler yolu ile gerçekleştiği bu tür bir zımnî danışıklığa yaklaşımı ne olmalıdır? Bu stratejiler ihlal sayılmalı mıdır?

Aslında bu sorunun kendisi bile oldukça karmaşık bir mantık içermektedir: Sonuç olarak bu soru ile son derece pratik bir hukuki uygulamanın son derece teorik bir modelin sonucu hakkındaki yaklaşımının ne olması gerektiği sorulmuş olmaktadır. Fakat gerçek hayatta karine gibi uygulamaların rolünün ne olması gerektiğini tartışabilmek için böylesi bir zihinsel egzersizin yararlı olacağına inanıyoruz. O yüzden bu soruya birkaç farklı soyutlama düzeyi içeren birkaç farklı varsayım altında cevap vermek faydalı olacaktır.

İlkönce bu soruya tam bilgi varsayımı altında cevap vermeye çalışalım. Farz edelim ki, tekrarlanan bir oligopol oyununda, gerek oyunun özellikleri (talep yapısı, maliyetler, vs) gerek teşebbüslerin hangi stratejileri hayata geçirdiği konusunda gerek teşebbüslerin gerek rekabet otoritesinin tam bilgisi olsun. Bunu tasavvur etmek için şöyle bir senaryo bile öngörülebilir: Farzedelim ki bu tekrarlanan oyunda yöneticiler şirketlerini bilgisayar algoritmaları ile yönetiyor olsunlar (sonuç olarak oyun teorisinde stratejiler algoritmalarından başka bir şeydir). Bu algoritmalar da kamuya açık olsun. Böyle bir ortamda, teşebbüsler kartel sonucunu destekleyen bir algoritma kullanıyor olsalar, bu rekabet kanununun ihlali olarak değerlendirilir miydi? Dikkat edilirse burada varsayılan senaryo içinde rekabet otoritesinin uyumlu eylemi “ortaya çıkarmak” gibi bir sorunu yoktur, danışıklık zaten ortadadır.

Bizce eğer rekabet hukukunun amacı toplumsal refahı maksimize etmek ise, ve toplumsal refahın ölçüsü tüketici artışı veya toplumsal artı ise, ve söz konusu teşebbüslerin alternatif ve toplumsal refah açısından daha iyi sonuçlar

doğuran algoritmalar varsa, o zaman danışıklık içeren algoritmaların rekabet hukukuna aykırı olması gerektiği sonucuna varmak gerekir.

Fakat dikkat edilirse burada sözü geçen antitröst uygulaması gerçek antitröst hukuku uygulamasından epey uzaklaşmış durumdadır. Eğer gerçekten tam bilgi ortamı var ise, antitröst yasasına gerek bile duyulmayabilir. Veya antitröst yasası, tam bilgi ortamında farklı teşebbüs algoritmalarının toplumsal refaha etkileri açısından değerlendirilmesi ile yetinebilir. Kuşkusuz bu varsayımlar altında rekabet otoritesinin neyin anlaşma neyin uyumlu eylem olduğuna dair ayrıntılı değerlendirmeler yapması bile gerekli değildir, nasılsa piyasadaki her türlü davranışın toplumsal refah üzerindeki etkisi kolayca ölçülebilmektedir.¹¹³ Yani böyle bir dünyada karineye zaten ihtiyaç yoktur, dolayısıyla karine tipi hükümlerin muhtemel etkilerini tartışmaya da gerek yoktur!

Bu gerçek dışı dünyadan gerçek dünyaya doğru yaklaşırsak, antitröst otoritesinin ciddi bir bilgi eksikliği altında çalıştığını, kararları için elinde olmayan ancak gerekli olan bilgiyi üretmenin de maliyetli bir faaliyet olduğunu varsaymak kuşkusuz daha gerçekçi olacaktır.

¹¹³ Hatta tam bilgi varsayımını iyice ciddiye alırsak rekabet otoritesine bile gerek yoktur, merkezi planlama yolu ile her piyasa için optimal fiyatlar hesaplanır ve teşebbüslere talimatlar halinde verilebilir.

Kutu 1: Zımni danışıklık hakkında İki Ekonomist Görüşü.

Oyun teorisinin rekabet hukuku tartışmalarında kullanılmaya başlanması gözlemleyebildiğimiz kadarıyla 1980’lerde ve esas olarak 1990’larda başlamış gibidir. 1990’ların ortalarında iki iktisatçının uyumlu eylem konusunun ekonomi ve hukukta nasıl ele alındığına ilişkin görüşleri bu tartışmanın ana unsurları hakkında ilginç bir örnek teşkil etmektedir.

Philps (1995) oyun teorisi ile 85. maddede kullanılan anlaşma ve uyumlu eylem kavramları arasında bir paralellik kurar. Philps’in 85. madde yorumu şöyledir. 85 (1)’deki “anlaşma” lafı ile somut anlaşmalar ifade edilmektedir (fiyat belirleme anlaşmaları, kota kartelleri vs). “Uyumlu eylem” lafı ile de iktisatçıların “zımni danışıklık” dedikleri şey kastedilmektedir (s. 2). Philps’e göre zımni danışıklığın özelliği ise şudur: iradelerin uyumunun (concordance) danışıklık içinde olanlar arasında herhangi bir açık işbirliği olmadan danışık sonuçlara yol açtığı durumlar. Philps, bu durumun tekrar eden oyunlardaki danışık sonuçlara tekabül ettiğini söylemektedir. Ona göre bu noktada ABD ile Avrupa arasında ciddi bir fark vardır. “Eğer danışık sonuç işbirliği içermeyen davranışların sonucu ortaya çıkıyorsa, o zaman ABD’de yasal anlamda danışıklık yoktur. Bu ABD ile Avrupa Topluluğu rekabet hukukları arasında temel bir farktır.” (s. 2, dipnot 2). Aynı şekilde, “[A]çıktır ki mevcut ABD antitröst uygulaması/içtihatı (precedent) ‘bilinçli paralellik’in yasaklanmış davranışlarının *per se* delili olmadığını tanımaktadır” (1995, s. 124, dipnot 2).

Martin’in makalesinin konusu da uyumlu eylem kavramının ekonomi ve hukuktaki farklı kullanımlarıdır. Martin (1993) s. 4-5’te ABD uygulamasında bilinçli paralellikten anlaşma çıkarılması yapılamayacağını söylüyor. Martin’in AB uygulaması yorumu ise Philps’inkiden farklı: Wood Pulp hakkında Avrupa Topluluğu Adalet Divanı’nın kararı hakkında şunları belirtiyor: “Mahkemenin Avrupa Komisyonu kararını geri çevirme (“reverse”) temeli, AT rekabet politikasının, ABD anti tröst politikasında olduğu gibi, bilinçli paralel davranışı mahkum etmekten vazgeçeceği kanısını uyandırmaktadır.”s. 6.

Philps’in o zamanki çalışmasının ana mesajı şu idi: Avrupa gizli anlaşmayı ihlal olarak görmek istese bile, eksik bilgiden dolayı, tek seferli oyunun Nash dengesi ile tekrarlanan oyunun danışık dengesini birbirinden ayırmak imkansız veya çok zordur. Martin ise şu çelişkiye parmak basıyordu: Mevcut uygulamaya göre, ticareti veya rekabeti kısıtlayan anlaşmalar yasaktır, ve bağımsız davranmak yasak değildir. Ama o zaman anlaşma yasak olduğuna göre, tüm danışıklık bağımsız kararlar yolu ile yani zımni yapılacaktır. Zımni danışıklık da yasak olmadığına göre rekabet hukukunun danışık davranışa karşı hiçbir silahı yok demektir!

Dolayısıyla elimizdeki konuyu analiz etmek için tartışmayı eksik bilgi ortamı varsayımı altında yürütmek gerekmektedir. Zaten rekabet hukukunun özellikle de anlaşmalar ve uyumlu eylemler konusundaki yaklaşımının böyle bir ortamı varsaydığı iddia edilebilir. Eksik bilgi ortamı olmasa idi fiyat tespiti içeren anlaşmaların *per-se* rekabet ihlali olarak ele alınması gerekmezdi, sadece gerçekten toplumsal veya tüketici artığına olumsuz etkisi olan anlaşmalar ihlal sayılırdı. Bu konuya aşağıda geri geleceğiz.

3.2. Eksik Bilgi Ortamında Zımni Danışıklığın Hukuki Durumu veyahut Uyumlu Eylem Nedir?

Eksik bilgi varsayımı altında ise tartıştığımız konu ilk adımda şu şekilde kavramsallaştırılabilir: Rekabet otoritesi ne söz konusu piyasanın talep, maliyet gibi özellikleri, ne de teşebbüslerin fiyatlandırma vs stratejileri hakkında tam bilgiye sahip değildir. Açık anlaşma delilinin olduğu durumları bir kenara bırakırsak, rekabet otoritesi en iyi durumda bazı piyasa değişkenlerinin (örneğin fiyat ve miktar) değerleri ile hareket edecektir. Tartışmayı iyi berraklaştırmak için rekabet otoritesinin elinde herhangi bir irtibat delilinin de olmadığını varsayalım. Bu deliller ışığında rekabet otoritesi söz konusu teşebbüslerin rekabet ihlali içinde olup olmadığına karar verecektir. Konunun teşebbüsler açısından nasıl bir görünüm arz ettiğini, yani teşebbüslerin ne tür bir bilgi ortamı içinde hareket ettiğini şimdilik bir kenara bırakalım.

O halde şimdi rekabet otoritesinin neyi yasaklamaya çalıştığını yeniden sormaya çalışalım. Bu daha gerçekçi dünyada aslında “uyumlu eylem” ifadesinin en azından iki farklı anlama geldiği düşünülebilir. Bunlardan birincisine göre, “uyumlu eylem” kavramının yine tekrarlanan bir oyunda işbirliği içermeyen danışıklı dengesine benzer: teşebbüslerin birbiriyle hiçbir iletişimde bulunmadan piyasadaki davranışları yolu ile koordinasyon sağladıkları ve bu sayede fiyatları yükselttikleri durum (yani ekonomideki ifadesiyle zımni danışıklılık durumu). Bir başka anlam ise şu olabilir: Teşebbüsler bir biçimde birbirleriyle dolaylı veya doğrudan irtibat kurmuşlar, bu anlamda ne tür stratejileri hayata geçireceklerine dair bir fikir birliği oluşturmuşlar veya oluşturmaya çalışmışlardır. Dolayısıyla yasaklanmaya çalışılan uyumlu eylem tanımı bu ise, rekabet otoritesinin görevi, elindeki delillerin bu iletişim ve irtibatın varlığını ispat etmek için yeterli olup olmadığına karar vermektir.

Uyumlu eylem denince bunlardan hangisinin kastedildiği çok önemlidir. Buna karar vermek, örneğin Türkiye bağlamında karine tartışmasına geri dönecek olursak, “fiyatların rekabetin sınırlandığı piyasadakilere benzediği” hükmüne varılması halinde kullanılacak olan karinenin, neyin karinesi olduğuna, bir başka

ifade ile bu durumun karine teşkil ettiği uyumlu eylemden ne kastedildiğine karar vermek demektir. Teşebbüsler zımnî koordinasyon içinde olmakla mı suçlanmaktadır yoksa bunun ötesinde açık delili olmayan bir iletişim içinde olmakla mı?

Soruyu bu şekilde sorduktan sonra, konuya bu sefer teşebbüsler açısından bakabiliriz. Nasıl ki rekabet otoriteleri eksik bilgi altında karar vermek zorunda iseler, teşebbüsler de piyasadaki temel parametreler hakkında tam bilgiye sahip olmadan hareket etmek zorundadırlar. Bu şu demektir: teşebbüsler şimdiye kadar “tekel fiyatı” veya kartel fiyatı diye adlandırılan fiyatın da ne olduğu konusunda da eksik bilgiye sahip olacaktır. Dolayısıyla yukarıda anılan koordinasyon sorunu daha da önemli bir hale gelmiştir: ortada üstünde odaklaşacak bariz bir fiyat da yoktur. Teşebbüsler deneme yanılma ile bir fiyat üzerinde odaklaşmaya çalışabilirler, veya doğrudan veya dolaylı iletişim yolu ile hedeflenecek bir fiyat tespit etmeye çalışabilirler. Her halükarda bu durumda tekrarlanan oyunlardaki basit tetik stratejilerinin bir işe yaramayacağı açıktır.

O zaman yasaklanmaya çalışılan uyumlu eylem kavramının ne olduğu konusunda karar verebilmek için şu soruyu sormak yararlı ve anlamlı olacaktır: herhangi bir iletişim yolu ile doğrudan koordinasyon sağlamadan sadece fiyat sinyallerinin sağladığı koordinasyona dayanarak teşebbüsler kartel veya ona yakın fiyatları sürdürülebilir bir biçimde belirleyebilirler mi? Eğer bu sorunun cevabı evet ise, demek ki ortada bir refah sorunu vardır ve en azından ilkesel olarak bunun yasaklanması istenebilir. Eğer böyle bu sorunun cevabı hayır ise, o zaman rekabet otoritesinin varolma olasılığı zaten düşük olan bir davranış biçimini yasaklamaya çalışmasının toplumsal refah açısından kıt kaynakların yanlış kullanımı olduğu sonucuna varılabilir. Bu sorunun cevabı zımnî danışıklığın ihlal sayılması için birinci eşiği oluşturmalıdır. İkinci mantıksal eşiğe aşağıda geleceğiz.

Ne yazık ki ekonomi literatürü bu konuda henüz çok kesin bir cevap vermemektedir. Zımnî danışıklık konusunda yazılmış makalelerin çoğu, hiçbir iletişim içermeyen zımnî danışıklığın, gerçek hayatta ne kadar mümkün olacağı konusunda fikir yürütmemektedir. Werden (2004) bu konuda oldukça kötümser bir sonuca varmaktadır:

“Bu modeller fiyat koordinasyonunun bazı şartlar altında mümkün olduğunu gösterirler, fakat çok az sayıda ekonomist bu modellere hiçbir biçimde iletişim olmadan koordinasyonlu fiyatlamının olacağına inanacak kadar kelimesi kelimesine inanırlar. Yaygın inanış odur ki, tekrarlanan oyun modelleri oligopol [durumunda] ne tür sonuçların mümkün olduğunu doğru bir biçimde belirler, fakat

hangi sonuçlara gerçekten ulaşıldığını, rakipler arasında anlaşmalar dahil olmak üzere, modellerin dışında olan güçler belirler” (s. 763).

Bu konuda yapılan bir laboratuvar deneyinde ise (Harstard, Martin ve Norman, 1998), rakipler arasında iletişime izin vermek kaydı ile, rakiplerin elde ettiği kârın, tek seferlik oyundaki denge kârın üzerinde ancak tekel kârının oldukça altında olduğu ortaya çıkmıştır. Buna karşılık teşebbüsler arasında iletişimin olmadığı durumlarda teşebbüsler danışıklı sonuçlara ulaşamamaktadır. Ancak sadece 2 teşebbüsün bulunduğu durumlarda kârlar tek seferlik oyunun bir miktar üzerine çıkabilmektedir. Buna karşılık rakiplerin birbiriyle iletişim kurabilmesi danışıklılık ihtimalini arttırmaktadır (Haan Schoonbek, Winkel, 2005).

Peki uygulamada bu soruya nasıl cevap verilmektedir? ABD’de zımnî danışıklılığın rekabet ihlali olarak ele alınmadığı konusu tartışılmaz bir biçimde kabul edilmektedir (bakınız ileride bölüm 4.1). “Bilinçli paralellik artı destekleyici unsurlar” diye bilinen doktrin, zaten saf zımnî danışıklılığın rekabet ihlali olmadığı, rasyonel kâr maksimizasyonuna yönelik davranışın bir örneği olduğu belirlemesine dayanmış bir doktrindir. ABD’de bu yönelimin nedenlerinden biri de açık koordinasyon olmadan danışıklılığın mümkün olmadığı şeklinde bir inancı da dayanıyor gibidir. Avrupa’da bu konuda oluşan içtihat belki daha fazla soru işareti bırakacak niteliktedir. Neven, Papandropoulos ve Seabright (1998) tam da bu konuda yaptıkları incelemede, Avrupa Birliği’ndeki uygulamanın *Dyestuffs* kararı ile zımnî danışıklılığı yasaklamaya yaklaştığını ancak daha sonra oluşan içtihadın, özellikle mahkumiyet için bir irtibat delili arandığı için, zımnî danışıklılığın artık bir ihlal olarak görülmediği şeklindedir. Açıkçası yine de Neven v.d.’nin analizinden, Avrupa Birliği uygulamasında zımnî danışıklılığın ilkesel olarak mı ihlal olarak görülmediği, yoksa bunun ispatının zor olduğuna hükmedildiği için mi ihlal olarak görülmesinden vazgeçildiği çok açık değildir.

Saf zımnî danışıklılığın mümkün olup olmadığı, buna dayanarak rekabet ihlali olarak kabul edilip edilmediği veya daha genel olarak “uyumlu eylem” ifadesinden ne kastedildiği sorununa bir cevap verildiğini varsayalım. O zaman konuya yeniden rekabet otoritesi açısından bakıp, yasaklanmak istenen davranışın hangi kurallar ile yasaklanabileceği, karinenin buradaki rolünün ne olabileceği konusunu tartışmaya başlayalım.

3.3. Eksik Bilgi Ortamında ve Antitröst Hukuku ve Muhtemel Hatalar

Eksik bilgi ortamında anti-tröst hukukunu uygulamanın iki önemli özelliği vardır. Bunlardan birincisi, bilgi elde etmenin maliyetli olmasıdır. Bununla soruşturma açma, veri ve delil toplama, savunmaları dinleme vs gibi faaliyetlerin

para ve zaman maliyeti kastedilmektedir. İkinci özelliği de eksik bilgi altında alınan soruşturma kararlarının hata içerebileceğidir. Dolayısıyla antitröst kurallarının bu maliyetler ve hatalar göz önünde bulundurularak tasarlanması esastır.

Eksik bilgi altında alınan soruşturma kararları esas olarak iki tür hata içerebilir. Bunlardan birincisi, toplumsal refah açısından yasaklanmaması gereken davranışların yasaklanması bu davranışların ihlal olarak belirlenmesidir. Buna birinci tip hata denebilir. İkinci hata ise toplumsal refaha olumsuz etkisi olan davranışların ihlal olarak sayılmamasıdır. Buna da ikinci tip hata denebilir. Bu hataların toplumsal refah açısından önemini hesaplayabilmek için hem hata olasılıklarını hem de hata yapılması halinde toplumsal refahta oluşacak kayıpları göz önünde bulundurmak gereklidir. Örneğin hata olasılığı yüksek olsa da bunun yarattığı kayıp sifira yakın ise o zaman o hatanın önemli olmadığı söylenebilir. (Neven, Papandropoulos ve Seabright, 1998).

Antitröst hukukunun gelişiminde bu kavramlar açık bir biçimde tartışılmasa da hukukun bazı genel özelliklerinin bu çerçeveye uyumlu bir biçimde geliştiği söylenebilir. Örneğin bir çok ülkede fiyat tespiti içeren anlaşmaların *per-se* yasak olması bu çerçeveye uyan bir eğilimdir. Fiyat tespitinin toplumsal refaha yararlı olabileceği durumlar son derece sınırlıdır. Dolayısı ile fiyat tespitinin *per-se* yasaklanması şeklinde bir uygulama muhtemelen son derece küçük miktarda birinci tip hata içerecektir. Buna karşılık fiyat tespitinin *per-se* yasaklanmadığı ve her fiyat tespit durumunun toplumsal refaha etkisinin ayrıntılı bir biçimde incelenmeye çalışıldığı bir antitröst rejiminin para ve zaman maliyeti çok yüksek olurdu. Dolayısıyla fiyat tespiti içeren anlaşmaların *per-se* yasaklanması toplumsal refah açısından makul gibi gözükmemektedir.

Burada geliştirilen analitik çerçeve içinde karine tipinde bir hükmün gerekçesi de muhtemelen şöyle bir şey olacaktır: firmaların danışıklık içinde oldukları durumlarda bunun izlerini gizlemeleri son derece kolaydır. O yüzden rekabet otoritesinin her uyumlu eylem durumunda irtibat delili sunmak zorunda olması ikinci tip hataların yüksek olmasına yol açacaktır. Karine hükmünün devreye girmesi, ikinci tip hataları azaltacaktır.

Konuya bu açıdan bakarak danışıklığın rekabet hukukunda statüsünün ne olması gerektiği sorusunu yeniden soralım. Varsayalım ki, zımnî danışıklık gerçek hayatta sık rastlanan bir durum olsun, yani teşebbüslerin zımnî danışık stratejiler yolu ile kartel kârları elde etmeleri mümkün olsun. Eksik bilgi ortamında bu bile zımnî danışıklığın ihlal sayılması için yeterli olmamalıdır. Zımnî danışıklığın ihlal ilan edilmesi için aynı zamanda onun fazla hatalara yol açmadan mahkum edilebilmesi gerekir. Demek ki danışıklığın ihlal sayılmasının en önemli sakıncası, danışıklığı

ortaya çıkarmanın çok zor olmasıdır. Bunun göstergeleri ne olacaktır? Fiyatların uzun süreler maliyetlerin üzerinde olması mı? Bu yeterli bir gösterge değildir, çünkü Cournot dengesinde de durum böyledir. Danışıklığın ihlal sayılması için, danışık stratejilerin diğer stratejilerden ayırdedilebilmesi gerekmektedir. Bunu ise eksik bilgi ortamında yapmak kolay değildir. Gerçek hayatta şirketlerin iş stratejileri oyun teorisinin ortaya koyduğu kadar net çizgilerle ayrılmış olmayacaktır. Yine zımnî danışıklığın en önemli göstergesi paralel fiyatlar olacaktır, ancak danışıklık içermeyen Cournot modelinde de fiyatlar paraleldir, dolayısıyla bu da yeterli bir gösterge değildir. Bu şartlar altında zımnî danışıklığı mahkum etmeye çalışma yüksek düzeyde birinci tip hatalar içerecektir. Zımnî danışıklığı mahkum etmeye çalışmak, bir çok durumda rekabet otoritesinin, teşebbüslerin normal iş stratejilerine müdahale etmek zorunda bırakacaktır, veya teşebbüslerin sırf zımnî danışıklık kanısı uyandırmamak için bazı davranışlardan kaçınmalarına veya sırf bu kanı uyanmasını diye bazı davranışlar içine de girmeye zorlanacaktır.

Son yıllarda zımnî danışıklığın belirlenmesine yönelik bir çok ekonometrik çalışma yapılmıştır. Gerçekten bu çalışmalar, fiyat ve miktar hareketlerinden kalkınarak danışıklığın daha yüksek olduğu ve olmadığı dönemleri belirlemeye çalışmaktadır. Ancak bu çalışmaların başarılı olduğunu varsaysak bile, uygulandığı sektörlerde fiyat ve miktar hareketlerinin arkasındaki teşebbüs stratejilerinin iletişim veya karşılıklı irtibat veya koordinasyon sağlamaya yarayan başka kolaylaştırıcı faaliyet içermediği hiçbir biçimde kesin değildir. Dolayısıyla bu çalışmaların danışık dönemleri belirlemede başarılı olduğunu varsaysak bile (ki en azından bazı çalışmalar muhtemelen öyledir), bu dönemlerin gerçekten açık değil de zımnî danışıklık dönemleri olduğunu garanti eden veri veya çalışma yoktur. Ayrıca Motta'nın (2003) belirttiği gibi, bu çalışmaların henüz kesin sonuçlar verdiğini söylemek için biraz erkendir; aynı verilerle farklı araştırmacılar farklı sonuçlara varmaktadır.

İşte muhtemelen tüm bu nedenlerden dolayı, zımnî danışıklık, ABD ve Avrupa Birliği'ndeki rekabet hukuku uygulamasında ihlal sayılmamaktadır.¹¹⁴ Bu durum, zımnî danışıklığı bir mahkumiyet nedeni olmasını isteyenlere çok ciddi bir ispat yükü getirmektedir: Eğer zımnî danışıklık ihlal sayılacak ise o zaman uluslar arası eğilimlere ters olan bu uygulamanın gerekçesi açık bir biçimde ortaya koyulmalıdır.

¹¹⁴ Neven, Prapandopoulos ve Seabright (1998) aşağı yukarı bu argümana dayanarak zımnî danışıklığın ihlal sayılmamasının daha doğru olacağını söylemektedirler.

3.4. Eksik Bilgi Ortamı ve Karine

Yukarıda belirttiğimiz gibi, karine tartışmasına girmeden önce, “uyumlu eylem” ifadesinden ne kastedildiği, yani karinenin neyin karinesi olarak kullanılacağı açıklığa kavuşmalıdır.

Eğer uyumlu eylem zımnı danışıklığı içeren bir biçimde tanımlanacaksa, o zaman “karine” herhalde, incelenen durumda, gözlemlenebilse danışık olduğu anlaşılabilir olan stratejilerin (örneğin tetik benzeri stratejilerin) kullanıldığının karinesi olacaktır. Aslında danışıklığın ihlal sayılması durumunda karine benzeri bir mantık kullanılmadan danışıklığın ispat edilmesi çok zor olacaktır; ispat kaçınılmaz olarak piyasa değişkenlerindeki hareketlere dayanılarak yapılacaktır. Danışıklık durumunu belirlemenin zaten zor olduğu düşünülürse, karinenin kullanılması ve bir de bu durumun olmadığının ispat yükünün teşebbüse bırakılması, birinci tip hata ihtimalini son derece muhtemel hale gelmesine neden olacaktır.

Uyumlu eylem tanımının ABD ve Avrupa Birliği’ndeki tanıma (bkz. Bölüm 4) yakın bir biçimde yapılması durumunda da birinci tip hata potansiyeli yüksek olacaktır. “Benzeme şartı”nı bir an bir kenara bırakacak olursak, bu durumda karine, hakkında somut delil bulunamayan bir iletişimin varlığı hakkında kullanılacaktır, yani paralel davranışların ancak bir iletişim sonucu ortaya çıktığı iddia edilecektir. Halbuki gözlemlenen herhangi bir fiyat veya miktar hareketliliğinin bu şekilde tanımlanmış uyumlu eylem sonucu mu oluştuğu yoksa teşebbüslerin benzer şoklara verdikleri cevaplar sonucu mu ortaya çıktığı, yoksa piyasanın kendi rekabet dinamikleri içinde oluşan fiyat dalgalanmalarını mı yansıttığını (bkz. Bölüm 2.6) birbirinden ayırmak son derece zordur. Daha da zor olanı, bu tür bir iddiaya karşı teşebbüslerin rasyonel ve ekonomik gerekçeler ortaya koymasıdır. Bunun sonucunda ihlal (yani teşebbüsler arası irtibat) olmadığı halde bir çok durumda teşebbüsler ihlal içinde bulunacaktır.

Burada tabii ki esas konu, “benzeme şartı”nın nasıl yerine getirileceğidir. “Benzeme şartı” aslında rekabet otoritesine bir ekonomik analiz yapma görevi vermektedir. Bu ekonomik analizin ciddi bir biçimde yapılması, karinenin daha az sayıda durumda tetiklenmesine yol açacağından, karinenin çıplak kullanılmasından doğacak birinci tip hataları bir miktar azaltacaktır. Ancak Türkiye’de rekabet otoritesinin veya en azından kurul kararlarının ekonomik analiz açısından genel olarak zayıf kaldığı sanırız ki kabul edilen bir gerçektir. Dolayısıyla bunun da kısa dönemde hataları azaltacak bir faktör olması zor gibi gözükmektedir.

4. ABD, AT VE TÜRK REKABET HUKUKU REJİMLERİNDE “UYUMLU EYLEM”İN ORTAYA KOYULMASI MESELESİNDE GELİNER NOKTA

Uyumlu eylem karinesinin Türk rekabet hukuku uygulamasında oynadığı rolün değiştirilmesi ve bir politika tercihi olarak kabul edilebilir sonuçlar vermesi için neler yapılabileceği meselesine daha sağlıklı bakabilmek için elbette bu karinenin hakkında çözüm ürettiği alanın başka modern rekabet hukuku rejimlerinde nasıl ele alındığını da dikkatle incelemek gerekmektedir. ABD’de veya AB’de mevcut bulunmayan “uyumlu eylem karinesi”nin bu perspektiften incelenmesinde, “uyumlu eylem” kavramıyla soruşturma yürütülüp sonuca bağlanabilmesi için aranan şartların incelenmesi gerekmektedir. Sonuçta “maddi hakikati bulma kaygısı” bakımından tüm bu rejimlerin aynı iyiniyetli kaygı düzeyinde olduklarının kabulü gerektiğine göre, Türk rekabet hukuku rejimi AT rekabet hukuku rejimine daha yakın dursa da, ABD rejiminin uyumlu eylem konularına ilişkin daha sofistike uygulamasının da gözden geçirilmesi çok faydalı olacaktır.

4.1. ABD Rekabet Hukuku’nda Uyumlu Eylem ve İspat Üzerine

Sherman Yasası’nın uyumlu eylemlere uygulandığı ilk kararlardan günümüze dek rekabet hukukunun asıl amacını, yeterliliğini ve hatta gerekliliğini sorgulamayı gerektiren pek çok çetin mesele ile karşılaşmıştır. ABD rekabet hukuku doktrini bakımından bu süreci *Interstate Circuit v. United States*¹¹⁵ kararıyla başlatmak mümkündür. 1939 yılındaki bu örnek kararın ardından bilinçli paralelliğin başlıbaşına bir rekabet hukuku ihlali olmadığını dönülmez biçimde ortaya koyan *Theatre Enterprises*¹¹⁶ kararını takiben “destekleyici unsurlar (plus factors)”ın önemine değinen *United States v. Morton Salt Co.*¹¹⁷ kararıyla tartışmanın yeni bir boyut kazandığını ve Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi tarafından farklı gerekçelerle onanan¹¹⁸ *Pittsburgh Plate Glass Co. v. United States*¹¹⁹ kararıyla ve *Delaware Valley Marine Supply Co. v. American Tobacco Co.*¹²⁰ kararıyla da ortaya çıkan öğretinin iyice şekillendiğini söylemek mümkündür. Teşebbüslerin paralel davranışını konu alan soruşturmalarda kınanabilir bir paralellikten bahsedebilmek için mutlaka aranması gereken

¹¹⁵ *Interstate Circuit v. United States*, 306 U.S. 208 (1939)

¹¹⁶ *Theatre Enterprises v. Paramount Film Distributing Corp.* 346 US 537 (1954)

¹¹⁷ *United States v. Morton Salt Co.*, 235 F.2d 573, 577 (10th. Cir. 1956)

¹¹⁸ *Pittsburgh Plate Glass Co. v. United States*, 360 U.S. 395 (1959).

¹¹⁹ *Pittsburgh Plate Glass Co. v. United States*, 260 F.2d 397, 401 (4th Cir. 1958)

¹²⁰ *Delaware Valley Marine Supply Co. v. American Tobacco Co.*, 297 F.2d 199, 205 n. 19 (3rd Cir. 1961), cert. denied, 369 U.S. 839 (1962).

‘destekleyici unsurlar’ın gerekliliği ve bunların neler olduğu açık hale geldikten sonra, *Bogosian v. Gulf Oil Corp.*¹²¹, *Quality Auto Body v. Allstate Ins. Co.*¹²² ve *Japanese Elec. Prods. Antitrust Litigation*¹²³ gibi son dönem kararlarıyla Sherman Yasası’nın teşebbüslerin paralel davranışa dayalı ve fakat anlaşma içermeyen eylemlerine hangi esaslar çerçevesinde uygulanacağı konusunda müstakar içtihat oluşmuştur. Bugün ABD rekabet hukukunda uyumlu eylemin varlığından yahut “gizli işbirliği (tacit collusion)”nden bahsedebilmek için bilinçli bir paralelliğin yanısıra “destekleyici unsurlar”ın aranması gerektiği açık olduğu gibi, özellikle yakın tarihli *In re Baby Food Antitrust Litigation*¹²⁴ kararından bu yana, bir oligopol pazarında fiyat takipçiliğini gösteren delil ve bulguların pazarın yapısının zaten bunu gerektirmesi sebebiyle bilinçli paralellik unsurunu ortaya koymaya yetmediği ve üstelik her durumda bilinçli paralelliğe ek olarak “destekleyici unsurlar”ın da *Matsushita*¹²⁵ davası ile belirlenen ispat standardını tutturacak biçimde ortaya koyulması gerektiği kabul edilmektedir.

Matsushita uyarınca, iddia sahibinin “soruşturulan teşebbüslerin bağımsız davranmış olabilecekleri olasılığını ortadan kaldırmaya yetecek ölçüde” delili ortaya koyması standardı aranmaktadır. ABD rekabet hukuku düzeninde uyumlu eylemlerin ispatında uyulması gereken ispat standardını, özellikle de oligopol piyasalarındaki uyumlu eylem iddialarına ilişkin yükseltilmiş ispat standardını bir defa daha net bir biçimde ortaya koyan bir diğer karar ise bundan üç sene kadar evvel verilmiştir. *Williamson Oil Co.*¹²⁶ kararında, her ne kadar bilinçli paralelliğe ek olarak bir destekleyici unsurun ortaya koyulması bir uyumlu eylemin varlığını aksi ispatlanabilir bir biçimde ispatlamaya yetse de, bu “destekleyici unsur”un *başlıbaşına soruşturulan teşebbüslerin bağımsız davranmış olabilecekleri olasılığını ortadan kaldırmaya yetecek durumda olması* aranır. Bu davada söz konusu olan bir oligopol pazarı olduğu için, bilinçli paralelliğe ek olarak ortaya koyulan şu unsurlardan hiçbirinin *Matsushita* standardında bir “destekleyici unsur” ortaya koymaya yetmediği ve uyumlu eylemden ceza verilmesinin mümkün olmayacağı karara bağlanmıştır: Sinyalleme, teşebbüsün kendi ekonomik

¹²¹ *Bogosian v. Gulf Oil Corp.*, 561 F.2d 434 (3d Cir. 1977), cert. denied, 434 U.S. 1086 (1978)

¹²² *Quality Auto Body v. Allstate Ins. Co.*, 660 F.2d 1195 (7th Cir. 1981), cert. denied, 455 U.S. 1020 (1982)

¹²³ *Japanese Elec. Prods. Antitrust Litigation*, 723 F.2d 238, 304 (3d Cir. 1983), cert. granted, 105 S. Ct. 1863 (1985)

¹²⁴ *In re Baby Food Antitrust Litig.* (3rd Cir. 1999)

¹²⁵ *Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 US 574 (1986)

¹²⁶ *Williamson Oil Co. v. Philip Morris USA* (11th Cir. 2003)

menfaatine aykırı hareketi, yabancı memleketlerdeki fiyat tespit aranjmanları, gizli danışıklık için yeterli fırsat elde edilmiş olduğu.

Dolayısıyla, başlıca noktalarına yukarıda yer verdiğimiz bu öğrenme sürecinin sonunda, uyumlu eylem karinesi tipinde bir vasıtanın iyice liberal kullanılması şöyle dursun, oligopol pazarlarında uyumlu eylemin ispatı için getirilen yükseltilmiş ispat standardı altında son derece ciddi bir çalışma yapılmasının ve eğer bir teşebbüsün sorgulanan davranışının bağımsız olması olasılığı varsa bu olasılık delillerle ortadan kaldırılmaksızın teşebbüsün kınanmamasının gerekli olduğu açıklıkla ortaya koyulmuştur.

4.2. AT Rekabet Hukuku'nda Uyumlu Eylem ve İspat Üzerine

Aslında Avrupa Toplulukları rekabet hukukunda da durum çok farklı değildir. Uyumlu eylem kavramının kullanıldığı ilk karar olan Dyestuffs kararında¹²⁷ Komisyon, Avrupa Topluluğu'nun değişik ülkelerinde faaliyet gösteren üreticilerin çok yakın tarihlerde yaptıkları fiyat artışlarını incelemiş ve bu artışların uyumlu eylem neticesinde yapıldığına karar vermiştir. Komisyon ayrıca, üreticiler tarafından fiyat artışlarına ilişkin iştiraklerine ve temsilciliklerine gönderilen talimatların benzerlikler taşımasını üreticiler arasında uyumlu eylem olduğu görüşünün destekleyici delili olarak kullanmıştır.

Avrupa Toplulukları Adalet Divanı ("ATAD"), Komisyonun Dyestuffs kararını onaylamış ve uyumlu eylemi "[R]ekabet riskine karşı teşebbüsler arasında bilinçli olarak pratik işbirliği oluşturan, anlaşma düzeyine ulaşmamış koordinasyon" olarak tanımlamıştır. Bu tanıma ek olarak ATAD, bilinçli paralelliklerin tek başına uyumlu eylem olarak değerlendirilemeyeceğini de aşağıdaki şekilde açıklamıştır:

"[P]aralel davranış tek başına uyumlu eylem olarak tanımlanamasa da, şayet ürünün yapısı, teşebbüslerin sayısı ve büyüklükleri ile pazarın büyüklüğü dikkate alındığında pazarda gözlenen paralellikler pazarın normal koşullarına benzemeyen rekabet koşullarına yol açıyorsa, bu paralellikler uyumlu eylemin önemli bir delili olarak kabul edilebilir."¹²⁸ Ayrıca, ATAD kararında teşebbüslerin fiyatlarını arttırırken rakiplerinin mevcut ya da gelecekteki davranışlarını göz önünde bulundurmalarının ihlal kapsamında olmadığını belirterek paralel davranışları uyumlu eylem kapsamının dışına çıkarmıştır.

Dyestuffs kararından sonraki kararlarda ATAD'ın uyumlu eylem tanımı belirli ölçüde değişmiştir. Özellikle Komisyon'un şeker üreticilerinin paralel

¹²⁷ 24.07.1969 tarihli Komisyon Kararı, 1969 OJ L 195/11 ("Dyestuffs Kararı")

¹²⁸ Case 48/69, ICI-Komisyon "Dyestuffs Kararı", (1972) ECR 619

ithalatın engellenmesi amacıyla uyumlu eylem halinde olduklarını ileri sürdüğü Suiker Unie kararında,¹²⁹ yukarıda açıklanan Dyestuffs kararlarından hareketle, ATAD uyumlu eylemin oluşabilmesi için gerekli unsurları aşağıdaki şekilde belirtmiştir:

- (i) Teşebbüsler arasında koordinasyon ya da pratik işbirliği olmalıdır,
- (ii) Koordinasyon ya da işbirliği teşebbüsler arasında doğrudan ya da dolaylı bir iletişim neticesinde oluşmalıdır,
- (iii) Bu iletişimin amacı, rakiplerin davranışlarına ilişkin belirsizlikleri yok etmek veya teşebbüslerin ticari davranışlarını etkilemek olmalıdır.

ATAD'ın uyumlu eylemin unsurlarını bu şekilde açıklaması bugün Türkiye'de uyumlu eylem karinesi altında cezaya yol açmaya kafi görülen bazı şartlarda "uyumlu eylem" iddiasıyla soruşturma yürütülemeyeceğini göstermekle birlikte, aslında "dolaylı iletişim" in soyut bir kavram olması dolayısıyla bu dava AT rekabet hukukunda da tam bir netlik oluşturamamıştır.

Komisyon'un kağıt hamuru pazarına ilişkin olarak 1984 yılında almış olduğu Wood Pulp II kararında¹³⁰ ise 41 kağıt hamuru üreticisi ve iki birliğin 1975-1981 yılları arasında uyumlu eylem içerisinde olduklarına karar verilmiştir. Kararda, fiyat artışlarının oligopolistik pazarlarda gözlenen bilinçli paralellikle açıklamanın mümkün olmadığı, "üreticiler arasında toplantılar yapıldığına ilişkin belgelerin varlığının ve ileriye yönelik olarak yapılan fiyat açıklamalarının pazarı yapay olarak şeffaf hale getirdiğinden bahsederek üreticiler arasında bu şekilde dolaylı iletişim kurulduğu" belirtilmiştir.

Komisyon'un bu kararına karşı kağıt hamuru üreticileri ATAD'a başvurmuşlardır. ATAD konu ile ilgili olarak ekonomistlere pazara ilişkin bir inceleme yaptırmış ve bunun sonucunda Komisyon'un aksine pazarın yapay nedenlerle değil yapısından kaynaklanan doğal nedenlerle şeffaf hale geldiğini ve bu nedenle pazardaki paralel fiyat hareketlerinin oligopolistik bağımlılık ile açıklanabileceğini belirterek Komisyon kararının büyük bir bölümünü iptal etmiştir. Ayrıca ATAD, Komisyon'un bilgi değişimine ilişkin bulduğu dokümanları tüm teşebbüsler ile ilişkilendirmesini hatalı bularak bu belge ve dokümanları yaptığı değerlendirmenin dışında bırakmıştır.¹³¹

¹²⁹ 16.12.1975 tarihli Komisyon Kararı ("Suiker Unie Kararı"); ve 40-48,50,54-56,111,113&114/73 sayılı ATAD Kararı, [1975] ECR 1663.

¹³⁰ 19.12.1984 tarihli Komisyon Kararı, ("Wood Pulp II Kararı") 1985 OJ L 85/1

¹³¹ 31.03.1993 tarih ve C-89/85 sayılı ATAD Kararı, [1993] ECR 1307

2000 yılının Mart ayında kartel şüphesi üzerine Danimarka’da büyük bir bira üreticisi olan Carlsberg ile Almanya’nın büyük bira üreticilerinden biri olan Heineken arasında pazar paylaşımına ilişkin bir anlaşmanın varlığını araştırmak için yapılan yerinde incelemelerde Komisyon 1994 yılının Ağustos ayında yapılan bir toplantı notu da dahil olmak üzere her iki teşebbüsün arasında yapılan görüşmelere ilişkin bir takım belgeler bulmuştur.

Bulunan bu belgeler doğrultusunda Komisyon, teşebbüslerin Roma Anlaşması’nın 81. maddesini ihlal eder nitelikte bir anlaşma veya uyumlu eylemin tarafları olduğunu belirten bir soruşturma raporu hazırlanmıştır. Bu soruşturma raporuna teşebbüsler tarafından verilen yazılı savunmalarda söz konusu teşebbüsler arasında hiçbir zaman pazar paylaşımına ilişkin bir anlaşma veya uyumlu eylem bulunmadığı, teşebbüslerin ülke pazarlarına girişlerin her halükarda çok zor olduğunu ve bununla birlikte Komisyon’un bulunan delillere dayanarak bu iddiayı sürdürmesi halinde ise bulunan delillerin teşebbüslerin cezai sorumluluklarını doğurabilmek için çok eski olduğunu belirtmişlerdir.

Komisyon, tarafların sunduğu yazılı savunmalarda yapılan argümanlara karşı teşebbüslerin birbirlerinin ülke pazarlarında faaliyette bulunmasını kısıtlayacak anlaşma veya eylemlerinin ihlal olduğunu belirtmiş ve bununla birlikte soruşturmanın devam edebilmesi için soruşturma raporunda belirtilen iddiaların “destekleyici deliller” ile birlikte yer almasının gerektiğini açıklayarak teşebbüsler nezdindeki soruşturmayı geri çekmiştir.¹³²

Dolayısıyla, AT Komisyonu kararları altında uyumlu eylemden ceza verilebilmesi için paralel davranışın tek mantıklı açıklamasının uyumlu eylem olduğunun gösterilmesi ve destekleyici delillere yer verilmesi gerekmektedir.

4.3. Türk Rekabet Hukuku’nda Uyumlu Eylem ve İspat Üzerine

Aslında, son dönemdeki “uyumlu eylem karinesinin çıplak kullanımı” örneklerine gelinceye kadar,¹³³ Rekabet Kurumu da pek çok uyumlu eylem soruşturmasında, özellikle zaten elinde delil olduğu zaman, uyumlu eylem karinesinin asgari kullanım şeklini zımnî danışıklık durumunu dışarıda bırakacak biçimde ABD ve AT standartlarına yakın olarak tanımlamıştır. Bu duruma ilişkin somut bilgilere aşağıda yer verilmektedir:

¹³² Komisyon Kararı No: IP/02/1603 Tarih: 04/11/2002 (“Carlsberg – Heineken Kararı”)

¹³³ Örneğin, 13.01.2005 tarihli, 05-05/42-17 sayılı Rekabet Kurulu Kararı (“Göлтаş–Denizli Çimento Kararı”) ve 23.09.2005 tarihli, 05-60/896-241 sayılı Rekabet Kurulu Kararı (“Maya Kararı II”)

Rekabet Kurulu, Maya üreticilerine karşı 2000 yılında açılan soruşturmada maya üreticilerinin fabrika çıkış fiyatlarında görülen paralellikleri uyumlu eylem olarak değerlendirilmemiştir. Söz konusu kararda bu durum;

“Maya üreticilerinin yönetim merkezlerinde yapılan yerinde incelemelerde üreticiler arasında pazarın özellikle fiyatlar bakımından belirsizliklerini yok etmeye yönelik uyumlu eylem olarak kabul edilebilecek doğrudan ya da dolaylı bir iletişime rastlanılmamıştır.

Her ne kadar bulgular soruşturma açılan teşebbüslerin maliyetlerden bağımsız olarak paralel olarak artırdıklarını ortaya koymakta ise de pazarın oligopolistik yapısının fiyat artışlarında rakiplerin izlenmesi gibi bir zorunluluğu gerekli kılması, maya üreticileri arasında pazardaki belirsizliği yok edecek nitelikte doğrudan ya da dolaylı iletişime rastlanılmaması, maya üreticilerinin maya satış fiyatlarına uyguladıkları artışlarının incelemeye alınan dönem itibarıyla DİE’ce yayınlanan Tüketici Fiyat endeksindeki artışların altında gerçekleşmiş olması sebebiyle, bu artışların, bir uyumlu eylem neticesinde olmadığı kanaatine ulaşılmıştır.

Bu durumu her biri ihmal edilemeyecek büyüklükteki az sayıda üreticinin faaliyet gösterdiği, homojen bir malın söz konusu olduğu ve oligopolistik özellikler gösteren ekmek mayası pazarında gözlenen paralel fiyat hareketlerini pazarın yapısından kaynaklanan, piyasanın "ekonomik ve rasyonel gerçekler"i olarak değerlendirmek mümkündür.”¹³⁴ şeklinde açıklanmıştır.

Buna ek olarak bu tür oligopolistik pazarlarda uyumlu eylem iddiasının ileri sürülebilmesi için paralel davranışın ötesinde başka destekleyici delillerin varlığı aranmış ve Rekabet Kurulu tarafından aynı kararda *“[O]ligopolistik pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüsler arasında gözlenen paralel davranışlar, tarafların uyumlu eylem halinde olduklarına dair önemli deliller olmakla birlikte, bunlar başka delillerle desteklenmeksizin tek başlarına uyumlu eylemi göstermezler”* denilerek belirtilmiştir. Bunun da nedeni *“[B]u tip pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüsler önemli kararlar verirlerken, rakiplerinin muhtemel tepkilerini de göz önünde bulundurmaları zorundadırlar. Zira, teşebbüsün söz konusu fiilden elde edeceği kazanç, rakiplerinin o fiile karşı gösterecekleri tepkiye bağlıdır. “Oligopolistik Bağımlılık” olarak ifade edilen bu özellik oligopolistik pazarlarda faaliyet*

¹³⁴ Rekabet Kurulu Kararı no:00-24/255-138, Dosya No: D3/2/A.Ç.-99/2 (“Maya Kararı I”)

gösteren teşebbüslerin faaliyetlerinde paralelliklerin oluşmasına neden olabilmektedir” şeklinde açıklanmıştır.

Oysa, eski tarihli kararlara bakıldığında, Rekabet Kurulu'nun Otomotiv Distribütörleri ile ilgili kararında yine oligopolistik piyasada indirim dönemleri ve kampanyaların aynı dönemde diğer piyasa oyuncuları tarafından da uygulanması uyumlu eylem iddiası için yeterli görülmezken somut bir bulgu veya belgeye ulaşılması konusunda son derece hassas davranılmıştır.

“Otomotiv piyasası tüm dünyada sınırlı sayıda oyuncunun bulunduğu oligopolistik yapıdaki bir piyasa özelliği sergilemekle birlikte, bu sektörde rakipler arasında yapılan anlaşma ya da uyumlu eylemler yoluyla rekabetin yatay olarak sınırlandırılması sık karşılaşılan bir durum değildir. Otomotiv piyasasında karşılaşılan rekabet ihlallerinin genellikle dikey kısıtlamalardan kaynaklandığı görülmektedir.

Düzenlenen rapora, toplanan delillere ve incelenen dosya kapsamına göre; 4.11.2004 tarihli Akşam Gazetesi'nde yayımlanan Gültekin KARA imzalı haberde yer verilen, Otomotiv Distribütörleri Derneği'nde bir araya gelen otomotiv firmalarının 2.11.2004 tarihinde binek otomobillerin ÖTV oranlarında yapılan vergi artışını fiyatlarına yansıtma ve indirim yapmama konusunda ortak karar aldıkları yönündeki gazete haberi üzerine yapılan inceleme sonucunda, Otomotiv Distribütörleri Derneği üyesi çeşitli teşebbüslerin 2004 yılı Kasım ve Aralık ayları içinde indirim kampanyaları düzenlediğinin görülmesi ve inceleme konusuna ilişkin olarak somut bir bulgu veya belgeye ulaşamaması nedenleriyle soruşturma açılmasına gerek bulunmadığına OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.”¹³⁵

Benzer biçimde, Rekabet Kurulu'nun sigara pazarına ilişkin yaptığı incelemede pazarın oligopolistik yapısından kaynaklanan bir fiyat takipçiliğinin sabit olduğu ancak bu takipçiliğin bu tür şeffaf pazarlarda pazarın yapısından kaynaklandığı ve salt fiyatların teşebbüsler tarafından takip edilmesinin uyumlu eylem sayılamayacağı belirtilmiştir. Kararda ayrıca uyumlu eyleme ilişkin başka bir bulgunun tespit edilemediği belirtilerek şikayet reddedilmiştir. *“Türkiye sigara pazarı, Tekel gibi önemli derecede pazar gücüne sahip olan bir firmanın bulunduğu yoğunlaşmış oligopol pazardır. Piyasadaki tüm firmalar kendi faaliyetlerini rakiplerinin hareketlerini dikkate alarak düzenlemektedirler. Pazarın sıkı oligopol özelliği olan şeffaf bir pazar olması dolayısıyla*

¹³⁵ Rekabet Kurulu Kararı No: 05-01/8-7 Dosya No: İİ-04-KOK (“Otomotiv Distribütörleri Derneği Kararı”)

teşebbüsler başta fiyat hareketleri olmak üzere birbirlerinin hareketlerini sürekli olarak gözlemlemekte ve herhangi bir teşebbüsün piyasadaki bir uygulamasından kısa zamanda haberdar olmaktadır. Az sayıda firmanın varlığında karşılıklı bağımlılık ilişkisi ortaya çıkmakta bu durum da fiyat kararlarına etki etmektedir. Bahsedilen piyasa yapısı, az sayıda firma arasında denge oluşmasına neden olmakta, lider firmanın takip edilmesi ve izleyicilerden birinin yaptığı zammı diğerinin öğrenip ona uygun davranmasına yol açmaktadır.

Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre; PMSA Philip Morris Sabancı Pazarlama ve Satış A.Ş., JTI Tütün Ürünleri Pazarlama A.Ş., Tütün, Tütün Mamulleri Tuz ve Alkol İşletmeleri A.Ş. ve British American Tobacco Exports B.V. unvanlı firmaların sigara fiyatlarına birlikte yaptıkları zam uygulamalarına yönelik olarak önaraştırma yapılmasına veya soruşturma açılmasına yer olmadığına ve şikayetin reddine, OYÇOKLUĞU ile karar verilmiştir.”¹³⁶

Rekabet Kurulu'nun uyumlu eylem iddiasını incelediği bazı kararlarında destekleyici delil veya yeterli bir bulgu olmaksızın uyumlu eylemden söz edilemeyeceğine ilişkin bazı başka saptamalar da mevcuttur.

“Piyasada devlet kontrolündeki "TEKEL" İdaresinin (TEKEL Tütün Mamulleri, Tuz ve Alkol İşletmeleri Genel Müdürlüğü) varlığı ve faaliyette bulunması nedeniyle oluşan fiyat takipçiliği dolayısıyla teşebbüslerin paralel davranışlar gösterdiği ilgili piyasanın özellikleri göz önüne alınarak, soruşturma sürecinde tespit olunan fiyat paralelliklerinin ekonomik ve rasyonel gerekçeler dışında hakkında soruşturma yürütülen teşebbüslerce 4054 sayılı Kanun kapsamında ihlal oluşturacak şekilde uyumlu eylem yoluyla gerçekleştirildiğine dair yeterli delil bulunmadığına; dolayısıyla idari para cezası uygulanmasına gerek olmadığına OYÇOKLUĞU ile karar verildi.”¹³⁷

Aynı şekilde Rekabet Kurulu aşağıdaki kararında da uyumlu eylem iddiasına ilişkin güçlü veri bulunmadığından Rekabet Kurulu tarafından kararda adı geçen teşebbüslere karşı soruşturma açılmamasına karar verilmiştir.

“Yukarıda yer verilen bilgilerin ışığında; Dalsan Alçı Sanayi ve Ticaret A.Ş. ile Entegre Harç Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin 4054 sayılı

¹³⁶ Rekabet Kurulu Kararı No: 04-31/365-91 Dosya No: 2004-3-37 (“Sigara Kararı”)

¹³⁷ Rekabet Kurulu Kararı No: 02-80/937-385 Dosya No: D3/1/BB-01/2 (“PMSA Philip Morris – JTI Tütün Ürünleri Kararı”) (vurgu eklenmiştir).

Kanun'un 4. maddesinde yasaklanmış olan davranışları gerçekleştirdiklerine ilişkin güçlü veri bulunmadığı anlaşıldığından, bu teşebbüsler hakkında soruşturma açılmasına gerek olmadığına OYÇOKLUĞU ile karar verilmiştir."¹³⁸

ABD ve AT rekabet hukuku rejimlerindeki standartların maddi hakikati arayan her rejimde elzem olduğunun altını çizen ve bunun uyumlu eylem karinesinin varlığı sebebiyle değişmediğini ortaya koyan bir diğer son derece önemli karar ise Gazete Yayıncıları Kararı'dır. Maliyetlerin farklı olduğu oligopol pazardaki teşebbüslerin fiyat paralelliği olayında fiyatların rekabetin kısıtlandığı, engellendiği ve bozulduğu piyasalardaki duruma benzemesi uyumlu eylemin ortaya konulmasında yeterli bulunmamış, "teşebbüslerin bağımsız şekilde davranmasını engelleyen bir ilişkinin ortaya konulması gerektiği" belirtilmiş ve bu yöndeki araştırma sonucunda destekleyici deliller ile uyumlu eylem iddiası desteklenerek teşebbüslerin uyumlu eylem içinde bulduklarına kanaat getirilmiştir. Önemi sebebiyle bu karardan detaylı bir alıntı yapılmıştır. Buna göre:

"Soruşturmanın konusu uyumlu eylem ile satış fiyatının tespit edilmesidir. Bir fiilin uyumlu eylem olarak nitelenebilmesi için şu unsurların bulunması gereklidir:

- *Taraflar arasında genellikle sözlü ya da yazılı şekilde ifade edilen toplantılar, tartışmalar, bilgi değişimi veya araştırmaları içeren olumlu temaslar olmalıdır.*
- *Bu temas; pazar davranışını etkileme ve özellikle bir teşebbüsün gelecekteki rekabetçi davranışının belirsizliğinin önceden ortan kaldırma amacı taşımalı.*
- *İlgili teşebbüslerin ticari davranışlarını, tam olarak rekabetçi etkiler tarafından belirlenmeyecek bir şekilde oluşturma ya da değiştirme etkisi olmalıdır.*

Burada önemli olan, teşebbüslerin, rakiplerinin gelecekteki davranışlarını öğrenmeleri ve pazardaki belirsizliğin ortadan kaldırılmasıdır.

Uyumlu eylem vakalarında önemli bir sorun da teşebbüslerin uyumlu eylem içerisinde olduklarının tespiti ve ispatıdır. 4054 sayılı Kanun piyasadaki fiyat değişimlerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin rekabetin engellendiği, bozulduğu veya

¹³⁸ Rekabet Kurulu Kararı No: 03-78/948-392 Dosya No: 2003-1-48 (vurgu eklenmiştir).

kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi halini uyumlu eyleme karine göstermiş ve ekonomik ve rasyonel gerekçelere dayanarak uyumlu eylemde bulunulmadığının ispatını taraflara bırakmıştır. Ancak, burada olduğu gibi bir fiyat belirleme olayında, fiyat tespitinin rekabetin kısıtlandığı piyasalardaki eylemlere benzerliğinin ortaya konulması yeterli değildir. Bunun yanı sıra, teşebbüsler arasında kendi bağımsız davranışlarını engelleyen rekabetçi şartlar altında olmaması gereken bir ilişkinin ortaya konması da gereklidir.

Uyumlu Eylem halinin tespitinde üç temel bulgunun ortaya çıkartılması yeterlidir. Bu bulgular:

- i- Rakip teşebbüsler arasında bir ilişkinin varlığı,*
- ii- Rakip teşebbüsler arasında ortak tavır sonucunu doğuran ve diğer rakip teşebbüslerin hareketlerini etkileyen davranışların varlığı,*
- iii- Rakip teşebbüsler arasında bağımsız hareket etme durumunun ortadan kalktığı durumların varlığı.*

Paralel fiyatlandırmanın zorunlu olmadığı, siyasi gazetelerde ve spor gazetelerinde çok kısa dönemler haricinde, fiyatların birbirine çok yakın hatta fiyat artış oran ve tarihlerinin aynı olduğu tespit edilmiştir. Fiyatların birbirleri ile bir ilişki içerisinde oldukları bu durum, hesaplanan korelasyon katsayıları ile de gösterilmiştir.

Haklarında soruşturma yürütülen tarafların genellikle maliyet rakamlarının birbirlerinden farklı olduğu görülmektedir. Bu nedenle, gazete fiyatlarının aynı seviyede tutulmasının maliyetlerin aynı olduğu gerekçesine dayandırılması mümkün görülmemektedir.

Aynı şekilde, tirajları, dolayısıyla gazete satış gelirleri birbirine yakın olan ancak reklam gelirleri birbirinden farklı olan Hürriyet, Milliyet ve Sabah gazetelerinin fiyatlarını aynı seviyede tutmalarını, fiyatları aynı günde ve aynı oranda arttırmalarını benzer maliyetlere dayandırmalarının ekonomik ve rasyonel bir gerekçe olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

Dağıtım kanalı ve bayiler aracılığı ile rakibin fiyat stratejilerinin öğrenildiği, bu nedenle de fiyat artışlarının aynı tarihe denk geldiği savunması ise, yapılan fiyat artışlarının, raportörler tarafından yapılan yerinde inceleme esnasında elde edilen ve fiyat değişikliği yapılacağına

ilişkin bilgiler içeren toplantı notlarındaki tarihlerden sonra gerçekleşmesini açıklamaktan uzaktır.

Özellikle 1997 yılında, taraflarca fiilen uygulanan fiyatların, enflasyon ve hammadde fiyatlarının yükselmesi sonucu ortaya çıkan maliyet artışlarıyla da açıklanması mümkün değildir. Çünkü, daha önce belirtildiği gibi, bu dönemde fiyatlar oldukça yüksek oranlarda aşağı çekilmiş ve bu durum yaklaşık on ay kadar devam etmiştir. Bu dönemde ortaya çıkan fiyat düşüşleri ve yıl sonuna doğru tekrar indirim öncesindeki fiyat seviyesine yükselme de tarafların benzer maliyet yapılarına sahip olmaları ile izah edilemeyecektir.

...

Soruşturmaya konu günlük siyasi ve spor gazeteleri pazarları oligopolistik bir özellik taşımaktadır. Her iki grubun da ilk madde malzeme teminini yurtdışından sağlamaları nedeniyle benzer maliyet yükü ile karşı karşıya kalacağını düşünmek yanlış olmamakla birlikte eksik bir değerlendirme olacaktır. Bu noktada, gazete sektörü ile ilgili tespitler de dikkate alındığında, özellikle reklam gelirlerindeki farklılığın maliyet yapılarına ve dolayısıyla fiyata etki edeceği gözden kaçırılmamalıdır. Bu nedenle maliyetlerin belli kalemlerinin benzer olması, iki grubun belli dönemlerde aynı fiyat düzeyinde satılmasını (hatta bazı tarihlerde aynı gün ve oranda artış yapılmasını) haklı çıkaracak nitelikte değildir.

...

Ulaşılan ekonomik sonuçlar bir yana, gruplar arasında özellikle gazete fiyatlarının belirlenmesiyle ilgili toplantılar yapıldığı, bu konuda kararlar alındığı hatta uygulamaya geçirildiği dikkate alındığında, gruplar arasında günlük siyasi ve spor gazeteleri pazarında işbirliği olduğu açıktır. Bu işbirliği ve yapılan toplantılar, firmalar arasında rekabetin temelini oluşturan "bağımsız olarak karar alma" gerekliliğini ortadan kaldırmaktadır. Her firmanın içinde bulunduğu pazarın gereklerine göre davranışlarını belirleme özgürlüğü ticari hayatın bir gereğidir. Ancak, tarafların bir araya gelerek piyasa sistemi tarafından belirlenmesi gereken fiyat gibi unsurlar konusunda karar vermeleri piyasa sisteminin işleyişini engellemektedir. Dolayısıyla, rakip firmanın gelecekte nasıl davranacağını bilinememesi nedeniyle var olan belirsizliğin ortadan kaldırılması, piyasadaki aktörlerin, talep yönlü etkileri kararlarında

*dikkate almayacakları anlamına gelmektedir. Bu durum da rekabetin engellendiği piyasaların tipik bir örneğini oluşturur.*¹³⁹

Dolayısıyla, aslında yukarıda yer verilen tüm kararlarda da görüldüğü üzere, uyumlu eylem meselesi ABD rekabet hukuku rejiminde, AT rekabet hukuku rejiminde ve epeyce bir süre Türk rekabet hukuku rejiminde benzer biçimlerde ele alınmış vefakat daha sonra Rekabet Kurumu'nun yakın tarihli kararlarıyla¹⁴⁰ bu konuya ilişkin farklı ve daha da agresif bir "uyumlu eylem karinesi" yaklaşımı geliştirilerek bu çalışmada tartıştığımız çeşitli hususların dikkatle ele alınmasını gerektiren bir noktaya gelinmiştir.

5. SONUÇ YERİNE

Uyumlu eylemlere hangi politikalar ve standartlar doğrultusunda yaklaşılacağı zaten tüm dünyada rekabet hukuku öğretisinin en önemli konu başlıklarından biri halini almıştır. Bu sebeple, Rekabet Kanunu'nun 4. maddesinde yer verilen ve başka ülke mevzuatlarında bulunmayan bir imkan mevcut da olsa, sonuçta hem uyumlu eylem karinesinin soruşturmayı çevreleyen şartlara uygun ve ölçülü kullanılması hem de soruşturmadaki doğru amaca hizmet etmek yerine uzun vadede refahı azaltıcı etki yaratma tehdidi yarattığı durumlarda terk edilmesi Rekabet Kurumu'nun birincil vazifelerindedir. Bir rekabet hukuku soruşturmasındaki maddi hakikati bulma amacı ve teşebbüsleri piyasanın yapısından dolayı cezalandırmaktan kaçınma özeni aynı kabul edilebilecekse, ki aynı kabul edilebileceği ümit edilmektedir, ispat standardı aynı şartlar altında bazı rekabet hukuku düzenlerinde daha da yukarı çekilirken diğer bir rekabet hukuku düzeninde bu standardı iyice aşağı çeken yeni yorumlara imza atılması tercihinin dikkatli bir hukuki ve ekonomik çözülemeye tabi tutulması gerekmektedir.

Rekabet hukukunun bu en çetin alanlarından birinde, yani gizli işbirliklerinin cezalandırılmasına ilişkin sınırın çizilmesi konusunda, kolay etiketlere başvurmak ve uyumlu eylem karinesinin çıplak kullanımını tek başına ispata yeterli görmek bu alandaki sofistike meseleleri çözmeyecek, ancak geçici bir süreyle ve muhtemelen hatalı olarak o meselelerin üstünü örterek pazarlardaki teşebbüsleri de o süre boyunca daimi bir ceza tehdidinin altına sürükleyecektir. Dolayısıyla, artık rekabet hukuku doktrininde genel olarak "oligopol sorunu" olarak bilinen mesele de dahil olmak üzere, pazardaki teşebbüslerin "anlaşma"

¹³⁹ Rekabet Kurulu Kararı No: 00-26/291-161 Dosya No: D2/2/Ş.YA.-99/1 ("Gazete Kararı")

¹⁴⁰ Örneğin, 13.01.2005 tarihli, 05-05/42-17 sayılı Rekabet Kurulu Kararı ("Göлтаş – Denizli Çimento Kararı") ve 23.09.2005 tarihli, 05-60/896-241 sayılı Rekabet Kurulu Kararı ("Maya Kararı II")

düzeyine varmayan paralel davranışlarıyla ilgili olarak, “uyumlu eylem karinesi”nin varlığına rağmen, daha özenli bir uygulama rotası çizilmesi gereklidir. Bunun ilk minik ve yapıcı adımını atma ümidinde olan bu çalışmada, uyumlu eylem karinesine dayalı uygulamanın dikkatle gözden geçirilebilmesi için gerekli bazı çözümlere yer verilmiştir.

Ümit ediyoruz ki, bu çalışmada, herhangi bir irtibat delili ortaya koymadan, sadece piyasa sonuçlarından kalkınarak ihlal sonucuna varmanın, yani karine hükmünü çıplak bir biçimde kullanmanın, belli başlı uluslar arası uygulamalara uymayan ve pek de görülmemiş ve denenmemiş bir girişim olduğunu göstermiş bulunuyoruz.

Bu çalışmada sunduğumuz analiz, aynı zamanda karinenin bu tür kullanımı ile, uyumlu eylem tanımının da uluslar arası uygulama ile karşılaştırıldığında daha belirsiz bir hale geldiğini, ve tanımlanmaya muhtaç olduğunu da ortaya koymaktadır. ABD’nin rekabet hukuku uygulamasında açık bir biçimde, Avrupa Birliği uygulamasında ise *en azından* ispat için gerektirdiği deliller itibarıyla, dolaylı veya dolaysız iletişim içermeyen koordinasyon biçimleri rekabet ihlali sayılmamaktadır. Oysa karine mantığının çıplak kullanılması halinde durum o kadar açık olmayacaktır. Yukarıda da sorduğumuz gibi, karine neyin karinesi olacaktır? Zımnî danışıklığın mı, yoksa aslında ispat edilemeyen veya hakkında delil bulunamayan ama teşebbüslerin davranışlarını koordine etmelerine yarayan bir irtibatın mı?

Bu iki gözlem, karine hükmü hakkındaki tartışmaya Rekabet Kurumu’nun da katılmasının ne kadar önemli olduğunu göstermektedir. Eğer bu tartışmanın verimli olması isteniyorsa rekabet Kurumu’nu şu konular hakkındaki görüşlerini ortaya koymasına yararlı olacaktır:

Rekabet Kurumu uyumlu eylem deyiminden ne anlamaktadır?

Zımnî danışıklık, yani teşebbüslerin aralarında koordinasyon veya bir irade birliği sağlamaya yarayacak herhangi bir doğrudan veya dolaylı bir iletişim veya irtibat içinde bulunmadan piyasadaki hareketleri yolu ile koordinasyon sağlamaya çalışmaları, rekabet hukukunun ihlali midir?

Uluslararası uygulamadan ciddi bir biçimde uzaklaşmanın analitik temeli nedir? Karinenin mevcut hali ile çıplak bir biçimde uygulanması halinde 1. tip hatalardan nasıl kaçılacaktır?

Burada bir noktanın altını çizmenin yararı vardır Kuşkusuz, Türkiye’de rekabet hukukunda herhangi bir yorum ve uygulamanın ABD veya Avrupa Birliği veya herhangi başka bir örnekten uzaklaşmasının tek başına eleştirilecek bir yanı

yoktur. Eğer uluslar arası örneklerin hatalı olduğu veya yeni gelişmeler karşısında yenilenmeleri gerektiği kanısına varılırsa tabii ki bu örneklerden farklı yorum ve uygulamalar geliştirmek doğru ve gerekli olacaktır. Ayrıca uluslar arası örnekleri sorgulamadan kopya etmenin kendi başına sakıncalı olduğu ve entelektüel tembelliğe yol açacağı da açıktır. Ancak, özellikle ABD ve Avrupa Birliği uygulamalarının uzun yıllar alan bir deneyim ve öğrenme sonucunda oluştuğu, ciddi bir ekonomi ve hukuk birikimi temeline dayandığı, bu temel in oluşmasında akademik dünyanın önemli bir katkısının olduğu da gözden uzak tutulmamalıdır. Dolayısıyla, bu örneklerden ciddi bir biçimde uzaklaşan bir yorum ve uygulamaya geçmeden önce bu geçişin neden yapıldığı, örneklerin hangi açılardan yetersiz olduğu, geliştirilen yeni yorum ve uygulamanın bu yetersizlikleri nasıl giderdikleri, ne tür yeni riskler içerebilecekleri gibi konuların açık bir biçimde tartışılması ve ortaya koyulması yararlı olurdu.

RKHK'nun tasarımı sırasında böyle bir analitik çaban muhtemelen gösterilmiştir ancak bu tartışmalar kamuoyuna yansımamıştır. Şimdiye kadar bu pek önemli değildi çünkü her ne kadar kanun karine hükmünün burada tanımlandığı anlamıyla çıplak bir biçimde kullanılmasına izin veriyor ise de uygulama zaten Avrupa Birliği uygulamasına yakındı. Oysa şimdi durumun değıştiği görülmektedir. Bu değışiklik hakkında Rekabet Kurumu yukarıdaki soruları cevaplayan bir gerekçelendirmeyi henüz yapmamıştır, yapması gereklidir.

Karine hükmünün çıplak kullanımının sık bir biçimde birinci tip hataya yol açabileceği konusunda bir görüş birliğinin oluşması halinde, o zaman muhtemelen ilk tartışılacak konu, "benzeme şartı"nın yanı sıra birinci tip hataları asgariye indirecek başka şartların olup olmadığıdır. Örneğin, uyumlu eylemin farklı boyutları hakkında farklı tetikleme şartlarının olması faydalı olabilir mi? Bizzat benzeme şartının kendisi farklı bir biçimde formüle edilebilir mi? Karine gibi bir hükmü kullanmanın esas amacı ikinci tip hataları azaltmak ise bu tip hatalar esas hangi tür şartlar altında daha muhtemeldir? Fiyat paralelliği veya paralel fiyat artışı bunlardan biri mi? Bu tür soruların çoğalması, ve bunlara cevap bulmak üzere bir tartışmanın sürdürülmesi karinenin gözden geçirilmesinde yararlı olacaktır.

KAYNAKLAR

Haan, marco, Lambert Schoonbeek ve Barbara M. Winkel (2005) “Experimental Results on Collusion: The Role of Information and Communication” http://www.encore.nl/documents/Haan_ExperimentalResults.pdf

Harstad, Roland, Stephen Martin ve Hans Theo Normann (1988) “Experimental Tests of Consciously Parallel Behavior in Oligopoly,” Louis Philips, ed., *Applied Industrial Economics*, Cambridge University Pres içinde.

Martin, Stephen (1993) “On the Divergence Between the Legal and Economic Meanings of Collusion” <http://www.mgmt.purdue.edu/faculty/smartin/vita/diverge.pdf>

Maksin, Eric ve Jean Tirole (1988) “A Theory of Dynamic Oligopoly, II: Price Competition, Kinked Demand Curves and Edgeworth Cycles” *Econometrica*, 56: 571-599.

Motta, Massimo (2004) *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Pres.

Neven, Damien, Penelope Papandropoulos ve Paul Seabright (1998) *Trawling for Minnows European Competition Policy and Agreements Between Firms* Londra: CEPR

Philps, L (1995) *Competition Policy: A Game-Theoretic Perspective*, Cambridge University Press.

Werden, Gregory, J. (2004). “Economic Evidence on the Existence of Collusion: Reconciling Antitrust Law with Oligopoly Theory”, *Antitrust Law Journal*, 719-800.

KARARLAR

- Interstate Circuit v. United States, 306 U.S. 208 (1939)
- Theatre Enterprises v. Paramount Film Distributing Corp. 346 US 537 (1954)
- United States v. Morton Salt Co., 235 F.2d 573, 577 (10th Cir. 1956)
- Pittsburgh Plate Glass Co. v. United States, 260 F.2d 397, 401 (4th Cir. 1958)
- Delaware Valley Marine Supply Co. v. American Tobacco Co., 297 F.2d 199, 205 n. 19 (3rd Cir. 1961), cert. denied, 369 U.S. 839 (1962)
- Bogossian v. Gulf Oil Corp., 561 F.2d 434 (3d Cir. 1977), cert. denied, 434 U.S. 1086 (1978)
- Quality Auto Body v. Allstate Ins. Co., 660 F.2d 1195 (7th Cir. 1981), cert. denied, 455 U.S. 1020 (1982)
- Japanese Elec. Prods. Antitrust Litigation, 723 F.2d 238, 304 (3d Cir. 1983), cert. granted, 105 S. Ct. 1863 (1985)
- In re Baby Food Antitrust Litig. (3rd Cir. 1999)
- Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp., 475 US 574 (1986)
- Williamson Oil Co. v. Philip Morris USA (11th Cir. 2003)
- “Dyestuffs Kararı”, 24.07.1969 tarihli Komisyon Kararı, 1969 *OJ L 195/11*
- “Dyestuffs Kararı”, Case 48/69, ICI–Komisyon (1972) ECR 619
- “Suiker Unie Kararı”, 16.12.1975 tarihli Komisyon Kararı; 40-48,50,54- 56,111, 113&114/73 sayılı ATAD Kararı, [1975] ECR 1663
- “Wood Pulp II Kararı”, 19.12.1984 tarihli Komisyon Kararı, 1985 *OJ L 85/1*; 31.03.1993 tarih ve C-89/85 sayılı ATAD Kararı, [1993] ECR 1307
- “Carlsberg – Heineken Kararı”, 04/11/2002 tarihli Komisyon Kararı No: IP/02/1603
- “Göлтаş – Denizli Çimento Kararı”; No: 05-05/42-17; Dosya No: 2003-1-67; 13.01.2005
- “Maya Kararı I” No:00-24/255-138; Dosya No: D3/2/A.Ç.-99/2; 27.06.2000
- “Maya Kararı II”; No: 05-60/896-241; Dosya No: 2003-3-39; 23.09.2005

“Otomotiv Distribütörleri Derneği Kararı”, No: 05-01/8-7 Dosya No: İİ-04-KOK;
06.01.2005

“Sigara Kararı”, No: 04-31/365-91; Dosya No: 2004-3-37; 03.05.2004

“PMSA Philip Morris-JTI Tütün Ürünleri Kararı”, No: 02-80/937-385; Dosya
No: D3/1/BB-01/2; 24.12.2002

“Alçı Kararı”, No: 03-78/948-392; Dosya No: 2003-1-48; 11.12.2003

“Gazete Kararı”, No: 00-26/291-161; Dosya No: D2/2/Ş.YA.-99/1; 17.07.2000

İLAC PİYASASINDA VERİ KORUMASI VE REKABET HUKUKU İLİŞKİSİ

Av.Mehmet GÜN, Av. Neşe TAŞDEMİR ve Av. E. Sevi BOZOĞLU

1. GİRİŞ

Fikri mülkiyet hakları, yeni ve/veya orijinal fikirlerin sahiplerine, belli bir süre için bunlardan sadece kendilerinin yararlanmasına olanak sağlayarak araştırma ve buluşları teşvik etmekte; bu hakların mülkiyete konu bilgilerin toplumun ve bu kapsamda ilgili endüstrilerin, faydasına sunulmasını sağlama gibi bir fonksiyonu da icra etmesi beklenmektedir.¹⁴¹

Teknolojideki hızlı gelişmeler ve bunların beraberinde getirdiği buluşlar karşısında, hukuk düzenlerinde fikri ve sınai mülkiyetin sahibine sağladığı hakların sınırları ve kapsamı yetersiz hale gelebilmektedir. Örneğin son dönemlerde Patent Hukuku; bilgisayar teknolojileri, atom enerjisi, mikrobiyolojik üretim teknikleri ve biyoteknoloji gibi gelişmeleri de hazmetmek ve bunların getirdiği yeni soru ve sorunları karşılamak durumunda kalmıştır¹⁴². Günümüzde gerçekleşen önemli buluş ve gelişmeler, büyük yatırımları gerektirmekte, bununla birlikte buluşların üçüncü kişiler tarafından hızlı bir şekilde ve düşük maliyetler ile kopyalanması riski ile karşı karşıya kalınmaktadır. Yeni gelişmeler için yapılan yatırım miktarlarının büyüklüğü ile buluşların kopyalanmasındaki sürat ve imkanların genişliği ve aralarındaki ters orantı, fikri ve sınai mülkiyet üzerindeki hukuki korumanın önemini bir kez daha ortaya çıkarmaktadır.¹⁴³ Bununla birlikte bu özel mülkiyet haklarının kamu yararı nedeniyle sınırlandırılması da söz konusu olmaktadır. Bu düzenlemeler bir yandan verilerin mülkiyet hakkına konu olduğunu tartışmasız olarak ortaya koymakta; diğer yandan da bunlar üzerindeki tekelci mülkiyet hakkını sınırlamakta, ancak sınırlı süre içindeki mülkiyet hakkı korumasını yeni ve kendine münhasır bir koruma yöntemi getirerek etkili hale

¹⁴¹ Cornish, W. R., Intellectual Property, 4th Edition, 1999, s.129.

¹⁴² Cornish, s.32.

¹⁴³ Cornish, s. 33.

getirmektedir.¹⁴⁴ Buluşa ilişkin verilerin kullanılması üzerinde belli bir süre münhasırlık sağlanmasına ilişkin düzenlemelerin doğmasının bir nedeni de, patent hukuku'nun getirdiği koruma kapsamının, biyoteknolojik ürünler gibi, hızla gelişen teknoloji sayesinde geliştirilen buluşları koruma konusunda, çözüm getiremediği bir dönemde, buluşların gelişmesine yönelik insiyatiflerin korunması ve kuvvetlendirilmesi düşüncesidir.¹⁴⁵

İlaç piyasası da bahsedilen bu türde düzenlemelerin yapılmış olduğu alanlardan önemli bir tanesidir. İlaç sektöründe, yeni ilaçların yaratım ve üretim sürecine ilişkin verilerin etkin korunmasına ve belli bir süre için münhasıran kullanılmasına ilişkin düzenlemeler, Ar-Ge faaliyetlerinin bir rekabetçi unsur olarak çok büyük önem taşıdığı bu piyasada, buluşlara yapılan yatırımları etkin bir şekilde korumayı; ve nihayetinde tüketicilere gerekli kalite, güvenlik ve etkinlikteki ilaçların, makul fiyatlarda sunulmasını hedeflemekte, veri hakkını sınırlayan düzenlemeler ise jenerik ilaçların güvenli olarak piyasaya çıkmasını ve ilaç piyasasında rekabetin en yüksek düzeye çıkarılarak ilaç maliyetlerinin düşürülmesini amaçlamaktadır.

Türkiye'de ilaçta veri koruması konusu, geçtiğimiz son birkaç yıl içinde yaşanan uluslararası gelişmelerin de etkisi ile oldukça güncel hale gelmiştir. Özellikle, ilaç sektöründe Avrupa Birliği ("AB") nezdinde Türkiye hakkında başlatılan, veri koruması eksikliği de dahil olmak üzere Ticarete Teknik Engeller yaratıldığı iddiaları ile ilgili soruşturma uzun süredir hem devletin hem de sektörün ilgililerinin gündemini meşgul etmektedir.¹⁴⁶ Uluslararası alandaki bu gelişmelerin

¹⁴⁴ ATAD'ın Jenerikler'le ilgili C-368/96 sayılı kararının, 79. paragrafında, mülkiyet hakları üzerindeki kısıtlamaların, Topluluğun genel yararı amacına uygun olması ve en temel hakları bozucu ya da bunlara zarar verici bir etkisinin olmaması gerektiği ifade edilmiştir.

¹⁴⁵ De Joncheere, Rietveld and Huttin; Experiences with Generics, International Journal of Risk & Safety in Medicine 15 (2002) Chapter 11, s.106.

¹⁴⁶ Avrupa'da faaliyet gösteren, 29 milli ilaç endüstrisi derneği ile 45 ilaç firmasının üye olduğu EFPIA (European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations), Türkiye'nin, yabancı menşeli ilaçlar açısından ayrımcılık yaptığı iddiaları ile Avrupa Komisyonu'na başvuruda bulunmuş ve bu başvuru 20.12.2003 tarihinde 311/31 sayılı AB Resmi Gazete'sinde yayınlanmıştır. Başvuruya konu edilen iddiaların ilki, Türkiye'de şeffaf olmayan uygulamalarla yurt içinde üretilen orijinal ve jenerik ilaçlara nazaran ithal edilen ilaçlara daha farklı ithal, satış, pazarlama sistem, onay süreci, fiyatlandırma ve ödeme rejimi uygulanarak, bu ilaçların ülkeye girişlerinin engellendiği ve bunun da serbest ticareti engelleyerek 3286/94 sayılı Ticaret Engelleri Konsey Tüzüğü ve GATT anlaşmasına aykırılık teşkil ettiğidir. Diğer bir önemli iddia da, Türkiye'nin, ruhsat başvuruları sırasında korumakla mükellef olduğu ticari açıdan önemli verileri de yerli firmalar lehine olacak şekilde yeterince gizli tutmayıp TRIPs metninin 39.3 maddesi'ni ihlal ettiğidir. Bunların dışında, ticaret dengesinin bozulduğu ve Gümrük Birliği anlaşmasına taraf

yanında, ülke içinde de, bir kısım buluşçu ilaç üreticileri¹⁴⁷, Sağlık Bakanlığı'nın 2.3.1995 tarihli Ruhsatlandırma Yönetmeliği'nin¹⁴⁸, veri koruması sağlanmaksızın jenerik ilaçlar için köprülendirilmiş ruhsat başvuru yapılmasına imkan veren 9. maddesinin iptali istemiyle Danıştay'da dava açmış¹⁴⁹; bütün gelişmelerin yaşandığı sırada Sağlık Bakanlığı, iptali istenen 9. maddeyi yürürlükten kaldırarak Veri İmtiyazı düzenlemesi getiren yeni bir yönetmeliği yürürlüğe koymuştur.¹⁵⁰ Gelişmeler sonucunda, veri korumasına ilişkin ihtilaflar mahkemelere yansımaya başlamıştır. Bu arada, Orijinal ve Jenerik ürünlerin ruhsatlandırılması sürecinde yaratılmış olan farklılık ile devletin fiyatlandırma ve ucuz ilaç politikasının sonuçlarına ilişkin tartışmalar hali hazırda, kısmen de olsa, Rekabet Kurumu'na kadar yansımış olmakla beraber¹⁵¹ ilerideki tarihlerde daha da artacağı tahmin edilmektedir. Bu tebliğde, sözkonusu tartışmaların odak noktası olan, ilaçların yaratılması sırasında ortaya çıkan veriler ve ruhsatlandırma süreçleri ile ilgili bilgi verilerek, tartışmaların ortaya çıkış nedenleri açıklanmaya çalışılacaktır. Daha sonra sektörün farklı kutupları arasındaki dengelerin korunması için getirilen sistemlerden bahsedilecek ve bu sistemlerin anti-tröst hukuku açısından doğurabileceği etkiler tartışılacaktır.

Türkiye'nin Topluluk menfaatlerini ihlal eder nitelikte hareketler içerisinde bulunduğu iddia edilmiş, tüm bu iddialar Komisyon tarafından ciddi görülüp değerlendirmeye alınmıştır.

¹⁴⁷ Buluşçu ilaç üreticisi, yeni bir ilaç üretmek için Ar-Ge yatırımı yapan ve dünyada daha önce bilinmeyen ve kullanılmayan bir ilaç üreterek, bu ürünü ruhsatlandırmak için sağlık kurumlarına başvuran ve ruhsat almasını takiben, ürününü dünya'da ilk kez piyasaya süren firma anlamında kullanılmaktadır. Bu firmalar sektörde araştırmacı ya da buluşçu olarak bahsedilmektedir. Tebliğ'de bütünlük sağlamak için bu firmalardan sadece "buluşçu" olarak bahsedilmesi tercih edilmiştir.

148 02.03.1995 tarihli Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren Beşeri ve Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği.

¹⁴⁹ Danıştay 10. Dairesi en son verdiği ve oy çokluğu ile aldığı 27.12.2005 tarihli ve 2003/4303 E., 2005/5108 K. sayılı kararında, 2.3.1995 tarihli Ruhsatlandırma Yönetmeliğinin iptali istenen 9. maddesinin hukuka uyarlı olduğuna karar vermiş ve iptal istemini red etmiştir. Muhalefet oyunda söz konusu hükmün haksız rekabete neden olduğu ve iptali gerektiği belirtilmiştir. Danıştay'ın bu konuda daha önce verdiği kararlar henüz temyiz aşamasında olup, henüz kesinleşmişlerdir.

¹⁵⁰ Sözkonusu düzenleme 19 Ocak 2005'te yürürlüğe giren yönetmelik ile yürürlükten kaldırılmıştır. Ayrıntılı açıklama için bkz. "Ruhsatlandırma, Normal Ruhsat Başvurusu ve Kısaltılmış Ruhsat Başvurusu" başlıklı bölüm.

¹⁵¹ Rekabet Kurumu'nun 04-20/206-42 no lu 18/03/2004 no lu kararı.

2. İLAÇ PİYASASINDA VERİ KORUMASININ KONUSU VE KAPSAMI

İlaç insan sağlığını korumanın ve insan hayatını sürdürmenin vazgeçilmez araçlarından birisidir. Herhangi bir maddenin, bir hastalığın tedavisinde etkin olduğunun belirlenmesi veya bir hastalığın tedavisi için yeni bir etken madde geliştirilmesi halinde, bunun ilaç olarak insanların kullanımına sunulabilmesi için, toplamda 10 ila 15 yıl gibi uzun süreye yayılan, farmakolojik, toksikolojik araştırma ve testler ve klinik araştırmalar yapılması¹⁵² zorunludur. Bu faaliyetler ortalama 800 Milyon Amerikan Dolarına varan harcamalar yapılmasını gerektirmektedir. Bu maliyetlerin çok yüksek olmasının nedenlerinden birisi başlatılan her çalışmanın sonunda bir ilacın ortaya çıkarılamıyor olmasıdır, örneğin, ABD’de FDA tarafından ruhsatlandırılan her bir ilaç için ortalama 5.000 farklı bileşimin test edilmesi gerektiği ifade edilmektedir.¹⁵³ Nihayet bu çalışmalar sonucunda elde edilen verilerin, ilacın pazarlanmasına yönelik ruhsat alınması aşamasında sağlık makamlarının test ve onayına sunulması ve bu makamlarla onaylanmış olması gerekmektedir.

Bir ilacın pazarlanabilir hale gelmeden önce geçirdiği çok uzun ve karmaşık süreçte, önce Ar-Ge çalışmaları sonucunda bir molekül keşfedilmektedir. Daha sonra, bu molekülün, bir ilacın etken maddesi olarak kullanılıp kullanılamayacağını anlaşılabilmesi için, canlılar üzerinde yapılan klinik çalışmalara geçmeden önce, kullanılacak olan maddelerin bileşiğinin insan vücudunda nasıl etki edeceğini tespit edebilmek için laboratuarlarda bir çok test ve deneyler yapılmaktadır. Bu dönem “klinik öncesi dönem” (*pre-clinical trials*) olarak adlandırılmaktadır. Bu dönemde, ilacın teknik özellikleri, bilinen veya muhtemel etki mekanizması, sistem ve organlara etkisi, metabolizma, emilim, dağılım ve atılımı gibi farmakokinetik etkileri gibi bilgileri oluşturulur. Bu aşamadan sonra bileşiğin insan üzerinde nasıl etki doğurduğunun araştırılması için “klinik dönem” başlar. Klinik dönem üç dönemden (*phase*) oluşmakta, bütün

¹⁵² *New Molecular Entities in Germany*, <http://www.vfa.de/en/statistics/innovation/> ; Junod, V., *Drug Marketing Exclusivity under United States and European Union Law*, The Food and Drug Law Institute, Food and Drug Law Journal, 2004, 59, 479; Glasglow, Lara, *Stretching Limits of Intellectual Property Rights: Has the Pharmaceutical Industry Gone Too Far?*, IDEA-Volume 41 Number 2, sf. 231; Weidenbaum, M., *Are drug prices too high?*, Copyright of Public Interest, Summer/1193, s.86; Dangi, Ajit, *Data Protection-A Building Block for Pharmaceutical R&D*, CRA, *Innovation in the pharmaceutical sector-A study undertaken for the European Commission*, 8 Kasım 2004, s.9. <http://www.expresspharmapulse.com/20051215/ipcspecial12.shtml>.; Rekabet Kurumu 2. Yıllık Rapor (2000), s.15.

¹⁵³ Weidenbaum, s.85.

fazların nasıl yürütülmesi gerektiği çok sıkı kurallara tabi tutulmaktadır. Bu dönemlerde veriler şöyle oluşturulur;

- I. Dönem'de, İlacın emilim, dağılım, metabolizma, atılım özellikleri, toksisitesi, biyoyararlanımı¹⁵⁴, vücut fonksiyonlarına etkisi ve biyolojik aktivitesi, az sayıda sağlıklı gönüllüler üzerinde denir.
- II. Dönemde, Az sayıda seçilmiş hasta üzerinde, ilacın etkili doz sınırları, klinik etkinliği, biyolojik aktivitesi, yararı, güvenilirliği, hastalık halinde gösterdiği özellikleri ve toksisitesi araştırılır.
- III. Dönemde, I. ve II. dönemlerde olumlu bulunan ilaç, daha geniş sayıda hasta üzerinde etkinliği, emniyeti ve değişik dozları yönünden denir.

Eğer, bileşiğin bu dönemlerin tümünü geçirdikten sonra elde edilen verilere göre insan sağlığı için yararlı olduğunu ispatlanmış olursa, artık ilaç olarak ruhsatlandırılabilir. Ancak araştırmalar burada sona ermez, ilaç haline gelmiş olan bileşik IV. Dönem olarak kabul edilen, ilaç hastalar tarafından kullanılmaya başlandıktan sonra endikasyonları üzerinde emniyeti, doz farklılıkları ve yan etkileri gibi konular araştırılmasına geçilmektedir.¹⁵⁵

İlaçta veri korumasına konu olan veriler, ilaca pazarlama ruhsatı alınabilmesi için yapılması zorunlu olan bu çalışmalar sonucunda ortaya çıkarılıp toplanan ve ruhsat alınmasının bir ön şartı olarak ruhsat makamlarına sunulmaları zorunlu olan, çoğu zaman onlarca klasörü bulabilen bu klinik öncesi ve sonrası araştırmaların sonuçlarına ilişkin verilerdir. Bu veriler teşebbüslerin ticari bir amaçla, önemli miktarlarda harcama yaparak elde edilmektedir. Teşebbüslerin bunları gizli tutmak için çaba harcadığı ve Verilerin her halükarda ticari gizliliğe sahip olduğu açıktır. Doğal olarak ilaç geliştirme sürecinde belirli bir sistematik içinde oluşturulan Verilerin, bunları ilk oluşturan kişi ile aynı çalışmayı yapmadıkları sürece başkalarının da elinde olması

¹⁵⁴ Biyoyararlanım: Etkin maddenin veya onun terapötik molekül kısmının farmasötik şekilden absorbe edilerek sistemik dolaşıma geçme ve böylece vücuttaki etki yerinde veya onu yansıtan biyolojik sıvılarda (genellikle serum veya plazmada) var olma hızı ve derecesi, Tıbbi Müstahzarların Biyoyararlanım ve Biyoeşdeğerliğinin Değerlendirilmesi hakkında Yönetmelik, Madde 4/c, Resmi Gazete Yayımlı Tarihi: 27 Mayıs 1994-Sayı: 21942.

¹⁵⁵ Türkiye'de bu süreç 29 Ocak 1993 tarihli ve 21480 sayılı Resmi Gazete'de yürürlüğe giren İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmelik ile düzenlenmektedir. Dünya'nın diğer ülkelerinde de bu sistem uygulanmaktadır. Bkz. Pugatch, Meir Perez, *Intellectual Property and Pharmaceutical Data Exclusivity in the Context of Innovation and Market Access*, sf.4, www.iprsomine.org/uncadictsd/bellagio/docs/pugatch_bellegio3.pdf.

beklenemez. Koruması öngörülen bilgiler işte bütün bu özelliklere uyan bilgilerdir (“veri”).¹⁵⁶

4. VERİ KORUMASI (DATA PROTECTION) VE VERİ KORUMASININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Veri Koruması, bir kişinin yaratıcı çaba, emek, yatırımı ile ortaya çıkarttığı ve kullandığı, ve bir başkasına açıklamadığı bilgilerin ve verilerin, başka kişilerin haksız ticari kullanımından korunması anlamına gelmektedir. (“Veri Koruması”) ¹⁵⁷Verilerin onları ortaya çıkaran firmaların malı olduğu ve üzerlerindeki mülkiyet haklarının korunmaları gerektiği tartışmasıdır. Bir ilacın geliştirilmesi ve insan sağlığına faydalı bir ürün olduğunun ispatlanması için gerekli olan test ve deney sonuçlarına ilişkin tüm bu veriler sahiplerinin fikri emek ve çabalarının sonunca oluşturulan gizli ticari bilgileridir ve dolayısı ile hukuki olarak fikri mülkiyetin konusuna girmektedirler. Nitekim TRIPs Anlaşması’nın ¹⁵⁸ 1. maddesinin ikinci bendinde, “...‘*fikri mülkiyet*’, *Kısım II’nin 1–7 sayılı Bölümlerine tabi olan bütün fikri mülkiyet kategorileri anlamına gelir*” denilmekte ve Kısım II’nin (7) no.lu Bölümü içinde yer alan “Açıklanmamış Bilgilerin Korunması” başlıklı 39. maddesi ile düzenlenen Veri Koruması’nın, TRIPs’te yer alan bir fikri mülkiyet hakkı türü olarak kabul ettiğini göstermektedir.

¹⁵⁶ TRIPs, “Açıklanmamış Bilgilerin Korunması” başlıklı m. 39(1)’de “*Üyeler paris Sözleşmesi’nin 10’uncu Maddesinde öngörüldüğü gibi haksız rekabete karşı etkin koruma sağlarlarken, açıklanmamış bilgileri 2’nci paragrafa uygun olarak ve hükümetlere veya hükümet kuruluşlarına sunulmuş verileri 3’üncü paragrafa uygun olarak koruyacaklardır.*” demekte 39(3)’te de “*Üyeler, yeni kimyasal maddelerin kullanıldığı farmasötik veya tarımsal kimyasal ürünlerin pazarlanmasını onaylamanın koşulu olarak, meydana getirilmesi büyük çaba gerektiren ifşa edilmemiş testlerin veya diğer verilerin sunulmasını talep ettiklerinde, bu verileri haksız ticari kullanıma karşı koruyacaklardır. Üyeler bunun yanı sıra, kamunun korunması için gerekli olmadıkça veya verilerin haksız ticari kullanıma karşı korunmasını sağlayacak önlemler almadıkça, bu verileri ifşa edilmemeleri için koruyacaklardır.*” demektedir.

¹⁵⁷ Bannenberg, Wilbert, *e-DRUG: Data exclusivity and trials data disclosure - collision?*(5), <http://www.essentialdrugs.org/edrug/archive/200502/msg00043.php>.

¹⁵⁸ **Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (“TRIPs”)**, 15 Nisan 1994’te imzalanan Dünya Ticaret Örgütü Kurucu Anlaşması olan Marakeş Anlaşması’nın 1C no.lu ekidir. Türkiye’de Marakeş Anlaşması’nı, 29 Ocak 1995 tarihli ve 22186 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren, 4067 sayılı **Kanunla** Bakanlar Kurulu’na verilen yetkiye dayanılarak, 25 Şubat 1995 tarihli ve 22213 (1.Mükerrer) sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren “Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması Hakkında Karar” ile iç hukukumuzda dahil etmiştir. Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması, yazıda, İngilizce adının genel olarak bilinen kısaltması TRIPs kullanılacaktır.

Veri Koruması fikri mülkiyetin konusuna girmekle beraber, patent korumasından tamamen farklı bir hukuki koruma türüdür. Veri Koruması ile patent arasındaki en belirgin ayırım, Veri Korumasına konu olan verileri, herkesin gerekli emek ve yatırımı yaparak üretmesinin önünde teorik olarak bir engel bulunmamasıdır. Oysa, patent açıklandığı andan itibaren 3. kişilerin o buluşu kullanmasının ve yeniden yaratmasının önünde bir engeldir. İkinci olarak da, patente konu olan buluş tüm toplum ile paylaşılmaktayken, veri korumasına konu olan veriler gizli tutulmakta, sadece ruhsatlandırmaya yetkili olan makamın incelemesine sunulmakta, toplum ile paylaşılmamakta ve böyle bir zorunluluğa da muhatap olmamaktadır.

Veriler üzerindeki hak, özel mülkiyete konu bir hak türü olarak özel olarak korunan türde bir fikri mülkiyet hakkıdır. Sağlanan korumanın özü de mülkiyet hakkı korumasıdır. Korumanın kapsamına verilere izinsiz olarak ulaşılmasının önlenmesini, ruhsat makamları tarafından gizli tutulmasının sağlanmasını ve başkaları tarafından yararlanılmasının önlenmesini istemek hakkı gibi mülkiyet hakkının sonucu olan haklar dahildir.

TRIPs ve Paris Konvansiyonu ise, mülkiyet hakkı korumasına ilaveten, verilerin sahibini, kendisine jenerik üreticiler tarafından yöneltilebilecek haksız rekabete karşı korumaktadır. Paris Konvansiyonu'nu ve TRIPs'i ilgilendiren işte bu korumadır. Gerçekten de TRIPs, m. 39'da, üyelerin, Paris Konvansiyonu 10*bis.* maddesinde düzenlediği üzere haksız rekabete karşı etkin koruma sağlarken verileri koruyacağını öngörmektedir.

Dolayısıyla veri koruması, hem veriler üzerindeki mülkiyet hakkının korunması ve hem de haksız rekabete karşı koruma niteliğindedir. Veri İmtiyazına ilişkin olarak getirilen düzenlemelerin ise, kanunlaştırılmış olmak kaydıyla,¹⁵⁹ veri üzerindeki mülkiyet hakkına getirilen bir sınırlama olduğu söylenebilir.

4. İLAÇ'TA ORJİNAL ÜRÜN VE JENERİK ÜRÜN AYIRIMI VE RUHSATLANDIRMA SÜRECİ

4.1. Orijinal ve Jenerik Ürün Kavramları

Veri Koruması ile ilgili daha detaylı açıklamalara geçmeden önce, ilaçlar arasındaki Orijinal ve Jenerik ayırımının açıklanmasına ihtiyaç vardır.

Veri Korumasına konu olan ürün, Ar-Ge yatırımı sonucu ortaya çıkarılan, etkinliği ve güvenliği olduğu sağlık otoritelerine sunulan test ve deney verileri ile ispatlanılarak pazarlama ruhsatı alınan yani ilk ruhsat başvurusuna konu olan

¹⁵⁹ Henüz Türkiye'de böyle bir kanun çıkarılmamıştır.

üründür. Bu şekilde ortaya çıkarılarak ilk defa ruhsatlandırılan ürün Orijinal Ürün olarak da adlandırılmaktadır¹⁶⁰. Başka bir deyişle bir ilacın ilk defa ruhsatını alan üreticinin ürettiği veya o'nun verdiği lisans gereğince ruhsatlandırılan ve üretilen ilaç orijinaldir. Orijinal ürün üreticisi ile yaptığı müşterek pazarlama anlaşması gereğince aynı ilacı üreten teşebbüsün ürünü de orijinaldir. Çünkü müşterek pazarlama anlaşmalarında da orijinal ürün üreticisinin lisans vermesi durumu söz konusudur. Lisansın en önemli özelliği, ilacın üretimine orijinal üreticinin bilgi vererek, denetleyerek ve sair şekillerde doğrudan katkıda bulunmasıdır.

İlaç sektöründeki jenerik ürün, başkaları tarafından orijinal ilaca referansla ve orijinal ürünle eşdeğer olmak üzere üretilen üründür. Jenerik ilaçların, ruhsat başvurusu aşamasında referans verdikleri orijinal ürüne biyo-eşdeğer olduğunun¹⁶¹ kanıtlanması şarttır. Ancak jenerik ürünün orijinal ürüne eşdeğer olduğunun kanıtlanması, pazarlama ruhsatı verilebilmesi için yeterli değildir. Bunun için jenerik ilacın etkinlik ve güvenliğinin, ya normal yoldan ruhsat alındığında olduğu gibi farmakolojik ve toksikolojik test ve çalışmaların bağımsız olarak yapılarak verilerin oluşturulması suretiyle, ya köprülendirilmiş başvurularla ilk ruhsat dosyasındaki verilere dayanılarak kanıtlanması şarttır. Jenerik ilacın etkinlik ve güvenliğinin, ilacın yerleşmiş tıbbi kullanımının bulunması kaydıyla, literatür bilgileri ile de kanıtlanabilmesi kabul edilmektedir. İşte bu şekilde, bağımsız test ve klinik araştırmalarını yapmaksızın, ilk ruhsat başvuru sahibine ait verilere atıf yapılarak bir başka deyişle bu veriler referans gösterilerek veya uzun zamandır piyasada mevcut olup kullanılan bir ürüne eşdeğer olduğu gösterilerek ruhsat alan ürünler genelde Jenerik Ürün olarak tanımlanmaktadır. Bu sistemde jenerik ürünün orijinal ürünün terapötik¹⁶² eşdeğeri olduğu kabul edilmektedir. Bunlardan yola çıkarak bir tanım yapmak gerekirse, Jenerik ürün "*Orijinal bir ürün ile aynı*

¹⁶⁰ 19 Ocak 2005 tarihli, Beşeri ve Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği'nde Orijinal Tıbbi Ürün: "Etkin madde/maddeler açısından bilimsel olarak kabul edilebilir etkinlik, kalite ve güvenliğe sahip olduğu kanıtlanarak, dünyada pazara ilk defa sunulmak üzere ruhsatlandırılmış/izin verilmiş ürün" olarak tanımlanmıştır.

¹⁶¹ Biyo-eşdeğerlik: "*Farmasötik eşdeğer olan iki müstahzarın, aynı molar dozda verilişinden sonra Biyoyararlanımlarının (hız ve derece) ve böylece etkilerinin hem etkinlik, hem güvenlik bakımından esas olarak aynı olmasını sağlayacak derecede benzer olması,*" olarak tanımlanmaktadır. Tıbbi Müstahzarların Biyoyararlanım ve Biyo-eşdeğerliğinin Değerlendirilmesi hakkında Yönetmelik, Madde 4 / e, Resmi Gazete Yayın Tarihi: 27 Mayıs 1994-Sayı: 21942.

¹⁶² Terapötik Eşdeğer: "*Bir müstahzarın, etkinliği ve güvenilirliği daha önce tespit edilmiş bir başka müstahzar ile aynı etken maddeyi veya terapötik molekül kısmını içermesi ve aynı etkinlik ve güvenilirliği klinik olarak göstermesi hali,*" olarak tanımlanmaktadır. Tıbbi Müstahzarların Biyoyararlanım ve Biyo-eşdeğerliğinin Değerlendirilmesi hakkında Yönetmelik, Madde 4/e, Resmi Gazete Yayın Tarihi: 27 Mayıs 1994-Sayı: 21942.

form ve dozda, güvenlik ve etkililik açısından orijinal ürüne biyoeşdeğerliği kanıtlanmış olan benzeridir.”¹⁶³.

Jenerik ürünün güvenlik ve etkinliğinin orijinal üründen hiçbir farkı olmadığını iddia eden görüşler olduğu gibi, etkinlik açısından jenerik ürünlerin orijinal ürünlere göre farklılıklar gösterebileceği yönünde bilimsel çalışmalar da bulunmaktadır.¹⁶⁴ Sağlık otoriteleri, Jenerik ürünlerin insan sağlığı açısından orijinal ürün gibi güvenli ve etkin olduğunu kabul etmekte ve ruhsat vermektedirler.

4.2. Ruhsatlandırma, Normal Ruhsat Başvurusu ve Kısaltılmış Ruhsat Başvurusu

Herhangi bir maddenin bir hastalığın tedavisinde etkin olduğunun belirlenmesi veya yeni bir etken madde geliştirilmesi halinde, geliştirilen bu maddenin ilaç olarak insanların kullanımına sunulabilmesi için yapılan farmakolojik, toksikolojik araştırma ve testler ve klinik araştırmalarda, elde edilen verilerin sağlık makamlarının test ve onayına sunulmasının zorunlu tutulmasındaki amaç, ilacın etkinliğinin ve güvenliğinin sağlık otoritelerine kanıtlanarak, insan sağlığının riske atılmadığının denetlenmesinin sağlanmasıdır. İlacın etkinliği ve güvenliği böylece kanıtlanıp test edildikten sonra üretim ve satışı için ruhsat verilmektedir.

Eğer bir başkası da ilk defa ruhsatlandırılan ilacın temelde aynısı olan bir ilacı üretmek isterse, o da üreteceği ilacın etkinliğini ve güvenliğini kanıtlamak için aynı yolu izleyebilir, aynı yatırımı yapıp aynı verileri sağlayarak normal başvuru

¹⁶³ 1995 tarihli eski Ruhsatlandırma Yönetmeliğinde Jenerik ürün tanımı bulunmamaktadır. Ancak, 9. madde lafzından Jenerik ürünün daha önce ruhsatlandırılmış bir ürünün “aynı”sı olması gerektiği anlaşılmaktadır. 19 Ocak 2005 tarihli, Beşeri ve Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği’nde Jenerik Tıbbi Ürün: “*Etkin maddeler açısından orijinal tıbbi ürün ile aynı kalitatif ve kantitatif terkibe ve aynı farmasötik forma sahip olan ve orijinal tıbbi ürün ile biyoeşdeğerliliği, uygun biyoyararlanım çalışmaları ile kanıtlanmış tıbbi ürün*” olarak tanımlanmış ve böylece, “aynı”lık kavramını “benzerlik” ile değiştirilmiştir. Bu nedenle Jenerik ürünler eşdeğer/ muadil ilaç olarak adlandırılmaktadır. US. Food and Drug Administration – Office of Generic Drugs, *What is a Generic Drug?* <http://www.fda.gov/cder/ogd/#Introduction> , 8 Mart 2006. Tebliğ’de, hem Türk mevzuatında tanımlanan hem de uluslararası olarak kullanılan İngilizce “Generic” kelimesinin karşılığı olarak “Jenerik” adının kullanılması tercih edilmiştir.

¹⁶⁴ European Medicines Association-FAQ on Generics, <http://www.egagenerics.com/FAQ-generics.htm>; Borgherini G., Clinical Therapeutics, Cilt 25, No:6, 2003 s. 1578-1592; Nuss P. Taylor D, De Hert M, Hummer M., CNS Drugs 2004, 18 (12), s.769-775.

yoluyla ruhsat alabilir. Bazı durumlarda ruhsat makamları aynı verilerin kendilerine ibraz ettirilmesinden imtina edebilirler ve aynı ilaca ilişkin olarak yeni yapılacak başvuruları basitleştirebilirler. Bu tür basitleştirilmiş ruhsat başvuruları dünya da *kısaltılmış başvurular(short cut applications)* olarak adlandırılırlar.

Türkiye’de Kısaltılmış başvurular Sağlık Bakanlığı’nın 2 Mart 1995 tarihli ve 22218 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren *eski* “Tıbbi Farmasötik Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği”nin ve 19 Ocak 2005 tarihli ve 25705 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan *yeni* “Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği”nin 9. maddelerinde düzenlenmiştir. Her iki Ruhsatlandırma Yönetmeliğinin 8. maddesi normal ruhsat başvurularında yerine getirilmesi gereken şartları saymakta ve bunlar arasında Farmakolojik, toksikolojik testler ve klinik çalışmaların yapılıp, bunlara ilişkin verilerinin sunulmasını zorunlu kılmaktadır. Yönetmeliğin 9. maddesi ise, kısaltılmış başvuru sahibinin söz konusu verileri vermeyebileceğini belirtmekte; kısaltılmış başvuru hakkı tanınan taraf, böylelikle normalde yerine getirmesi zorunlu olan pahalı ve ağır yükümlülüklerden kurtulma imkanı bulmaktadır.

Kısaltılmış başvurular, hem ruhsat makamları ve hem de başvuru sahipleri bakımından büyük avantajlar ve tasarruflar getirmektedir. Jenerik ilaç üreticisi bakımından getirilen avantajlar en başta, çok az yatırımla ticari faaliyete başlayabilme imkanı ve çok kısa sürede ruhsat alarak piyasaya girebilme avantajlarıdır. Kısaltılmış başvurunun sağlayacağı avantaj, tasarruf ve menfaatin büyüklüğü, Ek (1)’de, orijinal ve köprülendirilmiş kısaltılmış ruhsat başvuru prosedürlerine ilişkin karşılaştırmalı tablodan kolaylıkla görülebilir.

4.3. Kısaltılmış Ruhsat Başvuruları ve Çeşitleri

Dünya’da ruhsatlandırma sistemlerine bakıldığı zaman, Kısaltılmış ruhsat başvurularını *köprülendirilmiş başvurular ve literatür başvuruları* olarak iki ana gruba; köprülendirilmiş başvuruları da *veri sahibinin izni ile referans verilen başvurular* ve veri imtiyazı süresi dolduktan sonra *sahibinin iznini almaya gerek olmadan doğrudan referans yapılabilen başvurular* olarak ikiye ayırmak mümkündür. Ülkemizde ruhsatlandırma sürecine ilişkin düzenlemeler, AB sistemi ile uyumlu olduğundan süreçler açıklanırken esas olarak AB mevzuatından bahsedilecek ve bu mevzuatın terminolojisinden faydalanılacaktır. AB ve ABD sistemlerinde ruhsatlandırma süreçlerinin tarihsel gelişimi ise, aşağıda Veri İmtiyazı başlıklı bölümde daha detaylı bir biçimde açıklanacaktır.

4.3.1. Literatür Başvuruları (Bibliyografik Başvurular)

Bütün kısaltılmış başvurularda ilk ruhsat dosyasına ve oraya sunulmuş olan verilere referans verilmesi zorunlu değildir. Etkin maddenin ilaç olarak yerleşmiş tıbbi kullanımının (*Well Established Medical Use*) bulunması, bilinen ve kanıtlanmış bir etkinlik ve güvenlik'e (*Safety And Efficacy*) sahip olduğunun literatür bilgileri ile ortaya konulabilmesi halinde de, kısaltılmış başvuru yolu seçilebilir ve jenerik ilaç için pazarlama ruhsatı alınabilir.

Ruhsat makamları bakımından bu tür başvurulara göre ruhsat verilmesinde, ilaç zaten belli bir süre kullanılmış yan etkileri, etkinliği ve güvenliği hakkında yaygın kullanım sonucunda bilgi ve fikir sahibi olunmuş olması nedeniyle ilaca ruhsat verilmesi daha kolay ve tehlikesizdir. Ancak ilacın ne kadar bir süre kullanımı sonunda yerleşmiş tıbbi kullanımından söz edilebileceği konusu uzun süre tartışılmıştır.

AB'de, 2001/83/EC sayılı Yönerge'nin 10(1)(a)(ii) maddesine göre farmakolojik ve toksikolojik testler ve klinik deneylerin sonuçlarına ilişkin verilere olan gereksinimi yayınlanmış literatür bilgilerine yapılacak detaylı referanslarla karşılamak mümkündür. İlacın piyasada kaldığı süre boyunca, ki bu sürenin en az 10 olması gerektiği öngörülmüştür, Yayınlanmış literatür bilgilerinin alenileşmiş literatür bilgileri olduğu açıktır. Ancak bunun için ilacın yerleşmiş tıbbi kullanımının (*Well established use*) ve kabul edilmiş etkinlik ve güvenliğinin kanıtlanması zorunludur. 2001/83/EC sayılı Yönerge'nin I no'lu ekinde yerleşmiş tıbbi kullanımın ne anlama geldiği hakkında açıklamalar yer almaktadır. Yerleşmiş Tıbbi Kullanım kavramı ilk kez, 75/318/EEC sayılı Yönergenin¹⁶⁵ Ekinde değişiklik yapan 1999/83/EC sayılı Yönerge¹⁶⁶ ile tanımlanmıştır. Bu değişiklik, 2001/83/EEC sayılı Yönerge'nin ekinde de aynen korunmuştur.¹⁶⁷ 2001/83/EEC

¹⁶⁵ OJ No L 147 of 9. 6. 1975, p. 1.

¹⁶⁶ 8 Eylül 1999, OJ L 243, 15. 9. 1999, p. 9.

¹⁶⁷ Yönergenin 1. no.lu Eki'nin Toksikolojik ve Pharmacologic testler ile ilgili 3. bölümünün, Well established use başlıklı I bendi metninin orijinali aynen şöyledir; "(a) Factors which have to be taken into account in order to establish a well established medicinal use of components of medicinal products are the time over which a substance has been used, quantitative aspects of the use of the substance, the degree of scientific interest in the use of the substance (reflected in the published scientific literature) and the coherence of scientific assessments. Therefore different periods of time may be necessary for establishing a well established use of different substances. In any case, however, the period of time required for establishing a well established medicinal use of a component of a medicinal product must not be less than **one decade from the first systematic and documented use of that substance as a medicinal product in the Community.**",

sayılı direktifin bu eki, ayrıca yerleşmiş tıbbi kullanımının etkinliğinin ve güvenliğinin kanıtlanmasına ilişkin hükümler içermektedir.¹⁶⁸

Türkiye’de 02.03.1995 tarihli Ruhsatlandırma Yönetmeliği’nde bibliyografik başvuru imkanı öngörülmüştür. Ancak, yerleşik tıbbi kullanımın kaç yıllık olması gerektiğine ilişkin olarak açık bir düzenleme bu yönetmelikte bulunmamaktadır. Daha sonra yürürlüğe giren, yeni Ruhsatlandırma Yönetmeliği’nde¹⁶⁹ başvuru yolu korunmuş, yerleşik tıbbi kullanımın süresi de “Ancak, tıbbi ürün terkinin yerleşik tıbbi kullanımını belirlemek için gereken süre, söz konusu maddenin tıbbi ürün olarak ilk sistematik ve belgeli kullanımından sonra başlamak üzere en az 10 (on) yıldır.” denilerek belirlenmiştir.

4.3.2. Köprülendirilmiş Ruhsat Başvuruları;

Kısaltılmış ruhsat başvurularından, ilk ruhsat dosyasına ve içindeki verilere referans verilerek sonraki başvurunun konusu jenerik ilaca ruhsat verilmesi istenen başvurular köprülendirilmiş ruhsat başvuruları (*Abridged License Applications*) olarak adlandırılır¹⁷⁰. Bu başvurular da, sonraki başvuru sahibi pazarlama ruhsatı verilmesini talep ettiği ilacının etkinlik ve güvenliğini kanıtlamak zorundadır. Ancak bunun için normalde yapılması zorunlu olan farmakolojik ve toksikolojik testler ve klinik deneyleri kendisi yapmamakta, bunları daha önceden yapmış ve ruhsat bakamına sunmuş olan ilk ruhsat sahibinin dosyasına ve verilerine referans vermek suretiyle sağlamaktadır. Başvuru sahibi, başvurusunda bu bilgilerin ilk ruhsat dosyasında mevcut olduğunu belirtmek ve ilacının ilk ruhsatlanan ilaca eşdeğer olduğunu kanıtlamakla yetinmektedir.

AB’de köprülendirilmiş başvuru sahiplerinin bazı şartları yerine getirmiş olmak kaydıyla, farmakolojik ve toksikolojik testler ve klinik deneylerin sonuçlarını sunmaları zorunlu değildir. 2001/83/EC sayılı Yönerge’nin 10(1)(a)(i) maddesine göre orijinal ürüne temelde benzer olan bir ürün için yapılan başvurularda, ruhsatına sahibinin orijinal ürünün ruhsat dosyasına ve içindeki verilere atıf yapılmasına, orijinal ürün sahibi tarafından muvafakat edilmesi halinde köprülendirilmiş başvuru yapılabilmektedir. Bu tür başvurular Muvafakatli Başvuru (*Informed Consent Application*) olarak adlandırılmaktadır. Aynı

¹⁶⁸ Legal basis for the submission of an application, <http://www.emea.eu.int/hmts/human/presub/q03.htm>.

¹⁶⁹ Bkz. Yönetmelik, EK I Bölüm II Özel Ruhsat Dosyaları ve Şartları 1. Yerleşik Tıbbi Kullanım başlıklı bölümün a bendi.

¹⁷⁰ ABD’de de benzer bir sistem kısaltılmış ruhsat başvurusu sistemi bulunmaktadır. Bu sistem ile ilgili olarak aşağı da “ABD’de veri imtiyazı sistemi” başlıklı bölümde bilgi verilmektedir.

Yönerge'nin 10(1)(a)(iii) maddesine göre orijinal ürüne temelde benzer olan bir ürün için, orijinal ürünün ilk ruhsat tarihinden itibaren 6 yıl geçmiş olması kaydıyla, ki bu süre aşağıda detayları açıklanacak olan *Veri İmtiyazı* süresidir, veri sahibinin izin veya muvafakati olmaksızın bu verilere atıf yapılmak suretiyle de etkinlik ve güvenlik kanıtlanabilir. Bu tür başvurular da Haklı Referans Başvuruları (*Right Of Reference Applications*) olarak anılmaktadır.

Türkiye'de 02.03.1995 tarihli eski ve 19.01.2005 tarihli yeni Ruhsatlandırma Yönetmeliklerinin 9. maddelerinde Köprülendirilmiş Ruhsat Başvuruları yapılmasına imkan verilmektedir. Bunlardan *eski* Yönetmelik'in düzenlemesi Muvafakatli Başvuru (*Informed Consent Application*) ve Haklı Referans Başvuruları (*Right Of Reference Applications*) ayrımını net olarak yapmamaktadır. Ayrıca, iki yönetmelik arasındaki en bariz farklılık 02.03.1995 tarihli yönetmelikte başvuru konusu jenerik ürünün orijinal ürünle "tamamen aynı" (*identical*) olması şartı yazılı iken¹⁷¹ 19.01.2005 tarihli yeni yönetmelikte jenerik ürünün, orijinal ürüne "temelde benzer olması" (*essentially similar*) olması şartı aranmakta olmasıdır.¹⁷² İşte bu güne kadar ortaya çıkan en önemli sorun sistemin Haklı Referans Başvurusu öngörmemesi ve yapılan jenerik başvurularının ise Muvafakatli başvuru olmaları gerekirken, orijinal ürün sahiplerinin verilerinin kullanılmasına dair bir muvafakatleri olmadan başvuruların sonuçlandırılmış olmasından kaynaklanmaktadır.

Özellikle 19.01.2005 tarihli Ruhsatlandırma Yönetmeliği sonrasında Kısaltılmış Ruhsat başvurularına ilişkin idari alandaki düzenlemelerin, veri imtiyazı¹⁷³ süreleri hariç olmak üzere AB'deki düzenlemelere paralel hale geldiği söylenebilir.¹⁷⁴

5. VERİ İMTİYAZI (DATA EXCLUSİVİTY)

Başvuruların veri korumasını ilgilendiren yönü, köprülendirme yapılırken ilk ruhsat sahibinin izin ve onayının alınmasının gerekli olup olmadığı, alınmadığı durumlarda haklarının ihlali noktasıdır. Ruhsat makamları bakımından ise durum bir yandan ruhsat verilmesinde ekonomi, sürat ve kolaylık yaratılması anlamına

¹⁷¹ Yönetmelikte *tamamen aynı* denildiği halde uygulamanın *temelde benzer* olması esasına göre şekillendiği söylenilmektedir.

¹⁷² Özellikle Avrupa Birliği üyesi ülkelerde, her iki kavramın ne anlama geldiği konusunda birçok tartışma olmuş ve bu tartışmalar mahkeme kararlarına konu olmuştur. Tebliğ'in kapsamına dair olmaması nedeni ile bu tartışmalara burada değinilmemektedir.

¹⁷³ Bkz. Aşağı bölüm "Veri İmtiyazı".

¹⁷⁴ Yeni Ruhsatlandırma Yönetmeliği, 1.1.2005'ten önceki jenerik başvurulara ilişkin olarak getirilen istisnalar konusu başta olmak üzere Türkiye ile AB arasında süre gelen tartışmaların konusudur.

gelirken diğer yandan başvuru sahipleri arasında adil ve eşit muamele veya ayrımcılık yapıp yapılmadığı ve haksız rekabete neden olup olunmadığı¹⁷⁵ noktasında tereddütlere neden olmaktadır.

Verilerin kullanımında münhasırlık sağlanmasının önemi, ilacın patent koruması altında olmadığı zamanlarda daha da artmaktadır. Çünkü patent koruması mevcut olmadığı ilacın pazarına başkalarının girmesine karşı yasal bir engel bulunmamaktadır. Üstelik rakipler, ilacı ilk olarak ortaya çıkarmanın yaptığı çalışmaları ve yatırımı yapmak, o'nun yatırımının meyvesini almak için beklediği süre boyunca beklemek zorunda değillerdir. Aksine, ilacı ilk bulanın faaliyetinin sonuçlarından öğrenmekte ve ondan öğrendikleri ile onun pazarının bir kısmını elde etmektedirler. Öte yandan, ilaca ilişkin araştırmalarının çok uzun sürmesi, yüksek maliyetlerin söz konusu olması, ilacın etkinlik ve güvenliğinin ispatlanması için gerekli olan test ve deneylerin ikinci kere yapılmasının lüzumsuz görülmesi ve etik olmaması gibi sebepler, sonraki üreticilerin kolay ve kestirme bir yoldan pazara çıkabilmesine izin verilmesinin dayanaklarını oluşturmaktadır.¹⁷⁶

Köprülendirilmiş Başvuru sahiplerinin, ilk ruhsat dosyasındaki verilerine atıf yapmak suretiyle ilk ruhsat sahibinin iş mahsulü olan verilerden yarar sağlayacağı, verilerden bir yarar elde etmenin verileri ortaya çıkaran teşebbüsün haklarını ihlal edeceği ve onlardan serbest yararlanması hakkını kısıtlayacağı tartışmasızdır. Öte yandan aynı piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerden birincisi diğerlerinden farklı olarak büyük bir yatırım yaparak risk aldığı halde diğerlerinin bu yatırıma katkı sağlamadan ve riske girmeden bu yatırımın meyvelerini toplamaya ortak olmasının haksız rekabet teşkil edeceği de açıktır.

Bu nedenle ki, Dünya Ticaret Örgütü'ne üye ülkeler, TRIPS Antlaşması'nda verilerin korunması hususunda anlaşmışlar ve 39. madde altında verilerin haksız ticari kullanıma karşı korunmasını taahhüt etmişlerdir.

¹⁷⁵ Berlin'deki Alman İdari Temyiz Mahkemesi'nin 1 Haziran 1988 tarihli OVG 5 S 11.88 sayılı kararında ilk ruhsat sahibinin belgelerine referans yapılmasının rekabeti zedeleyeceği, anayasal hakları zedeleyeceği ifade edilmektedir.

¹⁷⁶ C-223/01 – Astra Zeneca vs.GEA Farmaceutisk Fabrik, Kararın 42. paragrafında "... sözkonusu hüküm tarafından ortaya konan kısaltılmış prosedür, belli durumlarda halihazırdaki ruhsat verilmiş tıbbi ürünlere önemli ölçüde benzer bulunan tıbbi ürün imalatçıları farmokolojik ve toksik testler ve klinik deneyler sağlama yükümlülüğünden muaf tutmak ve bu imalatçıların gerekli bilgileri bira araya getirmek açısından ihtiyaç olunan zamandan ve harcamalardan tasarruf etmesini sağlamak ve Direktif 87/21 in gerekçesindeki 4. ifadeye uygun olarak kesinlikle gerekli olmayan durumlarda insanlar ve hayvanlar üzerinde yapılan testlerin tekrarlanmasını önlemek amacıyla ortaya çıkmıştır" denilerek bu amaç açıklanmıştır.

Üyeler, haksız rekabete karşı korumanın yanında, verilerin haksız ticari kullanıma karşı korunmasını sağlayacak önlemler alınmadıkça ifşa edilmemeleri için de koruyacaklardır. Oysa verilerin sahibi köprülendirilmiş başvurulara daha başvuru aşamasında haksız rekabete maruz kalmaktadır. Köprülendirilmiş başvurulara verilerin jenerik başvuru sahibine ifşa edilmesi gerekmemekle beraber, başvurusunun değerlendirilmesi için verilere dolaylı olarak ulaşılması ve sonucundan yararlandırılması söz konusudur. İşte bu noktada İlaçlara ilişkin bu verilerin ruhsatlandırma aşamasında idari tedbirlerle de korunması gündeme gelmekte, ruhsat makamları, mülkiyeti, kullanılması ve yararlanması zaten münhasıran ilk ruhsat sahibine ait olan verilerin münhasıran sahibine ait kalmasını, bunlardan başkalarının yararlanmasını önleyen hükümler getirmektedirler.¹⁷⁷ İşte bu şekilde sağlanan korumaya Veri Münhasıriyeti Koruması veya Veri İmtiyazı adları verilmektedir. (“Veri İmtiyazı”)

İdari ruhsatlandırma prosedürlerinde Veri İmtiyazı, jenerik ilaç üreticilerinin orijinal ilaca ait ruhsat dosyasına ve buradaki verilere belirli bir süre ile¹⁷⁸ atıf yapılarak köprülendirilmiş başvuru yapılmasının önlenmesi ile sağlanmaktadır. Veri Korumasının yasalar ile düzenlendiği ülkelerde Veriler üzerindeki mülkiyet hakkı, aynı zamanda, Veri İmtiyazı süresi ile sınırlandırılmış da olmaktadır.

İlaç yatırımının yüksek maliyet ve riskleri, buluşçu firmaların bu yatırımlarının karşılığını almasının güvenceye alınması ihtiyacı; bazı ilaçların patent korumasına konu olamayacak nitelikte olması, patent koruması olan ilaçların patent tecavüzü ile karşı karşıya kalması ya da patentin sağladığı korumanın, patente konu olan buluşun ilaç haline dönüştürülmesi ve bu ilacın ruhsatlandırılması sürecinin çok uzun sürmesi nedeni ile amacına ulaşmaması, gibi nedenlerden doğmaktadır. Çünkü, mevzuatlarında buluş konusu ürün için patent ve/veya veri koruması hükümleri yer almayan ülkelerde buluşçu firmaların ürünlerinin kopyaları – jenerik ürünler piyasayı ele geçirmekte hatta ilacı ilk bulan firmayı pazarın dışına itebilmektedirler. Hukuk sistemlerinde buluşu yapan firmanın haklarını koruyan düzenlemeler arttırılıp koruma sıkılaştırıldıkça buluşçu

¹⁷⁷ Bu çerçevede Ruhsat makamları ruhsatlandırma prosedürlerinde, bu şartların yerine getirilmesini sağlayacak idari tedbirleri alırlar; veri hakkı ihlaline neden olacak şekilde ruhsat verilmesini önlerler. Nitekim Ülkemiz de Sağlık Bakanlığı’ nın 19.Ocak.2005 tarihli Resmi Gazete’deki yeni ruhsatlandırma Yönetmeliği ile bu yönde bir kısım idari tedbirler almış bulunmaktadır.

¹⁷⁸ Sürelerle ilgili olarak bkz. aşağı “Bazı Ülkelerde Veri İmtiyazı” ve “Türkiye’de Veri İmtiyazı” bölümleri.

firmalar ile jenerik firmalar arasındaki rekabet alevlenmekte, ticari rekabet hukuk mücadelesine yansımaktadır.

Veriler üzerindeki mülkiyet hakkının ne kadar bir süre geçtikten sonra sınırlandırılacağına süresi, temelde, verileri ortaya çıkaranın toplum için yarattığının karşılığında elde etmeye hakkı olan gelirin miktarının tesbiti ile birlikte bu gelirin elde edebilmesi için gereken sürenin ne kadar olacağına kararlaştırılması sorunudur. Bu sürenin doğal olarak her olayda farklı olacağı, dolayısı ile verilerin münhasır kullanım süresinin olayın niteliklerine göre belirlenmesi gerektiği açıkça ortadadır. Verileri ortaya çıkaran firmanın yaptığı yatırımı karı ile birlikte ne kadar bir sürede geri alabileceğinin ileriye dönük olarak hesaplanabilmesi, elde etmeye hakkı olan gelirin miktarının yanısıra, ilacın hangi pazar şartları ve rekabet ortamı içinde kalacağına bilinebilmesini zorunlu kılmaktadır. Ancak, böyle bir belirliliğin geleceğe yönelik olarak sağlanması mümkün değildir. Bu nedenle de veri imtiyazı süreleri bir bakıma *el yordamı ile* belirlenmekte, farklı ilaçlara ilişkin farklı amortisman sürelerinin ortalaması alınarak, bireysel mülkiyet hakları ortalama göre kısıtlanmaktadır.¹⁷⁹

Yeni bir ilaç geliştirme yatırımının riskini üstüne alan teşebbüsün uğrayabileceği gelir kaybı ve hatta zarar durumunu telafi etmeyi öngören bir hukuki düzenleme yoktur. Teşebbüsler, toplumun sağlığına ilişkin olarak çalışmalar yaparak risk almakta ve zarar etmekte serbesttirler. Buna karşın başarılı olduklarında girdikleri riskin meyvelerini toplamakta sınırlama ve kısıtlamalara tabidirler. Kanaatimizce, toplum, zararlarını üstlenmediği teşebbüsün karlarına da serbest piyasa koşulları ve rekabet kuralları ile sınırlı olmak üzere müdahale etmemelidirler. Bu bağlamda veriler üzerindeki haklara, dolayısı ile elde edilecek gelirin miktarına bir süre sınırlaması getirilmesi adil ve haklı değildir. Verilerin onları ortaya çıkaranın mülkiyetine konu olduğu kabul edildiğine göre, bu hakkın, karşılığında bir tazminat veya kamulaştırma bedeli ödenmeksizin sınırlandırılmayacağını da kabul etmek gerekir. Kaldı ki, ilacın etkinliği ve güvenliği, her ilaç için farklı olarak belirecek bir sürenin sonunda yerleşecek tıbbi kullanım sonucunda zaten kanıtlanmış olacak ve veri imtiyazı hakları, sahibi için bile değerini yitirecektir. Bu noktaya gelindiğinde köprülendirilmiş kısaltılmış başvuru yapmaya da gerek kalmayacaktır. Dolayısı ile kişilerin özel mülkiyetini bedel ödemeksizin kanunla da olsa sınırlandırmak yerine piyasaya çıkan ilacın tıbbi kullanımının yerleşmesi¹⁸⁰ ile kendiliğinden sona ereceği şekilde piyasa

¹⁷⁹ Veri imtiyazı sistemlerinin gelişim sürecine bakıldığı zaman sürelerin değişiklik gösterdiği rahatlıkla görülebilir, bunun en önemli nedenlerinden birisinin henüz menfaat dengelerinin tam olarak kurulamamış olduğu düşünülebilir.

¹⁸⁰ Bkz. aşağı bölüm "Literatür Başvuruları".

şartlarına bırakmak daha adil olacaktır. Öte yandan ilacın etkinlik ve güvenliğinin henüz yerleşmiş tıbbi kullanımla ortaya çıkmadığı bir tarihte diğer üreticilerin, sadece ilaçlarının eşdeğer olduklarını kanıtlayarak aynı ilacı üretip pazarlamasına imkan vermek toplum sağlığı bakımından riskler de içerebilir. İlacı ilk ortaya çıkaranın sahip olduğu bilgi, tecrübe ve özel olarak geliştirilmiş imkanlara sahip olmayanların, ileride ortaya çıkabilecek ters ve yan etkileri gidermekte ilacı bulan kadar yetkin olamayabileceğini de kabul etmek gerekir. Bu bakımdan köprülendirilmiş kısaltılmış başvurulara yerleşmiş tıbbi kullanımın ortaya çıkacağı zamana kadar izin verilmemesi toplum sağlığı bakımından da daha doğru olacaktır.

5.1. Bazı Hukuk Sistemlerinde Veri İmtiyazı

5.1.1. ABD’de Veri İmtiyazı Sistemi

Amerika Birleşik Devletleri’nde (ABD) 1938 yılında yürürlüğe konulan Federal Yiyecek, İlaç ve Kozmetik Yasası (*Federal Food Drug and Cosmetic Act*) ilaçların pazara çıkabilmesi için Gıda ve İlaç İdaresi, FDA (*Food and Drug Administration*)’dan ilacın insan sağlığı için uygunluğuna ilişkin onay ve ruhsat almak yükümlülüğü öngörülmektedir. Bu düzenleme sonucunda ortaya çıkan ve uzun süren ruhsatlandırma süreci, patent sahiplerinin patent süresinin önemli bir dönemi için ürünlerini pazarlama hakkını kaybetmelerine ruhsatlandırma sürecinde ürünlerini piyasaya çıkartamadıkları için patentin koruma süresinin fiilen azalmasına sebep olmaktadır. 1938 yasasında jenerik ruhsat başvuruları için kısaltılmış prosedürler de öngörülmemiş idi. Bir ilacın aynısını üretmek isteyen herkes o ilaç için yeni bir ruhsat başvurusunda ihtiyaç duyulan tüm test ve deney sonuçlarını sunmak¹⁸¹ ve tüm deney sürecini tekrar etmek durumundaydı.¹⁸² Öte yandan jenerik imalatçıları¹⁸³, orijinal ilaca ilişkin patent koruma süresi sona ermeden FDA den onay almak amacıyla yapılan deneysel kullanımlarının patent tecavüzü olarak kabul edilmesi nedeniyle, patent süresi sona erdikten sonra,

¹⁸¹ Hore E., *A Comparison of US and Canada Laws as They Affect Generic Pharmaceutical Market Entry*, Food and Drug Law Journal, V.55, s378.

¹⁸² Leary, T., *Antitrust Issues in the Settlement of Pharmaceutical Patent Disputes*, www.ftc.gov/speeches/leary/learypharmaceuticalsettlement.htm.

¹⁸³ Amerika’da Federal Yiyecek, İlaç ve Kozmetik Yasasının 505. maddesinin (b)(2) ve (j) . bendelerinde FDA’in daha önceden ruhsatlandırılmış olan bir ilaç aynı dosaj form, güç, kalite ve performansı ve kullanım alanları daha önceden ruhsatlandırılmış olan ilaç ile aynı olan ilacın, önceki ruhsatlı ilaç ile ilgili yayınlanmış literatür bilgilerinden faydalanılarak, etkililik ve güvenliğinin ispatlanması ve biyoeşdeğerliğinin kanıtlanması halinde onay vermesine imkan tanınmıştır. Bu şekilde ruhsatlandırılan ürünler “Jenerik Ürün” olarak isimlendirilmiştir. <http://www.gphaonline.org/Content/NavigationMenu/AboutGenerics/Glossary/Glossary.htm>.

ruhsat almaları için geçecek süre boyunca ilaç pazarına giremiyorlardı ve bu da patent koruma süresinin fiilen uzaması anlamına gelmekteydi.

Bu uygulamalara son vermek ve daha ucuz ilaçlar üretilmesini sağlamak amacıyla 23 Eylül 1984'te genel olarak bilinen adı ile Hatch - Waxman Kanunu yürürlüğe konuldu.¹⁸⁴ Bu kanun, içinde patent süresinin uzatılmasını, jenerik ilaçlar için "Kısaltılmış Yeni İlaç Başvurusu"("ANDA")¹⁸⁵ olarak adlandırılan hızlandırılmış ilaç başvuru prosedürünü ve patent sertifikası prosedürü gibi uygulamaları barındıran komplike bir rejim yaratmıştır.¹⁸⁶ ANDA başvurularının, jenerik ilaç imalatçısının, başvurusunda ilacının daha önce onay almış bir ilaca farmakolojik olarak eşdeğer olduğunu göstermesi halinde aynı deneyleri yapmasına gerek kalmadan pazarlama onayı alabilmesi mümkün kılınmıştır. ANDA başvurusu ile Jenerik İlaç Ruhsatı alınabilmesi için başvuruya konu olan ilaç ile önceki ruhsatlandırılan yani referans gösterilebilecek olan ilacın (*Reference Listed Drug*) birbirlerinin eş değeri olduğunun kanıtlanması gerekmektedir¹⁸⁷.

Hatch-Waxman Kanunu, yeni kimyasal ilaçlar (*New Chemical Entities*)¹⁸⁸ için yapılan ruhsat başvurularına ilişkin verilerin, sonraki başvuru sahiplerince kullanılmasını veya referans olarak gösterilmesini, referans ilaç sahibinin verilerinin kullanılabilmesine ilişkin izninin olmaması halinde, 5 yıl süre ile engellemektedir. Mevcut bir ilacın yeni bir endikasyonu veya dosajı (*New Clinical Studies*) geliştirildiği zaman bu yeni endikasyona ilişkin veriler için 3 yıllık koruma sağlanmaktadır. 1983'te kabul edilen Yetim İlaçları Kanunu'na (*Orphan Drug's Act*) göre 200.000 kişiden daha az sayıda insanları etkileyen hastalıkların tedavisinde kullanılacak ilaçların ilk versiyonlarında veri imtiyazı süresi 7 yıl olarak kabul edilmiştir.

¹⁸⁴ Kanunun orijinal adı "Drug Price Competition and Patent Term Restoration Act"dir.

¹⁸⁵ [Abbreviated New Drug Application \(ANDA\)](http://www.gphaonline.org/AboutGenerics/Glossary/Glossary.htm)– "An ANDA contains data that provides for the review and approval of a generic drug product. In the application, generic manufacturers must scientifically prove that their products are bioequivalent to the brand products". Generic Pharmaceutical Association Glossary, <http://www.gphaonline.org/AboutGenerics/Glossary/Glossary.htm>.

¹⁸⁶ Hore, s377.

¹⁸⁷ Leary, s.1.

¹⁸⁸ Daha önce ruhsatlandırılmamış olan bir ürün.

5.1.2. Avrupa Birliğinde Kısaltılmış Ruhsat Başvurusu¹⁸⁹ ve Veri İmtiyazı Süreleri;

AB’de, 1965 yılı Ocak ayında kabul edilen 65/65/EEC¹⁹⁰ sayılı Konsey Yönergesi ile üye devletlerce ilaçların piyasaya çıkmasından önce onaylanmasına dair sistemler kurmaları öngörülmüş ve farmakolojik ve toksikolojik testler ve klinik araştırmalar da dahil olmak üzere ruhsat başvuruları için sunulması gereken bilgiler belirlenmiştir. Bu sistem uyarınca ürettiği ilacı piyasaya sürmek isteyen firmaların, ilaçlarının etkinliğini ve güvenliğini kanıtlayan verileri, ruhsatlandırmaya yetkili makamlara sunmaları, bu veriler ışığında ürünün ilaç olarak kullanılmasının uygun bulunması halinde pazarlanmak üzere ruhsat verilmesi benimsenmiştir. Bu şekilde ruhsat verilmesi Orijinal Ruhsat Başvurusu (*Original Application*) olarak adlandırılmaktadır. Yönerge aynı zamanda orijinal ilaçlardaki etkinlik ve güvenlik bilgilerinin yerine geçmek üzere yayınlanmış literatür bilgilerini içeren başvurular (“Bibliyografik başvurular” ya da “literatür başvurular”) yapılmasına da imkan vermektedir. Yönergede bibliyografik başvurularda, ilk ruhsatlandırılan ilacın yerleşik tıbbi kullanımını (*well established medical use*) kanıtlayan¹⁹¹ yayınlanmış olan kaynaklara yani literatür bilgilerine dayanılarak, bilinen ve kanıtlanmış bir etkinlik ve güvenliğe (*safety and efficacy*) sahip olduğunun ispatlanabileceği, bu halde de bazı bilgilerin sunulmasına ihtiyaç duyulmadan bibliyografik başvuruya konu olan ilacın da ruhsatlandırılabilmesi kabul edilmiştir. Ancak ilk ruhsat başvurusu yapan kişinin sunması zorunlu kılınmış olan verilerin referans gösterilmesi şeklinde bir başvuru yöntemi öngörülmemiştir.

65/65/EEC Yönerge Konsey’in Aralık 1986’da kabul edilen 87/21/EEC Yönergesi ile değiştirilerek ve veri koruma süresi ve diğer sınırlandırmalara tabi olarak köprülendirilmiş başvuru yapılması imkanı getirilmiştir 87/21/EEC sayılı direktifle yapılan değişiklik ile ilk ruhsat alan ürün ile aynılık (*identity*) kriteri yerine temelde benzerlik (*essential similarity*) kriteri getirildi ve daha önce ruhsatlandırılmış olan bir ürüne temelde benzer olan bir ürünün ruhsatlandırılması için, tüm ruhsat bilgilerinin sunulması zorunluluğu ortadan kaldırılarak, ilk başvuru sırasında, sunulan verilere atıf yapılması imkanı verilmiştir. Yönergeye göre, Köprülendirilmiş Ruhsat Başvurusu yapılabilmesi için iki koşuldan birisinin

¹⁸⁹ Memorandum da bundan sonra kullanılan tanımlar, esas olarak, 1995 yılından beri Avrupa Birliğinde merkezi ruhsatlandırmadan sorumlu kuruluş olan Londra’da kurulu, European Agency for the Evaluation of Medicinal Products (EMA)’ın internet sayfasında, başvuru ile ilgili bilgilerin yer aldığı bölümden alınmıştır. (<http://www.ema.eu.int/htms/human/presub/q03.htm>) Ancak uygulamada prosedürlerin adlandırılması farklılık gösterebilmektedir.

¹⁹⁰ OJ L No 22 of 9. 2. 1965, p. 369.

¹⁹¹ bkz. yukarı dip not 38-39.

gerçekleşmesi gerekiyordu, bu koşullardan ilki, ilk ruhsat sahibinin verilerinden yararlanılmasına rıza göstermesi, ikincisi ise; ileri teknoloji gerektirmeyen ürünler için ilk ruhsat tarihinden itibaren 6 yıl geçmiş olması hali idi. Bu sürenin ileri teknoloji gerektiren ve “koordinasyon sistemi” (Coordination System) ile ruhsatlandırılmış olan ürünler için 10 yıla kadar uzatılabilmesine ve ayrıca üyelerin 6 yıllık koruma süresini patent süresi ile sınırlamalarına yani patent süresinin sona erdiği tarihten itibaren Veri İmtiyazı süresinin de sona ereceğini öngören düzenlemeler yapmalarına imkan verildi. İşte ilk kez öngörülen bu süre Veri İmtiyazı (Data Exclusivity) olarak kabul edildi.

Bunun sonucunda iki tür Köprülendirilmiş Ruhsat Başvurusu türü ortaya çıkmıştır. Birincisi, ilk ruhsat sahibinin rızası ile veriler referans gösterilerek yapılan Bilgilendirilmiş Rızai Başvuru (*Informed Consent Application*); ikincisi ise veri koruma süresinin sona ermesi üzerine izin almaksızın referans gösterilen Haklı Atıfya da diğer adıyla Jenerik Ürün Başvurusudur (*Right of Reference* ya da *Generic application*).

Zaman içinde bir çok konuda farklı düzenlemeler yapılmasının uygulamada yarattığı güçlükler, 1965 yılından itibaren yapılan tüm düzenlemelerin derli toplu bir düzenleme haline dönüştürülmesi ihtiyacını doğurdu ve ile bu sistemlerin hepsi 2001/83/EC sayılı¹⁹² tek bir Yönerge altında toplanarak yeniden düzenlenmiştir. Yönerge'nin 10.1(a)(i) bendlerinde sahibinin rıza göstermesi halinde verilerinin kullanılmasına imkan veren Bilgilendirilmiş Rızai Başvuru” 10.1(b)(ii) bendinde Bibliyografik Ruhsat Başvurusu ve 10.1(a)(iii) bendinde Jenerik Başvurusu koşulları belirlendi.¹⁹³

Bu yönerge en son olarak 2004/27/EC sayılı direktif ile değişikliğe uğradı.¹⁹⁴ Yapılan değişiklik ile pratikte Orijinal Başvuruya konu olmaları nedeni ile orijinal ürün olarak adlandırılan ürünler “Referans Ürün” adı altında tanımlandı. Ayrıca daha önceki direktiflerde yer almayan ancak uygulamada Kısaltılmış Ruhsat Başvurusu yolu ile ruhsat alan ürünlerin tanımlanması için kullanılan “Jenerik Ürün” de bu direktif ile ilk kez net bir biçimde tanımlanmıştır.

¹⁹² OJ L-311, 28/11/2001.

¹⁹³ Bunlara ek olarak 10.1(a) ve (b) benlerinde orijinal ruhsatlı ürünün yeni dozaj ve endikasyonu için yapılan ruhsat başvuruları ile ilgili olarak getirilen düzenlemelerde, orijinal ürün dosyasında yer alan bazı verilere atıf yapılmasına izin verilmekte bazılarının ise gerekmediği öngörülmektedir. Bu şekilde Kabul edilen başvurular Melez Ruhsat Başvurusu (Hybrid License Application) olarak adlandırılmaktadır.

¹⁹⁴ OJ L 136/34 30.4.2004.

Yapılan değişlikle 10. maddeye yapılan ekleme ile *orijinal ürün ile aynı kalitatif ve kantitatif terkibe sahip ve orijinal ürüne biyoeşdeğerliğini kanıtlamış olan ürünler* Jenerik ürün olarak adlandırıldı ve bu ürünlerin aşığıda ayrıntıları ile açıklanacağı üzere, en fazla 11 yıl olabileceği öngörülen veri koruma süresinin sonunda klinik çalışma ve test sonuçlarına gerek olmaksızın ruhsatlandırılmasına imkan verildi.

Getirilen yeni düzenlemenin öngördüğü veri koruması süresi en fazla 11 yıla kadar uzatılabilmektedir. Buna göre, Jenerik Ürünün, Referans Ürünün ruhsatlandırılması sırasında sunulan verilerden faydalanarak ruhsat alabilmesi için, Referans Ruhsatın verildiği tarihten itibaren en az 8 yıl geçmiş olması gerekmektedir. İşbu 8 yıllık sürenin sonunda Köprülendirilmiş Başvuru yolu ile Jenerik Ruhsatı almak için başvuru yapılabilir. Ancak Jenerik Ürünün ruhsat alıp piyasaya çıkması için, Referans Ruhsatı tarihinden itibaren en az 10 yılın geçmiş olması gerekmektedir. Eğer Referans Ruhsat sahibi bu ilk sekiz yıllık süre içinde, *önemli* bir klinik faydası olan yeni bir endikasyonu da ruhsat kapsamına aldırırsa 10 yıllık süreye 1 yıl daha eklenerek Veri Koruması süresi 11 yıla uzatılabilmektedir. Getirilen bu formül 8+2+1 formülü olarak adlandırılmaktadır.

195

İlgili Yönerge'nin yürürlük maddesi olan 3. maddesine göre üye devletler yönerge'yi en geç 30 Ekim 2005 tarihine kadar iç mevzuatlarına yansıtacak olan düzenlemeleri yapmış olmalıdırlar. Ancak fiili olarak tüm üyelerin bu sistemi henüz kurup kurmadıkları ya da ne derecede kurdukları tarafımızdan bilinmemektedir.

5.1.3. Diğer Ülkelerde Veri İmtiyazı

Diğer birçok ülkeler mevzuatlarında da Veri İmtiyazı öngörülmektedir. Bir kısım ülkelerdeki Veri İmtiyazından özet olarak bahsetmekte fayda görmekteyiz.

Avustralya'da Veri İmtiyazı süresi 1998 yılında ilgili mevzuatta yapılan değişiklik ile 5 yıl olarak belirlenmiştir. Veri İmtiyazı süresi satış izninin verildiği tarihten itibaren başlamaktadır. Düzenlemeye göre, daha önce hiç ruhsatlandırılmamış olan yeni bir aktif bileşken (*New Active Component*) içeren ürünler veri korumasından faydalanabilir. Daha önce ruhsatlandırılmış olan bileşkenlerin yeni kullanımları ya da formülleri veri korumasından

¹⁹⁵ 8+2+1 formülüne ek olarak, 10. maddenin 6. bendine Kısaltılmış Ruhsat Başvurusu yapılması için gerekli olan çalışma, test ve deneylerin patent haklarının ihlali anlamına gelmeyeceğine ilişkin bir hüküm de konularak Bolar hükmü ile Jenerikler lehine sağlanmak istenen yarar AB mevzuatına da yansımıştır.

faýdalanamamaktadır. Yeni Zelanda’da da Veri Koruması hakkındaki düzenleme 1994 yılında TRIPs’in kabulü ile yapılmıştır. Düzenleme sadece daha önce ruhsatlandırılmamış olan bileşkenlerin (*New Active Ingredients*) veri korumasına tabi olmasını öngörmektedir. Japonya’da 3 farklı çeşit Veri Koruması süresi öngörülmektedir. Buna göre bir etken maddenin yeni endikasyon, formülasyon, dosaj ve bileşkenine sahip olan ürünler için 4 yıl, yeni bir etken madde veya medikal kompozisyon içeren ürünler için 6 yıl, yetim ilaçlar (*Orphan Drugs*) için 10 yıllık koruma düzenlenmiştir. Çin, Veri Korumasını mevzuatına 2002 yılında almış ve yeni ruhsatlandırılan ürünler için 6 yıllık koruma öngörmüştür.¹⁹⁶

5.2. Ülkemizde Veri İmtiyazına İlişkin Düzenlemeler

Türkiye’de ilaç ruhsatlarını verme görevi 1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu’nun¹⁹⁷ 3 ve 8. maddeleri uyarınca Sağlık Bakanlığı’na verilmiştir. Kanun, temel olarak ilaç ürünlerinin Sağlık Bakanlığında ruhsat alınmasına tabi olduğunu ve Bakanlıkça uygun bulunan fiyatlar üzerinden satılabileceğini öngörmektedir. 1262 sayılı Kanun kısaltılmış başvurular veya veriler üzerindeki hakların korunması veya kısıtlanmasına ilişkin ile ilgili olarak herhangi bir hüküm içermemektedir.

Hali hazırda Türkiye Paris Konvansiyonu’nun bütün metnini onaylamıştır.¹⁹⁸ Türkiye, 4067 sayılı yasa ile DTÖ- TRIPS Anlaşmasına üye olmuş ve Anlaşmanın yürürlüğünü geçmişe etkili olarak 31.12.1994 tarihi olarak belirlemiştir. Her iki anlaşma da Anayasa m. 90 hükmü gereğince iç hukuka üstün kanun hükmündedir¹⁹⁹. Paris Konvansiyonu 10*bis*. maddesinde haksız rekabete karşı korumaya ilişkin hükümler yer almaktadır. TRIPs ise, m. 39’da, üyelerin, Paris Konvansiyonu 10*bis*. maddesinde düzenlediği üzere haksız rekabete karşı etkin koruma sağlarken açıklanmamış gizli bilgilerin m. 39(2)’e ve hükümet makamlarına sunulan verilerin madde 39(3)’e göre korunacağını öngörmektedir. Böylelikle ilaçta veri koruması hususunun Türk Hukukuna ilk defa TRIPs ile getirildiği ifade edilebilir. TRIPs m. 39(3) hükmü, Türk Hukukunda 551

¹⁹⁶ de Ridder, Jonathan, *Data Exclusivity: Further Protection for Pharmaceuticals*, <http://www.findlaw.com.au/articles/default.asp?task=read&id=9200&site=CN>

¹⁹⁷ 26 Mayıs 1928 tarihli ve 898 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹⁹⁸ Sınai Mülkiyetin Korunmasıyla ilgili Paris Sözleşmesinin 1967’de Stockholm’de tadil edilen metni 20.11.1975 tarihli 15418 sayılı RG’de yayınlanmış ve en son 23.9.1994 tarihli ve 22060 sayılı RG’de yayınlanan 94/9503 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile çekinceler kaldırılarak sözleşmenin tamamına katılmıştır. Konvansiyonun 1. mük. 10. maddesinin 2 no’lu fıkrası, “*sınai ve ticari konuda namuskarane örf ve adetlere aykırı her rekabet fiili, bir haksız fiil meydana getirir*” hükmünü havidir.

¹⁹⁹ Bkz. Ay. M.90; Uluslararası anlaşmaların Anayasa’ya üstünlüğü ile ilgili teorik hukuk tartışmalarına burada değinilmek ihtiyacı duyulmamaktadır.

sayılı Patent KHK'sının 83(3) maddesinde de tekrar edilmiştir. Ancak açıklanmamış gizli bilgiler ve verilerin Türk Hukukuna göre başından beri korunduğu kanaatimizce tartışılmaz. Çünkü, Türk Ceza Kanunu'nun Sırrın Masuniyeti Aleyhine Cürümler²⁰⁰ ve Türk Ticaret Kanunu'nun haksız rekabete karşı hükümleri olan m. 56. ile m. 57'nin (5) ve (8). bendleri ve mülkiyet hakkını koruyan genel hükümler çerçevesinde bu korumanın başından beri var olduğunu kabul etmek gerekir.

Türk Hukukunda veriler üzerindeki haklar mülkiyet hukukunun genel prensipleri ve bahsedilen haksız rekabet ve sırrın masuniyetine dair hükümlerle korunduğu halde, bu hakları belirli bir süre ile sınırlandıran kanuna dayalı herhangi bir yasal düzenleme henüz yapılmamıştır. Anayasa m. 35 hükmü mülkiyet hakkının kamu yararı mülahazası ile ancak kanunla sınırlandırılabilceğini amirdir. Ancak veri haklarını belirli bir süre ile sınırlandıran bir kanun düzenlemesi henüz yoktur.

Sağlık Bakanlığı bu yetkisine dayanarak ilk kez 1995 tarihli *eski* Ruhsatlandırma Yönetmeliği'ni uygulamaya koymuştur, bilindiği kadarı ile o zamana kadar herhangi bir yönetmeliğe tabi olmaksızın sürdürülen ruhsatlandırma prosedürlerini yazılı bir yönetmelik haline getirmiştir. Bu yönetmelik 19 Ocak 2005 *yeni* Ruhsatlandırma Yönetmeliği ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Türkiye'de Türkiye'de 19.01.2005 tarihli *yeni* Ruhsatlandırma Yönetmeliğinin çıkarılmasına²⁰¹ kadar veri sahibinden izin almaya gerek olmadan köprülendirilmiş başvuru yapmak mümkün iken, yönetmelik sonrasında temel olarak 01.01.2005 tarihinden sonra Gümrük Birliği alanında herhangi bir ülkede ruhsat almış ürünlere, 31.12.2004'e kadar bu ürün referans gösterilerek herhangi bir jenerik başvurusu yapılmamış olması veya Gümrük Birliği sahasında 01.01.2001'önce ruhsat verilmemiş olması şeklinde belirlenen iki istisnai durum dışında, ilk ruhsat sahibinin izni olmadan köprülendirilmiş başvuru yapılmasına idari engeller getirilmiş bulunmaktadır. Bir başka deyişle, ilaçta veri koruması süresi ilk olarak 2005 tarihli *yeni* Ruhsatlandırma Yönetmeliği'nin 9. (1)(a)(3) maddesi ile 6 yıl olarak sınırlandırılmıştır. Böylelikle Sağlık Bakanlığı AB' ne uyum çalışmaları çerçevesinde, buluşçu firmaların ilk defa aldıkları ruhsat dosyalarındaki verilerden başkalarının köprülendirilmiş başvuru yoluyla yararlanmasına karşı idari engeller

²⁰⁰ Eski Ceza Kanununun 198 ve Ceza Kanunu'nun 239. maddeleri.

²⁰¹ 19.01.1995 tarihli Yeni Ruhsatlandırma Yönetmeliği AB ile görüşmeler sürecinde AB mevzuatına uyarlı bir veri koruması getirmeyi de amaçlanarak kısaltılmış ruhsat başvurusu sistemini öngörmüştür.

getirmiş ve yukarıda da belirtildiği gibi, ancak bu tedbirleri belirli şartlara tabi bir biçimde (6) yıl olarak sınırlamıştır.

6. VERİ KORUMASI VE REKABET HUKUKU İLİŞKİSİ

6.1. Genel Olarak

Yukarıda izah edilmeye çalışıldığı üzere, ilk ruhsatlandırmaya konu ilaç, patent korumasına tabi olmasa veya patent korumasından faydalanma süresi bitmiş dahi olsa, jenerik ilaç üreticisi, kendi ilacını kısaltılmış başvuru yoluyla piyasaya sürebilmek için, önceki ruhsat sahibine ruhsat verilmesinden itibaren veri imtiyazının öngördüğü süre boyunca beklemek veya veri sahibinin onayını almak zorunda kalacaktır. Bu süre boyunca, hiç bir ilaç üreticisi kendi ilacına ruhsat alabilmek için buluşçu firma tarafından yapılan başvurudaki verilere dayanamayacaktır. Başka bir deyişle, bu münhasırlık süresi boyunca, yapılacak herhangi bir başvurunun sahibinin, ilacın güvenilirliği ve etkinliğini ortaya koyan verileri, uzun ve pahalı süreçlerden geçerek bağımsız olarak kendisinin geliştirmesi gerekecektir²⁰².

Oysa ki, iyi bir kontrol ve test sürecinden geçmiş olduğu sürece, nihai kullanım amaçları açısından orijinal ilaçlar ile aynı ve ikame edilebilir olduğu kabul edilen jenerik ilaçlar; uzun süren Ar-Ge çalışmalarının maliyetlerine katlanmadıklarından, buluşçu firmaların ilaçlarına göre daha ucuz alternatifler oluşturmak suretiyle, tüketiciye aynı terapötik özelliğe sahip bir ilaçtan daha ucuza temin etme imkanı vermektedir.²⁰³ Bu suretle jenerik ilaçlar piyasada buluşçu firmaların ürünlerine karşı rekabet yaratmakta ve sağlık harcamalarının düşmesini sağlamaktadırlar. Yapılmış olan bazı araştırmalar, orijinal ürünlerin patent ya da veri imtiyazından yararlanma sürelerinin sona erip, jenerik ürün piyasaya girdiğinde, orijinal ürünün de fiyatının düştüğünü göstermektedir.²⁰⁴

²⁰² Hatta, ilacın patent ile korunmasının söz konusu olduğu hallerde, veri üzerindeki münhasırlığın, ilgili ürüne ilişkin patent üzerinde üçüncü kişiye verilen zorunlu lisansın kullanılmasına engel teşkil edebileceği ve bunun sonucu zorunlu lisansın anlamını yitirmesinin söz konusu olabileceğine ilişkin iddialar ileri sürülmektedir..., <http://www.citizen.org/documents/DataExclusivityMay04.pdf>; Görüşler için bkz. Médecins Sans Frontières (Sınırı Olmayan Doktorlar) tarafından yürütülen MSF Gerekli olan ilaçlara Erişim Kampanyası ("Campaign for Access to Essential Medicines") gösterilebilir. Kampanya hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.accessmed-msf.org/campaign/campaign.shtm>

²⁰³ de Joncheere, K, Rietveld H., Huttin C., *Experiences with generics*, International Journal of Risk & Safety in Medicine 15 (2002), s.101 – 109.

²⁰⁴ Ancak fiyatlara olan etkinin her zaman bu yönde olmadığını ifade etmekte fayda vardır. Jenerik ilaçların orijinal ilaçlara oranla %40'lara varan oranlarda daha ucuz

Pazar ekonomilerinde, pazar yapısındaki bozuklukların giderilmesi, kaynakların yönlendirilmesinde verimliliğin sağlanması, tekelci ve oligopol yapıların engellenmesi, ve fiyatların makul seviyelerde ya da mümkün olan en düşük seviyede tutulabilmesi, fahiş veya monopolistik kar marjlarının engellenmesi ve tüketicinin refahının sağlanması açısından rekabetin zorunlu olduğu kabul edilmektedir.

Innovasyon²⁰⁵ ve buluşların devamını sağlamak, Ar-Ge çalışmaları konusunda insiyatifleri devam ettirebilmek için, buluş sahiplerine limitli bir süre için verilen münhasır haklar ise; söz konusu hak sahiplerinin marjinal maliyetlerin üzerinde monopolistik karlar elde etmesine imkan sağlamakta, bunun sonucu oluşan yüksek fiyatlar, tüketicinin ürüne, diğer üreticilerin ise üretim metot ve girdilerine erişimini kısıtlamaktadır. Bu şekilde sağlanan tekel daha düşük fiyatlar ile rekabet edebilecek rakiplerin engellenmesi sonucunu doğurmaktadır.

Ancak bu şekilde ortaya çıkan maliyetlerin kısa vadeli olduğu ve fikri ve sınai haklar ile sağlanan korumanın teşvik ettiği buluşlar sayesinde, uzun vadeli getirinin kısa vadedeki maliyeti aşacağı kabul edilmektedir. Nitekim yeni ilaçların zaman zaman çok büyük karlar getirdiği, ancak diğer taraftan da, bu nitelikte bir ilacı geliştirme ihtimalinin son derece düşük olduğu, birçok denemenin, Ar-Ge çalışmalarına yapılan yatırımı karşılamadığı ve böyle riskli bir yatırım yapmaktaki temel insiyatifin yüksek kar amacı olduğu kabul edilmektedir.²⁰⁶ Özellikle yüksek teknoloji gerektiren endüstrilerde, yaratıcısının bu yenilikten sadece birkaç yıl gibi az bir zaman dilimi için yararlanıyor olması, bu sürenin sonunda bir başka firmanın bu pazar gücünü yıkarak, bir adım öne geçecek olması gibi hususlar göz önüne

satılması orijinal ilaç ile jenerik ilaç arasında rekabetin olmasına neden olmaktadır. ABD’de yapılan bir ampirik araştırmaya göre jeneriklerin piyasaya girmesinden sonra dahi orijinal ilaçların fiyatlarında bir düşme görülmeyebilmektedir. İlaç piyasasının bu ekonomik teoriler bakımından paradoks teşkil etmesi hakkındaki görüşler için bkz. Blair, R.D./Cotter, T.F.: *Are Settlements of Patent Disputes illegal per se?*, The Antitrust Bulletin, Summer-Fall 2002; Scherer. F.M, *Pricing, Profits and Technological Progress in the Pharmaceutical Industry*, The Journal of Economic Perspectives, vol 7, no 3, Summer 1993), s.97-155.

²⁰⁵ “Innovasyon” burada “innovation” kelimesinin Türkçe karşılığı olarak kullanılmıştır. Innovation’ının sözlük anlamı karşılığı her ne kadar “yenilik” olsa da; bu kavramın patent verilebilirlik şartlarından birisi olan “yenilik” ile karıştırılma ihtimali olabileceğinden bu yazıda “innovasyon” teriminin kullanılması tercih edilmiştir. Innovasyon, araştırma ve geliştirme (Ar-Ge) faaliyetleri sonucunda elde edilen gelişmelerin, yeni bir teknoloji olarak ticari amaçla, endüstriyel sahada kullanılabilir hale dönüştürülmesidir (Odman, N.A.: Fikri Mülkiyet Hukuku ile Rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikindeki Rolü, Ankara 2002, s.29).

²⁰⁶ Weidenbaum, s.86.

alındığında, bu tekel durumuna kısa bir süre için göz yumulmasında bir sakınca görülmemektedir. Innovasyonun oldukça masraflı ve riskli olduğu ve uzun zaman aldığı sektörlerde, hak sahibine tanınan tekel hakkı sayesinde elde edeceği kazanç, yeni çalışmaları için hem bir motivasyon hem de kaynak sağlanması anlamına gelecektir. Zira ekonomik büyüme ve gelişme, buluşların geliştirilmesinde ve yeni fikirlerin toplumla paylaşılmasında sürekliliğin sağlanmasına bağlıdır.

Gerçekten, hem fikri ve sınaî haklar hukuku, hem de rekabet hukuku Ar-Ge faaliyetlerinin geliştirilmesi ve innovasyonun teşvik edilmesini amaç edinmişlerdir.²⁰⁷ Bu nedenle aslında her ikisi de toplumsal ve teknolojik gelişmeyi ve tüketicilerin yeniliklerden fayda sağlayabilmesini amaçlamaktadır. Ayrıca rekabet kurallarının uygulanması bakımından önemle üzerinde durulan “ilgili ürün pazarı” kavramı kimi zaman yeni bir buluş yapılması ile oluşabilmektedir.²⁰⁸ Örneğin belirli bir kanser hastalığının tedavisinde kullanılmak üzere bir molekül bulup, bunu ilaç olarak geliştiren kimse, patent ve veri imtiyazı süreleri bittiğinde jenerik ilaçların da üretilmesinin yolunu açmış olacağından, ayrı bir pazar oluşturarak söz konusu piyasada rekabetin oluşmasını sağlayacaktır.

İlaç sektöründe bir ilaç firması tarafından bulunan molekül veya bir usule ilişkin olarak patent alındıktan sonra, firmanın söz konusu etken maddeli ilacı üretmesi ve satışı için gerekli izinleri alması, yukarıda da izah edildiği üzere uzun yıllar alabilmekte ve patent koruması pratikte yarıya kadar düşebilmektedir. Bu durum ilaç piyasasında oldukça maliyetli Ar-Ge faaliyetlerinde bulunan firmalara büyük mali riskleri de beraberinde getirmektedir. Bu maliyetin yanı sıra rakip firmanın daha iyi bir ilacı piyasaya çıkarması veya ilacın yan etkilerinin fazla olması, ilaç firmasının karşılaşılabileceği risklerden yalnız birkaçıdır. Bu nedenle, bu süre içerisinde patent sahibi ve kimi zaman ilgili ürün pazarında tekel konumunda olan ilaç üreticilerinin, jenerik ilaç üreticilerinin piyasaya girmesini engellemeleri, belli hallerde haklı bir neden olarak görülebilmektedir.²⁰⁹ Diğer taraftan, veri imtiyazı süresi, jenerik ilaçların orijinal ilaca ilişkin patent korumasının sona ermesinden ne kadar zaman sonra pazara

²⁰⁷ Sullivan, E.T., *The Confluence of Antitrust and Intellectual Property at the New Century*, 1 Minn.Intell.Prop.Rev. 1 (2000), s.3, <http://mipr.umn.edu/archive/v1n1/sullivan.pdf> (15.03.2005).

²⁰⁸ Webster, E.: Firms' Decision to Innovate and Innovation Routines, *Economics, Innovation, New Technology*, Vol 13(8), December 2004, s.733.

²⁰⁹ Blair./Cotter; *Are Patent Settlements Illegal Per Se?* The Antitrust Bulletin, Summer-Fall 2002,, s.492; Lemley, M.A./Shapiro, C.: Probabilistic Patents, *Journal of Economic Perspectives*, <http://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/patents.pdf>, s.4.

girebileceğini belirlediğinden sektördeki rekabet üzerinde önemli bir etkiye sahip olabilecektir.

Ülkemiz de dahil, birçok ülkede sağlık sektörüne ilişkin olarak, yarı regüle (düzenlenmiş) kombine modeller benimsenmiştir. Bu modeller, örneğin fiyat gibi unsurlar açısından regülasyonların bulunduğu, diğer açılardan ise liberal ve bir miktar rekabete izin veren sistemler olup, rekabet hukuku kurallarının kapsamı ile ilgili olarak ilginç tartışmalara yol açmaktadır.²¹⁰

Özellikle son yıllarda buluşçu (innovator) ilaç şirketlerinin jenerik ilaçlara karşı pazarlarını koruma stratejileri, buluşçu şirketlerin Ar-Ge faaliyetlerinin semerelerini elde etme yönündeki meşru hakları ile kamunun daha ucuza ilaca erişim menfaati arasındaki dengenin nasıl korunacağı konusunda geniş çaplı tartışmalara neden olmaktadır. Bu çerçevede, rekabet kuralları jenerik ilaç üreticileri açısından pazara giriş için önemli silahlardan birini teşkil edebilmektedir. Bu anlamda buluşçu şirketler, jenerik ilaç üreticilerinin pazara girmelerini engellemek için, fikri ve sınai mülkiyet haklarını kötüye kullandıkları yönünde iddialara maruz kalabileceklerdir.²¹¹

İşbu Tebliğ’ de kendine has bu gibi özellikleri olan ve aynı zamanda buluş ve inovasyonun çok büyük önem arz ettiği ilaç sektöründe, Veri İmtiyazı sahibinin, bu hakkını kullanarak yapacağı anlaşmaların, hangi hallerde rekabete aykırılık teşkil edebileceği, özellikle Veri İmtiyazına ilişkin olarak yapılan sulh sözleşmeleri açısından, konu rekabet hukuku çerçevesinde incelenecek; daha sonra hangi hallerde orijinal ilaç üreticisinin hakim durumda bir teşebbüs olarak değerlendirilebileceği, veri imtiyazının sahibine ilgili pazarda hakim durum verip vermeyeceği ve ilgili pazarda hakim durumda olan teşebbüslerin söz konusu haklarını kullanmalarının hangi hallerde hakim durumun kötüye kullanılması teşkil edebileceği, rekabet otoriteleri ve mahkeme kararları ışığında tartışılacaktır. Bu kapsamda, ilgili ürün pazarının belirlenmesi konusundaki ilkeler açıklanacaktır.

6.2. İlgili Pazarın Tanımı

Bilindiği üzere, gerek teşebbüslerin davranışlarının gerekse yaptıkları anlaşmaların rekabet hukuku açısından değerlendirilebilmesi açısından yapılması gereken temel değerlendirme “İlgili Pazarın” tayinidir. İlgili pazarın, gerek coğrafi

²¹⁰ Slot, Piet Jan, *Applying the Competition Rules in the Healthcare Sector*, European Competition Law Review 2003, issue 11, s. 580.

²¹¹ *Competition and the Consumer: The case of Pharmaceutical Products*, Speech/01/450, Antwerp, 11 Kasım, 2001, Mario Monti Speech., http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/index_speeches_by_the_commissioner.html

ve gerekse ürün boyutu ile tanımlanmasındaki gaye, ilgili teşebbüslerin etkin bir rekabetçi baskıdan bağımsız olarak hareket etmelerini engelleyebilecek mevcut rakiplerinin kim olduğunun belirlenmesidir.²¹²

İlgili ürün ve hizmet pazarı üzerinde değerlendirme yapılan diğer hallerden farklı olarak, yüksek teknolojilerin söz konusu olduğu pazarlarda, zaman zaman ilgili ürün pazarına ek olarak, ilgili innovasyon ve/veya teknoloji pazarları üzerindeki etkilerin de Rekabet Otoriteleri tarafından araştırıldığı görülmektedir. Dolayısıyla, aynı davranış ya da işlem için ilgili (1) ürün pazarı; (2) teknoloji pazarı ve (3) ilgili innovasyon pazarı üzerindeki etkiler inceleme konusu yapılabilmektedir.²¹³

6.2.1. İlgili Ürün Pazarı

Bu çerçevede, ilgili ürün pazarı, “özellikleri, fiyatları ve kullanım amaçları bakımından tüketiciler tarafından birbiriyle değiştirilebilir veya ikame edilebilir olarak görülen bütün ürün ve/veya hizmetleri içine alan pazar” olarak tanımlanmaktadır.²¹⁴

Yukarıdaki tanımdan da görüleceği üzere, ilgili ürün pazarının belirlenmesi açısından esas olan “ikame edilebilirlik” kavramıdır. Bu bağlamda en önemli kriter talep yönünden ikame edilebilirliktir.

İlgili ürün pazarı kavramı rekabet hukukunun en çetrefilli konularından olabilmekte, özellikle bazı ürünler bakımından ilgili ürün pazarının belirlenmesi büyük zorluk arz etmektedir.²¹⁵ Beşeri İlaç piyasası, ülkemiz de dahil çeşitli ülkelerde toplum sağlığını doğrudan ilgilendirmekte, bu nedenle çeşitli boyut ve düzeylerde regülasyonun söz konusu olduğu, özellikle fiyatlar üzerinde genelde regülasyonun söz konusu olması nedeniyle, yeni bir ürünün piyasaya çıkması ile birlikte dinamik bir fiyat rekabetinin her zaman görülmesinin söz konusu olmadığı

²¹² AB Komisyonu İlgili Pazarın Tayinine İlişkin Kılavuz (Comission Notice on the Definition of the Relevant Market for the Purposes of Community Competition Law), OJ C 372 on 9/12/1997.

²¹³ United States v Flow International Corpn. No 94-71320; US Department of Justice and Federal Trade Commission; Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property. <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/ipguide.htm>; Whish. R, Competition Law, Fourth Edition, 35, 36; Anticipating the 21st Century, Competition Policy in the New High - Tech, Global Market Place, volume I, A Report by Federal Trade Commission Staff, May 1996 .

²¹⁴ OJ [1997] C 372/03; Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ No:97/1 md. 4/son

²¹⁵ Beşeri İlaç piyasasında ilgili pazarın tayini halihazırda CIF önünde olan, Glaxo Wellcome v Commission (Case T-168/01) davasında tartışılması beklenen bir konudur.

bir pazardır.²¹⁶ Yine ülkemiz de dahil birçok ülkede, ilaç fiyatları, kar marjları ve dağıtım kanalları (toptan ve perakende seviyede) gibi konuların çeşitli düzey ve derecelerde düzenlemeye tabi olduğu görülmektedir.²¹⁷

Hastaların bir ilacı tercihinde doktorların rolü büyük olabilmekte²¹⁸, sigorta sistemleri nedeniyle ilaç bedelini veya büyük bir kısmını kendisi ödemeyen tüketicilerin fiyat konusundaki hassasiyetini ölçmek mümkün olmayabilmektedir. Muhtelif nedenler ile, jenerik bir ilacın piyasaya çıkması ile fiyatlarda mutlaka düşüş ortaya çıkmayabilmektedir. İlaç sektöründe, “ilgili ürün pazarı” kavramı kimi zaman yeni bir buluş yapılması ve buna patent alınması ile de oluşabilmektedir.²¹⁹

Beşeri İlaç piyasasına ilişkin Türk Rekabet Kurumu kararlarına bakıldığında, ilgili ürün pazarı tanımı konusunda, Dünya Sağlık Örgütü’ nün tanımladığı ve kullandığı²²⁰, Anatomik Tedavi Sınıflandırması (*Anatomical Therapeutic Classification*) (“ATC”) sisteminin, esas alındığı görülmektedir. Söz konusu sınıflandırma sisteminde, ilaçlar **tedavi sınıflarına göre** ayrılmakta, diğer bir ifade ile anatomik etki bölgelerine, endikasyonlarına, tedaviye yönelik kullanımlarına; yapılarına, etki çeşitlerine göre sınıflandırılmaktadır. ATC sistemi her biri kendi içinde en fazla dört aşama içeren ve kodlarla ifade edilen 16 (A, B, C...) kategoriden oluşmaktadır. ATC sistemi birinci derecesi (ATC-1) en genel ve dördüncü derecesi (ATC-4) ise en detaylı olmak üzere 4 kategoriden oluşmaktadır. ATC sınıflandırmasının 3. düzeyi (ATC 3) ilaçların tedavi özelliklerine göre yapılan bir gruptandırma olup bu sınıfın alt sınıflarında yer alan ürünler genellikle birbiriyle ikame edilemeyen ürünlerden oluşmaktadır. ATC sınıflandırmasının üçüncü kademesinde ilaçlar, tedavi endikasyonlarına göre,

²¹⁶ Commission Communication on the Single Market for Pharmaceuticals, Tebliğin tam metnine http://europa.eu.int/comm/enterprise/library/lib-regulation/doc/com-98-588_en.pdf den ulaşılabilir.

²¹⁷ ABD’de ilaçların etkinlik ve güvenilirliğine ilişkin denetimler dışında devletin sektöre müdahalesi bulunmamaktadır.

²¹⁸ “..ülkemizde tüketici kararıyla veya eczacı önerisiyle yapılan ilaç satışlarının toplam satışlar içindeki payının oldukça düşük olduğu bilinmektedir. Resmi reçetede yazılı olan ilacın ucuz eşdeğerini verme yetkisine sahip eczacıların bu yetkiyi nadiren kullanması, doktor reçetesinin satışlardaki belirleyiciliğini ortaya koymaktadır. Bu durum ise, doktorlara yönelik yapılan tanıtımın önemine işaret etmektedir. Öte yandan, tanıtım sıkı sınırlamalara (etik kurallara) tabidir. Ayrıca topluma yönelik reklam yapılması yasaktır. İlaç reklamı ancak tıp dergilerinde ve benzer yayınlarda yapılabilmektedir. Söz konusu yasak yalnızca üreticileri değil, eczaneleri de bağlamaktadır.” Rekabet Kurumu (2001), “Beşeri İlaç Piyasası” 2. Yıllık Rapor 2000 yılı, s.12-14.

²¹⁹ Webster, s.733.

²²⁰ Farmasötik; aynı etken maddeyi içeren ilaçların yer aldığı ürün grubu.

başka bir deyişle hangi amaçla kullanıldıklarına göre ayrılmakta olup, aynı tedavi edici özelliklere sahip olan, yani birbiri yerine kullanılması mümkün olan ilaçlar aynı gruba dahil edilmektedir.

Rekabet Kurulu, “Beşeri ilaç pazarında, ürün tercihi tüketici tarafından değil, eczacılar ve büyük ölçüde doktorlar tarafından yapılmaktadır. Buna bağlı olarak, ilgili ürün pazarının belirlenmesinde, tüketicinin gözünde kullanım alanı ve fiyat²²¹ gibi unsurlar yönüyle denk olma hususunun, diğer bir deyişle tüketicinin ürün tercihini şekillendiren etkenlerin ötesinde, diğer hususların değerlendirilmesi gerekmekte olduğu, eczacının önerilerinde ve doktorun ilacı reçeteye yazmasında belirleyici olanın, ilacın bilimsel kullanım alanı ve amaçları olduğu, bu nedenle ilaçların tedavi edici özelliklerine dayalı ve bunların kullanım alanlarına göre şekillendirilmiş ATC- sınıflandırmasının Kurum tarafından göz önüne alındığı” belirtilmiştir.²²²

Rekabet Kurumu, olay bazında daha dar veya daha geniş pazar tanımlamasının yapılmasının mümkün olabileceği²²³ belirtilmiş olmakla birlikte, ATC-sınıflandırmasının beşeri ilaç sektöründe referans olarak kabul edildiği, bu sınıflandırmanın kullanım alanı ve amacına göre ürün pazarı tanımı yapmaya olanak tanıdığı²²⁴ ifade edilmiştir. Bu çerçevede Rekabet Kurumu kararlarının büyük bir kısmında, aynı tedaviye yönelik muadil ilaçların bir ürün pazarını oluşturduğu görüşü ile hazırlandığı ifade edilen ATC-sistemine göre, tarafların faaliyet gösterdikleri ürünlerin dahil olduğu sınıflar, ayrı ayrı ilgili ürün pazarları olarak belirlenmiştir.²²⁵

²²¹ Bu durum ilgili pazarın yapısının, regülasyon derecesi dahil özelliklerine, ilgili ilacın özelliklerine göre değişiklik gösterebilecektir. Fiyat esnekliği konusunda alıcının kim olduğu, alım koşullarının ne tür regülasyonlara bağlı olduğu gibi etkenler de rol oynayacaktır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için Karakoç. H.D, İlaç Sektöründe Fiyat Rekabeti, Ankara 2005, Uzmanlık Tezi.

²²² RK 23/05/2000 tarih ve 00-19/189-101 no lu, 29/0/2001 tarih ve, 01-25/240-62 no lu, 28/08/2003 tarih ve 03-59/708-329 no lu, 08/05/2001 tarih ve,01-22/196-52 no lu, 20/02/2001 tarih 01-09/84-23 no lu kararları

²²³ İlgili Pazar tanımının içtihatlarından önce, her bir olayda, ilgili dönemdeki koşullar çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin, CFI, T-125/97 ve T-127/97 Coca-Cola v Commission (2000) All ER (EC) 460 ,(2000) 5 CMLR 467, prg. 82.; Rekabet Kurumu’ nun 26/12/2002 tarih ve 02-81/945-391 no lu kararı.

²²⁴ RK 23/05/2000 t, 00-19/189-101 no lu karar, 06.01.2005 tarih ve 05-01/3-3 no’lu karar.

²²⁵ Örneğin “ATC 3 sınıflandırmasının L03A (cytokines ve Immunomodulators) grubunda yer alan bağışıklık sistemini düzenleyen ve bağışıklık sistemi hücrelerinin gelişimini hızlandıran ya da engelleyen ürünler” veya N2C “anti-migraine” ürünler pazarı gibi.

Kurul bir kararında, ATC-seviyesinde çok geniş bir sınıfı oluşturan “diğer ürolojik preparatların”, ATC-seviyesinde²²⁶ sınıflandırılmasını esas almış ve tarafların faaliyet alanını bu ayrıma göre belirlemiştir. Kurul’ un rastladığımız diğer bir kararında ise, ATC-kademesinin ilgili ürün pazarı tanımına esas aldığı görülmüş, ancak kararda bunun nedeni açıklanmamıştır.²²⁷

Emekli Sandığı ve Bağ-Kur tarafından ilaç fiyatlarının belirlenmesine ilişkin referans fiyat sisteminin kötüye kullanıldığı yönünde bir iddiaya ilişkin olarak yapılan incelemede, Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü ve Bağ-Kur Genel Müdürlüğü’nün referans fiyat uygulamaları nedeniyle ATC-3 sınıflandırmasının değil, **etken madde sınıflandırmasının** esas alındığı ifade edilmiştir²²⁸. İlgili kurumlar tarafından referans fiyat belirleme sisteminde etken madde bazında sınıflandırma esas alınmaktadır. Buna göre, Simvastataion, pravastatin, lovastatain atorvastatin gibi etken maddelerin her biri ayrı birer Pazar olarak nitelenmiş ve bu çerçevede ilgili ürün pazarı örneğin “atorvastatin etken maddeli ilaçlar” pazarı olarak belirlenmiştir.

Avrupa Komisyonu ve Mahkemeler’ in ilaç piyasasında ilgili ürün pazarının belirlenmesi konusundaki yaklaşımına bakıldığında²²⁹; yukarıda ifade edilen mülahazalar ile, temel olarak ATC 3 sınıflandırmasının ilgili ürün pazarının tespitinde **uygun bir başlangıç noktası** teşkil ettiği ifade edilmektedir. Ancak Komisyon’ un, ATC 3 sınıflandırmasının yanında ATC 4 veya diğer ATC sınıflandırmalarının da kullanılarak daha dar veya farklı ATC sınıflarının da ikame ürün tanımına sokulabileceği daha geniş ürün gruplarının tespit edilebileceği yönünde kararları da görülmektedir.²³⁰ ATC 3 sınıflandırmasına konu ilaçların

²²⁶ Bu seviyede i) prostat hastalıkları ürünleri, ii) erektil fonksiyon bozuklukları ürünleri, iii) ürüner inkontinans ürünleri ve iv) tüm diğer ürolojik ürünler şeklindeki ayrımları esas alınmıştır.

²²⁷ 30.07.2003 tarih ve 03-54/624-284 no’lu karar..

²²⁸ RK 18/03/2004 t, 04-20/206-42 no’lu karar.

²²⁹ Örneğin Case IV/M. 072-Sanofi/Sterling Drug; IV/M.323- Porcordia/Herbamond; IV/M.426-Rhone-Poulenc/Cooper; IV/M. 457-La Roche/Syntex; IV/M.500-AHP/Cynamid; IV/M.555-Glaxo/Wellcome; IV/M.495-Behringwerke AG/Armour Pharmaceutical Co.; IV/M.587-Hoechst/Marion Merell Dow; IV/M.631-Upjohn/Pharmacia; IV/M.737-Ciba-Geigy/Sadoz; IV/M.950-Hoffman La Roche/Boehringer Mannheim; IV/M.1229-American Home Products/Monsanto; IV/M. 1403- Astra/Zeneca; IV/M.1397-Sanofi/Synthelabo; IV/M.1378-Hoeschst(Rhone-Poulenc.; Case No IV/M.495-Behringwerke AG /ArmourPharmaceutical Co.-03.04.1995; Case No IV/M.555; Glaxo/ Wellcome- 28.02.1995. Aynı şekilde 22.05.2000 tarihli Case No COMP/M.1878-Pfizer / Warnerlambert ve 08.05.2000 tarihli Case No COMP/M.1846-Glaxo Wellcome/Smithkline Beecham

²³⁰ Bkz. 89 no’lu atıftaki kararlar.

farklı endikasyonları söz konusu olduğunda daha spesifik olan ATC 4 sınıflandırması göz önüne alınabilecek veya farklı ATC sınıflarındaki ilaçları belli bir teşhise yönelik muhtemel tedavi açısından yarışabilir ise, farklı sınıflardaki ilaçlar da ilgili ürün pazarı tanımını içerisine sokulacaktır.

Kararlarda, tıbbi ürünlerin; ATC sınıflandırması dışında başka sınıflandırmalara da tabi tutulabileceği ifade edilmektedir. Bunlar “**reçeteli veya reçetesiz (OTC–Over The Counter)** olmalarına²³¹ veya “**Devlet tarafından fiyatlarının geri ödemeli olup olmadığına**²³²” göre yapılan sınıflandırmalardır. Söz konusu kararlara göre, reçeteli ve reçetesiz ilaçlar, aynı hastalığa ilişkin olsalar dahi, hastalığın ağırlığı, tüketiciler arasındaki demografik değişiklikler, kanuni düzenlemeler, dağıtım ve pazarlama şartlarındaki farklılıktan dolayı farklı pazarlar içinde değerlendirilebilecektir. Belli ilaçların, diğerlerine göre doz alımındaki sıklığının, farklı pazarlarda tanımlama için yeterli bir kriter olmayacağına karar verilmiştir.²³³ Buna mukabil, bir kararda²³⁴, ilacın sert bir jelatin kapsül içinde sunumu, ilacın farklı bir ürün pazarı içinde değerlendirilmesine yol açmıştır.

Bir diğer önemli nokta da ilgili pazarın yalnızca mevcut ürünler bakımından değil “*potansiyel ürünler*” bakımından da ele alınmasıdır. Komisyon henüz pazarda olmayan ve fakat geliştirme sürecinin son aşamalarında bulunan ilaçları da, dikkate almaktadır.²³⁵

Avrupa Komisyonunun, Losec adlı ilacın sahibi Astra Zeneca’ yı (“AZ”) ilgili pazarda hakim durumun kötüye kullanılmasından dolayı cezalandırdığı 15 Haziran 2005 tarihli kararında²³⁶, ilgili pazarı, “gastro-intestinal asit’ ine ilişkin hastalıkların tedavisi için kullanılan ve reçete ile satılan proton inhibitörleri” pazarı olarak tanımlamıştır. Söz konusu kararda, ilgili ürünün özellikleri ve kullanım amaçları, reçeteli ilaç pazarında fiyat dışı rekabete etken faktörler ve eski jenerasyon ilaçlar ile AZ tarafından üretilen Losec adlı ilaç arasındaki fiyat ve

²³¹ Case no IV/M.426 18.04.1994

²³² Case M.464 BMSC/UPSA, 06/09/1994

²³³ Case no: comp/M.1846-Glaxo Wellcome/SmithKline Beecham 08/05/2000 prg 27.

²³⁴ 22.05.2000 tarihli Case No COMP/M.1878-Pfizer/Warnerlambert

²³⁵ Comp/M.1846-Glaxo Wellcome/Smithkline Beecham, 08.05.2000, Case no Comp/M.1878-Pfizer/Warner-lambert, 22.05.2000; Comp/M.2517-Bristol Myers Squibb/Du Pont.

²³⁶ Bknz. Komisyon Basın Açıklaması, IP/05/737, www.europa.eu.net. Bu tebliğ hazırlanmakta olduğu sırada, gerekçeli karar henüz yayımlanmamıştır.

talepesnekliği gibi unsurlar değerlendirilmiştir.²³⁷ Karara göre, Losec ncesi ilk jenerasyon proton pompa inhibitörleri Losec üzerinde ciddi bir rekabetçi baskıya neden olmamiş, ve Losec daha yüksek fiyatına rağmen giderek bunların yerini almıştır. Kararda, fiyat regülasyonları gibi ilaç pazarına özel faktörler de göz önüne alınmıştır.²³⁸

İlgili pazarın değerlendirilmesinde, orijinal ilacın pazardaki diğer ilaçlardan üstün olan özellikleri (daha az yan etki, daha çabuk kana karışma gibi), diğer ilaçların fiyatları, ilaç dışı alternatif tedavi yöntemlerinin mevcudiyeti ve etkinliği, hasta heterojenliği ve diğer talep yönlü faktörlerin duruma göre göz önüne alınması gerekebilmektedir.

Biyoyararlanım²³⁹ ve biyoedeđerlilikleri²⁴⁰ ispatlanan jenerik ilaçlar, kopyası oldukları orijinal ürünlerin yerine kullanılabildiklerinden, orijinal ilaçların ikamesini oluşturmaktadır.

6.2.2. İlgili Teknoloji Pazarı

İlgili teknoloji pazarı, lisans verilen teknolojiyi ve onun yerine ikame edilebilir diğer teknolojileri içine alan pazar olarak kabul edilir. İkame edilebilir teknolojiler kavramından, lisans alanlar tarafından, özellikleri, lisans bedelleri ve kullanım amaçları bakımından lisansa konu olan teknolojinin yerine kullanılabilesi mümkün olabilecek teknolojiler anlaşılmaktadır.²⁴¹

²³⁷ Eski kuşak H2 blocker tabir edilen söz konusu ilaçların Losec' in fiyat ve talebine etkisinin bulunmadığı yönünde verilere dayanılmıştır.

²³⁸ Fagerlund, N, and Rasmussen, S. B., *Astra Zeneca: The First Abuse Case in the Pharmaceutical Sector*, (2005) Competition Policy Newsletter, 3, s.54-56.

Karar, Astra Zeneca tarafından temyiz edilmiştir. Temyize dayanak, iddialardan biri, ilgili pazarın sadece gastrointestinal asit bağlantılı hastalıkların tedavisinde kullanılan proton pompa inhibitörleri olarak tanımlanmasının yanlış olduğu, ve histamine receptör antagonistlerin ilgili pazarın dışına çıkarıldığı, bu tespitin ise, hakim duruma ilişkin kararı etkilediği, zira kararın histamine receptör antagonistlerin pazara dahil edilmesi halinde hakim durumun oluşup oluşmadığını incelemediği iddiasıdır. OJ C 271/24, 2005-Case T-321/2005.

²³⁹ Biyoyararlanım tanımı için bkz. yukarı dipnot 14.

²⁴⁰ Biyoedeğerlik tanımı için, bkz. yukarı dip not 21.

²⁴¹ Commission Regulation (EC) No 772/200, Art. 1(1)(j)(ii); 1995 IP Antitrust Guidelines, 3.2.2; Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors, 3.32(b), Commission Notice on Horizontal Cooperation Agreements, Commission Notice on Horizontal Cooperation Agreements.pa 47-49

6.2.3. İlgili İnnovasyon Pazarı

İlaç piyasası, ülkemiz de dahil çeşitli ülkelerde çeşitli boyut ve düzeylerde regülasyonun söz konusu olduğu, bu nedenle rekabet alanının büyük ölçüde buluşlar üzerinden gerçekleştiği, hızla gelişen teknoloji karşısında dinamizmin yüksek olduğu ve yoğun Ar-Ge yatırımlarının yapıldığı bir Pazar yapısına sahiptir.

İlgili innovasyon pazarı, belli bir ürün ya da usule ve bunların ikamesini oluşturabilecek ürün ya da usullere yönelik Ar-Ge faaliyetleri pazarını ifade etmektedir.²⁴² Bununla birlikte innovasyon pazarı kavramı tartışmalı bir kavramdır.

Gerçekten, innovasyon pazarının belirlenmesinde kullanılan standartların yeterince açık olmadığı, bu alandaki gizlilik ihtiyacının belli bir ürüne ait innovasyon pazarının büyüklüğü ve özellikleri hakkında bilgi edinilmesinin önüne geçtiği gibi gerekçelerle bu pazardaki rekabetin etkilenip etkilenmediğinin sadece bu pazar göz önünde tutularak belirlenemeyeceği ileri sürülmüştür. Bazı yazarlar da innovasyon pazarı diye bir pazar olamayacağını savunmuşlardır.²⁴³ Örneğin, FTC, Ciba-Geigy/Sandoz²⁴⁴ birleşmesinde gen terapisi uygulamalarını ayrı bir innovasyon piyasası olarak ele almıştır. Fikri Mülkiyet Lisans Rehberi'ne göre, eğer firmanın Ar-Ge harcamalarını azaltması diğer firmaların Ar-Ge yatırımlarını artırmıyorsa, bu firma hakim durumdadır. AB Komisyonu incelediği işlemlerin gelecekteki rekabete vereceği zarar konusuna Amerikan uygulayıcılarına kıyasla, daha temkinli yaklaşmaktadır. Bununla birlikte, metodoloji farklılığına rağmen hem AB hem de ABD yetkililerinin ele aldıkları işlemlerin gelecekteki etkilerini tahmin etmeye çalıştıklarını belirtmektedir²⁴⁵. Bunun yanı sıra, innovasyon pazarında rekabet üzerindeki olumsuz etkiler değerlendirilirken, bu tip olumsuz etkiler kendilerini ilgili ürün ve teknoloji pazarında da gösterecekleri için, incelemenin ilgili ürün ve teknoloji pazarıyla sınırlı tutulmasının yeterli olacağı ileri sürülebilir.²⁴⁶

²⁴² 1995 IP Antitrust Guidelines §3.2.3. Commission Notice Guidelines on the Applicability of Article 81 of the EC Treaty to Horizontal Cooperation Agreements, OJ [2001] C 3/02, para. 51.

²⁴³ ABA: Section of Antitrust Law the Federal Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property Origins and Applications, 2nd Ed., 2002.

²⁴⁴ (ABD) Ciba-Geigy Ltd. FTC File No: 961-0055 (1997); (AB) Ciba-Geigy/Sandoz, Case No: IV/M. 737, (1997) O. J. L201 (Landman 1998, dipnot 2-3)., Yeni Ekonomi ?

²⁴⁵ Demiröz A., Yeni Ekonomide Rekabet Kuralları, Rekabet Kurumu Tez Serisi, Ankara 2003, 2.2.1

²⁴⁶ Nitekim Komisyon bu yönde bir uygulamayı benimsemiş bulunmaktadır. Bkz. OJ [2004] C 101/02, para. 25. ABD de yapılmış bulunan bir araştırmada da 1995-1999 yılları arasında yürütülmüş bulunan ve innovasyon faaliyetinin ön plana çıktığı 47 rekabet soruşturmasının sadece 8'inde gerçek anlamda innovasyonun inceleme konusu yapıldığı diğerlerinde ürün ve teknoloji

Yine de bazı hallerde, inovasyon pazarındaki rekabet üzerindeki etkilerin araştırılması mümkün olabilir.²⁴⁷

6.3. İlgili Coğrafi Pazarın Tanımı

İlgili Coğrafi Pazar, rekabetin koşullarının tüm pazar oyuncuları açısından objektif olarak aynı olduğu bölge olarak tanımlanmıştır.²⁴⁸ İlaç piyasasında coğrafi pazara ilişkin AB’ de verilen kararlarda, çeşitli düzeyde regülasyonlar, tıbbi ürünlerin fiyatları, dağıtım kanalları, paketlenmeleri vb. unsurlar ülkeden ülkeye değişebileceğinden bu pazar genelde ülke bazında incelenmektedir. Ancak AB düzeyinde uyumlaştırma çalışmaları sonucunda ülkesel pazarlara yönelik pazar tanımının değişmesi beklenmektedir.²⁴⁹ Potansiyel ürünler açısından ise, ilgili coğrafi pazar Topluluk düzeyinde veya dünya çapında değerlendirilebilmektedir. Bunun sebebi de Ar-Ge çalışmalarının tek bir ülke ile sınırlı kalmayacak olmasıdır.²⁵⁰

Coğrafi pazarın tanımına ilişkin olarak Rekabet Kurulu 23/05/20000 t., 00-19/189-101 no’lu kararında, kendi eczanelerinden satış yapan devlet, üniversite ve SSK hastaneleri ve tedavi sırasında ilaç kullanımında bulunan tüm hastaneler aracılığı ile ülkedeki hastaların ilaç gereksinimlerinin karşılandığı, ilaca yönelik hukuki düzenlemelerin de ilacın kolay ulaşılabilir olmasını sağlamaya yönelik olup, ilgili mevzuatın öngördüğü fiyat kontrolü, bölgeler arasında fiyat farklılıkları oluşmasını büyük ölçüde engellediği yönünde tespitlerde bulunmuş ve ilgili coğrafi pazarı ülkenin tamamı olarak belirlemiştir.

6.4. Veri Koruması ve Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar

Veri koruması sahibi buluşçu firmaların pazarlarını koruma amaçlı çabalarının genelde, tek başına hareketlerini içermesi dolayısıyla, rekabet hukuku anlamında hakim durum ve onun kötüye kullanılması ile ilgili soru ve iddialar daha sıklıkla ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte, zaman zaman jenerik ilaç üreticileri ile orijinal ilaç üreticileri arasında veya orijinal ilaç üreticilerinin kendi aralarında

pazarındaki etkilerin araştırıldığı vurgulanmıştır (ABA, 39). Commission guidelines on Horizontal Agreements prg 2.2, 4.3

²⁴⁷ OJ [2004] C 101/02, prg. 25.

²⁴⁸ ATAD 14 Şubat 1978. United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Commission of the European Communities. Case 27/76.para 11vd

²⁴⁹ Bellamy and Child, European Community Law of Competition, Fifth Edition, Sweet & Maxwell, 2001, s.6-134.

²⁵⁰ 22.05.2000 tarihli Case No. COMP/M.1878-Pfizer / Warnerlambert ve 08.05.2000 tarihli Case No COMP/M.1846 -Glaxo Wellcome / Smithkline Beecham

yapılan anlaşmalarda rekabet hukuku açısından bazı sorular ortaya çıkarabilmektedir.

AB ve Türk Rekabet hukuklarında ATA m.81 (1) ile Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (Rekabet Kanunu) 4. maddesi, amacı veya etkisi rekabeti engellemek, sınırlamak veya bozmak olan anlaşmaları yasaklamaktadır. Rekabet Kanununun 4. maddesi ile ayrıca "bu etkiyi doğurabilecek" anlaşmaların da hukuka aykırı ve yasak olduğu hükme bağlanmıştır.²⁵¹

Buna mukabil, rekabeti sınırlayıcı anlaşmanın yeni gelişmeler sağlaması, tüketicilerin bundan yarar sağlaması ve anlaşma sonucu ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması, rekabetin öngörülen amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması koşullarının gerçekleşmesi halinde, bu anlaşmalar Roma Anlaşması'nın 81(3) ve Rekabet Kanunu'nun 5. maddeleri uyarınca bireysel veya grup muafiyetine tabi tutulabilmektedir.

Bu bağlamda, veriler ve veri korumasına/imtiyazına ilişkin ihtilaflar, rekabeti sınırlayıcı amaç veya etkiye sahip anlaşmalara konu olabilecektir. Sık görülmesi muhtemel olmamakla beraber, orijinal ilaç üreticisinin, veri imtiyazı henüz devam ederken, jenerik üreticiye verilerine atıf yapmak üzere onay vermesi halinde, bu onayın bazı şartlara bağlanmasının da rekabet hukuku açısından değerlendirilmesi gerekebilir.

Özellikle son dönemde, A.B.D' de orijinal ilaç üreticileri ile jenerik ilaç üreticileri arasında yapılan sulh anlaşmalarının yoğun bir biçimde rekabet otoritelerinin inceleme ve kararlarına konu olduğu görülmektedir. Bu çerçevede, veri imtiyazı ve buna bağlı ruhsatlandırma işlemlerinden doğan ihtilafların sulhle sonlandırılması halleri rekabet hukuku çerçevesinde incelenecektir.

Bunun yanı sıra, ilaç firmaları tarafından yapılan AR&GE çalışmaları sonucu elde edilen veriler, AR&GE ve fason üretim gibi anlaşmalara da konu olabilecek olup, bu anlaşmalara da kısaca değinilecektir.

²⁵¹ Bu ibareyle kastedilen, "potansiyel" rekabetin kısıtlanmasıdır. Potansiyel rakip, halihazırda bir piyasada ticari faaliyetlere girişmemiş fakat yakın bir gelecekte aynı ürün ve coğrafya pazarına girebilecek işletmeleri ifade eder (United States v. Colombia Steel Co., 334 US 495 (1948); ATA m.81(1)'de "potansiyel rekabet"ten söz edilmemekle birlikte, Komisyon ve ATM uygulamalarında bu ölçüt dikkate alınarak karar verilmektedir. Bkz. Mannesmann/Hoesch (M.222) kararı, OJ 1993 L 114/34.

6.4.1. Verilere Atf Yapılmasına İzin Verilmesine Yönelik Anlaşmalar

Yukarıda izah edildiği üzere, jenerik bir ilaç üreticisinin, orijinal üreticiye tanınan veri imtiyaz süresi dolmadan önce Kısaltılmış Başvuru yapabilmesinin bir yolu da, orijinal ilaç üreticisinden, ruhsat başvurusundaki verilerine atf yapabilmek üzere izin alınmasıdır. Böyle bir iznin verilmesi genelde sık rastlanan bir durum olmamakla birlikte, bunun gerçekleşmesinin, potansiyel bir rakibin imtiyaz süresinin dolmasından önce pazara girmesini sağlayacak olmasından ötürü, kural olarak rekabet açısından olumlu sonuç doğuracağı düşünülebilir. Ancak söz konusu iznin belli şartlara bağlanmasını içeren anlaşmaları, madde 4 ve madde 81 çerçevesinde akdedilen tüm anlaşmalar gibi, rekabet hukuku açısından sakınca doğurup doğurmayacağı yönünden incelemek gerekir.

Fiyatın belirlenmesi, pazar ve müşterilerin paylaşılması gibi amaç veya etkiyi taşıyan ve genellikle *per se* ihlal teşkil eden kısıtlamaların bu tür anlaşmalarda da sorun yaratması kuvvetle muhtemeldir. *Per se* ihlal teşkil etmeyen daha karmaşık durumlarda ise, anlaşmayı çevreleyen pazar şartları göz önüne alınmak suretiyle, ilgili pazardaki etkilerin incelenmesi ve buna göre anlaşmanın 4. madde kapsamına girip girmediğinin veya 5. inci maddedeki muafiyet şartlarını karşılayıp karşılamadığının analiz edilmesi gerekecektir. Bu çerçevede, bir anlaşmanın hiç yapılmamış olması halinde, pazardaki muhtemel rekabet yapısının değerlendirilmesi²⁵² ve mevcut ve potansiyel rekabet koşullarının dikkate alınması gerekir. İzin verilmesi hususunun belli şartlara bağlanmasına yönelik bu tür anlaşmaların değerlendirilmesinde, patent ve lisans anlaşmalarına ilişkin bazı genel prensiplerden, uygulanabildiği ölçüde yararlanmak mümkün olabilir.

Söz konusu izin karşılığında, belli bir karşılık ödenmesine ilişkin düzenleme öngörülmesinin kabul edilebilir nitelikte olabileceği söylenebilir. Bu tür ödemelerin anlaşmanın sona ermesinden veya veri münhasırlığı üzerindeki sürenin sona ermesinden sonrasına da sirayet etmesi, söz konusu verilerden faydalanmaya ilişkin ücrete tekabül ettiği sürece mümkün olabilir. Yine orijinal ilaç üreticisinin, Veri İmtiyazı süresi boyunca, jenerik üreticinin ilacının sadece belli bir endikasyonu ile sınırlı olarak satışını yapmasının öngörülmesi, lisans anlaşmalarında genel olarak son kullanım konusunda getirilen kısıtlamaların kabul edilebilir olduğundan hareketle, mümkün olabilecektir.²⁵³

²⁵² Technique Miniere, n.29 (1966) ECR 235

²⁵³ Bellamy and Child, 8- 068, dpn 98, 88-075, 8-087

Buna mukabil kelepçeleme olarak nitelenebilecek şartların, verilere atıf yapılabilme hakkı ile ilintilendirilmesi çok kolay olmayabileceğinden, veya koruma süresini kanun tarafından öngörülenden öteye uzatma etkisi yaratan düzenlemelerin 4 üncü madde kapsamına girmesi söz konusu olabilecektir.

6.4.2. Sulh Anlaşmaları

Özellikle son yıllarda, A.B.D rekabet otoriteleri tarafından, orijinal ilaç üreticileri ile jenerik ilaç üreticileri arasında, daha çok ruhsat başvurusu aşamasında ortaya çıkan ve patent anlaşmazlıklarına ilişkin yapılan sulh anlaşmalarının soruşturmalara tabi tutulduğu görülmektedir. Bununla birlikte bu ihtilaflara ilişkin sulh anlaşmaları ile ilgili verilen kararlardan, ruhsatlandırma aşamasında Veri İmtiyazından doğan anlaşmazlıkların sulhen çözülmesi konusunda da, bazı sonuçlar çıkarmak mümkün olabilecektir.

Yukarıda da izaha çalışıldığı üzere, jenerik bir ilacın başvuru ve ruhsatlandırma aşamasında, ilgili ülke düzenlemelerinin yapısına da bağlı olarak, Veri İmtiyazına ilişkin bir takım ihtilaflar ortaya çıkabilecektir. Örneğin, orijinal ilaç sahibinin mevcut bir ilaca ilişkin yeni bir endikasyon geliştirmesi halinde, söz konusu versiyonun ek korumaya hak kazanacak kriterleri taşıyıp taşımadığı konusu orijinal ve jenerik ilaç üreticisi arasında ihtilaf konusu olabilecek; yine ülkemiz gibi veri korumasının kapsam ve koşullarının henüz tam olarak netleşmediği hukuk düzenlerinde, bu hakların ileri sürülmesi halinde, muhtelif ihtilafların çıkması söz konusu olabilecektir.

Bir uyuşmazlığı sonlandırmak amacıyla akdedilen sulh anlaşmalarının, md.81' e aykırı olup olmayacağı konusu tam bir netlik kazanmamış olsa da, ATAD' ın bu tür anlaşmalara bakış açısının rekabet incelemesine tabi diğer normal anlaşmalardan farklı olmadığı, *“Teşebbüsler arası belli anlaşmaları yasaklayan md.81, davaları sonlandırmak amacıyla yapılan anlaşmalarla diğer amaçlarla yapılan anlaşmalar arası bir fark gözetmemiştir”*²⁵⁴ şeklinde ifade edilmiş, ancak kararda md.81'in sulh sözleşmelerine nasıl uygulanacağı sorusu yanıtızsız bırakılmıştır²⁵⁵.

Sulh anlaşmalarının rekabeti arttırıcı mı yoksa sınırlayıcı mı olduğu, her somut olayda kapsamı ve hükümleri ve ilgili pazardaki koşullar incelenerek bir sonuca varılabilir.²⁵⁶

²⁵⁴ Case 65/86 Bayer v Süllhöfer [1988] ECR 5249.

²⁵⁵ Bellamy and Child, s.57.

²⁵⁶ Shapiro, C., Antitrust Limits to Patent Settlements, <http://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/settle.pdf>

İhtilafların taraflar arasında mahkeme dışında çözümü, mahkemeler tarafından kabul gören ve hatta tercih edilen bir yöntem olup, bu tür anlaşmaların yapılmasında rekabeti kısıtlama amacı taşımayan meşru menfaatlerin bulunabileceği unutulmamalıdır. Bir ihtilafa ilişkin sulhten elde edilecek toplam ekonomik menfaatin, davaya devam edildiği takdirde elde edilecek toplam ekonomik menfaatlerden daha yüksek olması tarafların sulh olmasında etken olabilecektir²⁵⁷. Bazen yıllarca sürebilecek bir davaya devam etmektense sulh olunması tarafları yargılama masraflarından ve bir dizi belirsizlikten kurtararak yollarına devam edebilmelerini sağlayacaktır. Ayrıca tarafların davalardan kaynaklanan riskleri ortadan kalkacak ve menfaat dengeleri sağlanmış²⁵⁸ toplum da buna karşılık idari ve adli kaynak israfından kurtulmuş olacaktır.²⁵⁹ Fakat bununla birlikte, tarafların menfaatleri her zaman toplum menfaatleri ve piyasada rekabetin korunması ile paralellik arz etmeyecektir.

Orijinal ilaç üreticileri ile jenerik ilaç üreticileri arasında akdedilen sulh anlaşmaları ile ilgili soruşturmalarda daha çok A.B.D’de görülmesinin nedeni, bu ülkede orijinal ilaca ilişkin patent koruması henüz bitmeden önce, kısaltılmış başvuru yolu ile jenerik başvurusunda bulunulmasının mümkün olabilmesidir.²⁶⁰ Başvuru sahibinin bu durumda Referans İlaç Listesinde yer alan orijinal ilacın patentinin geçersiz olduğunu ya da patent hakkının ihlal edilmediğini ispat etmesi ve orijinal ilaç sahibini de başvurusundan haberdar etmesi gerekmektedir. Eğer 45 gün içerisinde patent sahibi ya da orijinal ilaç üreticisi tarafından patent ihlali davası açılmaz ise, FDA tarafından başvuru kabul edilerek jenerik ilacın patent koruma süresi bitmeden önce pazarlanması mümkün olabilmektedir.²⁶¹ Ayrıca yine aynı usul uyarınca yapılan **ilk jenerik başvurusu**, diğer jenerik başvurularına ilişkin 180 günlük münhasır pazarlama hakkına sahip olup, bu süre içerisinde başka bir jenerik firmasının pazara girişi engellenmektedir.²⁶²

²⁵⁷ Gilbert. R., and Tom. W.K, Is Innovation King at the Antitrust Agencies? The Intellectual Property Guidelines five years later, University of California, Berkeley, Institute of Business and Economic Research, 2001, sf 37.

²⁵⁸ Leary, Thomas B.; “Antitrust Issues in the Settlement of Pharmaceutical Patent Disputes, Part II”, www.ftc.gov/speeches/learypharmaceuticalsettlement.htm

²⁵⁹ Waddell, M.E.: Antitrust Concerns in Settlement of Pharmaceutical Patent Litigation, Intellectual Property Technology Law Journal; Dec 2002; 14, s.6; Blair/Cotter, s.526-527.

²⁶⁰ Bkz. Federal Food, Drug and Cosmetics Act, para. IV, 21 U.S.C. § 301.

²⁶¹ Buna karşılık patent ihlal davası açılması halinde ise, FDA’nın jeneriğe vereceği izin; i)patent süresi sona erinceye; ii)ihlal davası sonuçlanıncaya; iii)patent sahibine başvurunun tebliğ edilmesinden itibaren 30 ay geçinceye kadar ertelenmektedir.

²⁶² Bkz. Hatch-Waxman Act, 21 U.S.C. § 355.

İşte bu çerçevede orijinal ilaç üreticileri ve jenerik ilaç firmaları arasında, patent süresi sona ermeden önce jeneriğin pazara girişinin engellenmesi amacıyla açılan patent ihlali veya patentin geçersizliğine ilişkin davalar esnasında, iki taraf arasında yapılan sulh anlaşmaları rekabet ihlali soruşturmalarına konu olmuştur.²⁶³ Bu anlaşmalarda genellikle bir taraf patent ihlali davasını belirli bir süre boyunca açmamayı, diğer taraf da patentin geçersizliğini ileri sürmeyeceğini aynı zamanda pazara girişini ertelemeyi taahhüt etmektedir.²⁶⁴ Bu anlaşmaların bir çoğunda orijinal ilaç firması, jenerik üreticiye belirli bir süre pazara girmemesi için belli bir ödeme yapmaktadır. Böylelikle orijinal ilaç firması pazardaki tekel hakkından yararlanmaya devam etmekte, jenerik firma da ileride muhtemel bir kötü niyetli patent ihlali²⁶⁵ sonucundan kurtulmakta ve ayrıca pazara girmeme karşılığında bir “karşılık” da almaktadır.²⁶⁶

Ancak ABD’deki kararlara konu anlaşmalarda, ilgili mevzuatın, ilk jenerik ilaç başvurusuna da belli bir münhasırlık süresi tanıyan hükümlerinden dolayı, yapılan sulh anlaşmalarının daha sonra başvuruda bulunabilecek jenerik başvuru sahiplerinin de, pazara girişini engelleyebildiğini de belirtmek gerekir.²⁶⁷

ABD’de Federal Mahkeme *Terazosin*²⁶⁸, *Cardizem*²⁶⁹ ve *Hytrin*²⁷⁰ kararlarında, orijinal firma ile jenerik firma arasında jeneriğin pazara girişini engellemek amacıyla yapılmış sulh anlaşmalarının *de facto* patentin süresini uzattığı ve *per se* rekabeti sınırladığı sonucuna varmıştır. Mahkemeye göre ilgili ürün pazarında potansiyel rekabet sınırlanmakta ve yenilikler ise çok sınırlı olarak desteklemektedir. Bir başka deyişle patente tanınan münhasırlığın yarar/zarar dengesinde ibre zarar lehine olmaktadır.²⁷¹

²⁶³ Patent ihlali davalarında taraflar arasında yapılan sulh anlaşmalarının rekabet kurallarına aykırılığı değerlendirilirken patentin geçerliliği konusundaki “gücü”nün dikkate alınması gerektiği hakkında bkz. Shapiro... Bu görüşün sert eleştirisi için bkz. McDonald, K.D.: Hatch-Waxman Patent Settlement Agreements, Antitrust: On “Probabilistic” Patent Rights and False Positives, Antitrust, Spring 2003.

²⁶⁴ In re Ciproflaxacin Hydrochloride Antitrust Litigation, 166 F.Supp. 2d 740.

²⁶⁵ ABD Patent Kanunu (35 U.S.C. § 284) uyarınca, patent ihlalinin kasıtlı ve kötü niyetli olarak yapılması halinde mahkeme davalıyı ortaya çıkan zararın üç katına kadar tazminata mahkum edebilmektedir.

²⁶⁶ Terazosin, 164 F.Supp.2d 1340 (SD Fla. 2000) kararına konu olayda sulh anlaşması neticesi, orijinal ilaç üreticisi 27 milyon ABD Doları ödeyerek 74 milyon kaybı önlemiştir. Buna karşılık jenerik üretici piyasaya sürmediği bir ilaç için 27 milyon Dolar kazanmıştır.

²⁶⁷ Shapiro, s.34

²⁶⁸ In re Terazosin, 164 F.Supp. 2d 1340 (SD Fla. 2000).

²⁶⁹ In re Cardizem CD, 105 F. Supp.2d 682 (ED Mich 2000).

²⁷⁰ In re Terazosin, 164 F. Supp. 2d 1340 (SD Fla. 2000).

²⁷¹ Pitofsky, s.6.

ABD’de 2003 yılında Temyiz Mahkemesi tarafından verilen, *Valley Drug Co. v. General Pharmaceuticals* kararında²⁷² patent hakkının sahibine münhasır haklar tanıdığı ve bu hakları teyit eden ve patent sahibine tanınan münhasır hakkın süresini uzatmayan anlaşmaların *per se* Sherman Kanununun 1.maddesine ihlal etmediği sonucuna varılmıştır. Mahkeme, konusu patent süresi boyunca jenerik firmanın piyasaya girişini engellemek olan sulh sözleşmesinde orijinal ilaç üreticisi firma tarafından jeneriğe “karşılık” ödenmesinin, *per se* rekabeti sınırlayıcı olduğuna ilişkin kararını bozmuştur.²⁷³ Oysa ki; Cardizem CD’ye ilişkin ABD Temyiz Mahkemesi 6. Daire kararı patent sahibinin ödeme yaptığı patent sulh anlaşmalarının *per se* rekabeti bozucu nitelikte olduğuna karar vermiştir.

Veri İmtiyazından kaynaklanan bir ihtilafta, jenerik ilaca ilişkin kısaltılmış ruhsat başvuru işlemlerinin dondurulması, ilgili idari prosedürler veya mahkemeden alınacak bir ihtiyati tedbir kararı ile mümkün olmaz ise, jenerik ilaç sahibi ruhsat işlemlerine devam edebilecek ve dava devam ettiği sürece ürünü pazarlayabilecektir. Dava sonucunda jenerik üreticinin haksız çıkması halinde, orijinal üreticiye tazminat ödemesi riski söz konusu olabilecektir. Böyle bir riskin engellenmesi amacıyla jenerik üretici tarafından sulh yoluna gidilmesi tercih edilebilir.

A.B.D’ de taraflar arasında süregelen dava süresince, jenerik üreticinin ürünü piyasaya sürmemesini buna karşın orijinal üreticinin jenerik üreticiye belli bir ödeme yapmasını içeren anlaşmalara ilişkin olarak, taraflar bu tür anlaşmaların bir nevi ihtiyati tedbir görevi gördüğü savunmasında bulunmakta ancak özellikle yapılan ödemenin jenerik üretici pazara girse idi elde edeceği kazancın üzerinde olması ve yapılan ödemenin haklı çıkılması durumunda geri alınmadığı durumlarda bu tür bir savunmanın geçerli olmayacağı savunulmaktadır. Zira böyle bir durumda, tekel karının paylaşılması gibi bir sonucun ortaya çıkacağı ifade edilmektedir.²⁷⁴

²⁷² *Valley Drug Co. v. Geneva Pharma Inc., Abbott Lab.*, 2003 WI.22120130, 15-16 (11th Cir.).

²⁷³ Bununla birlikte bu kararı takiben Kongre’de bu konu tartışılmaya başlanmış ve bir yasa tasarısı hazırlanmış ve jeneriklerin orijinal ilaç üreticileri ile yapacakları ve piyasaya girmemeleri, rekabet etmemeleri karşılığında bedel ödeneceğine ilişkin anlaşmalar cezalandırılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Garrigues, A.: *The Eleventh Circuit Holds that Agreements in which Pharmaceutical Companies Not to Compete May be Valid*, *The Journal of Law, Medicine & Ethics*; Spring 2004; 32, s.183.

²⁷⁴ Leary, T.B.; *Antitrust Issues in the Settlement of Pharmaceutical Patent Disputes, Part II*, www.ftc.gov/speeches/leary/learypharmaceuticalsettlement.htm

Yukarıda anılan Cardizem kararına ilişkin anlaşmada, jenerik üretici, orijinal ürüne ilişkin patenti ihlal etmeyecek bir ilaç dahi olsa, orijinal ürün ile rekabet eden herhangi bir ürünü pazarlamayacaktır. Böyle bir anlaşmanın da rekabeti ihlal eder nitelikte olduğu açıktır. Buna göre, benzer şartların Veri İmtiyazı ile ilgili ihtilaflarda da öngörülmesi mümkün olmayacak keza verilere tecavüz etmeksizin örneğin literatüre dayanarak yapılacak bir başvuru ile rakip bir ürüne ilişkin başvuru yapılmasının da bu tür anlaşmalar ile engellenebilmesi mümkün olmayacaktır. Yine, orijinal ilaç üreticisinin kendisine tanınan koruma süresini, *de facto* uzatma etkisi yaratan, ve/veya pazara hiç veya belli bir süre girmeme karşılığında, jenerik üreticiye belli bir ödeme yapılmasına ilişkin anlaşmaların, özellikle bu ödemelerin tekel karının paylaşılması olarak değerlendirilebileceği hallerde ihlal yaratacağı söylenebilecektir.

Orijinal ilaç firması ile jenerik firma arasında yapılacak bir sulh anlaşması, jenerik firmanın davadan vazgeçmesi ve başvurusunu ertelemesi veya tamamen geri alması veya belli coğrafi alanlarda veya belli ürünlere ilişkin rekabet etmemeyi taahhüt etmesi veya taraflar arasında yapılacak co – marketing gibi sonuçlar doğurabilecektir. Yakın bir sürede başka bir jenerik firmanın da pazara girmesinin muhtemel olmadığı durumlarda, bu tip bir anlaşma pazarda potansiyel rekabeti engelleyebilecektir. Bu tür anlaşmalar, korumayı özellikle patent ve/veya veri koruma süreleri sona erdikten sonra açıkça jeneriğe pazar girişi engeli yaratmaları halinde potansiyel rekabeti engelleyici olarak nitelendirilebilir.

Bir orijinal ilacın veri korumasına konu olup olmadığı ihtilafını da içerebilecek veri koruması ihlaline ilişkin bir davada, tarafların sulh olmalarının potansiyel rekabeti engellediği sonucuna varabilmek için patent ve veri koruması sürelerinin, davaların sonuçlanacağı tarihten çok daha uzun bir süre devam edecek olması gerektiği söylenebilir. Buna karşılık veri koruma süresinin davanın karara bağlanması muhtemel süreye yakın tarihlerde zaten sona erecek olması durumunda, veya yapılan anlaşma sonucunda jenerik üreticinin veri koruması süresi bitmeden pazara girmesine izin verildiği hallerde, söz konusu anlaşmanın ihlal tehlikesi yaratma ihtimali daha düşük olacaktır.

İçtihatlar patent davalarına ilişkin sulh anlaşmalarında “tersine ödemelerin” (hak sahibinden diğer tarafa) yer almasının dikkatlice incelenmesi gerektiği fikrini destekler niteliktedir.²⁷⁵ Ancak bir sulh anlaşmasının hak sahibi tarafından karşı tarafa bir ödeme yapılmasını öngördüğü her halde, rekabet ihlalinin bulunduğundan bahsedilmesi mümkün olmayabilir. Bununla birlikte orijinal

²⁷⁵ Treacy, P.; *Settlement Agreements: the European perspective*, Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2006, Vol.1, No.3, s.224

üreticinin tekel karının paylaşılması sonucu yaratan sözleşmelere dikkatli yaklaşmak gerekmektedir. Ayrıca taraflar, söz konusu ödemeyi örtülü bir biçimde, mesela diğer ürünler üzerinde indirimler yapılması gibi şekillerde de yapmayı tercih edebileceklerdir. Ödemenin miktarındaki yükseklik, hak sahibinin haksız çıkma konusundaki endişesinin yüksek olduğuna işaret edebilir. Söz konusu ödeme hak sahibinin elde ettiği tekel karlarının büyük bir kısmını teşkil ediyor ve karşı taraf pazara girse idi, elde edebileceği karların da üzerinde miktarlara tekabül ediyor ise, ihlal tehlikesinin büyüyeceği ifade edilmektedir. Sulh anlaşmasına konu edilen ihtilafta tarafların maliyetlerinin çok yüksek olmadığı durumlarda, sulh anlaşmasının ilgili makamların (rekabet otoriteleri gibi) incelemesine tabi tutulmamış olması hallerinde, hak sahibinin jenerik üreticiye karşı ihtiyati tedbir almasının çok zor görüldüğü durumlarda bu tür anlaşmalara daha temkinli yaklaşılması gerektiği ifade edilmektedir.²⁷⁶ Muhtemel davaların ne kadar sürebileceği, davanın kaybı halinde ne kadar tazminat riski olacağı, sulh sözleşmesinin daha az kısıtlayıcı hükümler ile yapılıp yapılamayacağı²⁷⁷ gibi kriterlere de bakılmak gerekebilecektir.

Bu tür anlaşmaların akdedilmesi, şartları var ise, hakim durumda olan bir orijinal ilaç üreticisinin bu durumunu kötüye kullanılması kapsamında da ihlal teşkil edebilecektir.

6.4.3. Ar-Ge Anlaşmaları

Ar-Ge, teknik bilgilerin elde edilmesine, ürün veya üretim süreçlerinin testlere tabi tutulmasına, teorik analizlerin ve gözlemlerin yapılmasına, deneysel üretimler de dahil olmak üzere deneylerin gerçekleştirilmesine, bu hususlar için gerekli tesislerin kurulmasına ve sonuçlarla ilgili fikri hakların elde edilmesine yönelik süreci ifade eder.²⁷⁸

İlgili pazarın aynı seviyesinde faaliyet gösteren mevcut ve potansiyel rakip teşebbüsler arasında yapılan ve yatay anlaşmalar olarak adlandırılan anlaşmaların, fiyatlar, üretim, inovasyon ve ürünlerin kalite ve çeşitliliği üzerinde zararlı etkiler doğurabileceği, bununla birlikte, bu tür anlaşmaların özellikle dinamik endüstrilerde, önemli ekonomik yararlar sağlayabileceği, risklerin paylaşılması, maliyetlerin düşürülmesi, know-howın paylaşılması, inovasyonun hızlandırılması

²⁷⁶ Gilbert. R., and Tom, 39

²⁷⁷ Shapiro, s.12.

²⁷⁸ Araştırma ve Geliştirme Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği No: 2003/2, madde 3.

gibi özellikle küçük ve orta çaplı teşebbüslerin rekabet güçlerinin geliştirilmesi açısından, önemli faydaları olabileceğine işaret edilmektedir.²⁷⁹

Bu tür anlaşmalar, Türk ve AB Rekabet Hukuklarında “*Amaçlarını gerçekleştirmek üzere işgücü ve malvarlığına sahip olacak şekilde bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkan ve taraflar arasındaki veya taraflarla ortak girişim arasındaki rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olmayan bir ortak girişim – (full- function JV)*” olarak değerlendirilmedikleri sürece²⁸⁰, Rekabet Kanunu’nun 4 ve 5. inci maddeleri ve Roma Antlaşması’nın 81(1) ve 81(3). Maddeleri kapsamında değerlendirilmek gerekecektir. Yukarıda ifade edilen muhtemel faydalar nedeniyle,²⁸¹ belli şartlar ile Ar-Ge anlaşmalarının, gerek AB²⁸² gerekse Türk Hukuku²⁸³,’nda Grup Muafiyeti Tebliği ile düzenlenmiş olduğu görülmektedir.

Söz konusu Tebliğlerin kapsamına girmeyen anlaşmalar, ilgili pazarın yapısı ve diğer ekonomik kriterler çerçevesinde, ilgili ürün pazarı ve inovasyon pazarlarına etkisinin araştırılması suretiyle değerlendirilmek gerekecektir. Bu konuda, Avrupa Komisyonu’nun Yatay Anlaşmaların madde 81(3) kapsamında değerlendirilmesine yönelik Kılavuzu önemli bir kaynak teşkil etmektedir.²⁸⁴

²⁷⁹ Commission Notice, Guidelines on the applicability of art 81 of the EC Treaty to horizontal cooperation agreements (200/C 3/02).

²⁸⁰ 1998/2, 1998/6 ve 2000/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliği ile Değişik, Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ No:1997/1.

²⁸¹ “Araştırma ve geliştirme çalışmalarını ve bunların sonuçlarının birden fazla teşebbüsün katılımı ile ortaklaşa kullanılmasını konu edinen bu anlaşmaların, çoğu zaman taraflar arasında teknik bilginin yayılma hızını arttırmakta, aynı yöndeki AR-GE çalışmalarının çakışmasını önlemekte ve birbirini tamamlayan teknik bilgilerin karşılıklı değişimi yoluyla yeni gelişmelere yol açtığı, özellikle yeni ürünlerin piyasaya sunulması ve geliştirilmiş üretim tekniklerinin uygulanması söz konusu olduğunda bunların teknolojik ve ekonomik gelişmeye katkısının ortaya çıktığı, yeni ya da geliştirilmiş ürün veya hizmetlerin pazara girişi ve/veya yeni ya da geliştirilmiş üretim teknikleri sonucu ortaya çıkan fiyat düşüşleri yoluyla tüketicilerin fayda sağlayacağı,..” Rekabet Kurumu 2003/2 no lu Araştırma ve Geliştirme Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği.

²⁸² Commission Regulation (EC) No 2659/2000 on the application of article 81(3) of the Treaty to categories of research and development agreements, OJ L 304, 05/12/2000

²⁸³ Türk Rekabet Kurumu Araştırma ve Geliştirme Anlaşmalarına İlişkin Muafiyet Tebliği

²⁸⁴ Guidelines on the applicability of art. 81 of the EC Treaty to horizontal cooperation agreements; ayrıca, Guidelines on the application of art. 81 (3) of the Treaty (2004/C 101/08)

6.4.4. Fason Üretim Anlaşmaları²⁸⁵

Fason üretim anlaşmalarına uygulanacak hükümler, bu anlaşmaların rakip teşebbüsler arasında yapılıp yapılmadığına göre değişecektir. AB’deki düzenlemeler uyarınca, müteahhit firma tarafından sağlanan bilgi, teknoloji, know-how, patent gibi hakların üretim için gerekli olması halinde, ve anlaşmanın rakip olmayan teşebbüsler arasında yapılması halinde, Fason Üretim Anlaşmaları’na ilişkin, halen yürürlükte olan 1979 tarihli Rehber²⁸⁶ uygulama alanı bulacaktır.

Bu çerçevede, fason üretim anlaşmasına konu üretim, fason imalatçı tarafından kendi teknolojilerini uygulamak suretiyle gerçekleştirilebilecek nitelikte ise, fason imalatçı ile müteahhit firmanın, en azından potansiyel rakip olarak değerlendirilmesi gerekecektir. Bu durumda ise, genel olarak Komisyon tarafından Yatay Anlaşmalara ilişkin Kılavuzundaki prensiplerin uygulanması söz konusu olacaktır.

Bu anlaşmalar kapsamında, sağlanacak olan veriler, teknoloji, malzeme, know-how ve patentlerin değerinin korunması amacıyla taşeron firma faaliyetleri üzerine çeşitli kısıtlamalar getirilebilmektedir. Bu sınırlamalar genel olarak yapılmak istenen anlaşmanın hayata geçirilebilmesi için gerekli olarak kabul edilmektedir. Ancak söz konusu kısıtlamaların kapsam ve süresinin makul olması gerekmektedir.²⁸⁷

Bu çerçevede, fason üretim yapan firma ile müteahhit firma sözleşme konusu ürün grupları açısından rakip değil iseler veya geniş bir ürün grubu içinde sadece bir kaçında ortak faaliyet grupları bulunmakta ise söz konusu anlaşmaların Türk Rekabet Kurumu tarafından rakipler arasında bir yatay anlaşma olarak değerlendirilmediği görülmektedir.²⁸⁸ Fakat bununla birlikte, bu anlaşmalar üretime yönelik olduğundan, 4054 sayılı Kanun’ a dayanılarak çıkarılan grup muafiyetleri ile ilgili ikincil mevzuata kapsamında olmadığı ifade edilmektedir.²⁸⁹

Fason üretici veya bağlı ortaklıkları tarafından, anlaşma süresince, üretime konu ilaçların etken maddesi veya bu etken maddeyi ihtiva eden ilaçların üretilmesi, formüle edilmesi veya satışına kısıtlama getirilmesi yönündeki anlaşma

²⁸⁵ “Fason üretim anlaşmaları, müteahhit firma tarafından kendisine üretim sorumluluğu verilen taşeron firmanın, müteahhit firmanın taahhütleri altında, müteahhit firma için veya onun adına üretim faaliyetlerinde bulunmasını sağlayan anlaşmalardır.” RK 01-43/427-110 no lu kararı.

²⁸⁶ OJ (1979) C 1/2

²⁸⁷ RK 01-25/240-62 no lu kararı.

²⁸⁸ RK 01-43/427-110 no lu kararı.

²⁸⁹ RK 29/05/2001 tarih ve 01-25/240-62 no lu kararı.

hükümlerinin, söz konusu firmaların kendi geliştirecekleri veya üçüncü şahıslardan lisans anlaşmaları çerçevesinde devralacakları veri ve know-howları kullanarak kendi adlarına üretim yapmalarını engelleyeceği, bunun 5. inci madde kapsamında da değerlendirilemeyeceğine karar verilmiştir.

İmalatçı ilaç firmasına sağlanan bilgilerin, imalatçı firma ve bağlı ortaklıkları tarafından anlaşma konusu üretim veya yasal zorunluluklar dışında kullanılmaması ve üçüncü kişilere açıklanmaması, bu kısıtlamanın 10 ila 15 yıl süresince devam etmesine ilişkin hükümler öngörülebilmektedir.²⁹⁰ Ancak söz konusu kısıtlamanın, veri koruması ve diğer koruma sürelerinin sona ermesinden sonraki sürelerle sirayet etmesi, kısıtlama olarak görülebilecektir.

İmalatçı firma tarafından üretim işlemi sırasında bulunan herhangi bir iyileştirmenin, bu iyileştirmeler ancak müteahhit firmanın verileri ve/veya know-how'ı ile birleştirildiği takdirde var olabiliyor ise, bunlar üzerinde müteahhit firmaya münhasır haklar tesis edilebileceği, şayet söz konusu iyileştirmeler, müteahhit firmanın verileri veya know-how'ın'dan bağımsız geliştirilmiş fikri ve sınai mülkiyet teşkil ediyor ise, müteahhit firma lehine münhasır olmayan haklar tesis edilebileceğine ilişkin taahhütlerin verilmesi öngörülebilecektir. Fason üreticinin, müteahhit firmanın know-how'ın'dan bağımsız olan buluşunu ve buna ilişkin verileri kullanmasının engellenmesi ihlal teşkil edebilecektir.²⁹¹

Ancak bu konuda, yeterince içtihat gelişmediğinden, ve her ülkede ilaç piyasasının şartları ve regülasyonlar farklı mahiyet arz ettiğinden, hangi hallerde bu tür sözleşmelerin ihlal teşkil edeceği hangi hallerde muafiyete konu olabileceği her bir olay bazında dikkatli değerlendirmeyi yapmak gerektirecektir.

6.5. Veri Koruması ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması

6.5.1. Hakim Durumun Tespiti

Hakim durumun kötüye kullanılması ile ilgili hükümlerin uygulama alanı açısından, öncelikle ilgili Pazarda Hakim Durumun Varlığı' nın tespiti gerekmektedir.

Bir veya birden fazla teşebbüsün, ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hakim durumun kötüye kullanılması olarak kabul edilmiştir. Kavramla ilgili olarak ilk ikisi

²⁹⁰ 01-43/427-110 no lu Rekabet Kurulu Kararı, 11.07.2000 tarih ve 00-26/289-160 sayılı RK kararı ; Commissiom Notice on Sub-Contracting Agreements OJ (1979) C 1/2.

²⁹¹ 11.07.2000 tarih ve 00-26/289-160 no lu kararı, 01-25/240-62 no ve 29/05/2001 tarihli karar.

Kanun metninde de yer alan üç unsur bulunduğu belirtilmektedir²⁹². Bunlar; sarıh bir tanımlı haiz olmamakla birlikte ekonomik güç, müşterilerden ve rakiplerden bağımsız hareket ederek şartları belirleyebilme ve bu durumun devamlılık arz etmesidir.

Bir firmanın, hakim durumda olup olmadığının tespiti, hakim durumda bulunan firmalara ‘özel yükümlülükler²⁹³, getirilmesi nedeniyle çok önemlidir.

ATAD, Deutsche Gramophon v Metro²⁹⁴ kararında, bir hak üzerinde münhasırlığa sahip olmanın tek başına, hakim durumun varlığına kanaat getirebilmek için yeterli olmadığına karar vermiştir. Fikri ve Sınai Mülkiyet, gerek üretim ve gerekse ticari anlamda belli münhasır haklar bahşetmek ile birlikte, bu aynı zamanda belli bir pazarda monopol olunması sonucunu doğurmamaktadır. Pazar ikame edilebilir olarak tanımlanabilecek tüm ürünler göz önüne alınarak düşünülmelidir.²⁹⁵

Bir patente konu ilaç dahi, tek başına patent sahibini rekabet hukuku anlamında monopol olma sonucuna götürmeyecektir. Zira patentin konusu ilaç ile rekabet edebilecek ilaçlar bulunabilecektir. Bununla birlikte patentin rakiplere karşı belirli bir düzeyde ‘bağımsızlık’ kazandırdığı ve önemli avantajlar sağladığı da bir gerçektir.²⁹⁶ Fakat, yukarıda da ifade edildiği üzere, Veri Koruması veya herhangi başka bir fikri mülkiyet hakkının hakim durum yaratıp yaratmadığının belirlenmesi için, ikame edilebilir ürünlerin varlığı, pazardaki payları ile bu paylar arasındaki göreceli fark, pazar yapısı, (güçlü ecza depoları ile münhasır anlaşmalar gibi) dikey entegrasyon, batık maliyetler, pazarda üstün teknolojilerin varlığı, atıl kapasite, indirim sistemleri, sermayeye erişim, ilk giriş avantajı marka bağımlılığının bulunup bulunmadığı gibi pazara giriş engellerinin göz önüne alınması gerekmektedir.²⁹⁷

Hiç veya az miktarda terapötik alternatifi olan ilaçların ciddi bir pazar payı ve gücüne sahip olmaları olasıdır²⁹⁸. Örneğin daha evvel gerçekte bir ikamesi olmayan bir ilacın sahibi, arzı da kısarak yüksek fiyatlara ürününü satma imkanı bulabilecektir.

²⁹² Yılmaz Aslan, Rekabet Hukuku, Bursa 2001, s.210.

²⁹³ Judgment of the Court of 9 November 1983. NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v Commission of the European Communities.. Case 322/81.

²⁹⁴ Deutsche Gramophon GmbH v Metro S.B-Grossmaerkte GmbH 1971 case 78-80.

²⁹⁵ Cornish, s.38-39

²⁹⁶ Whish, s. 676.

²⁹⁷ Whish R., , sh. 179-187.

²⁹⁸ Commission Commucation on the Single Market in Pharmaceuticals.

Ancak pazar payı potansiyel rekabetin varlığına göre önemini yitirebilecektir. Zira rekabetçi baskılar, sadece talep tarafı ikame edilebilirliğinden değil, sağlayıcı tarafı ikame edilebilirliğinden ve potansiyel rekabetten de kaynaklanmaktadır. Bu ise, pazara girişteki engellerin neler olduğu ve derecesinin değerlendirilmesini gerektirir. Nelerin giriş engeli yarattığı konusu tartışmalı bir konu olmakla birlikte, bu konuda AB' deki yaklaşım, giriş engelleri konusunda geniş bir tanımlama yapılması yönündedir. Sahiplerine hukuki monopol sağlayan fikri mülkiyet haklarının varlığı pazara girişe engel teşkil edebilecektir.

Belirli bir etken maddeyi içeren ürünü tek başına üreten ve bu dönemde yapılan yoğun reklam ve promosyon yatırımları sonucu, ilaçların koruma sonrası dönemde marka bağımlılığı elde etmeleri söz konusu olabilir. İlaç sektöründe marka bağımlılığını oluşturan sektöre özgü yapısal unsurlar; reçeteli ilaçlar konusunda en önemli karar merci olan doktorların, orijinal ilaçların koruma sürecinde uzun süre kullanmış olmanın verdiği güven ve buna bağlı olarak etkilerinin yeni çıkan ilaçlara göre daha iyi bilinmesi nedeniyle daha fazla tercih edilmeleri, yine doktorların fiyata duyarlı olmaları nedeniyle daha düşük fiyatlı jenerik ilaçları tercih etmemeleri ve eczane seviyesinde ucuz ilaç ikame uygulamalarının olması halinde nihai tüketici olan hastaların reçetede yazılı olan ilaçları kullanmak zorunda olmaları veya doktorun yazdığı ilacı tercih etmek istemeleri olarak sıralanabilir.²⁹⁹ Ancak bu durum sosyal sigorta sistemlerindeki geri ödeme sistemleri ve bunların talebe etkisi, talep tarafının yapısı ve her ülkede farklı düzeyde ve kapsamda regülasyonlarının etkisine bağlı olarak değişebilecektir.

Patent ve/veya veri koruması süresince diğer teşebbüslerin yasal olarak orijinal ilacı kopyalama imkanı bulunmadığından; işletme, pazarlama ve Ar-Ge giderlerinin üretim maliyetinin üzerine eklenmesi ve yüksek kar elde edilmesi mümkün olabilmektedir. Bununla birlikte ilaç sektörünün bir diğer özelliği, arz ikamesi ve kopyalama imkânlarının yüksek olmasıdır.

İlaç Sektörü, literatürde, ilk hamle fiyatlama avantajının yaygın olduğu sektörlerden birisi olarak değerlendirilmektedir.³⁰⁰ Ancak korumanın sona ermesi ile birlikte, jenerik ilaç üretilmesinin önünde bir engel kalmadığından, teşebbüslerin sabit maliyetlerini yoğun fiyat rekabetinin yaşandığı bir ortamda karşılayabilmeleri güçleşebilmektedir.³⁰¹

²⁹⁹ Karakoç, 3.1.1.2

³⁰⁰ Karakoç, 3.1.1.2.

³⁰¹ Karakoç, 1.1, İnnovatif ilacın piyasaya sunulmasından sonra aynı terapötik kategoride yer alan terapötik eşdeğer ilaçlar pazara girdiklerinde, ABD ilaç piyasasına

AB’ de ilaç piyasasında hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin ilk karar olan Komisyon’ un AZ Kararı’ nda, hakim durumun tespitine ilişkin olarak, öncelikle ilgili ilaç pazarında yüksek Pazar payı ve pazarda ilk olma avantajı göz önüne alınmıştır. Bir ürün pazarında ilk olan teşebbüs, genel olarak kendisinden sonra pazara giren teşebbüslere göre daha yüksek fiyatlara satış yapma imkanına sahip olabilmektedir. Karara göre, AZ da ilgili pazardaki ilk teşebbüs olarak, daha yüksek fiyatlar ile satış yapmayı ve bu fiyatları korumayı başarmıştır. Yüksek satış fiyatını koruyabilme gücü, teşebbüsün sosyal sigortalar gibi ulusal sağlık örgütlerine karşı pazarlık gücü veya (fiyatı serbestçe belirleme imkanı bulunduğu sürece) sigortalarca karşılanan miktarların üzerinde fiyatlar belirleyebilme gücüne ilişkin delil olarak kabul edilmiştir. Kararda, pazarda alıcı konumundaki kişilerin pazarlık gücünün, Losec gibi gerçek anlamda inovatif bir ürün karşısında, kayda değer biçimde düştüğüne ve söz konusu alıcı kurumların pazara girişi kontrol etme yetkisinin de bulunmadığına değinilmiştir.³⁰² Kararda ayrıca AZ’ye ait Losec gibi terapötik özellikleri itibariyle çok üstün özelliklere sahip ilaçları sunan ilaç şirketlerinin genelde sosyal sağlık kurumlarından, eski jenerasyon ve daha az etkili ilaçlara göre daha yüksek düzeyde ödeme aldıkları hususu üzerinde de durulmuştur. Losec’ in 1990’ların sonuna doğru o güne kadar dünyanın en çok satan reçeteli ilaç olduğu, mide ülseri ve diğer asit-ilintili hastalıkların tedavisinde, devrim yaratmış olduğu ifade edilmiştir.³⁰³

Hükümetler, sağlık ve sosyal güvenlik sistemleri vasıtası ile vatandaşlarının ilaç ihtiyacını ve ilaç bedellerini sosyal güvenlik kurumları ve geri ödeme sistemleri yoluyla karşılamaktadır. Kamusal otoriteler alıcı kanadında önemli bir yere sahip olup, hangi ilaçların sosyal sigorta kuruluşları tarafından ne kadar oranda tazmin edileceğine karar vermektedirler. Kamusal otoriteler, ilaç firmalarının uygulayabilecekleri ücretleri onadıklarından aynı zamanda sağlayıcı kanadında önemli bir rol oynamaktadırlar.

Türkiye’ de, alıcı kanadında ecza depoları ve ihale açarak veya pazarlık usulüyle toplu miktarda alım yapan devlet-üniversite hastaneleri, SSK, Bağ- Kur ve Emekli Sandığı (ES) bulunmakta olup, alıcı tarafında bu kurumlar en büyük paya sahiptir. *Bu seviyedeki rekabetin iki ana aracı bulunmaktadır. Bunlar*

ilişkin yapılan bir çalışmada 13 terapötik kategoride, inovatif pazara girmesinden 1-6 yıl sonra farklı etken madde içeren terapötik eşdeğer ilaçların pazara girdiği tespit edilmiştir. Bu nedenle henüz jenerik ilaçların bulunmadığı, diğer bir ifade ile patent korumasının devam ettiği terapötik kategorilerdeki pazar yapısı ürün farklılaştırmasının olduğu oligopol piyasa yapısı olduğu ifade edilmiştir. Karakoç 3.1.1.1.

³⁰² Competition Policy Newsletter, s.54-56.

³⁰³ <http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/03/1136&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>.

eczacı depolarına sunulan satış koşulları ve doktorlara yönelik yapılan tanıtım etkinlikleridir. Yukarıda açıklandığı üzere satışlarda büyük ölçüde belirleyici olan reçete, doktorlara yönelik tanıtım etkinliklerinin önemini artırmaktadır. Tanıtımın etkisiyle ilacının reçetede yer almasını sağlayan üretici bu şekilde doğrudan eczane satışına ulaşmaktadır. Satış koşulları ise ecza deposu aşamasından geçerek eczaneye ulaşmakta ve diğer unsur kadar etkili olamamaktadır. Ancak pazarın önemli bir kısmını oluşturan devlet ve üniversite hastaneleri ile SSK alımlarında, satış koşulları öne çıkmaktadır. İlacın toptan dağıtımının yapıldığı seviyede özel ecza depoları ve eczacı kooperatifleri yer almaktadır. Eczacı kooperatifleri eczane sahibi eczacıların ortak olduğu ve yalnızca bunlara satış yapan kuruluşlardır. Bu seviyede hızlı bir yoğunlaşma süreci yaşanmaktadır. Şöyle ki, 4-5 yıl öncesine kadar yüzlerce işletmenin faaliyet gösterdiği bu alanda, bölgesel depoların ve bazı eczacı kooperatiflerinin iflas etmesiyle iki özel ecza deposunun toplam %70 pazar payıyla öne çıktığı görülmektedir.³⁰⁴

Rekabet Kurulu, ilaç piyasasında bir birleşme/devralma işlemini incelediği 08/05/2001 tarihli 01-22/196-52 no lu kararında, pazarda yıllar itibariyle Pazar paylarında sürekli bir değişimin bulunduğunu ve lider firmaların pozisyonlarının değiştiğini, dolayısıyla Pazar paylarının süreklilik arz etmediği hususlarını da göz önüne alarak, ilgili pazarda hakim durum yaratılmayacağına karar vermiştir³⁰⁵. Yine ilaç piyasasına ilişkin başka bir kararında, İlgili ürün pazarında, yeni buluşlar ve patent hakları ile değişebilecek dinamik bir yapının bulunması ve faaliyet gösteren bir çok teşebbüsün varlığı nedeni ile Pazar liderliğinin hakim durum veya büyük bir Pazar gücü yaratmadığına karar vermiştir³⁰⁶.

İnnovasyonun yüksek olduğu pazarlarda, bu çabaların ortaya çıkardığı yeni ürünler nedeniyle bir firmanın pazar gücünün uzun sürmeyeceği iddia edilirken, aksi görüşler, yeni ekonomilerde tekelleşmenin kaçınılmaz olduğunu iddia etmektedir.³⁰⁷ Bu gibi durumlarda, teşebbüslerin pazar gücünün belirlenmesi

³⁰⁴ Rekabet Kurumu, 2. Yıllık Rapor 2000., 16,

³⁰⁵ Demiröz. A., Yeni Ekonomide Rekabet Kuralları, Ankara 2003, .Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri, 4.2.

³⁰⁶ Rekabet Kurulu, Cisco Systems'in IBM'in bazı veri ağı ürünlerine ilişkin fikri mülkiyet haklarını devralması ile ilgili kararında, pazarda gelecekte ortaya çıkacak muhtemel gelişmeleri dikkate alarak, Cisco'nun devir sonrasında ilgili pazarda payının % 70,5 olmasını, sektörde önemli giriş engellerinin olmaması ve bu sektörün sürekli büyümesinin yeni girişleri teşvik ettiği gerekçesi ile hakim durumun göstergesi olarak ele alınmamıştır.

³⁰⁷ Demiröz A., 2.2.2

ve tekel rantı elde edip etmediğinin tespiti için daha derin analizler yapılması gerekebilecektir.

Bir teşebbüsün hakim ya da tekel konumuna karar verilirken pazar payları ve giriş engelleri dinamik bir bakış açısıyla ve birlikte değerlendirilmelidir. Ayrıca bu gücün korunması ya da başka pazarları ele geçirme amacıyla kötüye kullanılmasının önüne geçilmesi açısından önce pazarın doğru tanımlanması, daha sonraki aşamada da pazar gücüne karar verilmesi rekabet uygulamasının can alıcı adımlarından birisidir. Zira, pazar gücünün yanlış tespiti nedeniyle yapılan anti-tröst müdahalesinin pazardaki rekabete, müdahaleye uğrayan firmaya ve sosyal refaha zarar vereceği ortadadır. Hızlı inovasyon ve agresif bir rekabetin söz konusu olduğu yüksek teknolojiler içeren pazarlarda, bu davranışların doğru değerlendirilmesi, hem rekabetin korunması hem de inovasyonun sürmesi açısından hayati önem taşımaktadır³⁰⁸.

6.5.2. Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Teşkil Edebilecek Haller

Fikri Mülkiyet Haklarının Kullanılmasına ilişkin olarak, ATAD, bu hakların normal bir şekilde kullanılmasının hakim durumun kötüye kullanılması şeklinde değerlendirmeye tabi tutulmayacağına, bu durumun ancak 'istisnai' durumlarda söz konusu olabileceğine hükmetmiştir.³⁰⁹

A.B.D' de, Fikri Mülkiyet Klavuzu uyarınca, diğer özel mülkiyete konu haklar gibi, fikri mülkiyet haklarına ilişkin bir takım hareketler de rekabete aykırı etkiler yaratabilecektir. Bu nedenle, fikri mülkiyetin, rekabet hukuklarının kapsamının ne dışında ne de özellikle içindedir³¹⁰ şeklinde bir yaklaşım sergilendiği görülmektedir.

Yukarıda da izah edildiği üzere, araştırmacı firmalar, inovatif ilaçlar geliştirmek için yaptıkları yatırıma karşılık patent ve veri imtiyazı ile korunmaktadır. Söz konusu koruma bu firmalara yatırımlarını tazmin edebilmek için, koruma süresi boyunca yüksek karlı fiyatlar ile satış yapma imkanı verebilmektedir. Patent ve veri imtiyazı sürelerinin sonuna doğru, jenerik ürün üreticileri orijinal ilaç ile terapötik olarak eşdeğer olan, aynı aktif madde veya molekülleri içeren ilaç versiyonları geliştirmekte, diğer araştırmacı firmalar da, gerek jenerik ürünleri gerekse diğer araştırmacı ilaç firmalarına karşı rekabet edebilmek için söz konusu ilacın daha üst bir versiyonunu geliştirme çabasına

³⁰⁸ Demiröz A., 2.2.2

³⁰⁹ Anderman, Steve, Copyright, Compulsory Licensing and EC Competition Policy, Yearbook of Media and Entertainment Law (Clarendon Press, Oxford, 1995), sf 215

³¹⁰ Gilbert R., Tom. W.K., s.30.

girmekte, ve patent ve/veya veri korumasının kendilerine verdiği münhasırlığı mümkün olduğunca koruma çabalarını devam ettirmektedirler.

Veri ve/veya patent sahibinin kendisine sınırlı bir süre ile sağlanan tekel hakkının ekonomik anlamda tekel şartlarını da gerçekleştirdiği durumlarda, koruma sürelerinin uzatılmasına yönelik agresif koruma ve dava politikaları, jenerik ilacın kısaltılmış başvurusunda atıf yapacağı ilaç ruhsatının ve ilacın piyasadan geri çekilmesi gibi hallerin, hakim durumun kötüye kullanılması teşkil edip etmeyeceği konusu orijinal ilaç üreticileri ve jenerik üreticiler arasındaki rekabete ilişkin en çok tartışılan konular arasındadır.

6.6. Veri İmtiyazı Süresinin Uzatılması, Agresif Koruma Politikaları

Patent ve/veya veri koruması konusu ilacın, koruma süresi içerisinde, bir başka kimse tarafından Yetkili Makama jenerik ilaç başvurusu yapmasının engellenmesi, patent ve veri hakkı korumasının haklı kıldığı bir sınırlama olarak kabul edilmektedir.³¹¹ Bununla birlikte, özellikle, Buluşçu firmanın ilgili pazarda önemli bir Pazar payına sahip olduğu durumlarda, patent ve/veya veri koruması süresini uzatmaya yönelik stratejilerin, hakim durumun kötüye kullanılmasını düzenleyen maddeler çerçevesinde değerlendirilmesi konusu gündeme gelmektedir.

Özellikle Yüksek teknoloji gerektiren ürün ve sektörlerin söz konusu olduğu hallerde, yukarıda bahsedilen nedenlerden dolayı, (innovasyondaki hız, fiyat regülasyonları gibi) fikri mülkiyetin önemi vurgulanmakta ve firmaların rekabet güçlerini kaybetmemeleri için özellikle innovasyon alanında agresif rekabet politikalarının gerektiği iddia edilmektedir.

Araştırmacı ilaç şirketlerinin buluşlarını, jenerik ilaç üreticilerinin rekabetine karşı koruma yöntemlerinden bir tanesi de orijinal ürünün geliştirilmesi ve söz konusu gelişime dayalı olarak, ek koruma elde edilmesidir. Çeşitli ülkelerdeki regülasyonlar, bir ilaca yönelik yeni bir endikasyon, dozaj, veya dozaj formu gibi yeniliklerin yapılması halinde, ek patent ve/veya veri koruması sağlayabilmektedirler. Ürün üzerinde yapılan bu geliştirme, yeni bir patente konu olacak derecede bir yenilik teşkil etmese dahi, ruhsat almak için sunulması gereken **araştırma verileri üzerindeki** münhasır hakların uzatılmasına izin verebilecek nitelikte olabilir. Bu şekilde geliştirilen ürün eskisine göre esaslı bir değişiklik arz ediyorsa, ek bir veri koruma süresi söz konusu olabilecektir. Araştırmacı şirketler tarafından bu ilave koruma hakkından faydalanmak üzere,

³¹¹ Case C-316/95 Jeneriks BV v. Smith Kline & French Laboratories, [1997] ECR I-3929, [1998] 1 CMLR 1 (Jeneriks II).

sürekli patent başvurusunda bulunması ve/veya yapılan ruhsat başvuruları nedeniyle veri koruması ileri sürülmesine yönelik stratejilerin, jenerik firmalar tarafından piyasaya girişi zorlaştırdığı ve bu suretle rekabetin engellediği iddia edilmektedir. Bu görüşlere göre, esaslı sayılabilecek bir gelişimden bahsedilemeyeceği hallerde dahi, bazı araştırmacı ilaç şirketleri regülasyonlar ve koruma sistemlerinin verdiği hakları suistimal etmek suretiyle, ek koruma süreleri sağlamak ve kanunen amaçlanan koruma süresini aslında uzatarak jenerik ilaç üreticilerini rekabetçi bir ürün geliştirmekten alıkoymaktadırlar³¹². Bu şekilde agresif koruma politikası güdülmeye, ikinci jenerasyon ilaçların piyasaya girmesinin ve dolayısıyla takip eden yeniliklerin (*follow on innovation*) yavaşlamasına neden olabilecektir.

Agresif koruma politikasına ilişkin olarak, Avrupa Komisyonu, Tetra Pak II Kararı³¹³, nda, bu yönde bir politikanın ancak istisnai hallerde problem teşkil edebileceğine yönelik bulgular mevcuttur. Söz konusu kararda Komisyon, Tetra Pak'ın en küçük değişikliği bile patent korumasına konu ederek, koruma süresini uzatma etkisi yarattığı, kanunen verilmiş bir hak dahi olsa, böyle bir durumun rekabetin kısıtlanması etkisi yarattığı durumlarda, hakim durumun kötüye kullanılmasının söz konusu olabileceğine ilişkin sinyaller vermiştir. Özellikle bu tür politikaların, hakim durumda bir teşebbüsün müşterilerine kelepçeleme gibi dayatmalar ile birleştirilmesi gibi, rekabetin kısıtlanması sonucu doğuracak hareketlere yol açması durumlarında, 82. maddenin ihlalinin söz konusu olabileceği ifade edilmiştir. Bu stratejileri, tek başına cezalandırmanın söz konusu olmayacağı ve fakat bununla birlikte, Komisyonun, bu tür stratejilerin yukarıda bahsi geçen türden hareketlere neden olmaması konusunda, dikkatli olması gerektiği belirtilmiştir. Kararı onayan CFI³¹⁴, Tetra Pak'ın güttüğü agresif patent koruma politikasının, ihlallerin ağırlaştırmasına katkıda bulunduğu yolunda görüş oluşturmuştur³¹⁵. Karara konu teşebbüs, ilgili pazarda % 90'ın üzerinde bir Pazar payı ile monopol bir güce sahip olup, bir dizi rekabet ihlali içeren davranışta bulunmuştur. Dolayısıyla söz konusu kararda, teşebbüsün söz konusu politikasının

³¹² National Institute for Health Care Management. Changing patterns of pharmaceutical innovation. Washington (DC): NIHCM Foundation; 2002. <http://www.nihcm.org>.

³¹³ OJ 1992 L72/1 prg 242.

³¹⁴ Tetra Pak International S.A v European Commission 1994 ECR II-755 prg 242.

³¹⁵ Tüm ihlallerin, kendi içinde hukuka uygun olmakla birlikte, agresif patent politikaları ile, Birlik içinde pazarın bölünmesine, aseptik sektöründeki hakim durumunu korumasına ve non-aseptik pazarlarda ise lider pozisyonunu daha da güçlendirmeye yönelik uzun vadeli stratejiye katkıda bulunduğu ifade edilmiştir.

olayın kendisine has özellikleri içerisine oturtulması ve bu çerçevesinde değerlendirilmesi hususunda dikkatli davranılmış olduğunu söylemek gerekir.³¹⁶

Koruma sürelerinin uzatılmasına ilişkin olarak, Komisyon' un, fazla müdahaleci bir yaklaşım sergilemekle ve 82. maddenin kapsamını çok genişletmek ile eleştirildiği, 15 Haziran 2005 tarihli AZ³¹⁷ Kararı' nda, ilgili teşebbüs' ün idari süreçler ve kendisine verilen veri koruması haklarını kötüye kullanılmış olduğu kanaatine varılarak, bunun hakim durumun kötüye kullanılması teşkil ettiğine karar verilmiş ve soruşturma 60 milyon Euro para cezası ile sonuçlanmıştır.

Karara konu olayda hakim durumdaki teşebbüslerin, “**özel sorumlulukları**”nın, idari prosedür ve regülasyonların kendilerine verdiği hakları kullanırken da geçerli olduğunu, her türlü haklarını rakiplerin pazara girişi açısından makul bir şekilde kullanmaları gerektiğini, hakim durumdaki teşebbüsün piyasadaki rekabeti engelleme iradesinin açık olduğu hallerde, ve özellikle ilgili prosedürleri uygulayan idari makamların takdir yetkisi bulunmayan durumlarda, söz konusu idari prosedürlerin işletilmesinin hakim durumun kötüye kullanımı şeklinde değerlendirilebileceği³¹⁸ yönünde karar verilmiştir.

Komisyon kararında, iki tür kötüye kullanım tespit etmiştir.

- (1) Ek patent koruma süresi için yapılan başvurularda, ek koruma verilmesinde belirleyici olacak tarihe ilişkin olarak, ulusal patent makamlarına yanıtıcı bilgi vermek suretiyle, haksız ek koruma elde etmek ve böylece ilgili pazarda jenerik ilaçların pazara girmesini geciktirmiş olmak.
- (2) Losec adlı ilacın tablet formuna ilişkin ruhsat alınması ile birlikte, AZ tarafından eski kapsül formuna (orijinal formülasyon) ilişkin ruhsatın bazı ülkelerde geri çekilmesi yoluyla, jenerik ilaçların ve paralel ithalatçıların pazara girişinin engellenmesi. (zira kapsül formuna ilişkin ruhsatın geri çekilmesi, AB' nin o dönemde mer'i kısaltılmış başvurulara ilişkin regülasyonları uyarınca, jenerik ilaç üreticilerinin kapsül formuna ilişkin ruhsat dosyasındaki bilgilere dayanarak

³¹⁶ Hull. D, and Roldan R.S, Generics and EC Competition Law, Life Sciences 2003, Global Counsel Handbooks, www.practicallaw.com/lifesciences, 78

³¹⁷ 15.06.2005, Comp 37507.

³¹⁸ Fagerlund and Rasmussen, Astra Zeneca: the first abuse case in the pharmaceutical sector, Competition Policy Newsletter, 2005, November, Autumn, 54-56

yapacakları başvurularının ruhsat veren makamlar tarafından değerlendirilememesi sonucunu doğuracaktır.)

Karara göre, AZ, AB' de SPC regülasyonu adı verilen, amacı ilaç şirketlerini temel patentin koruma süresinin başlangıcı ile patente konu ürün için ruhsat alınması arasında geçebilecek uzun süre için tazmin etmek olan regülasyonun kendisine verdiği hakları kötüye kullanmış, ikinci ihlale konu olayda ise, ilgili teşebbüsün, jenerik üreticilerin kısaltılmış başvuru prosedüründen yararlanabilmesi için, orijinal ürünün halen ilgili ülke pazarında satışının yapıyor olmasına ilişkin kurallardan faydalanmak suretiyle, jenerik üretici ve belli bir ülkede ruhsatı artık bulunmayan ilacın paralel ithalatçılarının, o ülkeye girişini engellemeye yönelik amaç gütmüştür.

AZ, SPC Regülasyonu' nun ek patent koruması verilmesine ilişkin verdiği olanaktan yararlanmak üzere, 1993 ve 1994 yıllarında, ilgili ülke patent bürolarına başvurularında bulunmuştur. Ek patent koruması sağlayan söz konusu regülasyondan, ancak AB' de belli bir tarihten sonra ruhsat almış ilaçlar faydalanabilecektir. Losec adlı ilaç ise, SPC regülasyonu çıkarıldığında halihazırda ruhsatlandırılmış bulunmakta, ve SPC uyarınca ek korumaya tabi olması için, "ilk ruhsatlandırma" tarihinin belli bir tarihten sonra vuku bulmuş olması gerekmektedir.

İhtilaf, söz konusu başvurunun yapılmasında, korumaya hak kazanabilmek için ilgili otoritelere verilen, ilacın "ilk ruhsatlandırma tarihine" ilişkin bilginin, AZ tarafından bilinçli olarak yanıltıcı şekilde verildiği iddiasından kaynaklanmaktadır. Ancak, söz konusu başvurunun yapıldığı tarihte, AB' de "*first authorization*" yani ilk ruhsatlandırma tarihi ile ilgili olarak hangi sürecin esas alınacağı konusunda, regülasyondan kaynaklanan belirsizlik söz konusu olup, bu konuda çeşitli ülkelerin patent ofisleri arasında yeknesak bir anlayış bulunmamaktadır. Bazı ülkeler, bu tarihi "AB' de ilk ruhsat verilen tarih" olarak yorumlar iken, diğer bazıları ise daha geç bir tarih olan ve "ilaca ilişkin fiyatın" veya "ilaç şirketine geri ödeme miktarlarının" belirlendiği (ilacın pazara çıkması için ayrı ayrı koşullar teşkil eden) süreçlerin de tamamlanması olarak yorumlamakta idiler.³¹⁹

Komisyonca göre, AZ, olabilecek en geç tarihi ilacının ilk ruhsatlandırma tarihi olarak bildirmiş ve bu beyan sonucu haksız biçimde uzatılan koruma süresi sonucu, AZ' nin rakipleri tarafından uzun ve maliyetli davalar açılması gerekmiş, diğer bazı ülkelerde ise AZ uzatılan süreye dayanarak, patent ihlali davaları

³¹⁹ Nitekim konu daha sonra ATAD' a götürülmüş ve söz konusu tarih ile ilgili olarak, "ilk ruhsatlandırma" tarihin esas alınacağına karar verilmiştir.

açmıştır. Bunun yanı sıra, AZ' nin bu davranışı, pazarda belirsizlik, gecikme ve jenerik firmaların pazara girişleri ilgili hazırlıklarına engel teşkil etmiştir.³²⁰

Soruşturma esnasında, Komisyon' un rekabetten sorumlu başkanı Mario Monti; "bu soruşturmanın rekabetçi bir araştırmacı ilaç endüstrisine sahip olmak için gerekli ve vazgeçilmez olan patent haklarının kullanılması ile ilgili olmadığını, hem sağlık sistemleri hem de hastaların tasarruf etmesini sağlayan ucuz ilaçların pazara girmesini engelleyici veya geciktirici etki yaratacak biçimde, idari süreçlerin ve sistemlerin suistimal edilmesi şüphesinden kaynaklandığını" ifade etmiştir.

Ancak aşağıda yer verilecek olan eleştirilerden, özellikle ruhsatın geri çekilmesine ilişkin olanlar olmak üzere, kararın yukarıdaki açıklama ile çelişir sonuçlar ortaya çıkardığı öne sürülmüştür. Bu eleştirilere göre, birinci ihlale ilişkin tespit, yani bir hakkın elde edilmesine ilişkin süreçteki hareketlerin hakim durumun kötüye kullanılması teşkil edebileceği³²¹ sonucuna götürmektedir. Karar, mevzuatta bulunan bir belirsizliğin faturasının ilgili teşebbüse çıkartılmış olduğu³²², hatalı bir patent başvurusu var ise bunun iptali için, ülkesel ve alternatif yollara başvurulabileceği, komisyonun böyle bir durumda müdahale etmemesi gerektiği, regülasyonlardan doğan belirsizliklerin yine regülasyonlar ile düzeltilmesi gerektiği yönlerinden eleştirilmiştir.³²³

Hali hazırda pazara sürülmüş bir ürünün geliştirilmiş veya farklı bir versiyonu ortaya çıkarıldığında, söz konusu gelişmeyi sağlayan araştırmacı şirket, ürünün eski versiyonunu geri çekip, ilgili ilaca ilişkin ruhsatın iptalini talep edebilir. Bu halde eski sürüm ürüne ve/veya ruhsatına dayanarak ruhsat almak isteyen jenerik ürün üreticisinin ruhsat alması güçleşebilir.

AZ' nin orijinal formülasyona ilişkin ruhsatını geri çektiği dönemde, AB' de olduğu üzere, jenerik bir ilaç için kısaltılmış yoldan ruhsat almak ve orijinal ürüne ilişkin başvurudaki verilerden yararlanabilmek için, orijinal ürün ilgili coğrafi pazarda satışa sunulduğu ve/veya ruhsatı geçerli olduğu müddetçe, mümkün

³²⁰ Faberland and Rasmussen, s. 55,56.

³²¹ Fagerlund ve Rasmussen, Manley and Wray s.270.

³²² Lawrence. S and Treacy P., Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2005, vol 1, no 1, prg. 7-9.

³²³ Komisyon tarafından, idari prosedürlerinin suistimalinin A.B.D' de de rekabet ihlali kararlarına konu olduğu ifade edilmiş olmakla birlikte, ABD' deki sistemin, pazarın ve idari regülasyonların farklı olduğu yönünde eleştiriler de söz konusudur <http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/03/1136&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>; Manley and Wray, 271

olabilmektedir.³²⁴ Ruhsatın ve/veya ürünün geri çekilmesi, kısaltılmış başvuru yolunu kullanamayacak olan jenerik üreticisinin, söz konusu ilacın ruhsatını alabilmesi çok daha fazla zaman ve maliyet harcaması anlamına gelecektir.

AZ'ye ilişkin karara konu bu ikinci ihlalde, AZ'nin ruhsat sahibi olduğu Losec'in tablet formuna ilişkin patent koruması, kapsül formuna ilişkin patent korumasının bitiminden bir süre sonra sona erecektir. Kararın, Losec kapsüllerinin pazardan çekilmesi ve/veya bunların tablet formunda piyasaya sürülmesinden ziyade, söz konusu ruhsat iptalinin, seçilmiş pazarlarda yapılmış olmasının, kötüye kullanma teşkil ettiği şeklinde yorumlanması gerektiği, zira bu pazarların AB pazarına girecek jenerik ürünler için referans Pazar teşkil edeceği, buralardaki ruhsatın geri çekilmesi suretiyle, patent ve Veri Koruması sürelerine ilişkin kanun koyucu tarafından uygun görülen koruma sürelerinin *de facto* uzatılmasının hakim durumun kötüye kullanılması teşkil edeceğine karar verildiği ifade edilmiştir.³²⁵

AZ' nin kararı temyiz etmiş ve madde 82' nin teşebbüslere, sırf jenerik ve paralel ithalatçılar için pazara girişin daha kolay olmasını teminen, teşebbüsün ihtiyacı kalmamış bir ruhsatı canlı tutma yükümlülüğü vermediğini savunmuştur.

AZ kararından çıkan sonucun, hakim durumda bir şirketin halihazırdaki alıcılarına sağlayıcılık durumunu devam ettirmesi yükümlülüğü vermek ile kalmayıp, aynı zamanda pazara girecek olanlara da sağlayıcılık yapma yükümlülüğü verme sonucunu yarattığı, oysa AB içtihatları incelendiğinde, bugüne kadar pazara girecek olanlara "sağlama yükümlülüğü" nün, sadece "zorunlu unsurlar" gibi çok istisnai hallerde verildiği yönünde eleştiriler öne sürülmüştür.

Ruhsatın iptalinin, ihlal teşkil ettiğine hükmetmek ile zorunlu lisans etkisi yaratıldığı, oysa ki, AB' de lisansın reddi'nin sadece "istisnai durumlarda" ³²⁶ fikri mülkiyet sahibinin, ilgili hammaddeye ilişkin tek sağlayıcı olması ve diğer taraf için bu maddeye erişimin zaruri olması şartlarının yerine gelmesi halinde söz konusu olacağı ifade edilmektedir.

³²⁴ Bu durum, AB' de 2004/27 sayılı Yönerge ile değiştirilmiş bulunmaktadır. Söz konusu değişikliğe göre, artık kısaltılmış başvuru ile orijinal ürün sahibinin verilerinden faydalanabilmek için, başvurunun yapıldığı ilgili ülkede orijinal ilacın ruhsatının bulunması gerekmektedir. Avrupa Birliği ülkelerinden herhangi birisinde orijinal ürüne ilişkin bir ruhsat başvurusu var ise, başka bir AB ülkesinde bu verilere dayanılarak jenerik başvuru yapılabilecektir.

³²⁵ Fagerlund and Rasmussen, s.

³²⁶ RTE and ITP v European Commission (Magill), 1995 ECR 743 at para 50

³²⁷ . IMS Health kararında, ATAD, lisans alma talebinin reddine ilişkin olarak, bunun ancak istisnai hallerde hakim durumun kötüye kullanılması anlamına geleceğine, ancak lisans talep edenin yeni bir ürün çıkarmayı teklif etmesinin söz konusu olması gerektiğine işaret edilmiştir.

Oysa ki belli bir ilaç için daha evvel ruhsat verilmiş olmasının, diğer bir ürünün piyasaya girmesi için zaruri olarak görülmesi mümkün değildir. Zira iptal edilen ruhsatlandırmaya ilişkin verilerden faydalanamama, diğer firmaları aynı endikasyon için rakip bir ilaç geliştirmekten ve kendi verilerini toplamaktan alıkoymamaktadır.³²⁸ Ayrıca jenerik ürünün, orijinal ürün karşısında yeni bir ürün olduğu da söylenemeyecektir.

ATAD'ın Commercial Solvents³²⁹ kararına göre, hakim durumda bir teşebbüsün ürününün piyasadan çekilmesi pazardaki bir rakibi ortadan kaldıracak ise, hakim durumdaki teşebbüs söz konusu ürünü pazardan çekme konusunda sorun yaşayabilecektir.³³⁰ Fakat Commercial Solvents kararındaki dikey ilişki ve alıcıların üretim yapabilmeleri için, hakim durumdaki firmaya bağımlı olmaları durumunun, jenerik ve orijinal üreticiler arasında mevcut olduğu söylenemez. Jenerik üreticinin pazara girişi tamamen engellenmiş olmadığından, jenerik üreticinin “zarurilik” iddiasına dayanması ve araştırmacı firmayı ürünü pazarda tutmaya zorlaması, bu karardaki prensipler çerçevesinde zor görünmektedir.

Volvo v Veng³³¹ kararına göre ise, hakim durumda bir şirketin pazarda talep olan bir ürünü pazardan çekmesi, hakim durumu kötüye kullanılması teşkil edebilecektir. Söz konusu kararda, ATAD Volvo'nun bağımsız garajlara yedek parça vermeyi gelişigüzel red etmesinin veya halen kullanılan modeller için parça üretmeyi durdurmasının, hakim durumun kötüye kullanılması teşkil edebileceği yönünde karar vermiştir. Söz konusu prensip ilaç pazarına uyarlandığında, eğer piyasaya sürülen yeni ilaç, piyasadan çekilen eski ilacın uygun bir ikamesi ise, eski

³²⁷ IMS Health kararında, ATAD, lisans alma talebinin reddine ilişkin olarak, bunun ancak istisnai hallerde hakim durumun kötüye kullanılması anlamına geleceğine, ancak lisans talep edenin yeni bir ürün çıkarmayı teklif etmesinin söz konusu olması gerektiğine işaret edilmiştir.

³²⁸ Lawrence S. and Treacy P., The Commission' s Astra Zeneca Decision: delaying generic entry is an abuse of a dominant position, Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2005 vol 1, no 1

³²⁹ ICI & Commercial Solvents corp v European Commission 1974, ECR 223

³³⁰ Kararda, hakim durumdaki sağlayıcının, girdi sağladığı nihai ürün pazarına, kendisinin de girmek istemesi nedeniyle, müşterilerine girdi sağlamayı kesmesinin ve bu girdiyi sadece kendi üretimine yönelik olarak kullanmasının, hakim durumun kötüye kullanılması teşkil edeceğine karar verilmiştir.

³³¹ AB volvo v. Erik Beng (UK) ltd. 1988 ECR 6211

versiyon ilacın pazardan çekilmesi, bu karar çerçevesinde kötüye kullanma olarak değerlendirilemeyecektir.

Komisyunun, söz konusu kararı, AKZO Chemie BV v Komisyon³³², kararında da, hakim durumdaki teşebbüslerin rakiplerini pazardaki dışlayıcı hareketlerde bulunamayacakları yönündeki genel prensip ile açıklanabilir ise de, bu durumun ticari serbesti ve bu çerçevede objektif ticari meşruiyet kavramları ile ne kadar bağdaştığı düşünülme gerekir.

Kararın sonucunda, bu durum jenerik bir üreticinin pazara girmesini daha güç veya daha masraflı hale getiriyor ise, bir ruhsat sahibinin, ruhsatını geri çekmek gibi ticari bir karar veremeyeceği anlamına geldiği, bu durumun ise ticari özgürlük ile bağdaşmadığı, teşebbüsün işletme kararına fazlaca bir müdahale teşkil ettiği ve ATAD' ın Bayer /Adalat³³³ kararında, bir teşebbüsün ticari politikasını belirleme konusundaki ticari serbestisinin açıkça ortaya konduğu ifade edilmiştir.³³⁴ Bayer³³⁵ kararında, jenerik ilaçlar gibi yeni konular ile ilgili çıkan soru ve sorunlara ilişkin kuralların, rekabet kurallarından ziyade hukuki düzenlemeler ile giderilmesinin uygun olacağı, ve Komisyonun rekabet kurallarının kapsamını genişletirken dikkatli olması gerektiği ifade edilmiştir.

AB' de daha sonra getirilen bir düzenleme ile, üç sene arka arkaya piyasaya sürülmemiş olan bir ilacın ruhsatının iptal edileceğine ilişkin düzenlemeler karşısında, AZ' nin zaten bu ruhsatları kaybedebileceği ihtimalinin de bulunduğu bahisle de karar eleştirilmiştir.³³⁶ Ancak AZ ürünü piyasadan belli ülkelerde çekmiştir. Bu da ürünü piyasadan çekme sebeplerini ne olduğu, ürünün geri çekildiği ve çekilmediği ülkelerdeki şartları ve bu stratejinin altındaki nedenleri daha iyi anlamayı gerektirmektedir.³³⁷ AZ, kararın temyizinde ayrımcı bir şekilde bu piyasalardan ilacı ve ruhsatı çekmek gibi bir stratejinin bulunmadığını iddia etmiştir.

³³² 1991 ECR 1-3359 Prg.70

³³³ Prg. 176-180

³³⁴ Prg.268

³³⁵ T-41 /96, Bayer v European Commission case T-41/96, judgment 26 October 2000 para 179

³³⁶ Manley. I and Wray A., 268

³³⁷ Paralel ithalatın önlenmesi yönündeki hükme ilişkin olarak, ATAD kararları uyarınca, bir ülkede bir ilaca ilişkin ruhsatın iptal edilmesinin o ülkede aynı ilaca ilişkin ithalat ruhsatının da iptali anlamına gelmeyeceğine hükmedilmiş olduğu, bu açıdan Komisyon kararının mesnetsiz olduğu ve temyiz aşamasında bu yönden bozulması gerektiği de ifade edilmiştir. Dipnot 228.

İlaç şirketleri ürünlerini ve bunlara ilişkin ruhsatları daha gelişmiş bir versiyon üretmeleri, veya ürüne ilişkin farmasötik bazı sorunların çıkması veya ürünün satışına devam edilmesinin maliyet açısından verimini kaybetmiş olması gibi bir çok nedenle geri çekebilirler. Yani eski versiyona ilişkin söz konusu ruhsatı canlı tutmak gibi hukuki bir yükümlülükleri bulunmamaktadır. Ayrıca, buluşçu ilaç şirketi, yeni ürünün üretim ve pazarlamasına yoğunlaşmanın ticari açıdan meşruiyetini ortaya koyabilir. Ruhsat yenileme masraflarından kurtulma da, eski versiyon ilacı piyasadan çekme için, objektif ticari bir neden teşkil edebilecektir.

AZ Kararında Komisyon, söz konusu davranışların, kamu sağlığı gibi, objektif meşruiyet sağlayacak bir yönünü görmemiştir. Komisyon, söz konusu tarihlere ilişkin yanlışlıkların patent vekillerinin hatası veya vekâletsiz iş görmeleri gibi nedenler ile de savunulamayacağına karar vermiştir. Tüm bu tartışmaların CIF tarafından yanıtlanması beklenmektedir.³³⁸

Buna mukabil, Kanada Rekabet Kurumu, 2004 yılında, süre uzatım politikaları nedeniyle şikaye uğrayan bir şirketin hakim durumu kötüye kullandığı iddiasını red etmiş ve idari düzenlemelerin orijinal ilaç üreticileri ile jenerik üreticiler arasındaki dengeleri sağlamak için tasarlandığını ve bu dengenin kanuni düzenleme ile sağlanması gerektiğini dolayısıyla burada rekabet otoritesinin ek bir müdahalesine gerek olmadığına karar vermiştir.³³⁹

6.7. Aktif Dava Stratejisi

ITT³⁴⁰ kararında, Komisyon, rakiplere karşı dava açmanın hakim durumun kötüye kullanımı teşkil etmesine ilişkin kriterleri, davaya dayanak iddiaların “açıkça dayanaksız” (*manifestly unfounded*) ve rekabeti ortadan kaldırma amacı ile getirilmiş olması şeklinde belirlemiştir. Söz konusu karara göre, rakiplere karşı, sahip olunan hakların makul bir şekilde ileri sürülmesi olarak görülebilecek davaların, bunlar rekabeti ortadan kaldırmaya yönelik bir planın parçası teşkil etseler dahi, kötüye kullanma olarak değerlendirilemeyeceğini ifade etmiştir. CIF ise, söz konusu kararın temyizinde, “sadece ve tamamen istisnai durumlarda” rakibe karşı dava açılması hakim durumun kötüye kullanımı teşkil edebilecektir. Esas olan adalete erişim hakkı prensibidir ve aksi haller dar yorumlanmalıdır.

³³⁸ T-321 /05, Astra Zeneca v Commission.

³³⁹ Lawrence S., and Treacy P., 8

³⁴⁰ ITT Promedia NV v European commission 1998 ECR II-2937.

Jenerik ve orijinal ilaçlara ilişkin ihtilaflar, örneğin bir ilacın diğerinin biyoeşdeğeri olup olmadığı gibi, yeni versiyonun esaslı bir değişiklik teşkil edip etmediği ve korumaya tabi olup olmadığı gibi, somut olay ve verilere ilişkin ciddi inceleme gerektirdiğinden, bu tür davalarda hakim durumun kötüye kullanılması yönünde verilecek bir kararda çok dikkatli olunması gerekmektedir.

A.B.Duygulanması da, fikri mülkiyet haklarının kullanımının rakipleri taciz etme saiki ile kullanılması halinde ve bu hakları dayanılarak objektif olarak mesnedi bulunmayan davalar açılması halinde, antitröst makamlarının harekete geçebileceği yönündedir.³⁴¹

Piyasalarda rekabetin sağlanması ile ticari dava açma ve adalete erişim gibi temel haklar arasında dengelerin sağlanmasının önemi aşikardır. Sıra dışı ve çok istisnai durumlar haricinde, bir ürünün eski versiyonunu pazarda tutmaya zorlamak veya tarafların haklarını mahkemeler nezdinde korumasına engel olmak, ibrenin sakıncalı bir biçimde rekabet tarafını çevrilmesi sonucunu doğurabilecektir.

7. SONUÇ

Toplumun refah, huzur ve mutluluğunun, kişilerin hayatlarını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmelerinin sağlanması devletin asli görevlerindedir.³⁴² Devlet bu görevi bizzat kendisi sağlık hizmetleri vererek doğrudan, ya da bu hizmetlerin verilmesini özel kişi ve kuruluşlarca verilmesini, getirdiği düzenlemeler ile sağlayarak, dolaylı olarak yerine getirmektedir. Sağlık hizmetlerinin ayrılmaz bir parçası olan ilaç geliştirilmesi ve üretimi ise genelde özel kişi ve kuruluşlara bırakılmakta, istisnai hallerde devletler kendileri ilaç üretimi ile iştigal etmektedirler. Sağlık hizmetleri ve ilaç sektörü, Toplum sağlığındaki önemi nedeniyle, sıkı düzenleme ve denetimlere tabidir.

Özel teşebbüsler, girişim özgürlüğü çerçevesinde sağlık sektöründe faaliyet göstermekte, risk almakta, üretim yapmakta ve şahsi haklar edinmektedirler. Özel teşebbüslerin söz konusu faaliyetleri kamusal olmamakla birlikte kamu yararı amacıyla devletin düzenlemesi ve denetimine tabidir. Bu durum da, zaman zaman hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına neden olmaktadır. Nitekim, ülkemizde ilaçların uygun bulunan en yüksek fiyatlardan

³⁴¹ Trade and Development Board, Commission on Investment, Technology and Related Financial Issues, Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy, Geneva, 2 July 2001, Item 3 of the provisional agenda, Competition Policy and The Exercise of Intellectual Property Rights, Revised report by the UNCTAD secretariat

³⁴² Bkz. Anayasa m. 5 ve m. 56(3).

daha yüksek fiyata satılması yasaktır. İlaç üreticisi ilacını piyasaya çıkarmadan önce en yüksek fiyatının ne olacağı hususunda Sağlık Bakanlığı'ndan izin ve onay almak zorundadır. Bir başka deyişle devlet ilaçların tavan fiyatlarını belirlemektedir. İlaç sektöründeki faaliyete müdahale sadece fiyatın üst sınırının belirlenmesinden ibaret değildir. Hükümetler sağlık ve sosyal güvenlik kuruluşlarının politikalarını belirleyerek de ilaç piyasasına doğrudan müdahale etmektedirler.³⁴³

İlaç sektöründeki yasal ve idari düzenlemelerin, toplumun yararı ile sektörde faaliyet gösteren teşebbüslerin yararı arasında ve keza buluşçu ilaç üreticilerinin yararları ile jenerik ilaç üreticilerinin yararları arasında adil bir denge kurması, toplumun yeni ve ucuz ilaca erişebilmesinin sağlanması için zorunludur. Bir ilaç üretmek için Ar-Ge yatırımı yapan ve yapmış olduğu çalışmaların sonucunda insan sağlığı için faydalı bir ilaç yaratan buluşçu ilaç üreticileri ile daha önce yaratılmış ve uzun bir süreçten geçerek ruhsatlandırılmış olan ilaç için yapılmış olan çalışmalardan faydalanarak aynı ürünü daha az zahmetle üreten üreticiler arasında kurulacak dengenin, hem yeni ilaçların geliştirilmesi veya yeni ilaçlara ilişkin buluşları ve hem de ilaç üretiminin artırılmasını ve maliyetlerin düşürülmesini teşvik edici mahiyette olması şarttır. Bu noktada buluşçu ilaç üreticisinin haklarının korunması ile bu haklara toplum yararı gerekçesi ile getirilecek sınırlamalar gündeme gelmektedir. Buluşçu ilaç üreticisinin hakları genelde mülkiyet hakkı ya da özel yasaları ile getirilen tekeli nitelikte haklardır. Bunlara şartlarını taşıması halinde patent hakkı ve koruması, Veri İmtiyazı ve Koruması, telif hakkı ve koruması, bunların hiç birisinin söz konusu olmadığı durumlarda ise genel olarak özel mülkiyet hakkı ve koruması dahildir.³⁴⁴

Fikri mülkiyet haklarının bahşedilmesine ilişkin yanlış politikalar, tekel haklarının haksız bir şekilde dağıtılmasına sebebiyet vermekte, ve pazarda rekabetin gereğinden fazla kısıtlanmasına neden olabilmektedir. Rekabet prensipleri ile fikri mülkiyet koruması arasındaki dengenin sağlanmasında en önemli nokta, hükümetlerin fikri mülkiyet haklarının sağlanmasına ilişkin uygun politikalar oluşturmalarıdır. Buradaki uygunluk hak sahibinin inisiyatiflerinin korunması ile toplumun inovasyonlardan faydalanma ve onlara erişim ihtiyacı ve

³⁴³ Türkiye'de üretilen ilaçların yaklaşık % 85'inin ödemesi sosyal güvenlik kuruluşları olan Emekli Sandığı, SSK ve Bağ-Kur sosyal güvenlik kuruluşları yapmakta, hangi ilaçların alınacağı hükümet politikaları ile belirlenmektedir. Hükümet politikaları en ucuz ilacın tercih edilmesini öngörmektedir.

³⁴⁴ Buluşçu ilaç üreticisinin, ortaya çıkardığı ilaç üzerindeki mülkiyet hakkı veya özel olarak düzenlenen hakları dışında, bir de rakiplerinin dürüst rekabet etmesini isteme hakkı vardır. Bu hak hem haksız rekabete ilişkin kuralların ve hem de rekabetin korunmasına ilişkin kuralların uygulanması suretiyle korunabilir.

ilgili pazarlarda rekabetçi yapıların sağlanması arasındaki dengelerin doğru bir şekilde kurulmasına ilişkindir.³⁴⁵

Söz konusu dengelerin gerçekleştirilmesi, fikri mülkiyete dayalı münhasırlığın uygun ve doğru hallerde ve biçimde ve sürelerde verilmesi, kamu menfaatleri açısından elzem olan haller açısından ise, istisnaların öngörüldüğü uygun ve doğru politikaların oluşturulması ile olacaktır.

Yatırımcıların, teşvik edilmesi için bunlara sağlanan korumanın kapsamı ile açık ve rekabetçi bir pazar yapısı sağlanması hedeflerinin ne şekilde dengeleneceğinin belirlenmesi karmaşık bir sorundur. Sağlanacak korumanın optimal derecesi (sosyal faydanın sosyal maliyeti aştığı nokta), üründen ürüne, sektörden sektöre, talep yapısındaki varyasyonlara, ilgili pazarın yapısına, Ar-Ge çalışmalarının maliyetine ve inovatif süreçlerin yapısına göre de değişecektir.³⁴⁶ Özellikle, kompleks teknolojiler ve bunlardaki hızlı gelişmeler, özellikle, ilaç, software ve bioteknoloji gibi pazarlarda, fikri mülkiyet haklarının kapsamının ne olması gerektiği ve bunlara nasıl yaklaşılması gerektiği konusunda tartışma ve belirsizliklere yol açmıştır.

Jenerikler arasında ve/veya onlardan kaynaklanan kayda değer bir rekabetin söz konusu olduğu hallerde dahi, zaman zaman bunların pazarda önemli bir paya ulaşamadıkları, bu ilaçların piyasaya çıkmasının her zaman düşük fiyatların garantisi olmadığı, jenerik rekabetinin etkili olabilmesi için aynı zamanda, jenerik ilacın tüketimi ile ilgili olarak doktorlar gibi kesimlerde bilgilendirme ve bilinçlendirme gibi diğer tedbirlerin alınmasının gerekli olduğu görülmektedir.³⁴⁷ Jenerik rekabetinin ortaya çıkardığı etkilere ilişkin değişik ülkelerde değişik tecrübeler vardır.

Pazara girişte karşılaşılabilecek yüksek maliyetler, düşük başarı şansı ve pazara giriş ile kazanç sağlama süreci arasındaki zaman gibi engellere rağmen pazardaki liderlerin, iyi finansman olanaklarına sahip firmaların pazara girmesi ve Ar-Ge konusunda başarı göstermelerini engelleyemedikleri görülmektedir. Hal böyle olunca, fiyat dahil birçok konuda regülasyonların bulunduğu ve rekabetin tam olarak gerçekleşmediği ilaç pazarında, Ar-Ge alanında firmaların oldukça rekabetçi bir ortamda faaliyet gösterdikleri söylenebilir. Burada sorulması

³⁴⁵ Khor, Martin, Intellectual Property, Competition and Development, Third World Network, June 2005, 2

³⁴⁶ Khor, Martin, 1-2

³⁴⁷ de Joncheere, K., Rietveld H., Huttin.C., 103

gereken soru, endüstrideki yatırımlar sonucu elde edilen getirilerin üreticiler ile tüketiciler arasında nasıl dağıldığıdır.³⁴⁸

İlaç piyasalarındaki düzenlemelerin iki temel gerekçesi vardır. Bunlar, sosyal politika hedefleri doğrultusunda, ilaçların, ülke genelinde bulunabilir ve makul fiyatlarla satın alınabilir olması ile ilaç harcamalarının devlet tarafından finanse edildiği durumda bütçe hedeflerinin tutturulabilmesidir.³⁴⁹

Üreticilerin fiyat belirleme özgürlüğünün bulunmaması nedeniyle Ar-Ge yatırımlarının önemli ölçüde azalması; yatırımcıların bu kısıtlamaların bulunmadığı pazarlara kayması, rekabetin fiyat-maliyet ekseninde gelişmemesi nedeniyle iktisadi etkinliğin ortadan kalkması ve pazarın şeffaflığını kaybederek makroekonomik gelişmeler ile politik unsurlara bağımlı hale gelebilmesi söz konusu olmaktadır. Bu aşamada, sektörde yaşanan sorunların ortadan kaldırılması için fiyat kontrollerinin sona erdirilmesi alınabilecek önlemlerden birisi olarak ortaya çıkmıştır. Ancak ilaç sektöründe doğrudan fiyat kontrollerinin sona erdirilmesi ve yerini fiyat rekabetine bırakması politikası hakkında da bir takım tereddütler vardır. Fiyat regülasyonlarına alternatifin pazarda rekabetin yoğunlaştırılması olduğu, rekabetçi bir Pazar ortamının tüketiciler açısından en iyi çözümleri getireceği iddia edilmiştir.³⁵⁰ Bunların en başında ise oldukça farklı bir pazar yapısına sahip olan ilaç sektöründe, fiyat rekabetinin bilinen anlamda işleyebilen bir süreç olup olmadığı sorusudur.³⁵¹

İlaç endüstrisinde, nihai tüketiciler genel olarak sigorta sistemlerinin bulunması nedeniyle ürünün fiyatından doğrudan etkilenmemektedirler. Kamusal otoriteler alıcı kanadında önemli bir yere sahip olup hangi ilaçların sosyal sigorta tarafından ne kadar oranda tazmin edileceğine karar vermektedirler. İlaç fiyatlarının kontrolü birçok ülkede ortak noktadır.

Her halde, özellikle buluşların yoğun olduğu dinamik piyasalarda, anti-tröst otoritelerinin mümkün olduğunca uzun vadeli düşünmesi gerektiği ve söz konusu yasaları bu sektörlerde uygularken çok dikkatli olunması gerektiği ifade edilmiştir.³⁵² Bu tür ekonomilerde, rekabet kurallarının gerekliliği kadar, bu kuralların gereğinden fazla müdahale aracı olarak kullanılmaması da önem arz etmektedir. Başka bir deyişle; hızla değişen, kompleks ürün ve hizmetlerin yer

³⁴⁸ Stein Peter and Valery Ernst, Competition: An Antidote to the High Price of Prescription Drugs, Market Watch, Health Affairs-volume 23, Number 4

³⁴⁹ Karakoç H.D, M sf. 01

³⁵⁰ Weidenbaum, M. 88, 89

³⁵¹ Karakoç, H.D, 01

³⁵² Rubinfeld and Hoven, Innovation and Antitrust Enforcement, Dynamic Competition

aldığı yeni ekonomilerde, pazarların işleyişinin anlaşılması, rekabet ihlallerin belirlenmesi ve uygun çözümlerin ortaya konulması, rekabet otoriteleri açısından ortaya çıkan zorlukların başında gelmektedir. Bu noktada, rekabet otoritelerinin söz konusu zorlukların üstesinden gelebilecek bir yapılanmaya ve bilgi birikimine sahip olup olmadıkları sorusu da karşımıza çıkmaktadır.

Kendisine verilen meşru hakkını kullanan Ar-Ge şirketlerinin bu haklarını kullanmaları kamu politikası açısından istenmeyen sonuçlara yol açıyor ise, o halde kanunları değiştirmek öncelikle daha uygun bir yol olacaktır. Kaldı ki, buluş ile ilgili getirilen yenilikler, önemli yararları da beraberinde getirebilecek nitelikte olduklarından ihlal kararlarının, yukarıdaki mülahazalar ile araştırma insiyatifini korumak açısından da göz önüne alınarak verilmesi gerekir.

EK 1– Orijinal Ruhsat ve Kısaltılmış Ruhsat Başvurusu Karşılaştırma Tablosu

Beşeri ve Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği (19 Ocak 2005)

Başvuruda sunulması gereken doküman	Kısaltılmış başvurular
Madde 8 :	Madde 9:
Bir tıbbi farmasötik ürüne ruhsat almak üzere yapılan başvuru dilekçesi ekinde aşağıda belirtilen bölümlerle ilgili kapsamlı ve yeterli bilginin ve dökümanın bulunması zorunludur.	Aşağıda belirtilen durumların birinin kanıtlanması şartı ile, tıbbi farmasötik ürüne ait farmakolojik ve toksikolojik test sonuçlarının veya klinik çalışmaların başvuru ekinde sunulması gerekmeyebilir.
1) Dosya Özeti	a) Ürünün, Bakanlıkça daha önce ruhsatlandırılmış bir diğer ürünle temelde benzer olması ve gerektiğinde ilgili yönetmeliğe göre biyoeşdeğerliği kanıtlanmış)
A- İdari Bilgiler	b) Yayınlanmış literatüre referans yapılmak suretiyle etken madde / maddelerin bilinen bir etkinliğe, kabul edilebilir bir emniyete ve yerleşmiş bir tıbbi kullanıma sahip olduğunun kanıtlanması,
B- Kısa Ürün Bilgileri (KÜB)	
C- Ürün ve Üreticiye ait ek bilgiler	
2) Kimyasal, Farmasötik ve Biyolojik bilgiler	
A- Terkibi	
B- Üretim Metodu	
C- Başlangıç Maddelerinin kontrolü	
D- Ara Ürün Kontrolleri	
E- Bitmiş Ürün Kontrolleri	
F- Stabilité	
G- Biyoyararlık / biyoeşdeğerlik	
H- Diğer Bilgiler	
3) Farmakolojik, Toksikolojik Doküman	Bu durumlarda, başvuru sahibi, ürünün etkinlik emniyetine ilişkin yayınlanmış literatür bilgilerini başvuru ekinde sunmak zorundadır.
A- Tek Doz/Tekrarlanan Doz Toksisite	
B- Üreme Fonksiyonuna etkileri	
C- Embriyofetal ve perinatal toksisite	
D- Mutajenik Potansiyel	
E- Karsinojenik Potansiyel	
F- Farmakodinami	
G- Farmakokinetik	
H- Lokal tolerans (Toksisite)	
I- Diğer Bilgiler	
4) Klinik Doküman	
A- Klinik Farmakoloji	
B- Klinik Çalışmalar	
C- Diğer bilgiler	

KAYNAKLAR

ABA: Section of Antitrust Law the Federal Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property Origins and Applications, 2nd Ed., 2002.

Anderman, Steve, Copyright, Compulsory Licensing and EC Competition Policy, Yearbook of Media and Entertainment Law (Clarendon Press, Oxford, 1995)

Anticipating the 21st Century, Competition Policy in the New High - Tech, Global Market Place, volume I, A Report by Federal Trade Commission Staff, May 1996

Aslan, Yılmaz, Rekabet Hukuku, Bursa 2001

Bellamy and Child, European Community Law of Competition, Fifth Edition, Sweet & Maxwell, 2001

Blair, R.D./Cotter, T.F.: *Are Settlements of Patent Disputes illegal per se?*, The Antitrust Bulletin, Summer-Fall 2002

Commission Communication on the Single Market in Pharmaceuticals

Competition and the Consumer, *The case of Pharmaceutical Products*, Speech/01/450, Antwerp, 11 Kasım, 2001, Mario Monti Speech

Cornish, W. R Intellectual Property, Fourth Edition

De Joncheere, Rietveld and Huttin; *Experiences with Jenerics*, International, Journal of Risk & Safety in Medicine 15 (2002)

Demiröz. A, Yeni Ekonomide Rekabet Kuralları, Ankara 2003, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri, European Medicines Association–FAQ on Generics, <http://www.egagenerics.com/FAQ-generics.htm>

Fagerlund and Rasmussen, *Astra Zeneca: the first abuse case in the pharmaceutical sector*, Competition Policy Newsletter, 2005, November, Autumn, 54-56

Garrigues, A.: *The Eleventh Circuit Holds that Agreements in which Pharmaceutical Companies Not to Compete May be Valid*, The Journal of Law, Medicine & Ethics; Spring 2004; 32

Gilbert. R., and Tom. W.K, *Is Innovation King at the Antitrust Agencies? The Intellectual Property Guidelines Five Years Later*, University of California, Berkeley, Institute of Business and Economic Research, 2001

Glasgow, Lara, *Stretching Limits of Intellectual Property Rights: Has the Pharmaceutical Industry Gone Too Far?*, IDEA – Volume 41 Number 2

Hull. D, and Roldan R.S, *Generics and EC Competition Law*, Life Sciences 2003, Global Counsel Handbooks, www.practicallaw.com/lifesciences

Junod Valerie, 2004, *The Food and Drug Law Institute Food and Drug Law Journal* 59

Karakoç. H.D, İlaç Sektöründe Fiyat Rekabeti, Ankara 2005, Uzmanlık Tezi.

Khor, Martin, *Intellectual Property, Competition and Development*, Third World Network, June 2005, 1-2

Lawrence S.-Treacy P., *The Commission' s Astra Zeneca Decision: delaying generic entry is an abuse of a dominant position*, Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2005 vol 1, no 1

Leary, Thomas B.; "Antitrust Issues in the Settlement of Pharmaceutical Patent Disputes, Part II", www.ftc.gov/speeches/learypharmaceuticalsettlement.htm

Lemley, M.A.-Shapiro, C., *Probabilistic Patents*, <http://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/patents.pdf>

McDonald, K.D., *Hatch-Waxman Patent Settlement Agreements, Antitrust: On "Probabilistic" Patent Rights and False Positives*, Antitrust, Spring 2003

National Institute for Health Care Management, *Changing patterns of pharmaceutical innovation*, Washington (DC): NIHCM Foundation; 2002, <http://www.nihcm.org>

Odman, N.A.: Fikri Mülkiyet Hukuku ile Rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikindeki Rolü, Ankara

Rekabet Kurumu 2. Yıllık Rapor (2000)

Rubinfeld and Hoven, *Innovation and Antitrust Enforcement, Dynamic Competition*,

Shapiro, C., Antitrust Limits to Patent Settlements, <http://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/settle.pdf>

Scherer, F.M, *Pricing, Profits and Technological Progress in the Pharmaceutical Industry*, The Journal of Economic Perspectives, vol 7, no 3, Summer 1993)

Shapiro, C.: *Antitrust Limits to Patent Settlements*, <http://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/settle.pdf>

Slot, Piet Jan, *Applying the Competition Rules in the Healthcare Sector*, European Competition Law Review 2003, issue 11

Stein Peter and Valery Ernst, *Competition: An Antidote to the High Price of Prescription Drugs*, Market Watch, Health Affairs, volume 23, Number 4

Sullivan, E.T.: *The Confluence of Antitrust and Intellectual Property at the New Century*, 1 Minn.Intell.Prop.Rev. 1 (2000), s.3, <http://mipr.umn.edu/archive/v1n1/sullivan.pdf>

Trade and Development Board, Commission on Investment, Technology and Related Financial Issues, Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy, Geneva, 2 July 2001, Item 3 of the provisional agenda, Competition Policy and The Exercise of Intellectual Property Rights, Revised report by the UNCTAD secretariat

Treacy, P.; *Settlement Agreements: the European perspective*, Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2006, Vol.1

US. Food and Drug Administration-Office of Generic Drugs, *What is a Generic Drug?*, <http://www.fda.gov/cder/ogd/#Introduction>, 8 Mart 2006.

Waddell, M.E., *Antitrust Concerns in Settlement of Pharmaceutical Patent Litigation*, Intellectual Property Technology Law Journal; Dec 2002; 14, s.6; Blair/Cotter

Washington Post, 23 April 2002, *Drug firm, FTC settle patent dispute*, <http://washingtonpost.com/wp-dyn/articles/A37639-2002Apr23>

Webster, E., *Firms' Decision to Innovate and Innovation Routines*, Economics, Innovation, New Technology, Vol 13(8), December 2004

Weidenbaum M., *Are drug prices too high?*, Copyright of Public Interest, 86

Whish, R., *Competition Law*, Fourth Edition, London 2003

Rekabet Kurulu Kararları

1. Rekabet Kurumu'nun 18/03/2004 tarih ve 04-20/206 – 42 no lu Pfizer İlaçları Limited Şirketi/ Sanovel İlaç San.ve Tic. A.Ş.- Aset Sanovel İlaç San.ve Tic. A.Ş. kararı
2. Rekabet Kurumu'nun 23/05/2000 tarih ve 00-19/189-101 no lu Pfizer Inc. Warner-Lambert Company kararı

3. Rekabet Kurumu'nun 29/5/2001 tarih ve 01 – 25/240-62 no lu Abbott Laboratuvarları İthalat, İhracat ve Ticaret Limited Şirketi, Fako İlaçları Anonim Şirketi, Abfar İlaçları Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi kararı
4. Rekabet Kurumu'nun 28/08/2003 tarih ve 03-59/708-329 no lu IDEC Pharmaceuticals- Corporation Biogen Inc. kararı
5. Rekabet Kurumu'nun 08/05/2001 tarih ve 01 – 22/196 – 52 no lu Pfizer Enterprises Inc.- Eczacıbaşı İlaç Sanayi ve Ticaret A.Ş.- Eczacıbaşı Holding A.Ş.- Eczacıbaşı Yatırım Holding Ortaklığı A.Ş.- Girişim Pazarlama A.Ş. kararı
6. Rekabet Kurumu'nun 20/02/2001 tarih 01-09/84-23 no lu Abbott Laboratories Inc. -BASF Aktiengesellschaft kararı
7. Rekabet Kurumu'nun 26/12/2002 tarih ve 02-81/945 – 391 no lu Pfizer Inc- Pharmacia Corporation kararı.
8. Rekabet Kurumu'nun 06.01.2005 tarih ve 05-01/3-3 no'lu UCB S.A.- Cytec Industries Inc. kararı
9. Rekabet Kurumu'nun 30.07.2003 tarih ve 03-54/624-284 no'lu Pfizer İlaçları Limited Şirketi- Boehringer Ingelheim İlaç Ticaret A.S. kararı
10. Rekabet Kurumu'nun 11.9.2001 tarih ve 01 – 43/427-110 no lu Merck Sharp Dohme Int.- Merck Sharp & Dohme İlaçları Ltd. Şti.- Fako İlaçları A.Ş.kararı.
11. Rekabet Kurumu'nun 11.07.2000 tarih ve 00 – 26/289 – 160 no'lu Turgut Holding A.S.- Fako İlaçları A.S.- ABFAR İlaç San. ve Tic. A.S.- SmithKline Beecham Plc.- SmithKline Beecham İlaç Tic. A.S. - Sterwing Dunganvan SB House kararı
12. Rekabet Kurumu'nun 02.05.2000 tarih ve 00-16/160-82 no'lu Cisco Systems Inc. –International Business Machines kararı

Avrupa Komisyonu Kararları

1. 10.06.1991 tarih ve IV/M. 072 sayılı Sanofi/Sterling Drug kararı
2. 29.04.1993 tarih ve IV/M.323 sayılı Procordia/Herbamond kararı
3. 30.01.2004 tarih ve IV/M.426 sayılı Rhone-Poulenc/Cooper kararı
4. 20.06.1994 tarih ve IV/M. 457 sayılı La Roche/Syntex kararı

5. 19.09.1994 tarih ve IV/M.500 sayılı American Home Products (AHP/Cyanamid kararı
6. 28.02.1995 tarih ve IV/M.555 sayılı Glaxo/Wellcome kararı
7. 30.04 1995 tarih ve IV/M.495 sayılı Behringwerke AG/Armour Pharmaceutical Co. kararı
8. 22.06.1995 tarih ve IV/M.587 sayılı Hoechst/Marion Merell Dow kararı
9. 28.09.1995 tarih ve IV/M.631 sayılı Upjohn/Pharmacia kararı
- 10.04.02.1998 tarih ve IV/M.950 sayılı Hoffman La Roche/Boehringer Mannheim kararı
- 11.28.09.1998 tarih ve IV/M.1229 sayılı American Home Products/Monsanto kararı
- 12.26.02.1999 tarih ve IV/M. 1403 sayılı Astra/Zeneca kararı
- 13.IV/M.1397sayılı Sanofi/Synthelabo kararı
- 14.30.01.2004 tarih ve IV/M.1378 sayılı Hoeschst/Rhone-Poulenc kararı
- 15.22.05.2000 tarih ve COMP/M.1878 sayılı Pfizer / Warnerlambert kararı
- 16.08.05.2000 tarih ve COMP/M.1846 sayılı Glaxo Wellcome/Smithkline Beecham kararı
- 17.12.11.1992 tarih ve M.222 sayılı Mannesmann/Hoesch kararı
18. 06/09/1994 tarih ve M.464 sayılı BMSC/UPSA kararı
19. 09.08.2001 tarih ve Comp/M.2517 sayılı Bristol Myers Squibb/Du Pont kararı
20. 17.07.1996 tarih ve IV/M. 737 sayılı Ciba-Geigy/Sandoz kararı

ATAD Kararları

1. 16.10.2003 tarih ve C-223/01 sayılı Astra Zeneca vs.GEA Farmaceutisk Fabrik kararı
2. T -168/01 sayılı Glaxo Wellcome v Commission kararı
3. 22.03.2000 tarih ve T -127/97 sayılı Coca-Cola v Comission kararı
4. 14 Şubat 1978 tarih ve 27/76 sayılı United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Commission of the European Communities kararı

5. 9.11.1983 tarih ve 322/81 sayılı NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v Commission of the European Communities kararı
6. 1971 tarihli Deutsche Gramophon GmbH v Metro S.B kararı Grossmaerkte GmbH case 78-80.
7. 09.07.1997 tarih ve C-316/95 sayılı Jeneriks BV v. Smith Kline&French Laboratories kararı
8. 1994 Tetra Pak International S.A v European Commission kararı ECR II.
9. 1995 tarihli RTE and ITP v European Commission (Magill) kararı
10. 1974 tarihli ICI & Commercial Solvents corp v European Commission kararı, ECR 223
11. 1988 tarihli AB volvo v. Erik Beng (UK) ltd. kararı ECR 6211
12. 26.10.2000 tarih ve T-41/96 sayılı Bayer v European Commission kararı
13. 25.08.2005 tarih ve T-321 /05 sayılı Astra Zeneca v Commission kararı
14. 1998 tarihli ITT Promedia NV v European commission kararı, ECR II-2937.

ABD Kararları

1. Federal Ticaret Komisyonu'nun (FTC) 961-0055 sayılı Ciba-Geigy Ltd. kararı
2. 1948 tarihli United States v. Colombia Steel Co. kararı, 334 US 495
3. Federal Yüksek Mahkeme 2. Dairesinin 2000 tarihli Terazosin (In re Terazosin) kararı (164 F.Supp. 2d 1340) (SD Fla. 2000).
4. Federal Yüksek Mahkeme 2. Dairesinin 2000 tarihli Cardizem (In re Cardizem) kararı, (105 F. Supp.2d 682) (ED Mich 2000).
5. A.B.D. Temyiz Mahkemesi 11. Dairenin 14.11.2003 tarih ve 02-10171 sayılı Valley Drug Co. v. Geneva Pharma Inc., Abbott Lab.,

TÜRK REKABET HUKUKU UYGULAMASINDA YARGININ ROLÜ; ONBİR YILLIK DENEYİMİN SONUÇLARI

Oğuzkan GÜZEL

Rekabet Uzmanı

1. GİRİŞ

Serbest piyasa ekonomisinin verimli çalışabilmesi için gerekli en önemli unsur, etkin bir rekabet politikası uygulamasıdır. Bu politikanın uygulanmasında ise rekabet hukuku serbest piyasa ekonomisinin anayasası kabul edilmektedir.³⁵³ Rekabet hukuku, genel anlamda serbest rekabet işleyişinin yasal koruyucusu olarak kabul edilmektedir. Bu çerçevede, ne kadar etkin uygulanırsa, kamu yararı o derece sağlanmış olacaktır. Kamu yararı, kısa dönemde toplumsal kaynakların tüketici tercihleri doğrultusunda serbest pazar mekanizması aracılığıyla en etkin şekilde dağıtılması ile ortaya çıkarken, uzun dönemde daha etkin çalışan üreticilerin etkinliği düşük olan üreticilerin yerini almasıyla piyasaya daha düşük maliyetli, daha ucuz ve daha çok ürün sunulması ile oluşacaktır.³⁵⁴

Rekabet politikası ve hukukunun etkin bir şekilde uygulanmasında YARGI merkezi bir role sahiptir. Yargının rekabet politikasının uygulanmasındaki rolü, usul kurallarının doğru uygulandığının gözetilmesi ile rekabet hukukuna hâkim olan ilkelerin doğru ve tam anlamıyla uygulanmasının denetimidir. Bu şekilde yargı denetimi ile ekonominin işleyişinde kanunilik ilkesinin yerleşmesi sağlanabilecektir.

Dünya rekabet hukuku uygulamalarına bakıldığında, yargının rolünün, seçilen sisteme göre değişik ağırlıkta olduğu belirlenmektedir. ABD örneğinde adli sistemin ağır basması ile yargının rekabet hukuku uygulamasında rolü daha öncelikli iken, AB uygulamasındaki idari sistem nedeniyle ikincil denetim yanının ağır bastığı görülmektedir. İdari sistemlerde de, özel hukuk alanındaki sonuçlar nedeniyle yargının doğrudan rolünün genişlemeye başladığı gözlenmektedir. Ülkemiz açısından ise, rekabet hukuku mevzuatı çerçevesinde karma bir sistem

³⁵³ İnan, Nurkut, "Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve AB Rekabet Politikasına Uyum", Avrupa Birliği El Kitabı, TCMB yay, Ankara, 1996, sf.247.

³⁵⁴ Daniel J. Gifford, THE JURISPRUDENCE OF ANTITRUST, SMU Law Review, July-August 1995.

öngörüldüğü söylenebilecek iken, uygulamada idari sistemin ve buna dayalı idari yargı denetiminin başat olduğu bir gerçektir.

Bu tebliğde, ülkemizde rekabet hukuku uygulamasında yargının rolü incelenecektir. Ancak bu inceleme kapsamında ülkemizdeki 11 yıllık rekabet hukuku uygulamasının bilânçosunda, neredeyse sıfıra yakın olan müeyyide³⁵⁵ uygulanmasının, diğer bir deyişle rekabet hukuku yaptırımlarının hemen hiç uygulanmamasının nedenleri de incelenecektir. Bu sonucu doğuran yasadaki, idari uygulamadaki ve yargı denetimindeki sorunların tespiti, alınacak dersler ve etkin bir uygulamaya dönük yapılması gerekenler tartışılmaya çalışılacaktır.

Tebliğ kapsamında sırasıyla; dünya uygulamalarından örneklerle, yargının rekabet hukuku uygulamasındaki yeri ve fonksiyonları aktarılacak, ülkemiz rekabet hukuku sisteminde yargının yerinin ne olduğu saptanacak, 11 yıllık Rekabet Hukuku uygulaması kapsamında Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay tarafından alınan kararlar değerlendirilecek, bu kararların doğurduğu sonuçlar ve kanun değişikliklerine etkileri aktarılacak, rekabet hukuku yaptırımlarının uygulanmama nedenleri ayrı bir başlık altında incelenecek ve etkin bir yargı denetimi sistemi için sonuç ve önerilere ulaşılabilecektir.

2. DÜNYA REKABET HUKUKU UYGULAMALARINDA YARGININ ROLÜ

Serbest rekabet düzenini korumak amacıyla rekabet hukuku düzenlemeleri tekel gücünün doğurduğu sorunlarla üç şekilde müdahale etmektedir: ilk olarak bağımsız teşebbüsler arasındaki anlaşma ve işbirliklerine müdahale (rekabeti kısıtlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarının yasaklanması), ikinci olarak tek bir bağımsız teşebbüsün davranışlarına müdahale (tekelci davranışların veya hakim durumun kötüye kullanılmasının yasaklanması) ve üçüncü olarak bağımsız teşebbüslerin kuramsal birlikteliği oluşumunun denetlenmesi (birleşme veya yoğunlaşmaların kontrolü).

Dünyadaki ilk rekabet hukuku düzenlemeleri ABD Antitröst kanunlarıdır.³⁵⁶ 1890 tarihli Sherman Kanunu ile 1914 tarihli Clayton Kanunu

³⁵⁵ Tebliğ kapsamında, müeyyide olarak rekabet ihlali yaptırımları değerlendirilmekte ve uygulanan para cezaları ele alınmaktadır. Şartlı muafiyet ve/veya koşullu izin gibi müeyyideler ve yargı denetiminin bu alandaki sonuçları tebliğ kapsamı dışındadır.

³⁵⁶ ABD antitröst hukukunun çıkışının tarihçesi için bkz; ILICAK, Ali, "Sherman Antitröst Yasasının Ortaya Çıkışı: Yanılsamalar ve Gerçekler", Rekabet Kurumu Yay, Uzmanlık Tezleri Serisi, No:8, Ankara, 2003. ABD rekabet hukuku sisteminin işleyişinin açıklanması için bkz; Özsunay, Ergun, "Rekabet Kısıtlamalarının Özel Hukuk Alanındaki

getirdikleri düzenlemelerle, yukarıda aktarılan koruyucu sistemin çerçevesini oluşturmuştur ve bu kanunlarla getirilen ana esaslar değişmeksizin yürürlüktedir. İkinci dünya savaşı sonrasında Avrupa Birliği'nin kuruluşunun başlangıcında 1957 tarihli Roma Antlaşması'nın 85 ve 86. maddelerinde (şu an itibariyle 81 ve 82. maddeler), yoğunlaşmaların kontrolü hariç olmak üzere rekabet hukuku sisteminin genel prensipleri düzenlenmiştir. Bugün dünya üzerinde çeşitli ülkelere uygulanan rekabet hukuku sistemleri genellikle bu iki sistemden esinlenmektedir.

Bu bağlamda soğuk savaş döneminin sona ermesi ve küreselleşme sürecinin başlamasıyla birlikte az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkeler rekabet hukuku uygulamasına geçmekte ve bu iki örnekten faydalanmaktadır. UNCTAD bünyesinde yürütülen çalışmalar sonucunda da, tüm ülkelere yönelik ve yukarıda belirtilen genel esasları içeren bir model kanun tasarısı 2000 yılında yayımlanmıştır.³⁵⁷ 1990'lı yıllarla birlikte tüm ülkeler rekabet kanunu düzenlemelerini kabul etmekte, ancak uygulama sisteminin özellikleri ve yargının uygulamadaki rolü ülkeden ülkeye değişmektedir.

2.1. ABD Rekabet Hukuku Uygulamasında Yargının Rolü

ABD'de antitröst ve ticaret hukuku düzenlemeleri Adalet Bakanlığı, Federal Ticaret Komisyonu (FTC) ve özel gerçek ve tüzel kişiler tarafından uygulanmaktadır. Bunlara ek olarak, federe devlet savcılarının Clayton Kanunu 4/C'ye göre o eyalette yerleşik gerçek kişilerin adına ve onların menfaatlerini gözetmek üzere federal antitröst davaları açma yetkileri bulunmaktadır. Ayrıca eyaletlerin çoğunda federal ticaret ve federal antitröst düzenlemelerinden esinlenen antitröst kanunları bulunmaktadır.³⁵⁸ Kamusal uygulama makamları olarak, Adalet Bakanlığı Antitröst Dairesi ve Federal Ticaret Komisyonu ABD içerisinde faaliyette bulunan yabancı teşebbüslerde dahil olmak üzere ihlalde bulunduğundan şüphelenilen gerçek ve tüzel kişilerle, şirketlere karşı soruşturma yürütme yetkisine sahiptirler. Her iki kurumda sivil soruşturma yapabilirken, ceza soruşturması yapma yetkisi münhasıran Adalet Bakanlığı'na aittir.³⁵⁹ Clayton

Sonuçları", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-III, Seçkin Yay, Ankara, 2005, sf.117-132.

³⁵⁷ Model Law on competition, UNCTAD Series on Issues in Competition Law and Policy, United Nations, Geneva, 2000.

³⁵⁸ E.Thomas Sullivan, Herbert Hovenkamp, Antitrust Law, Policy and Procedure: Cases, Materials, Problems, Fifth Edition, Lexis Law Publishing, VA, 2003, sf.65.

³⁵⁹ Sherman Yasasına göre (**Sherman Act, 15 U.S.C. § 1**) şirketlere 10 milyon USD'ye, kişilere 350,000 USD veya 3 yıl hapis cezasına (veya her ikisi) kadar ceza verilebilir. Ancak Sherman yasası ihlallerine 18 USC § 3571'e göre ihlalden kaynaklanan zararın ya da kazancın iki katına kadar ceza verilebilir. Kanun düzenlemeleri için bkz; <http://www.usdoj.gov/atr/foia/divisionmanual/ch2.htm>

Kanunu 4.maddesi uyarınca, rekabet ihlalden işi veya mülkiyeti zarar gören bireyler, ticari birimler veya idari birimler, gördükleri zararın üç katı tazminat, mahkeme ve avukatlık masraflarını dava yoluyla talep edebilirler.³⁶⁰ Özel davalar ABD rekabet hukuku uygulamasında çok ağırlıklı bir orana ve rekabet hukukunun gelişiminde büyük bir öneme sahiptir. 1965 yılına kadar 1 kamu davasına karşı, 6 özel dava açılmakta iken, bu oran 1980’de 1’e karşı 10’a, 1985’te ise 1’e karşı 20’ye çıkmıştır.³⁶¹ Başka bir deyişle, ABD rekabet hukuku uygulamasında davaların %95’i özel kişilerce açılmakta ve takip edilmektedir.³⁶²

Gerçek ve tüzel kişilerin doğrudan tazminat davaları takip edebilmeleri ile mahkemelerin rekabet ihlalinin varlığına doğrudan karar verebilmesi sağlanmaktadır. Bu şekilde yargının rolü daha doğrudan ortaya çıkmaktadır. Aynı şekilde Adalet Bakanlığı tarafından yürütülen sivil ve ceza soruşturmalarında, mahkemelerde dava yoluyla ihlal değerlendirmesi yapılmakta ve mahkemelerin kararları ile uygulama yapılmaktadır. Bu uygulamadan da, mahkemelerin doğrudan uygulayıcı rolü ortaya çıkmaktadır.

ABD uygulamasında bağımsız idari otorite olarak görev yapmakta olan FTC, Clayton Kanunu md.5’in ihlal edildiğine dair inandırıcı gerekçelerin bulunması ve bu durumun soruşturulmasının kamu yararına olduğuna inanması halinde, ihlalde bulunan aleyhinde idari bir soruşturma açarak olayları inceler ve davranışın kanuna aykırı olduğunu saptaması durumunda, ihlalde bulunana karşı ihlale son vererek düzeltme yapması için idari bir karar verir. Bu kararlara karşı başvuru temyiz mahkemelerine yapılır. Mahkemeler, FTC’nin inceleme ve olayları saptamasının hukuka uygun delillere dayandığını belirlemesi halinde kararı onaylarlar. FTC rekabet ihlali soruşturmalarında; ihzari celpname, özel rapor düzenleme, yerinde inceleme, idari usuller uygulama şeklinde çeşitli soruşturma yetkilerine sahiptir. Ancak bu yetkilerin hiçbiri kendiliğinden uygulanabilir yetkiler değildir. FTC bu yetkilerin kullanılması ve cezaların uygulanması için federal mahkemelere başvuruda bulunmak zorundadır. FTC ihzari celpnamesinin uygulanması, hakkında soruşturma yürütülen tarafın ikametgâhı veya soruşturmanın yoğunlaştığı yargı alanında takip edilmek zorunda olmaksızın idari soruşturmanın yapıldığı herhangi bir yargı merciinde takip edilebilir. Eğer bir

³⁶⁰ E.Thomas Sullivan, Herbert Hovenkamp, Age, sf.69.

³⁶¹ Age, sf.71.

³⁶² Bunda en önemli etken zararın üç katına kadar tazmin edilebilmesine imkan veren yasal düzenlemedir. Bu yüzden zararın çok iyi tahmin edilmesi gerekmektedir. Zaten davalar çoğu kez uzlaşmayla sonuçlanmaktadır. Çünkü antitröst kanunlarını ihlal ettiği öne sürülen teşebbüs ya da kişiler, mahkemenin seyrinin aleyhlerine geliştiğini gördükleri anda zararın üç katı kadar tazminat ödememek için uzlaşma yoluna gitmektedirler.

soruşturma esnasında FTC, kanun ihlali olduğunu veya olabileceğine dair inandırıcı gerekçelerin bulunduğunu saptarsa, FTC kanunu md.13 hükmü uyarınca, idari soruşturmanın selametle yürütülmesi ve mevcut durumun sabit hale gelmesi için federal yetkili mahkemelerden tedbir kararı almak üzere dava açmak yetkisine sahiptir.³⁶³

Bağımsız idari otorite olarak görev yapmakta olan FTC'nin uygulamaları bakımından yargının rolünün daha az olduğu görülmektedir. Ancak, usulün işleyişinden kolaylıkla anlaşılabilmesi üzere yargı, idari usulün her aşamasında yetkilerin kullanılmasını kontrol etmekte ve nihai kararı da hukuksal denetime tabi tutmaktadır. Rekabet hukuku uygulamasında, ABD sistemi adli karakter ağırlığı taşımakta ve yargının rolü belirleyici konumda bulunmaktadır. ABD rekabet hukuku sistemi yargının doğrudan karar aldığı adli sistem niteliği taşımaktadır. Ancak bu doğrudan karar sürecindeki ekonomik uzmanlık isteyen konularda, hakimlerin uzman bilirkişiler ve tanıklardan aldıkları bilgilerle ekonomi bilgilerinin artması gündeme gelmiştir.

ABD rekabet hukuku sistemi, yasal kaynaklar bakımından ekonomik şartların değişmesine yönelik yeterli esnekliği sunmakta, modern uygulamaya dönük eğilim taşımakta, bazı önemli davalarda geçmiş dönem tecrübelerinden ve ekonomik yaklaşımlardan faydalanarak çözüm sunabilmekte ve yüksek derecede uygulama imkânına sahip bulunmaktadır. Ancak bu rejimin dezavantajları ise, hukuki kesinlik ve devamlılık bakımından eksiklik taşıması olarak ortaya çıkmaktadır.³⁶⁴

2.2. AB Rekabet Hukuku Uygulamasında Yargının Rolü³⁶⁵

AB rekabet hukuku sistemi, ABD sisteminin aksine, idari yanı ağır basan bir sistemdir. AB Komisyonu'nun rekabet genel müdürlüğü (DG4) bir idari kurum şeklinde çalışmakta ve Komisyon tüm üyeleri ile rekabet hukuku uygulama kararlarını almaktadır. Komisyon, bildirilmiş olan yoğunlaşmalara yönelik kararları ile AB antlaşması md.81 ve 82'nin ihlaline dair kararlarında geniş anlamda benzer temel usuller ve soruşturma metotları kullanmaktadır. Şikayet, bildirim veya resen alınan bir karar neticesinde usulü başlatmak Komisyon'un yetkisinde olup, bu

³⁶³ Caswell O. Hobbs, FTC ENFORCEMENT: ANTITRUST UNFAIR AND DECEPTIVE TRADE PRACTICES, PLI Corporate Law and Practice Course Handbook Series, PLI Order No. B4-6755, May 1, 1986.

³⁶⁴ S. Vance, Sarah, ABD Doğu Louisiana Bölge Mahkemesi Hakimi, Judicial Enforcement of Competition Law, OECD/GD(97)200, Paris,1997, sf.21-24.

³⁶⁵ Bu bölüm OECD tarafından gerçekleştirilen AB Rekabet İncelemesi çalışmasından faydalanılarak hazırlanmıştır. Bkz: "Competition Review of the European Commission, DAF/COMP(2005)31, sf.42-46.

kararın alınmasının akabinde raportörler idaresinde ve DG4 tarafından yürütülen soruşturma safhasına geçilir. Deliller ve önerilen yaptırımlar ihlali yapan tarafa bir “çekinceler bildirgesi”³⁶⁶ ile tebliğ edilir. Soruşturulan taraf, soruşturma dosyasına giriş hakkına sahiptir ve yazılı olarak bu rapora cevaplarını sunabilir ve sözlü savunma yapabilir. Bu süreç sonunda karar, **Rekabet Komiserinin önerisi üzerine**, AB Komisyonu tarafından alınır.

Komisyon kararları AB mahkemelerinin denetimine tabidir. Kurucu anlaşmalarla oluşturulmuş olan Avrupa Adalet Divanı, ulusal mahkemelerden gelen yorum sorularına verdiği cevaplarla topluluklar hukukunun yeknesak uygulamasını sağlarken ayrıca, topluluklar kurumları arasında, topluluk kurumları ile üye ülkeler arasındaki ihtilaflarda kararlar alarak, üye devletlerin topluluklar hukukuna uyumunu gözetmektedir. AB İlk Derece Mahkemesi ise Divan’ın karışık olaylarla dolu ve politik veya anayasal önem taşımayan birçok dava ile tıkanması nedeniyle, iş yükünün azaltılması amacıyla kurulmuştur. AB Adalet Divanı, ilk derece mahkemesinin kararlarının, sadece hukuki yorum bakımından, temyiz mercii niteliğindedir.

Kararların temyize tabi olması, AB rekabet hukuku uygulama sisteminin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile uyumu sorununu da gündeme getirme ihtimali taşımaktadır. AB Divanı, 1980 yılında almış olduğu bir kararla, Komisyon’un karar prosedürünün Sözleşmenin öngördüğü “**bağımsız ve tarafsız mahkeme**” kararı niteliğinde **olmadığına** hükmetmiştir.

Komisyon’un ihlale ilişkin vermiş olduğu, ihlale son verme veya ceza ödenmesi kararları bağlayıcıdır. Taraflar bu kararlara karşı olaylara veya hukuka aykırılık iddiası ile İDM’de iptal davası açabilirler. Davanın açılmış olması kararın yürütülmesini kendiliğinden durdurmaz. Taraflar davanın sonuçlanmasına değin yürütmenin durdurulması talebinde bulunabilirler. Uygulamada Komisyon, cezaya yönelik olarak ceza ve faizi içeren bir banka garantisi verilmesi halinde, yürütmenin durdurulması talebine olumlu yaklaşmaktadır. Eğer mahkeme bir yoğunlaşma kararını iptal ederse, bu durumda kararın sonuçlarının tamamen ortadan kalkmış olması yerine, dosyanın Komisyona tekrar gönderilerek, iki adımlı yoğunlaşma kontrolü prosedürünün yenilenmesi ve başvurunun Komisyon tarafından yeniden incelenmesi yoluna gidilmektedir. Yargılama sürecinin tamamlanması normal şartlarda 2-3 yıl sürmektedir. İDM, Komisyon kararından 8-10 ay sonra sonuç alınabilecek tarzda, yazılı ve sözlü savunmaları içeren ayrı bir iç prosedürü kabul etmiştir. Bu şekilde, zamana karşı hassas nitelikteki yoğunlaşma izinleri gibi konularda daha hızlı karar alma süreci işletilebilecektir.

³⁶⁶ İngilizce deyim, “Statement of Objections” olarak geçmektedir.

Dava açma ehliyetine ilişkin kurallar genel kurallar olup, şikâyetçiler bireysel menfaati zedelenen kişiler olarak Komisyon'un işlemlerini veya hareketsiz kalarak işleme geçmemesini dava konusu yapabilirler.

Yargı denetiminin kapsamı, temel anlaşmanın 230. maddesi uyarınca, olayın yeniden incelenmesini içermeyen, hukuksal üst denetimin gerçekleştirilmesi ile sınırlıdır. Ancak cezaya ilişkin konularda mahkemenin yetkisinde 229. madde uyarınca bir sınır bulunmamaktadır. İDM cezayı kaldırabilir, yeni bir ceza belirleyebilir, cezayı artırabilir, ancak uygulamada da daha çok yaptığı üzere, ceza tutarını indirebilir. Yargı denetiminin unsurları, yetkisiz işlem yapılması, esaslı bir usul gereğinin, genel anlaşmanın kendisinin veya olaya uygulanan kuralın uygulanmasında hukuka aykırılık oluşturacak hata yapılması ve takdir yetkisinin kötüye kullanılması olarak sıralanabilecektir. Bu sınırlı yargı denetimi unsurlarına karşın, uygulamada İDM ve ATAD Komisyon kararlarını delillerin yetersizliği veya olayların yanlış değerlendirilmesi nedenleriyle de iptal etmiştir. İDM'nin Komisyon kararlarını incelemesi esnasında mahkemeler "anlaşılabilir denetim" standartları getirmek suretiyle, Komisyon kararlarının piyasa analizleri ve ekonomik gerekçelendirmelere ilişkin kalitesini artırıcı yönde ilkeler getirmesini sağlamıştır.

AB rekabet hukuku uygulamasında, özel teşebbüslerin ulusal yargı makamları önünde AB rekabet kurallarının ihlal edildiğine dair dava açma hakları bulunmaktadır. Komisyonun da özel davaların çoğalmasını ve uygulamada ağırlık kazanmasını istediği anlaşılmaktadır. Ancak, Komisyon'un şikayete bağlı işleyiş tarzı ve Komisyon tarafından ihlalin belirlenmesi, özel davalar bakımından bir engel yaratmıştır. Bu şekilde uzun dava prosedürü ve masraflarla uğraşmak yerine, şikayet yoluyla komisyon üzerinden sonuç almak daha cazip hale gelmektedir. Şikayetçi Komisyon karar prosedüründe bazı haklara sahip olmakta ve şikayet aleyhine karar çıkması halinde de, konuyu yargıya taşıyabilmektedir.

Avrupa Birliği'nde rekabet politikası alanında yetkili kurumlara, 1 Mayıs 2004 tarihinde yürürlüğe giren modernizasyon paketinde yer alan düzenlemeler çerçevesinde, ulusal mahkeme ve rekabet kurumları da eklenmiştir. Avrupa Birliği rekabet politikasını yeknesak bir şekilde uygulamak üzere Avrupa Birliği Komisyonu'nun koordinatörlüğünde üye ülke rekabet kurumlarının yer aldığı bir Avrupa Rekabet Ağı kurulmuştur. Bu düzenlemeler, AB rekabet hukuku uygulamalarının, üye ülke mahkemeleri ve rekabet otoriteleri tarafından da yapılarak, gelişmesini ve zenginleşmesini amaçlamaktadır.

2.3. Diğer Ülkeler Rekabet Hukuku Uygulamalarında Yargının Rolü³⁶⁷

Rekabet hukuku uygulamaları, ülkemiz için yeni olduğu kadar, dünyanın birçok ülkesi için de yeni bir hukuk dalı olarak hukuk sistemine girmektedir. 1980'li yılların ortalarına kadar çok az ülkede ayrı bir kanun olarak bulunan rekabet kanunları, etkin bir uygulama alanına da sahip bulunmamaktaydı. 1980'li yıllar sonrasında serbestleşme hareketleri ile başlayan rekabet kanunu ihtiyacı, 1990'lı yıllar ile birlikte genel kabul gören bir trend haline gelmiştir. Bu tarihe kadar etkin olmayan kanunlar da, yeni değişikliklerle etkin hale gelmiştir. Ülke uygulamaları bakımından benimsenen sistem, esasen aynı modele dayanmaktadır. Kanunlar, yukarıda aktarılan tarzda kartelleşmeler, tekelci davranışlar ve yoğunlaşmaların kontrolü sistemini getirmektedir. Rekabet Kanunu'nu uygulamak için genelde bağımsız bir idari otorite kurulmakta, bu organlar şikayet üzerine ve/veya resen inceleme ve soruşturma yapmakta, bu otoriteler tarafından alınan kararlar, ilk derece mahkemesi olarak belirlenen özel ve üst derece mahkemelerinde denetime tabi tutulmaktadır. Örneğin, Fransız Rekabet Konseyince verilen kararlar ilk derece olarak Paris Bölgesel İstinaf Mahkemesi, temyiz mercii olarak Fransız Yargıtay'ı tarafından, Alman Rekabet Otoritesi tarafından verilen kararlar ilk derece mahkemesi olarak özel yetkilendirilmiş Bölge Mahkemeleri ve temyiz mercii olarak Federal Yüksek Mahkeme tarafından yargı denetimine tabi tutulmaktadır. Yargı denetimi kapsamında otoritelerin kararları, alınış usulleri, delillerin değerlendirilmesi, hukuki hata bulunup bulunmadığı kapsamında incelenmektedir.

Rekabet hukuku sistemi bakımından, diğer uygulama metotları kapsamında özel davaların yeri ve etkinliği ise tüm dünya uygulamalarında, yukarıda aktarılan ABD uygulamasının aksine, zayıf bir görünüm göstermektedir. Ülkelerin rekabet kanunlarında özel bir tazminat hükmü genelde bulunmamakta, bu hükmü bulunduran ülkelerde ise özel davaların sayısı çok az olmaktadır. Ancak tüm ülkeler, borçlar hukukunun genel hükümlerine göre, rekabet ihlalden zarar gören kişilerin tazminat hakkının bulunduğunu kabul etmektedirler. Fakat özel teşebbüslerce delil elde edilmesinin zorluğu, yargılama sürecinin uzun, pahalı ve riskli olması nedenleriyle özel tazminat davalarının pek olmadığı yorumları

³⁶⁷ Bu bölümde yer alan değerlendirmeler, OECD'nin üye ve gözlemci ülkelere yönelik 1998 yılından bu yana gerçekleştirmekte olduğu rekabet uygulaması izleme çalışmalarının incelemesi sonucunda sunulmaktadır. 22 ülkeye yönelik olarak yapılan çalışmalar, sürmekte olup, Türkiye'de bu inceleme çalışmasından geçmiş bulunmaktadır. Ülke raporları için bkz: http://www.oecd.org/about/0,2337,en_2649_33759_1_1_1_1_1,00.html

getirilmektedir. Ayrıca, mahkemelerce ayrı, idari otoritelerce ayrı bir şekilde aynı olayın yorumlanmasında riskler belirlemek, mahkemelerin karışık ekonomik analizler karşısında çaresiz kalması nedeniyle davaların uzadığı ve esasen otorite kararının beklenmesinin doğru olduğu genel kabul görmektedir. Ancak özel teşebbüslerce açılan az sayıdaki özel davalar da, bir idari kararı takip eden tazminat davaları olarak belirmektedir. Fransa, İtalya ve Almanya örneğinde olduğu gibi özel davaların sayılarının nispeten çok olduğu ülkelerde, bu tür davaların yorum getirici, uzun idari usulü beklemeden sonuç alıcı özellikleri olumlu nitelikler olarak belirtilmekle birlikte, içtihat karışıklığı ve sağlıklı karar alınmayacağı çekişmelerinin de dile getirildiği görülmektedir.

Özel davalar için OECD rekabet incelemelerinde kullanılan deyim “teoride var ama pratikte uygulanamamaktadır” şeklindedir. Bu durum, rekabet otoritelerinin etkin çalışması ve doğru kararlar almasının önemini açıkça ortaya koymaktadır.

3. YARGIDENETİMİNİN REKABET POLİTİKASI UYGULAMASI BAKIMINDAN SORUMLULUĞU

Rekabet hukuku uygulamasında yargının görevi iki başlık altında değerlendirilebilir. İlk olarak yargının görevi, teşebbüslerin kendi aralarındaki ilişkilerinde rekabet hukuku bakımından çıkan uyuşmazlıklara; zararın ödenmesi, ihlalin men’i ve sivil tazminat cezaları vermek suretiyle çözüm getirmektir. İkinci ve daha önemli olarak yargının görevi, rekabet otoriteleri tarafından verilen ihlalin kaldırılması veya ihlalde bulunanlara ceza uygulanması şeklinde verilen kararların denetimden geçirilmesidir.

Yargının rekabet otoritelerinin kararlarını denetiminde ise iki konu ön plandadır. Bunlardan öncelikli olanı otoritenin gerekli usul kurallarına ve delillere dayalı olarak karar vermesini denetlemek, diğer bir deyişle usul uygulamasının insan haklarına uygunluğu kontrol etmektir. Bu haklar ise kısaca, şahsi hakların ihlal edilmemesi, kişinin masumluk karinesine saygı gösterilmesi, ceza uygulanmasında savunma haklarına riayet etmek ve ticari sırlara saygı duymak şeklinde sayılabilir. İkinci konu ise olay ve delillerin hukuka uygun yorumlanıp yorumlanmadığının denetlenmesidir ki, bu da esasa ilişkin denetimi oluşturur. Ancak yargılamanın ekonominin işleyişine ve ekonomi politikalarına doğrudan etkisi dikkate alınmak suretiyle, **yargının usule ilişkin güvencelerle, yürütmenin etkinliği arasında dengeyi doğru kurması gerekmektedir.**

Yargılama sürecinde usul güvenceleri ne kadar çok gözetilecek olursa, idari kararların yürütülmesinin zedelenmesi riski de o kadar büyük olacaktır.³⁶⁸

Hukuka uygunluk denetiminde önemli bir unsur, “olaylarda yanlışlık” yapılıp yapılmadığının denetlenmesidir. Bu durumda da, rekabet otoritesinin delillerini oluşturan olayların değerlendirilmesi önem kazanmaktadır. Bu olaylar üç alt başlık altında incelenebilir. İlk olarak, temel olayın ne olduğu sorunu ortaya çıkmaktadır. Ne olmuştur? Dosyada belirtilen toplantı yapılmış mıdır? Aktarılan telefon görüşmesi var mıdır? Varsa bundan bir anlaşma doğmuş mudur? Yargı makamının bu olayları kontrol etmesi gerekmektedir. Fakat delil değerlendirmelerinde açık ispat standartları oluşturulamamıştır. Rekabet davalarının karmaşık ekonomik özelliği bunu engellemektedir. Ancak mahkemeler, ceza hukuku standartlarına yakın standartlarla olayları değerlendirmek suretiyle otoriteleri daha iyi kanıtlar sunmaya zorlamaktadır. İkinci grup olaylar ekonomik olaylardır ve daha karmaşıktır. İlgili Pazar nedir? İkame edilebilirlik ne demektir? Hakim durum var mıdır? Bu sorular hukuk ve ekonominin iç içe geçtiği alanlardır. Pratikte, bu alanlarda mahkemelerin rekabet otoritelerinin değerlendirmelerini değiştirme imkanları çok azdır. Üçüncü grup olaylar ise, daha çok rekabet politikası değerlendirmelerine yönelik olaylardır. Örneğin muafiyet uygulamaları bu yöndedir ve İDM, komisyon değerlendirmeleri ile çok seyrek olarak farklı düşünür.³⁶⁹

Yargı denetiminin, rekabet hukuku uygulamalarının etkin bir ceza sistemi ile güçlendirilmesinde de rol alması mümkündür. İdari cezalar bakımından, verilen cezanın gerçekleştirilen ihlal ile orantısallığı denetlenirken, tazminat davalarında da görülen zararın ödetirilmesinde alınan kararlar önem taşıyacaktır. Bu kararlarda değerlendirme ölçütü, verilen cezanın o ihlalin yapılmasını önleyici etkiyi taşıyıp taşımadığıdır. Cezalar, yapılan ihlalden sağlanan faydalardan az olacak olursa, ihlali ortadan kaldırıcı etkisi olmayacaktır.³⁷⁰

Yargı denetiminin rekabet politikası uygulamasında etkinliği sağlamak bakımından; rekabet otoritelerinin uyguladıkları usulün hukuka uygunluğunu denetlemek, **bu denetimi yaparken yürütmenin engellenmemesine yönelik dengeyi gözetmek**, olayların ve delillerin değerlendirilmesinde ispat standartları

³⁶⁸ Canivet, Guy, Paris Bölge İstinaf Mahkemesi Başkanı, Judicial Enforcement of Competition Law, OECD/GD(97)200, Paris,1997, sf.21-24.

³⁶⁹ Belamy, Christopher, AB İDM Hakimi, Judicial Enforcement of Competition Law, OECD/GD(97)200, Paris,1997, sf.105-106.

³⁷⁰ Canivet, Guy, age, sf.26.

geliştirmek, uygulanan cezanın yapılan ihlal ile orantısallığını denetlemek şeklinde özetlenebilecek görevleri bulunduğu söylenebilecektir.

4. TÜRK REKABET HUKUKU SİSTEMİ

Ülkemiz rekabet hukuku sisteminde yargının rolünün değerlendirilebilmesi bakımından öncelikle, rekabet hukukumuzun yasal kaynaklarında rekabet otoritesinin niteliği ile uygulamaya yönelik esasa ve usule ilişkin hükümlerinin belirlenmesi, daha sonra 11 yıllık süreç içerisinde gerçekleştirilen yasa değişikliklerinin içeriklerinin saptanması ve bu kapsamda yargının rolünün yasada ne şekilde belirlendiğinin ortaya konması gerekmektedir.

4.1. Rekabetin Korunması İle Görevli Bağımsız İdari Otorite: “Rekabet Kurumu”

Temelde devlet yönetimini elinde bulunduran siyasi organlardan bağımsız olan, temek hak ve özgürlüklerle ilgili konularda kendine ait etkili ve önemli yetkiler kullanarak düzenleme, denetim ve gözetim görevi gören bu yapılar, öğretide Bağımsız İdari Otoriteler (BİO) olarak tanımlanmaktadır.³⁷¹ Fransa’da da bağımsız idari otoriteler, geleneksel idari yapının dışında, belirli bir sektörde düzenleme ve müdahale yetkileri bulunan, güvence ve bağımsızlığa sahip birimler olarak tanımlanmaktadır.³⁷²

İlk olarak Amerika Birleşik Devletleri’nde, yasamanın (kongre) yürütmeye (Başkana) olan güvensizliği nedeni ile ortaya çıkan bağımsız idari otoriteler, Amerikan federal sisteminde yer yönünden federalizmi temsil eden federe devletler (States) yanında, hizmet yönünden federalizmi temsil eden ve bir hizmet alanı ile sınırlı olmak üzere düzenleme ve organizasyon, denetleme ve yaptırım uygulama gibi faaliyetleri tek başına yapan, yani aslında konusu ile ilgili alanda yasama, yürütme ve yargı işlevlerini bünyesinde toplayan kurumlardır.³⁷³

Bağımsız idari otoritelerin genel olarak işlevi, toplum yaşamının duyarlı olduğu alanlardaki kamusal ve özel etkinlikleri düzenlemek, izlemek, denetlemek, aykırı davranış ve durumları önlemek ve gerekirse yaptırım uygulamak suretiyle

³⁷¹ AKINCI Müslüm: “Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman”, Beta Yay, İstanbul-1999, sf.100.

³⁷² YILDIRIM Turan: “Bağımsız İdari Otoritelerin Yargısal Denetimi”, 2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu’nda sunulan tebliğ, 11-12 Mayıs 2000, Ankara, Danıştay Yayın Bürosu Yayınları No:59, Ankara, sf. 202.

³⁷³ ULUSOY Ali: “Bağımsız İdari Kurumlar”, Danıştay Dergisi, 1999, S.100, sf.3.

kimi temel hak ve özgürlükler ile ekonomik düzeni korumak ve güvence altında bulundurmaktır.³⁷⁴

Bağımsız idari otoritelerin düzenleme, denetleme ve kollektif yararı koruma işlevlerini siyasi iktidar, idari bürokrasi ve özel gruplar tarafından bir etkilenme olmaksızın yerine getirebilmesine imkan vermek, bir anlamda yargıya benzer bir dokunulmazlıkla korumak düşüncesiyle bu kuruluşlara ayrıcalıklı bir statü verilmektedir.

Doktrinde bağımsız idari otoritelerin olumlu yanları olarak, teknik bir uzmanlaşma gerektiren ve son yıllarda toplumsal yaşam için son derece önemli hale gelen duyarlı sektörlerde, siyasi beklenti ve çıkarlardan soyutlanmış olarak tarafsız ve objektif şekilde faaliyet göstermeleri; teknik kapasiteleri sayesinde daha çabuk ve daha etkin müdahalede bulunabilmeleri; geleneksel devlet yapılanmasında birbirinden bağımsız olan kural koyma, kuralı somut bir muhataba uygulama ve çıkan uyuşmazlıkları çözüme gibi fonksiyonların tek elde toplanması nedeni ile bağımsız birimler arasındaki güç mücadelesi, bağlantısızlık, bilgi alışverişinin aksaması gibi sorunların ortadan kaldırılarak idarenin etkinliğinin artırılmasına katkıda bulunmaları gösterilmektedir.³⁷⁵ Bağımsız idari otoritelere karşı getirilen eleştiriler ise, siyasi iktidar (seçilmişler) tarafından denetlenmeyen bir grubun (atanmışlar) varlığının meşruluğu; bu durumun idarenin bütünlüğü ilkesini zedeleyebileceği; son olarak da bu kurumların ceza verme yetkilerinin genelleşmesi sonucunun adil yargılanma hakkı açısından sorun yaratabileceği yönündedir.³⁷⁶

Ülkemizde BİO yapılanmaları 1980'li yıllardan itibaren gündeme gelmiş ve son dönemde genelleşme eğilimi ile idari sistemimize girmiştir. Bu yapılanmalar içerisinde tüm sektörlerdeki rekabet sınırlamalarını kontrol ile görevli olan Rekabet Kurumu ilgili kanununda yer alan idari ve mali özerklik kavramı ile diğer kurumlara da öncülük etmektedir. 4054 sayılı Kanun'un uygulanması ile görevli olarak kurulan kurumun, bağımsız idari kurum niteliğinin vurgulanması suretiyle Rekabet Kurumu olduğu, Kanun'un 20.maddesinde düzenlenmektedir. Rekabet Kurumu teşkilatının ise, Rekabet Kurulu, Başkanlık ve Hizmet birimlerinden oluştuğu 21. madde de düzenlenmektedir. Rekabet Kurumu'nun bağımsız idari

374 DURAN Lütfi: "Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler", Bağımsız İdari Otoriteler Kollokyumu, Editör: İbrahim Kaboğlu,1998., sf. 25.

375 ULUSOY Ali: "Regülasyon Kurumları Hakkında Genel Bir Değerlendirme", Ankara Barosu Dergisi, 2000, s.47.

376 ULUSOY Ali: "Regülasyon Kurumları Hakkında Genel Bir Değerlendirme", 2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu'nda Sunulan Tebliğ, 11-12 Mayıs 2000, Danıştay Yayın Bürosu Yayınları No:59, Ankara, sf. 274.

otorite olma niteliği 20. maddenin üçüncü fıkrasında yer alan, “*Kurum görevini yaparken bağımsızdır. Hiçbir organ, makam, merci ve kişi Kurumun nihai kararını etkilemek amacıyla emir ve talimat veremez.*” hükmü ile güvence altına alınmıştır. Bu hükmün Anayasanın 138. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan, “*Hiçbir organ, makam, merci ve kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez, genelge gönderemez, tavsiye ve telkinde bulunamaz.*” hükmünden açıkça esinlendiği ortadadır. Ancak, yargı benzeri bir bağımsızlık güvencesi getirilmiş olmasına karşın, Rekabet Kurumu’nun bir idari organ olduğu ve kararlarının da idari kararlar olduğu açıktır.

Rekabet hukukunun özel hukuk alanında uygulanması bakımından ise, idari bir otoritenin uygulama makamı olamayacağı açıktır. Kanun’un dördüncü kısmında yer alan özel hukuk bakımından geçersizlik ve tazminat hükümlerinden doğan uyuşmazlıkların adli yargı makamlarında görüleceği anlaşılmaktadır. Bu alanda görevli yargı yerleri, ihlalin tespiti, menî, ispatı, tazminata esas zararın belirlenmesi, cezai tazminatın tutarının belirlenmesi hususlarında yetkili kılınmaktadır. Ancak, uygulamada bu hükmün işletilmesi, ABD dışında tüm dünya örneklerinde olduğu gibi ülkemizde de mümkün olamamıştır.

4.2. Türk Rekabet Hukuku Mevzuatı

Türk hukuk sisteminin incelenmesinde 7 Kasım 1982 tarihli T.C. Anayasası’nın Piyasaların denetimi ve dış ticaretin düzenlenmesi başlıklı md.167/1 düzenlemesinde; “*Devlet para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirler alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.*” hükmünün yer aldığı görülmektedir. 1982 Anayasasının bu hükmünün gereği 7.12.1994 tarih ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un (RKHK)³⁷⁷ yürürlüğe girmesi ile gecikmeli de olsa yerine getirilmiştir.

Kanunun incelenmesinde; birinci kısmın amaç, kapsam ve tanımlar başlıklı üç maddeden oluştuğu, ikinci kısmın birinci bölümünde yasaklanan faaliyetlerin, ikinci bölümünde kurulun yetkilerinin, üçüncü bölümünde idari para cezaları düzenlemelerinin yer aldığı, üçüncü kısmında teşkilatı tanımladıktan sonra birinci bölümde Rekabet Kurulu’nun, ikinci bölümde başkanlığın, üçüncü bölümde kurum personeli statüsünün düzenlendiği, dördüncü kısmın kurulun inceleme ve araştırmalarında usul başlığı ile düzenlemeler getirdiği, beşinci kısmında rekabetin sınırlandırılmasının özel hukuk alanındaki sonuçlarını düzenlediğini, altıncı kısmının ise son hükümler başlığı altında genel düzenlemeler getirdiği görülmektedir.

³⁷⁷ Kanunun ilk halinin metni için bkz.; 13.12.1994 tarih ve 22140 sayılı RG.

4.2.1. Esasa İlişkin Düzenlemeler; “Rekabet İhlalleri”

RKHK, dünya uygulamalarına paralel bir şekilde, ikinci kısmın birinci bölümünde yasaklanan faaliyetler başlığı altında üç ana yasak getirmektedir.

İlk olarak, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar, Kanun’un 4. maddesindeki düzenleme ile yasaklanmaktadır. Maddenin ikinci fıkrasında altı bent halinde rekabeti sınırlayıcı davranışlara; fiyat anlaşmaları, pazar paylaşımı, miktar kısıtlamaları, pazara giriş engelleri şeklinde örnekler verilmektedir. 4. madde hükmünün, R.A. md.81 hükümleri ile karşılaştırılmasında, yasaklayıcı hüküm bakımından bazı küçük farklılıklar dışında paralel hükümler getirildiği görülmektedir. Ancak, maddenin 3 ve 4. fıkralarında getirilen uyumlu eylem karinesi ve ispat yükü düzenlemeleri, dünyadaki tek yasal düzenleme örneği olarak mehz mevzuattan ve dünya rekabet hukuku uygulamalarından farklılaşmakta ve ispat yükünün uyumlu eylemde bulunduğu düşünülen teşebbüslere geçmesi hükümlerini getirmektedir.³⁷⁸

İkinci olarak, hakim durumdaki teşebbüslerin, bu hakim durumlarını kötüye kullanmalarını yasaklayıcı hükümler içermektedir. Kanun’un 6. maddesi, R.A. md.82 hükümlerine paralel düzenlemelerle hakim durumun kötüye kullanılmasını yasaklayan düzenlemeler getirmektedir.

Üçüncü olarak, kanun ilgili pazarlarda rekabet şartlarını etkileyecek derecedeki yoğunlaşma işlemlerinin kontrolünü düzenlemektedir. RKHK’nın 7. maddesi ilgili pazarda “rekabetin önemli ölçüde engellenmesi sonucunu doğuracak şekilde, bir veya birden fazla teşebbüs için hakim durum yaratan veya güçlendiren” herhangi bir birleşme veya devralmayı yasaklamaktadır. Kanunun kabulü sırasında, maddenin lafzı AB’nin o dönem birleşme tüzüğündeki (Tüzük No. 4064/89) ifadeyi aynen yansıtmıştır.

4.2.2. Uygulama Usulüne Yönelik Düzenlemeler: “İdari Usul”

İdarenin işlemlerini, önceden belirlenmiş, herkes tarafından bilinen, belli kurallara bağlı olarak yapması ve bu şekilde kamu hizmetini yürütmesi idarenin

³⁷⁸ Uyumlu eylem karinesine büyük eleştiriler getirilmektedir. Av.Gönenç Gürkaynak, kanun değişikliği aşamasında bu düzenlemenin kaldırılması, en azından ıslah edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Nurkut İnan’a göre ise, “uyumlu eylem karinesi” 4054 sayılı Kanun’un yüzkarasıdır. Uyumlu eylem karinesine ilişkin tartışmalar için bkz: 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanun’da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak, Sempozyum, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2006.

hukuka bağıllığını sağlayacak hukuki koruma yollarından bir tanesini oluşturmaktadır. İdari işlemin şeklini oluşturan idari usul; idarenin tek yanlı iradesinin en sağlıklı ve isabetli şekilde oluşabilmesi için, işlemde etkilenebilecek kişilerin katılımını sağlayan bir dizi hak ve muamele ile desteklenen idari işlemin yapılış süreci olarak nitelendirilmektedir. İdari usul kuralları ise, somut ve kişiselleştirilmiş bir olaya “maddi hukukun” uygulanma esası ve şartlarını gösteren kurallardır.³⁷⁹

İdari usulde hukuk devleti ilkesi uyarınca gerekli ve geçerli ilkeler bulunmaktadır. Bu ilkeler idari işlemin yapılışında geçerli evrelerle paralel şekilde belirlenmektedir. Duran’a göre genel ilkelerden en önemlisi açıklık ve aleniyet ilkesidir ve bu ilkeye bağılı olarak işlemin muhataplarının idarenin elindeki bilgi ve belgeleri edinme hakkının bulunması gerekmektedir. İlgilinin savunmada bulunmak suretiyle işleme katılımı katılım ilkesini oluşturmakta, idari işlemlerin gerekçeli olması ilkesi bulunmakta ve idarenin tarafsız ve objektif davranmasını içeren dürüstlük ve içtenlik ilkesiyle, idare ile bireyler arasında menfaatlerin dengelenmesini gösteren denge ilkesi bulunmaktadır.³⁸⁰ Özkan ise “genel idari usul ilkeleri”nin; idare makamına, bireyin güvenliğine, idari işleme ve yargı kararlarının uygulanmasına yönelik olmak üzere dörtlü ayrıma tabi tutularak incelenebileceğini ifade etmektedir.³⁸¹ İdare makamına yönelik usul ilkeleri; idarenin kendiliğinden ve yeterli araştırma yapması, yetki kurallarının değişmezliği, idarenin tarafsızlığı ve dolaysızlık ilkelerini içermektedir. Bireyin Güvenliğine yönelik usul ilkeleri ise, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 28 Eylül 1977 tarih ve (77) 31 sayılı “Bireyin İdari İşlemler Karşısında Korunması” başlıklı kararında belirlenen; dinlenilme hakkı, bilgi kaynaklarına giriş, hukuki yardım ve temsil, idari işlemlerin gerekçeli olması ve işleme karşı başvuru yollarının belirtilmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır.³⁸²

ABD ve çeşitli Avrupa ülkelerinin aksine ülkemizde tüm idari işlem ve kararların tabi oldukları şekil ve usul kurallarını düzenleyen genel bir idari usul kanunu bulunmamaktadır. Ülkemizde çeşitli kanunlarda ve ikincil mevzuatta dağınık bir şekilde usul kuralları bulunmaktadır. Ayrıca yargı içtihatları ile de geliştirilen usul kuralları bulunmaktadır. Buna göre bir idari işlemde gözetilmesi

³⁷⁹ AKYILMAZ Bahtiyar: İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Yetkin Yayınları, Ankara 2000, sf.63-65.

³⁸⁰ DURAN Lütfi: İdari Usul İlkeleri ve Kapsadığı Konular, İdari Usul Kanunu Uluslararası Sempozyumu içinde, Ankara 1998, sf.26-32.

³⁸¹ ÖZKAN Gürsel: İdari Usul Kanununda Düzenlenmesi Gereken Genel İdari Usul İlkeleri, İdari Usul Kanunu Uluslararası Sempozyumu içinde, Ankara 1998, sf.55.

³⁸² Özkan Gürsel: agm, sf.56-65.

gereken belli başlı usul ve şekil kurallarını; yazılı olma, gerekçeli olma, gerekliyse hazırlık işlemlerinin tamamlanmış olması, kolektif ve karma işlemlerde toplantı ve karar yeter sayılarına uyulma gereği, gerektiği durumlarda ilgilinin savunmasının alınması ile işlemin geri alınmasında yetkide ve usulde paralellik ilkesine uyulması gereği şeklinde tasnif etme imkanı bulunmaktadır.³⁸³

RKHK'nun dördüncü kısmında, "Kurul'un İnceleme ve Araştırmalarında Usul" başlığı altında getirilen düzenlemeler, Türk İdari sisteminde bir yeniliği ve işleme tabi tutulan tarafın kararın hazırlık aşamalarına ilk defa katılımını öngören düzenlemeler getirmektedir. Bu düzenlemeler, ülkemiz idari sisteminde, kanunla getirilen ilk idari usul olma niteliğindedir. Bu bölümde getirilen düzenlemeler, RK'nun soruşturmaya ne şekilde başlayacağını, incelemeler esnasında ne şekilde delil toplayacağını, soruşturma dönemi ve savunmalar için öngörülen süreleri, sözlü savunma esaslarını, nihai karar toplantısının şekli ve karar için gerekli nisapları, nihai kararın neler içermesi gerektiğini, kimin gerekçeli kararları yazacağını ve kararlara karşı yargı yolunu içermektedir.

4.2.2.1. Soruşturmaya Başlanması Aşaması

Kanun'un 40. maddesinin ilk fıkrasında yer alan; "*Kurul re'sen veya kendisine intikal eden başvurular üzerine doğrudan soruşturma açılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının tespiti için önaraştırma yapılmasına karar verir*" şeklindeki hükümden ve 41. madde düzenlemesinden, Rekabet Kurulu'nun yapacağı ilk inceleme sonucunda doğrudan soruşturma açılmasına karar verebileceği ya da soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının belirlenmesi için önaraştırma açılmasına karar vererek, önaraştırma sonucunda elde edilecek bilgilerle soruşturma açılmasına karar verebileceği anlaşılmaktadır.

Önaraştırma kararı alınması halinde ise 40. maddenin ikinci ve üçüncü fıkrası uyarınca Kurul Başkanı meslek personeli uzmanlardan bir ya da birkaçını raportör olarak görevlendirecek ve görevli raportörler 30 gün içinde elde ettiği tüm bilgileri, her türlü delili ve konu hakkındaki görüşlerini Kurula yazılı olarak sunacaktır. Kurul da, md.41 uyarınca, bunu takiben 10 gün içinde soruşturma açılıp açılmamasına karar verecektir.³⁸⁴

³⁸³ Günday Metin: İdare Hukuku, Yenilenmiş 5.Bası, İmaj Yayıncılık, Ankara 2002, sf.133-134.

³⁸⁴ Rekabet Kurumu tarafından görüşe sunulan Kanun Değişikliği taslağında önaraştırma süresi iki ay olarak belirlenmekte, md.41'de yer alan 10 gün ise 10 işgünü olarak öngörülmektedir.

Kanunda soruşturma kararının alınması ya da alınmayarak başvuruların red edilmesine yönelik olarak sınırlayıcı ya da idareyi yönlendirici süreler net olarak öngörülmemektedir. Öncelikle Kurul'a yapılan bir başvurunun hangi sürede incelenerek karara bağlanacağı belli değildir. Yapılacak ilk incelemenin süresi konusunda bir belirlilik bulunmamaktadır. Aynı şekilde önaraştırma açılması kararı verildiği takdirde, Kurul başkanının raportörleri ne zaman görevlendireceğine dair bir hükümde bulunmamaktadır. Kanun'un 42. maddesi uyarınca ihbarcı ve şikayetçilere ileri sürülen iddiaların ciddi bulunarak araştırmaya başlandığının yazılı olarak bildirilmesi gerektiği düzenlenmekle birlikte, bu bildirim hangi aşamada ve hangi süre içerisinde yapılması gerektiğinin düzenlenmediği görülmektedir. Belirlenmeyen sürelerin idari işlemlerin zımnen reddi halinde yargıya götürülme süresi olan 60 günlük süre içerisinde tamamlanması gerektiği düşünülse dahi, Kurul tarafından incelemelerin sürdürüldüğünün belirtilmesi halinde, kanaatimizce iptal edilecek bir zımni red kararının varlığını iddia etmek imkanı da kalmayacaktır. Uygulamada bu sürelerin, istismar derecesinde uzun tutulduğu ve kararların geciktiği, yayınlanan Rekabet Kurulu kararlarının dosya evreleri kısmından anlaşılmaktadır.³⁸⁵

Kurul tarafından yapılan ilk inceleme veya önaraştırma sonucunda herhangi bir işlem tesisine gerek bulunmadığı şeklinde bir karar verilmesi halinde, bu karar bir nihai karar olarak idari işlem niteliğinde olacaktır. Başvurular anlamında red kararı olacak bu kararın, md. 49 ila 53 düzenlemeleri uyarınca gerekçeli olarak alınması gerekecektir. Soruşturma açılması yönünde bir karar alınması halinde ise bu karar, bir ara karar niteliğinde olacak ve idari usulün diğer bir aşaması olan soruşturmanın yürütülmesi ve soruşturma raporunun hazırlanması aşamasına geçilecektir.

4.2.2.2.Soruşturmanın Yürütülmesi ve Soruşturma Raporunun Hazırlanması Aşaması

Kanun'un "Kurulun Soruşturmaya Başlaması" başlıklı 43. maddesinde 5388 sayılı Kanun ile yapılan son değişikliğe kadar, Kurul tarafından soruşturma açılması kararının verilmesi ile birlikte görevli raportör veya raportörlerle, Kurul üye veya üyelerinin de belirleneceği ve soruşturmanın en geç 6 ay içerisinde tamamlanacağı, gerekli görüldüğü takdirde ise bir defaya mahsus olmak üzere bu sürenin 6 ay daha uzatılabileceği düzenlenmekteydi. Son değişiklik sonrası bu

³⁸⁵ Karar örnekleri için bkz.; www.rekabet.gov.tr. Kanun taslağında, aktarılan bu sorunların giderilmesi amacıyla sürelerin başlangıç ve bitim tarihlerinin açıkça belirtildiği ve kapsam dışı başvuruların da açıkça başvuru sahiplerine bildirilmesi ile zımni red işleminden vazgeçilerek açık red yolunun benimsendiği görülmektedir. Son dönem kararlarında bu sürelerin nispeten azaldığı görülmektedir.

hüküm; “Soruşturma yapılmasına karar verildiği takdirde, Kurul³⁸⁶, ilgili daire başkanının gözetiminde soruşturmayı yürütecek raportör veya raportörleri belirler.” şeklinde değiştirilmiş, Kurul üyelerinin soruşturma heyetinde görev alması hükmü kanundan çıkarılmıştır.

43. maddenin ikinci fıkrası uyarınca, 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.

43. madde uyarınca, taraflara tanınan ilk yazılı cevap süresinin başlayabilmesi için bildirim yazısı ile birlikte, iddiaların türü ve niteliği hakkında yeterli bilginin ilgili taraflara gönderilmesi gerekmektedir. Doğrudan soruşturma açılması ya da 30 günlük önaraştırma süresinde elde edilen bilgilerle iddiada bulunulması halinde, ilk planda elde edilen bilgilerin sadece iddiaların niteliğini belirtecek tarzda olması nedeniyle, bu hükmün idareye takdir hakkı tanıdığı anlaşılmaktadır.

Soruşturma açılmasının bildirim üzerine yapılacak ilk yazılı savunma, ancak olay ve iddiaların niteliği üzerinde yapılabilecektir. Esasen Kanun’un önaraştırma yapılması ve soruşturma açılmasının bildirim ile birlikte ilk yazılı savunmanın ilgili taraflardan istenmesi şeklindeki düzenlemelerle mehz AB düzenlemelerinden ayrıldığı görülmektedir. Mehz düzenlemede soruşturma raporunun yazımına kadar olan sürede taraflara sadece, soruşturma açıldığının bildirim yapılarak yetki konusunda açıklık sağlanmakta ve inceleme evresi tamamen re’sen yürütülmektedir.³⁸⁷ Kanunumuzda ilk aşamada, henüz iddia ve olaylar dahi tam olarak belirlenmemiş iken yazılı savunma alınmasının pratikte de bir faydası bulunmamaktadır.³⁸⁸

Soruşturma raporunun hazırlanması esnasında yapılacak yerinde inceleme ve bilgi istemelerin soruşturma heyeti tarafından Kurul adına hareket edilmek suretiyle yapılacağı Kanun’un 44. maddesinde düzenlenmektedir.³⁸⁹ Ancak md.14

³⁸⁶ Kanun taslağında görevlendirmenin Başkanlık tarafından yapılacağı öngörülmektedir.

³⁸⁷ YOLCU, İsmail A., “4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da Yer Verilen Soruşturma Prosedürünün ve Uygulamada Karşılaşılan Usul Sorunlarının AB Hukuku Bağlamında Değerlendirilmesi”, Rekabet Kurumu Yay, Uzmanlık Tezleri Serisi, No:11, Ankara, 2003.

³⁸⁸ Kanun değişikliği taslağında, ilk yazılı savunma aşamasının kaldırılması öngörülmektedir.

³⁸⁹ 44. madde Kanun Taslağında sadeleştirilmekte ve meslek personelinin görevli olduğu tüm incelemelerde bu yetkiyi kullanabileceğine dair hükümler getirmektedir.

ve 15 deki düzenlemeler uyarınca istenecek bilgi ve incelenecek belgelerin soruşturma konusu ile ilgili olması gerekmekte ve konunun yetki belgesinde açıkça belirlenmiş olması gerekmektedir.³⁹⁰ Bu noktada ise hangi bilgi ve belgelerin soruşturma konusu ile ilgili sayılacağı tartışması ortaya çıkabilmektedir. İncelenecek belge ve istenecek bilgiler konusunda kanaatimizce soruşturma heyetini oluşturan meslek personelinin takdirinin esas olması gerekmektedir. Önemli olan bu bilgi ve belgelerin alınması değil, kararda dayanak olarak kullanılırken tarafların bilgilendirilip bilgilendirilmemiş olmasıdır.

Teşebbüsler tarafından görevli raportörlerin inceleme yapmasının engellenmesi, istenen belge ve bilgilerin süresi içerisinde verilmemesi halinde Kanun'un 17. maddesinin ilk fıkrasının d bendi uyarınca süreli para cezasına çarptırılması gündeme gelmektedir. Böyle bir durumun görevli raportörlerce düzenlenecek bir tutanakla belirlenmesini müteakip, süreli para cezası verilmesine dair Kurul tarafından karar alınmaktadır. Rekabet Hukuku uygulamalarını önlemeyi amaçlayan kötü niyetli teşebbüslerin bu müeyyideyi göze almak suretiyle daha büyük ihlallerini gözden kaçırabilme yolunun açık olduğu gerekçesiyle, cezaların niteliğinin değiştirilmesi ve ağırlaştırılması yönünde tarafımızca da benimsenen görüşler Rekabet Kurumu'nun yıllık raporuna ve OECD tarafından gerçekleştirilmiş olan ülke inceleme raporlarına yansımıştır.³⁹¹

Soruşturma safhası olarak yapılan inceleme, bilgi toplama ve değerlendirme dönemini oluşturan 6 aylık dönem sonunda soruşturma heyetince hazırlanacak olan soruşturma raporu, Kanun'un 52. maddesinde belirtilen karara dayanak oluşturan hususları içerir şekilde incelenen olayları, iddiaları, tespitleri ve raportör değerlendirmelerini içerecek şekilde hazırlanmalıdır. Kanun'un 45. maddesinin ilk fıkrası uyarınca da hazırlanan rapor, Kurul üyeleri ile taraflara tebliğ edilmek zorundadır.³⁹² Soruşturma raporunun Kurul üyeleri ve taraflara tebliği için Başkanlık makamına tesliminin 6 aylık süre³⁹³ sonunda olması

³⁹⁰ Kanun taslağında 14 ve 15 inci maddelerde esaslı değişiklikler öngörülmekte ve incelemelerde etkinliğin sağlanması amaçlanmaktadır. İncelemede belirliliğin sağlanması bakımından yetki belgesi uygulaması aynen muhafaza edilmektedir.

³⁹¹ Rekabet Kurumu 3.yıllık rapor,sf.12, 6. yıllık rapor, sf.15 ve Peer Review of Turkey's Competition Law and Policy, DAF/COMP/GF(2005)4, OECD 2005 raporu, sf.3 ve 24. Kanun taslağında bu yönde cezaları artırıcı hükümler bulunmaktadır.

³⁹² Kanun taslağında 45 inci maddede esaslı değişiklikler öngörülmektedir. Soruşturma raporunun Kurul'a tebliği savunmaların tamamlanması aşamasından sonraya alınmakta, tüm yazılı savunma ve delillerle birlikte Kurul'a tebligat öngörülmektedir.

³⁹³ Bu sürenin Kanun taslağında 4 aya indirilmesi öngörülmektedir.

gerekmektedir. Raporun tebliği ile rekabet ihlali incelemelerinde savunmalar aşamasına geçilmektedir.

4.2.2.3. Savunmaların Alınması Aşaması

Rekabet hukuku uygulamasında, rekabet ihlallerine karşı açılan soruşturmalarda gerçekleştirilen idari usulde, rekabet ihlalinde bulunduğu iddia edilen teşebbüslere hemen her aşamada savunmada bulunma imkanı tanınmaktadır. Kanun düzenlemeleri uyarınca bu tarafların üç yazılı ve bir sözlü olmak üzere dört defa savunma yapabileceklerinin düzenlendiği belirlenmektedir.

Soruşturmaya başlanması kararının tebellüğünü müteakiben, 30 gün içerisinde ilk yazılı savunmanın verilmesi Kanun'un 43. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülmektedir. Bu savunmanın yapılabilmesi için iddiaların türü ve niteliği hakkında yeterli bilginin de bildirilmiş olması gerektiği aynı fıkra düzenlenmektedir. Teşebbüsler bilgilerin yeterli olmadığı iddiasında bulunması halinde sürenin başlaması konusunda uyuşmazlık doğabilecektir. Ancak yukarıda da aktarıldığı üzere bu konuda idarenin takdir yetkisinin bulunduğunu düşünmekteyiz. Tarafların, md. 45/son hükmü uyarınca 30 günlük süreyi aşmaksızın Rekabet Kurulu'ndan ek bilgileri temin etmek suretiyle savunmalarını yapmaları imkanı bulunmaktadır. Ayrıca Kanun'un 44. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca haklarında soruşturma yürütülen teşebbüslerin, soruşturma açılması kararının tebliğinden sözlü savunma hakkını kullanma talebine kadar olan sürede Kurum bünyesinde kendileri ile ilgili düzenlenmiş her türlü evrakın ve mümkünse her türlü delilin bir nüshasının kendilerine verilmesini isteyebilecekleri düzenlenmektedir. Belirtilen hüküm uyarınca savunma sürelerini aşmamak kaydıyla kendileri ile ilgili her türlü bilgiyi Kurum'dan alarak savunmalarında kullanma imkanı tanınmaktadır. Kurul tarafından tarafların bilgilendirilmediği hususların karara dayanak yapılamayacağı düzenlemesi de, takdir yetkisinin sınırları olarak her türlü bilginin verilmesi sonucunu doğuracak niteliktedir. Savunmacı teşebbüslerin ayrıca kararı etkileyebileceğini düşündükleri her türlü bilgi ve delili her zaman Kurula sunabilecekleri 44. maddenin ilk fıkrasında düzenlenmektedir.

Soruşturma raporunun hazırlanmasını müteakip taraflara tebliği ile asıl savunma safhasına geçilmektedir. Kanun'un 45. maddesinin ikinci fıkrası düzenlemesi uyarınca Kanunu ihlal ettiği belirlenenlere 30 gün³⁹⁴ içerisinde yazılı savunmalarını Kurula göndermeleri tebliğ edilir denmektedir. Yapılan savunmalar hakkında, soruşturmayı yürütmekle görevlendirilen heyetin 15 gün³⁹⁵ içerisinde ek

³⁹⁴ Kanun taslağında bu süre iki aya çıkarılmaktadır.

³⁹⁵ Kanun taslağında bu süre bir aya çıkarılmaktadır.

yazılı görüş bildirmesi gerekmektedir. Bu ek görüşün de aynı madde uyarınca Kurul üyeleri ile ilgili taraflara bildirilmesi gerekmektedir. Ek görüşün tebellüğünden itibaren 30 gün³⁹⁶ içerisinde de, tarafların bu görüşe cevap verme hakları bulunmaktadır. Bu sürelerin tarafların haklı gerekçeler göstermesi halinde en çok bir katına kadar uzatılabileceği düzenlenmiştir.³⁹⁷ Bu noktada Kurul'un haklı gerekçelerin tespiti anlamında bir takdir yetkisinin bulunduğu ortaya çıkmaktadır.

Kanun'un 46. maddesi "sözlü savunma toplantısı" başlığını taşımakta ve sözlü savunma toplantısının hangi şartlarda yapılacağını düzenlemektedir. Buna göre sözlü savunma toplantısı taraf teşebbüslerin yazılı talebi üzerine veya Kurul tarafından re'sen karar alınması durumunda yapılacaktır. Kanun düzenlemesinden tarafların talebi halinde sözlü savunma toplantısının şart işlem olarak yapılması gerektiği anlamı çıkmaktadır.³⁹⁸

46. maddenin ikinci fıkrasında sözlü savunma toplantısının soruşturma safhasının bitiminden en az 30, en çok 60 gün içinde yapılacağı belirtilmekte ve sözlü savunma davetiyelerinin ise toplantı gününden 30 gün önce taraflara gönderileceği düzenlenmektedir. Bu hükümde yer alan soruşturma safhası ifadesi yine muğlaklık içermektedir. 45. maddede belirtilen soruşturma safhası sonunda rapor yazılacağı hükmü ile bu hüküm çelişmektedir. Sözlü savunma toplantısına aynı safhada karar verilmesi halinde yazılı savunmalar tamamlanmadan ve sözlü savunma toplantısı talebi yapılmadan tarih belirlenmesi gerektiği gibi bir anlam çıkmaktadır. İfade yanlışlığı sonucu bu tereddütlere yol açan soruşturma safhasından, Kanun bütünlüğünün sağlanması amacıyla, yazılı savunmaların tamamlanması aşamasının anlaşılması gerektiğini düşünmekteyiz. Nitekim Rekabet Kurulu uygulamalarının da bu şekilde olduğu belirlenmektedir.³⁹⁹

"Sözlü Savunma Toplantısına İlişkin Esaslar" başlıklı 47. maddede; sözlü savunma toplantısının esas olarak açık yapılacağı ancak, gizlilik kararı alınabileceği, toplantıda başkan veya ikinci başkan ile en az 4 kurul üyesi olmak üzere 5 üyenin bulunması gerektiği, toplantıların en fazla 5 gün sürecek 5

³⁹⁶ Kanun taslağında bu süre bir ay olarak düzenlenmektedir.

³⁹⁷ Kanun taslağında süre uzatımı ayrı ek madde olarak 45/A olarak düzenlenmekte ve önaraştırma ve soruşturma dönemlerindeki sürelerin yarısına kadar uzatımı Kurul takdirine bırakılmaktadır.

³⁹⁸ Kanun taslağında bu hüküm korunmakta, sözlü savunmanın talep halinde mutlaka yapılması öngörülmektedir.

³⁹⁹ Kanun taslağında bu muğlaklık giderilmekte, toplantının ne zaman yapılacağı bakımından yazılı savunmaların tamamlanması aşamasından sonra sözlü savunmanın yapılacağı düzenlenmekle, açıklık getirilmektedir.

oturumda tamamlanması gerektiği, tarafların toplantıdan en geç 7 gün önce ispat vasıtalarını bildirmekle yükümlü oldukları ve HUMK'a düzenlenen delil ve ispat vasıtalarından faydalanabilecekleri ve toplantıya rekabeti ihlal ettiği belirtilen taraflar veya temsilcilerinin yanı sıra doğrudan veya dolaylı menfaatini toplantıdan önce Kurul'a ispatlayanların katılabileceği düzenlenmektedir.⁴⁰⁰ Bu son düzenleme uyarınca şikayetçi ve diğer rekabet ihlalinin mağduru konumunda olanların sözlü savunma toplantısına katılabilecekleri anlaşılmaktadır.

Sözlü savunma toplantısı düzenlemelerinden incelemeye konu olan rekabet ihlalinin tüm taraflarının, şikayetçi ve mağdurlarının iddia ve savunmalarını sözlü olarak Kurul önünde ifade ederek oluşacak karara etkide bulunmalarının amaçlandığı görülmektedir. Sonuçta alınacak karar bir idari karar olarak Rekabet Kurulu'nun tek yanlı kararı olmakla birlikte yargısal usule paralel bir idari usulün getirildiği saptanmaktadır. Ancak tüm bu usul hükümleri, idari işlemin hazırlık aşamasını oluşturmakta ve işlemin şekil bakımından doğru yapılmasını gerektiren unsurlar olarak ortaya çıkmaktadır. Sözlü savunma toplantısının gerçekleştirilmesi ile savunmalar aşaması da tamamlanarak, rekabet ihlallerinde nihai kararlar aşamasına geçilmektedir.

4.2.2.4. Nihai Kararların Alınması

Rekabet Kurumu'nun görevleri içinde olan rekabet ihlali incelemeleri, menfi tespit/muafiyet incelemeleri ve birleşme veya devralmalara izin verilmesi için yapılan incelemeler sonucunda, usul içinde ara kararlar niteliğindeki tedbir, ihlale son verme ve usule ilişkin kararlar alınmakta, en son aşamada ise nihai olarak karar alınması aşamasına gelinmektedir. Karar aşamasında; kararın Rekabet Kurulu tarafından alınış şekli, görüşme usulü, görüşme ve karar yeter sayıları, kararın yazım şekli ve tebliğinin Kanun'un dördüncü kısmında ayrıntılı olarak düzenlendiği görülmektedir.

Kollektif kararlar olarak ortaya çıkan Rekabet Kurulu kararlarında; md.49 uyarınca toplantılarda görüşmelerin gizli yapılacağı ve kararın alenen tevhim edileceği, md.50 uyarınca görüşmelerin Başkan veya yokluğunda ikinci başkan tarafından idare edileceği ve konuların serbestçe tartışılacağı hükümlerinin getirildiği görülmektedir. "Toplantı ve Karar Yeter Sayısı" başlıklı 51. madde

⁴⁰⁰ Kanun taslağında, sözlü savunma toplantısına katılacakların açıkça düzenlenmediği görülmektedir. Açıkça düzenleme getirilenler, hakkında soruşturma yürütülenler olarak belirlenmektedir. Taslaktan şikayetçilerin, açık toplantıya ancak izleyici olarak katılabilecekleri anlamı çıkmaktadır. Ancak, son fıkra hükmü ile sözlü savunmanın yapılaş esaslarının yönetmelikle belirleneceği düzenlenmektedir. Şikayetçinin idari işlemde taraf kabul edilmemesinin, madde düzenlemesine yansıtıldığı anlaşılmaktadır.

düzenlemesinde; Kurul'un nihai kararlar için en az 5 üye ile toplanıp 4 üyenin aynı yöndeki oyu ile karara varacağı, ara karar niteliğindeki kararlar için ise üye sayısının üçte biri toplanarak (üç üye), toplananların salt çoğunluğu (en az 2 üye) ile karar vereceği düzenlenmektedir. Bu düzenlemelerden Başkan ve İkinci Başkan'ın bulunmaması halinde toplantı yönetiminin gerçekleşmeyeceği, dolayısıyla Kurul toplantısının yapılamayacağı sonucu çıkmaktadır. Kurul'un 5 üye ile toplanması halinde ise 4 üyenin aynı görüşte toplanamaması sonucu nihai karar oluşmamış olacaktır. Bu durumda ise karar alınması kanunda süre tahdidine tutulan hususlarda 3'e karşı 2 oy bulursa dahi 2 üyenin oyu ile örneğin birleşme veya devralmaya zımni kabul çıkması imkan dahilinde bulunmaktadır. 5 üye ile toplanma zorunluluğu ise, üye değişim dönemlerinde yeni üyelerin atanmasının gecikmesi halinde Rekabet Kurulu'nun nihai kararlar alamaması sonucunu doğuracak ve zımni kabul veya zımni red sonuçlarını doğuran bir durum ortaya çıkaracaktır. Bu örneklerin de gösterdiği üzere Kanun'da sayı belirtilmek yerine görev yapan faal üye sayısı üzerinden oransal nisap belirlenmesinin daha doğru olacağı ortaya çıkmaktadır.⁴⁰¹

Kanun'un kararlarda bulunması gereken hususlar başlıklı 52. maddesi, rekabet ihlali incelemelerindeki soruşturma sonucunda alınacak nihai kararlara göre tanzim edilmiş görünmekle birlikte, kararlar arasında bir ayırım yapmaması nedeniyle Rekabet Kurulu'nun alacağı tüm kararların ne şekilde formüle edileceğini gösterir tarzda ifadede bulunmaktadır.⁴⁰²

Kararların yazılması konusunda ise Kanun'un 53. maddesi özel düzenleme getirmektedir. Buna göre kararları Başkan veya görevlendireceği bir üye yazacak ve muhalif kalan üyeler karşı oylarını belirteceklerdir. 54. madde uyarınca Kanundaki sürelerin işlemeye başlaması için gerekçeli kararın taraflara tebliğ edilmesi gerekmekte ve süreler tebliğ tarihinden itibaren işlemeye başlamaktadır. Rekabet Kurulu uygulamalarına bakıldığında ise, gerekçeli kararların daha sonra tebliğ edileceği belirtilerek kısa kararlar şeklinde kararın

⁴⁰¹ Son kanun değişikliği sonrasında Kurul üye sayısının 8 olmasına karşın, 7 üye üzerinden toplantı yeter sayısı belirlenmesine bazı üyeler karşı oy kullanmakta olup, Danıştay 13. Dairesi'nin son dönemde aldığı bazı kararlar da bu yönde oluşmaktadır. Danıştay kararlarının bu yönde kesinleşmesi halinde, kanun değişikliği sonrası 8 üye ile toplanılarak alınan tüm kararların da hukuka aykırılığı gündeme gelebilecektir.

⁴⁰² Kanun taslağında, nihai karar maddesi 48 inci madde de düzenlenmekte ve 52 nci madde tamamen kaldırılmaktadır. Taslağa göre nihai karar yazılı savunma sürelerinin bitimi veya sözlü savunma yapılması halinde toplantı tarihinden itibaren 15 gün içinde alınmalıdır. Kararın gerekçesinin ise iki ay içerisinde tekemmül ettirilmesi öngörülmektedir. Taslakta karar içerisinde bulunması gerekenlerin daha açık bir dille yazıldığı görülmektedir.

alındığı ve gerekçeli kararların tebliği bakımından bir süre ile bağlı davranılmadığı anlaşılmaktadır. Hazırlık işlemi niteliğindeki ara kararlarda bir sorun yaratmayacağı düşünülebilecek bu uygulamanın, nihai nitelikteki maddi hukuk uygulamalarında dava açma süresinin uzamasına yol açtığı görülmektedir. Dava açma süresinin uzamasının diğer bir olumsuz sonucu da, kararların yargısal kesinleşmesinin gecikmesidir. Kanun'un ilk halinde, 55 inci maddesi düzenlemesi uyarınca Kurul kararlarının kesinleşmeden uygulanamayacağı hükmü de göz önüne alındığında, idari kararların tek yanlılık ve icrailik niteliğinin büyük oranda zedelendiği sonucu ortaya çıkmıştır.⁴⁰³

4.2.2.5. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Yer Alan İdari Usul Hükümlerinin Değerlendirilmesi

İdari usul ilkeleri bakımından Kanunda getirilen idari usul sisteminin değerlendirilmesinde; ilke olarak belirtilen hemen tüm hususların kanunda yer aldığı görülmektedir.

İşlemin muhatabı olan teşebbüs bakımından savunma imkanları en geniş şekilde bulunmakta, dosyaya erişim hakkı ve kendisi ile ilgili tüm delillere erişim imkanı bulunmakta, yapılan yerinde incelemelerde yetkili kişilerin yetkisini kontrol etme imkanı getirilmektedir. Yazılı savunmalar haricinde sözlü olarak dinlenme, temsilci vasıtası ile savunma yapma hakkı bulunmakta, kararların gerekçesi ile birlikte kendisine tebliği sonrasında yargı yoluna gitme imkanı tanınmaktadır. Bireysel hakların korunması bakımından, kanunda getirilen düzenlemelerin gereğinden fazla bir şekilde geniş olduğu açıktır.

İşlemi gerçekleştiren idare bakımından ise getirilen hükümlerde yazım hatalarından kaynaklanan anlaşılma zorluğu ortaya çıkmaktadır. Kurum bütünlüğü ile karar organı olan Kurul'un karıştırılması, sürelerin düzenlenmesinde soruşturma safhalarının açık bir şekilde ayrılmaması uygulamada sorunlar yaratmasına karşın, yeknesak bir uygulama oluşturulmasını engellemiştir. İdarenin resen araştırma yapması konusunda uygulamada pek fazla bir zorluk çıkmamıştır.

İdari usul ile getirilen sürelerde, işlemin hazırlığının oldukça uzadığı görülmektedir. Kanunda yazılı sürelerin hiç uzatılmadan uygulanması ve kararın gerekçesinin hemen hazırlanması ve tebliğ edilmesi halinde 10 ayı bulan bir usul bulunmaktadır. Bu sürelerin tamamının uzatılarak kullanılması halinde, tebligat süreleri ile birlikte 18 ayı bulan bir süreç yaşanmaktadır. Şikayetin incelenmesi ve

⁴⁰³ Günday Metin: Rekabet Kurulu Kararlarının Yargısal Denetimi Paneli, Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 1999, sf.65.

gerekçeli kararların tamamlanmasının uzaması ile Rekabet Kurumu tarafından rekabet ihlalin cezalandırılmasının 2-3 yılı bulduğu görülmektedir. Yayımlanan kararların dosya evreleri kısmından bu durum rahatça teyit edilebilecektir.

İdari usul kapsamında getirilmiş olan savunmalar, kararların yazılması, toplantı ve karar alım usulü gibi hususların, idari yargılama usulüne benzer şekilde düzenlenmiş olduğu, İdari Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine bakıldığında rahatça anlaşılacak niteliktedir. Bu hükümlerin yargılama benzeri düzenleme getirmiş olması, BİO olarak düzenlenen Rekabet Kurumu'nun bağımsızlık özelliği ile de birleştiğinde yargı benzeri niteliğini pekiştirmektedir. Kararların alınışında yarı yargısal nitelik bulunması, kararların idari karar olma niteliği ile yargı kararı olma niteliğinin karıştırılmasına sebep olacak niteliktedir.

Son Kanun değişikliğine kadar, usulde yer alan soruşturma heyetinde karar organı olan Kurul'un bir üyesinin yer alması, tarafsızlık ve dolaysızlık ilkelerine aykırı olarak değerlendirilmiş ve tartışma yaratmıştır. Rekabet Kurumu tarafından, 5 Kasım 2001 tarihinde düzenlenen "Bağımsız İdari Otoriteler"⁴⁰⁴ sempozyumunda yapılan tartışmada, bu hükmün tarafsız karar alma sürecini zedelediği görüşü ile kanuni zorunluluk olarak idari işlemde bulunulmasının hukuka aykırılık doğurmayacağı görüşleri aktarılmıştır. Bu konunun Danıştay kararları ile açıklığa kavuşacağı ifade edilmiştir.

4.3. Türk Rekabet Hukuku Sisteminde Görevli Yargı Yeri

Türk Rekabet Hukuku sisteminde yargı makamlarının görevleri bakımından karma bir sistem öngörülmüştür. RKHK'nun özel hukuk bakımından sonuçlarının yürütülmesi bakımından adli mahkemelerin görevli olduklarında bir şüphe bulunmamaktadır. Bu alanda sorun, adli yargının işleyişi ile Rekabet Kurumu kararları ve bu kararların idari yargıda denetlenmesi arasında oluşabilecek içtihat farklılıklarından ortaya çıkmaktadır. Bu tartışmalar tebliğin, yargı kararlarının incelenmesi bölümünde aktarılacak ve değerlendirilecektir.

Rekabet hukukunu uygulamakla görevli BİO niteliğindeki Rekabet Kurumu kararlarının yargı denetimi ise Kanun'un 55 inci maddesi "Kurul Kararlarına Karşı Yargı Yolu" başlığı altında düzenlenmektedir. Kurulun nihai kararlarına, tedbir kararlarına, para cezalarına ve süreli para cezalarına karşı Danıştay'a başvurulabileceğini düzenlemektedir. Getirilen özel düzenleme ile Danıştay ilk derece mahkemesi olarak belirlenmektedir. Danıştay Kanunu'nda yer almayan bir düzenleme ile Danıştay'a ilk derece mahkemesi olarak görev

⁴⁰⁴ Bağımsız İdari Otoriteler, Rekabet Kurumu Yayınları, Yayın No:80, Ankara, 2001. Tartışmalar için bkz; sf.91-113.

verilmiş, Kanun'un ilk uygulama dönemlerinde Danıştay 10.Dairesi torba daire olarak, BİO'ların kararlarının yargı denetimine de bakmıştır. Danıştay Kanunu'nda 2.6.2004 tarihinde yapılan değişiklikle 13. Daire olarak bir ihtisas dairesi kurulmuş olup, BİO'ların yargı denetimi, İDM olarak bu daireye verilmiştir. Bu kapsamda Rekabet Kurumu kararlarına karşı da İDM 13. Daire olmuştur.⁴⁰⁵ 13. Daire kararlarının temyiz yeri Danıştay Dava Daireleri Kurulu olup, Danıştay ilk ve son derece mahkemesi olarak yargı denetiminde görevli yargı merciidir.

Yasal düzenlemeler bakımından, RK ve diğer BİO'ların kararlarına karşı yargı yolu düzenlenmiş iken, 1/6/2005 tarihinde yürürlüğe giren 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 2,3, 26 ve 27. maddeleri hükümleri uyarınca, idari para cezası öngörülen hallerde yargı yerinin, genel kanun hükmü olarak düzenlenmesi ile yine bir kargaşa ortamına dönülmüştür. Özen'e göre KK'nun hükümleri ile idari yaptırımlar karşısında adli yargı yerine başvurulması düzenlemesi tabi hakim ilkesine aykırılık taşımakta ve anayasaya aykırı bir düzenleme getirmektedir. Ancak KK, mevcut hali ile 4054 sayılı Kanun bakımından sorun yaratan bir durum ortaya çıkaracaktır.⁴⁰⁶ Bu sorun uygulamada tüm idari kurumlar ve BİO'lar için ortaya çıkmaya başlamıştır. Uyuşmazlık mahkemesi kararları uyarınca görev yeri sorununda, artık idari yaptırım niteliğindeki para cezaları için adli mahkemeler görevli olacaktır.⁴⁰⁷ Başbakanlık tarafından yürütülen Kanun değişiklikleri çalışmaları kapsamında, diğer BİO'ların yürütmekte oldukları kanunlar gibi 4054 sayılı Kanun'un değişikliği hususu gündeme gelmiştir.⁴⁰⁸ Yapılan çalışma kapsamında özellikle uygulanan idari yaptırımlara karşı yargı yolunun değiştirilmek istendiği anlaşılmaktadır. RKHK md. 55. hükmü uyarınca Danıştay tarafından ilk derece mahkemesi olarak incelenen idari yaptırımların, Kabahatler Kanunu md.27 ve 29 hükümleri uyarınca Sulh Ceza Mahkemesi'nce incelenmesi ve Ağır Ceza Mahkemesi'nce kesin hükme bağlanması öngörülmektedir. Bu düzenlemeler ile ortaya çıkan yargı yeri sorunu cevapsız olarak durmaktadır.⁴⁰⁹

⁴⁰⁵ Kanun metni için bkz; 9.6.2004 tarih ve 25487 sayılı Resmi Gazete.

⁴⁰⁶ Özen, Muharrem, Rekabet ve Ceza Hukuku, BATİDER Sempozyum içinde, sf.263.

⁴⁰⁷ Bu yöndeki uyuşmazlık mahkemesi kararları için bkz; <http://rega.basbakanlik.gov.tr/Eskiler/2005/12/20051228-12.htm>

⁴⁰⁸ <http://www.basbakanlik.gov.tr/docs/mgygm/LISTE-I-II.doc>

⁴⁰⁹ Kabahatler Kanunu, Danıştay tarafından Anayasa Mahkemesine itiraz yolu ile götürülmüş olup, Anayasa Mahkemesi'nin 1.3.2006 tarih ve E.2005/108, K.2006/35 sayılı kararı ile Kabahatler Kanunu'nun 3.maddesi iptal edilmiştir. Ancak gerekçeli karar henüz yayınlanmamış olup, kanunun genel kanun olduğunu ifade eden 3. maddesinin

4.4. RKHK’da Yapılan Değişiklikler

Türk rekabet hukuku uygulamasında, yaptırımların uygulanmasında yaşanan sorunların, bu sorunlarda idarenin ve yargının rolü ve alınan kararların değerlendirilmesi bakımından RKHK’da yapılan değişikliklerinin içeriğinin öncelikle ortaya konması gerekmektedir. Bu nedenle yapılan değişiklikler özetle aktarılmaktadır.

RKHK, bugüne değin üç defa değişmiştir. Yapılan bu üç değişiklikten ayrı olarak, kanun değişikliği Rekabet Kurumu gündemindedir. Bu değişiklik taslağında, rekabet hukuku uygulaması bakımından çok önemli değişiklikler gündeme getirilmektedir. Taslağa göre, yoğunlaşmaların kontrolünde başvuru sistemi basitleştirilmekte, son dönem AB normları getirilmekte, yoğunlaşmalar ve diğer idari usul bakımından getirilen süreler netleştirilmekte, usuli ihlallere ilişkin cezalar ağırlaştırılmakta, küçük ihlaller için istisna hükmü getirilmekte, ihlali yapanlarla ceza uygulanmaksızın anlaşma yolu getirilmekte ve usule ilişkin hükümler açık ve net bir anlatıma kavuşmaktadır. Taslak genel düzenlemeleri ile, rekabet hukukunun daha etkin uygulanmasına yönelik hükümler içermektedir.

Kanunda yapılan ilk değişiklik, 4971 Sayılı “Bazı Kanunlarda ve Milli Piyango İdaresi Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” ile olmuştur.⁴¹⁰

4971 sayılı Kanun’un 25. maddesinin (A) fıkrası ile 4054 sayılı Kanun’un 15. maddesinin sonuna bir fıkra eklenmiştir. Bu düzenleme ile yerinde inceleme sırasında kullanılacak yetkiler açıklığa kavuşturulmuş; yerinde incelemenin yapılmasına yönelik engellerin giderilmesi için mahkeme kararıyla yerinde inceleme yapabilmek imkanı getirilmiştir.

Söz konusu maddenin (B) fıkrası ile 4054 sayılı Kanun’un 39. maddesinin (b) bendi ile maddenin son cümlesi yürürlükten kaldırılmıştır. Yürürlükten kaldırılan bu hükümler uyarınca, Kurum tarafından verilen idari para cezalarının % 75’inin Hazineye % 25’inin ise Kurum’a gelir olarak kaydedilmesi, Kanun’un muhatapları teşebbüsler ve özellikle uluslararası platformlarda yabancı kurum ve kuruluşlar tarafından sıkça eleştirilmiş; bu düzenlemenin, Kurum’u bir menfaat çatışmasına iteceği ve kararlarındaki tarafsızlığı zedeleyeceği ifade edilmiştir. Bu eleştirilere konu olan hükümlerin kaldırılması neticesinde, kamu vicdanında rahatsızlık uyandırma ve idarenin hesap verebilirliğine gölge düşürme

iptal edildiği bilinmektedir. Bu şekilde özel kanunlardaki yargı yerleri korunmuş olacak ve bu düzenlemenin yarattığı karmaşanın son bulması gerekecektir.

⁴¹⁰ Kanun metni için bkz; 15.08.2003 tarih ve 25200 sayılı Resmi Gazete. Değişiklikler hakkında yorumlar, RK 2003 yıllık raporundan aynen alınmıştır.

ihhtimali bulunan anılan uygulamaya son verilmiş ve para cezalarının tamamının Hazineye irat kaydedilmesi sağlanmıştır.

Maddenin (C) fıkrası ile, 4054 sayılı Kanun'un 53. maddesinde yer alan ve Kurul kararlarının ne zaman yayımlanacağına ilişkin tereddütlere neden olan ibare çıkarılmıştır. Bu ibarenin çıkması ile Kurul'un gerekçeli kararları yargısal kesinleşme beklenmeksizin Resmi Gazete'de yayımlanabilmektedir.

Maddenin (D) fıkrası ile, 4054 sayılı Kanun'un 55. maddesinde değişiklik yapılmıştır. Anılan maddenin ikinci fıkrası, para cezalarının Kurul kararı kesinleşmeden tahsil edilemeyeceğini öngörmekteydi. Buradaki kesinleşmeden yargısal kesinleşmenin kastediliyor olması nedeniyle, Kurul'ca verilen para cezaları, ya süresi içinde aleyhine yargı yoluna başvurulmaması ya da yargı yoluna başvurulması halinde yargının Kurul kararını onaması ile kesinleşebilmekte ve ancak bu durumda tahsil edilebilmekteydi. 55. maddedeki bu düzenleme, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'ndaki "itirazın yürütmeyi durdurmayacağı"na ilişkin genel prensip ile de çelişmekteydi.

Kanun'da yapılan ikinci değişiklik 5234 Sayılı "Bazı Kanun ve Kanun Hükümünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" ile yapılmıştır.⁴¹¹

5234 sayılı Kanun'un 29. maddesi ile; 07.12.1994 tarihli ve 4054 sayılı Kanunun 39. maddesine mülga (b) bendinden sonra gelmek üzere aşağıdaki (c) bendi eklenmiş ve mevcut (c) bendi (d) bendi olarak teselsül ettirilmiştir:

"Yeni kurulacak olan anonim ve limited şirket statüsündeki tüm ortaklıkların sermayelerinin ve sermaye artırımı halinde artan kısmın on binde dördü nispetinde yapılacak ödemeler,"

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 20. maddesine göre, Rekabet Kurumu idari ve mali özerkliği haiz bir kurum olarak kurulmuştur. Kurum'un sahip olduğu bu özerklik, uluslararası genel anlayışa uygundur. Ayrıca, Rekabet Kurumu'nun özerk bir kurum olarak faaliyet göstermesi, Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne üyelik sürecinde rekabet politikası alanında mevzuat uyumu bakımından da büyük önem taşımaktadır. Nitekim, AB Komisyonu tarafından hazırlanan İlerleme Raporlarında da bu hususun altı önemle çizilmiştir. Kurum'un sahip olduğu özerkliğin önemli ayaklarından birisi mali özerkliktir. 39. maddeye eklenen bent ile söz konusu mali özerkliğin ve dolayısıyla Kurumun özerkliğinin korunması amaçlanmıştır.

⁴¹¹ Kanun metni için bkz; 21.09.2004 tarih ve 25590 sayılı Resmi Gazete. Değişiklikler hakkında yorumlar, RK 2004 yılı yıllık raporundan aynen alınmıştır.

Kurum maliyetlerinin azaltılması amacıyla, 4054 sayılı Kanun'un 53. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "Resmi Gazetede" ibaresi "Kurum internet sayfasında" şeklinde değiştirilmiştir.

55. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "bir ay" ibaresi "üç ay" olarak değiştirilmiştir. 01.08.2003 tarih ve 4791 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile Rekabet Kurulu tarafından uygulanan para cezalarının teşebbüsler tarafından ödenmesi için bir aylık süre öngörülmüştü. Ancak uygulamada söz konusu bir aylık sürenin bazı sakıncaları barındırdığı anlaşılmış ve tanınan bu süre içinde teşebbüslerin finansal güçlüğü düşme riskiyle karşılaşabilecekleri görülmüştür. Bu nedenle, bir aylık ödeme süresi üç aya çıkartılmıştır.

Kanunda yapılan üçüncü ve son değişiklik, doğrudan RKHK'da değişiklik yapan ilk kanun olan 5388 sayılı "Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun" ile yapılmıştır.⁴¹²

Kanun'un ilk maddesi ile muafiyet uygulamalarında ilgililerin talebi şartı kaldırılmış, muafiyetin süresi bakımından sınırlar kaldırılmıştır. Ayrıca muafiyetin hangi aşamada başlayacağı açık bir şekilde düzenlenmiştir.

Kanun'un ikinci maddesi ile zorunlu bildirim sistemi kaldırılmıştır. Bu değişiklikte, bildirimde bulunmamaya verilen ceza da kaldırılmıştır. Ayrıca talep edilen bilginin verilmemesi hali de ceza yaptırımına bağlanmıştır. Bu değişiklikte Türk rekabet hukuku sistemi, AB'nin yeni sistemine uyumlu hale gelmiştir.

Kanun'un üçüncü maddesi ile Rekabet Kurulu'nun yapısında değişikliğe gidilmiş ve Kurul üye sayısı 11' en 7'ye indirilmiştir. Kurul'a üye gönderecek kurumların yapısında ve üye sayısında değişikliğe gidilmiş, bu kapsamda Rekabet Kurumu tarafından gösterilecek adayların en az yarısının Rekabet Uzmanı olması zorunluluğu kaldırılmıştır.

Kanun'un dördüncü maddesi ile hukuk fakültesi mezunu olan kişilerin, diğer okul mezunları ile farklı bir şekilde sınava alınmaları imkanı getirilmiştir.

Kanun'un beşinci maddesi ile tebliğimiz bakımından en önemli değişiklik gerçekleştirilmiştir. Bu değişiklikte, idari usul uygulamasında tarafsızlık ilkesinin sağlanması gereğince, soruşturma heyetinde Kurul üyelerinin görevlendirilmesi hükmü kaldırılmıştır. Değişiklik uyarınca soruşturma heyeti raportörlerden oluşacak ve soruşturma raporları Daire başkanlarının gözetiminde raportörlerce yürütülerek Kurul'a sunulacaktır. Bu madde de, ayrıca düşen üye sayısına uygun olarak toplantı ve karar yeter sayılarında değişiklikler getirilmiştir.

⁴¹² Kanun metni için bkz; 21.09.2004 tarih ve 25590 sayılı Resmi Gazete.

5. TÜRK REKABET HUKUKU UYGULAMASINDA YARGI KARARLARI

Türk rekabet hukukunun 11 yıllık uygulamasında, Kanun'un bazı hükümlerinin anayasaya aykırılığı iddiası ile Anayasa Mahkemesi tarafından, özel hukuk bakımından uygulanması konusunda Yargıtay tarafından ve Rekabet Kurumu kararlarının denetimi kapsamında Danıştay tarafından alınmış çeşitli kararlar bulunmaktadır. Bu kararlar çerçevesinde, ülkemizde 11 yıllık rekabet hukuku uygulamasında gelinen nokta bu bölümde aktarılmaya çalışılacaktır.

5.1. Anayasa Mahkemesi Kararları

RKHK, 13.12.1994 tarihinde yürürlüğe girmiş olmasına karşın, hukuk uygulamasında yer bulması Rekabet Kurumu'nun faaliyete geçmesini müteakip gerçekleşmiştir. Rekabet Kurulu tarafından alınan kararlardan yargıya ilk götürülenler Kurul'ca alınan tedbir kararlarıdır. TFF-Cine⁴¹³ soruşturmasında alınan tedbir kararının Danıştay'da iptalinin istenmesi üzerine, Danıştay 10. Dairesi ilk derece mahkemesi olarak, sadece Danıştay Kanunu'nda sayılan işlerde görevli olduğunu, diğer kanunlarda bu şekilde kendisine görev verilmesinin anayasaya aykırı olduğunu değerlendirerek, 4054 sayılı Kanun'un 55 inci maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinin iptali için Anayasa Mahkemesi'ne itiraz yoluyla başvurmuştur. Anayasa Mahkemesi 4054 sayılı Kanun hakkında 22.12.1998 tarihinde E.1998/48, K.1998/85 sayılı ilk kararını, bu başvuru üzerine vermiştir.⁴¹⁴

Danıştay 10.Dairesinin başvuru gerekçesinde; *“Danıştayın çeşitli yasalara serpiştirilecek düzenlemelerle, davaların ilk ve son derece mahkemesi haline getirilmesi, bu düzenlemenin Anayasaya uygun sonucu olmayıp, kamu yararı içermemekte ve hukuk devleti ilkesine de aykırı düşmektedir.”* değerlendirmesi bulunmaktadır. Bu değerlendirmeden, 10. Dairenin genelde Danıştay Kanunu dışındaki kanunlarla ilk derece mahkemesi olarak görevlendirilmesine, özelde ise Rekabet Kurulu kararlarına karşı İDM olarak görevlendirilmesine karşı olduğu görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi kararında bu iddiayı; *“Anayasa'nın 155. maddesinin ilk fıkrasının son tümcesinde Danıştay, “kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar” denilmektedir. Buradaki “kanun” sözcüğü yalnız Danıştay kuruluş yasasını*

⁴¹³ Karar metni için bkz; <http://www.rekabet.gov.tr/pdf/99-46-500-316.pdf>

⁴¹⁴ Karar metni için bkz; <http://www.anayasa.gov.tr/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1998/K1998-85.htm>

değil, diğer yasaları da kapsayacak biçimde geniş anlamda kullanıldığından kuruluş yasası dışındaki yasalarla Danıştay'a görev verilemeyeceği ileri sürülemez. Bu nedenle, 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 24. maddesinde sayılmayan bir uyuşmazlığın doğrudan ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülmesini öngören itiraz konusu yasa kuralının Anayasa'ya aykırı olduğu yolundaki savda isabet yoktur.” gerekçesi ile karşılamış ve iptal isteminin reddine karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi tarafından verilen ilk karar ile Rekabet Kurulu kararlarına karşı yargı yeri konusundaki hukuki tartışma, o dönem itibariyle sona ermiştir. Danıştay'ın itiraz noktası ise, yukarıda aktarılan kanun değişikliği ile Danıştay Kanunu'na ekleme yapılması sonucu karşılanmış bulunmaktadır. Kabahatler Kanunu düzenlemesi ile oluşan karmaşa ise hala çözüm beklemektedir.

4054 sayılı Kanun'un Anayasa Mahkemesine itiraz yolu ile götürülen ikinci hükmü, Kanun'un Kurum'un gelirlerini düzenleyen 39. maddesi b bendi hükmü olmuştur. Bu hüküm, değişiklikten önce, Kurum'un gelirleri arasında verilen para cezalarının %25'nin yer almasını öngörmekteydi. Rekabet Kurulu'nun Maya⁴¹⁵ kararına karşı açılan davada bu hükmün anayasaya aykırılığı iddiasının ciddi bulması ile Danıştay 10. Dairesi, ileri sürülen iddiayı itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine taşımıştır. Anayasa Mahkemesi 17.4.2002 tarih ve E.2002/69, K.2002/45 sayılı kararında,⁴¹⁶ “*Rekabet Kurumu'nun gelirlerine ilişkin itiraz konusu kuralın bakılmakta olan davada uygulanma olanağı bulunmadığından başvurunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle reddi gerekir*” gerekçesi ile ilk inceleme sonucu başvuruyu reddetmiştir.

Ancak kararın karşı oy gerekçesinde; “*Dava dilekçesinde, Rekabet Kurumu'nun gelirleri arasında Kurul'ca verilen cezaların da yer almasının, verilecek kararlarda tarafsızlık ilkesinin gözetilip-gözetilmediği kuşkusuna neden olduğu gibi Kurul'un bağımsızlığına gölge düşürebileceğinden söz edilerek hukuk devleti ilkesinin zedelendiğinin ileri sürülmesi karşısında Yüksek Mahkeme; hukuk devletinin özünde yer alan adaletin korunması ve hukuk güvenliğinin sağlanması amaçlarına aykırılık oluştuğunu kabul etmiştir.*”

Uyuşmazlığın esasının çözümü sonucunda para cezası kesinleştiğinde yüzde yirmi beşi Kurum'a gelir kaydedileceğine göre 4054

⁴¹⁵ Karar metni için bkz; <http://www.rekabet.gov.tr/pdf/00-24-255-138.pdf>

⁴¹⁶ Karar metni için bkz; <http://www.anayasa.gov.tr/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2002/K2002-45.HTM>

sayılı Yasa'nın 39. maddesinin (b) bendinin, 16. madde yönünden Anayasa'ya aykırılığını ileri sürerek başvuruda bulunmaya, bu konuda esasa ilişkin karar verecek olan Danıştay Onuncu Dairesi yetkilidir.

Açıklanan nedenlerle başvuran Mahkeme'nin bu konuda yetkili olduğu düşüncesi ile çoğunluk görüşüne karşıyız.” ifadeleri yer almıştır.

Karşı oy yazılarında da yer aldığı üzere, Rekabet Kurumu'nun kararlarını alırken tarafsızlık ilkesini gözetmesi gerekeceği ilk kez mahkeme kararlarında ifade edilmiştir. Bu karar sonrasında, Rekabet Kurumu yıllık raporlarında belirtilen uluslar arası makamlarca getirilen eleştiriler de göz önünde tutularak, yapılan Kanun değişikliği ile bu hüküm kaldırılmıştır.

5.2. Yargıtay Kararları

RKHK'nun özel hukuk bakımından sonuçları bakımından adli mahkemelerin yetkili olduğu konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Rekabet Kurumu'nun çalışmaya başlaması sonucu kanunun hukuk uygulamasında ortaya çıkması ile birlikte, özel hukuk davaları da ülkemizde gündeme gelmiştir. Bu alanda, özel teşebbüslerce tazminat davaları açılmış ve alınan kararlar Yargıtay denetimine tabi tutulmuştur. Yargıtay 19.Hukuk Dairesi tarafından, 4054 sayılı Kanun kapsamında verilen iki karara ulaşılabilmektedir⁴¹⁷.

Yargıtay 19. H.D. 1.11.1999 tarihli ilk kararında şu şekilde hüküm kurmuştur. *“Dava, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 57. maddesinde ifadesini bulan hakim durumun kötüye kullanılması nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen zararın tazmini istemine ilişkindir. Davada yer alan talebin açıklanan niteliği gözetildiğinde, tazminata karar verilebilmesi için öncelikle 4054 sayılı Yasanın yetkili kıldığı Rekabet Kurulu tarafından hakim durumun kötüye kullanılmış olduğunun*

⁴¹⁷ Tebliğin hazırlanması sırasında açık kaynaklardan ulaşılamayan 3. bir Yargıtay kararının varlığı, sempozyum esnasında Rekabet Kurumu 2.Başkanı Tuncay Songör'ün uyarısı ile fark edilmiştir. Yargıtay 19.HD, 21.4.2005, E.2004/9634,K.2005/4463 sayılı kararında, tebliğde tartışmaları aktarılan bekletici mesele sorunlarına hiç değinilmeden yerel mahkeme kararının, 4054 sayılı Kanun ve ilgili tebliğ hükümlerinin yanlış değerlendirildiği, olayda yerel mahkemenin tespit ettiğinin aksine bir rekabet ihlali değerlendirmesinin yapılamayacağına hüküm altına alındığı görülmektedir. Ancak bu karar sonucunda da, rekabet hukuku kurallarının özel hukuk alanında henüz bir tazminata hükmetmediği gerçeği değişmemiştir. Yargıtay'ın üç kararında da, rekabet ihlali değerlendirmesinin yerel mahkemelerce yapılmasını, bekletici mesele sayma veya esastan red etmek suretiyle bozduğu görülmektedir. 11 yıllık uygulama sonucunda, özel hukuk uygulaması ile bir tazminata ulaşılamadığı gerçeği aynen devam etmektedir.

saptanması gerekir. Mahkemece bu yön gözetilerek, davacı tarafın anılan Yasa kapsamında Rekabet Kurumuna başvuruda bulunup bulunmadığının araştırılması, böyle bir müracaat yoksa, yapılacak başvurunun, ön mesele olarak sonucunun beklenmesi gerekirken bu husus düşünülmeden yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmemiştir.”⁴¹⁸

Yargıtay’ın bu ilk kararına göre, herhangi bir rekabet ihlali nedeniyle tazminat talep edilebilmesi için öncelikle yetkili makam olan Rekabet Kurumu’nun kararının beklenmesi gerektiği açıkça ifade edilmiştir.

Yargıtay 19. HD 29.11.2002 tarihinde verdiği ikinci kararında aynı görüş yönünde değerlendirme yapmıştır. Hakim durumun kötüye kullanıldığından bahisle açılan tazminat davasında, kabul edilen bir tazminat davasını Yargıtay, “*Öte yandan, davanın dayanaklarından biri, 1998/3 sayılı tebliğdir. 1998/3 sayılı tebliğdeki feshi ihbar sürelerinin taraflardan birinin sözleşmeyi tek taraflı fesih etmesi hali için getirilmiş bulunmasına, somut olayda tarafların karşılıklı oluşan rızaları sonucu sözleşmenin fesih edilmiş olmasına ve protokol gereklerinin de taraflar tarafından yerine getirilmiş olduğunun anlaşılmasına, Rekabet Kurulunun 21.12.1999 tarih 1999-58/624-398 sayılı kararı ile de davalının 4054 Sayılı Yasaya aykırı bir eyleminin bulunmadığı saptandığından, anılan Kanununun 58. maddesindeki tazminata hükmedilmesi koşullarının da oluşmamış olmasına, olay ikrahi oluşturmadığından 4054 Sayılı Yasaya aykırılık dolayısı ile açılan idari davanın sonucunun da beklenmesine yer olmadığından davanın reddine karar...*” verilmesi gerektiğine hükmederek bozmuştur.⁴¹⁹

Kararda azlık oyu gerekçesinde Daire Başkanı; “*Somut olayda, davacının rekabet ihlali yönünden Rekabet Kuruluna başvurduğu Kurulca bu iddialar yönünde görülmeyerek soruşturma açılmasına gerek bulunmadığına karar verildiği ancak karara karşı idari yargı yoluna başvurulduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemece idari davanın ön mesele olarak sonucu beklenip, tüm delillerin birlikte değerlendirilerek bir karar verilmesi...*” gerektiği düşüncelerine yer vermiştir.

⁴¹⁸ Yargıtay 19. H.D., 1.11.1999, E.1999/3350, K.1999/6364, FMR Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Dergisi, Cilt: 1, s. 2, sf. 208-209.

⁴¹⁹ Yargıtay 19. HD., 29.11.2002 tarih ve E.2002/2827, K.2002/7580. Karar metni, Ahmet Eğerci’nin “Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi, Rekabet Kurumu Yayınları, Lisansüstü Tez Serisi No:12, Ankara, 2005, sf.262-263. isimli yayınından alınmıştır.

Yargıtay'ın ikinci kararı, ilk kararındaki görüşüne uygun şekilde, Rekabet Kurumu kararını esas almak suretiyle alınmış bir karardır. Rekabet Kurumu tarafından bir ihlal görülmemiş olması nedeniyle tazminata hükmedilmesinin yanlış olduğu belirtilmektedir. Rekabet Kurulu kararının idari yargıya götürülmüş olmasının olayda ikrah oluşturmadığından beklenmesi gerekmediğine hükmedilmiştir. Karara göre, tazminat hükmü kurulması için Rekabet Kurumu kararı olması yeterlidir ve bu kararın yargı denetiminden geçmesi gereği bulunmamaktadır. Ancak, karşı oy gerekçesinde, Rekabet Kurumu kararının yargı denetimi sonucu kesinleşmesi gerektiği düşüncesi ifade edilmiştir.

Türk rekabet hukuku uygulamasında tazminat hükümlerinin işletilebilmesi için önce Rekabet Kurumu kararı, daha sonra bu kararın idari yargı denetiminden geçerek kesinleşmesi ve kesinleşen karar üzerine adli yargıda tazminat talep edilmesi gerekip gerekmediği üzerine doktrinde ve uygulamacılar arasında yoğun tartışmalar bulunmaktadır.⁴²⁰ Tüm görüş ve kararlar sonrası varılan sonuç, uygulamada yeknesaklığın sağlanması ve uzmanlığın gözetilmesi bakımından tazminat davalarının, yargı denetiminden geçerek kesinleşmiş idari ihlal kararlarını takip eden davalar olarak görülmesi gerektiği şeklinde özetlenebilir. Rekabet Kurumu tarafından görüşe açılmış olan kanun değişikliği taslağında da, Rekabet Kurumu'nun bilirkişi olarak görev yapması öngörülmüş olup, Kurum tarafından inceleme yapılan konularda mahkemelerin Kurum kararını bekletici mesele yapması hükmü getirilmek istenmektedir.

Bu durumun tazminata ulaşılmasının gecikmesi, içtihat zenginliğinin oluşmasını önlemesi gibi nedenlerle eleştirilmesi de mümkündür. Ancak ulaşılan sonuç, tebliğimizin yurt dışı uygulamalarının açıklandığı bölümle de uyum göstermektedir. Rekabet hukukunda doğrudan tazminat taleplerinin yargı yoluyla elde edilmesi, ekonomik ve adli sistemin gücü ile doğru orantılıdır. Dünya üzerinde, rekabet tazminatını ABD ölçeğinde etkin uygulayan bir başka ülke bulunmamaktadır. AB, gelişmiş ekonomik yapısına karşın doğrudan tazminat uygulamasına yeni adım atmaya çalışmaktadır. AB'nin güçlü ülkeleri olan Almanya, İtalya ve Fransa'da da doğrudan tazminata hükmedilmesi yeni gündeme gelmektedir. Ülkemiz bakımından da, rekabet hukukunun uzun dönemli uygulaması ile bu çözüme ulaşılacağı düşünülebilir. Maalesef ülkemiz rekabet hukuku uygulamasında günümüz itibarıyla rekabet ihlallerinden zarar görenlerin tazminat elde etmesinden önce, rekabet ihlallerinin sona erdirilmesi ve idari cezaların uygulanabilmesi daha önemli bir sorun teşkil etmektedir.

⁴²⁰ Bu tartışmaların özeti için bkz; Eğerci, Ahmet, age, sf.256-266.

5.3. Danıştay Kararları

Danıştay İDM olarak, Rekabet Kurumu kararlarının yargı denetimini yapmaktadır. Ülkemizde idari sistemin gereği olarak, Danıştay kararları sonucunda rekabet hukuku ihlallerinin niteliği belirlenmekte, uygulanan yaptırımlar ancak yargı kararı sonrası kesinleşmesi ile içtihat haline gelmektedir. Yargı denetimi sonucunda rekabet hukuku uygulamasının etkinliği ortaya çıkabilecektir.

Rekabet Kurumu'nun faaliyete geçmiş olduğu 1998 yılından bu yana Danıştay nezdinde görülmekte olan davalarda ilk derece ve temyiz mercii olarak ulaşılan kararlara ilişkin bilgiler ekte sunulan tabloda yer almaktadır. 2005 yılı sonuna değin Rekabet Kurumu tarafından yargı denetimine tabi olan 1524 adet karar alınmıştır.⁴²¹ Bu kararların 706 adedi birleşme veya devralmalar, 354 adedi muafiyet ve menfi tespit kararlarıdır. Bu kararlar genellikle tarafları veya etkilenen üçüncü kişiler tarafından yargı denetimine götürülmeyen kararlar niteliğindedir. Bu güne değin alınmış olan 462 adet karar rekabet ihlallerine ilişkindir ve taraflar genellikle bu kararları yargı denetimine götürmektedirler. Ekte sunulan davaların önemli bir kısmı rekabet ihlali iddialarına yönelik alınan kararlara ilişkin davalardır. Bu davalardan da uygulama bakımından en çok önem taşıyanları, soruşturma sonucunda verilen kararlardır. Uygulamada Rekabet Kurumu eğer ciddi bir rekabet ihlali şüphesi yoksa soruşturma açmamaktadır. Bugüne değin rekabet ihlali iddiaları sonucu açılan soruşturma sayısı 112 adettir ve 21 adedi halen yürütülmekte olan soruşturmalardır. Soruşturma sonucu alınan 91 adet kararda, rekabet ihlali bulunan teşebbüslere RK tarafından 154 milyon YTL tutarında ceza verilmiştir. 91 karardan 64 adedi taraflarca yargıya götürülmüştür ve bu kararlara karşı açılmış bulunan 307 adet dava dosyası bulunmaktadır. Bu kararlarda yönetim kurulu üyeleri olan gerçek kişilerle, birden çok teşebbüsü oluşturan çeşitli tüzel kişilikler taraf olmakta ve her bir taraf kararın kendine ilişkin kısmının iptalini dava konusu yapmaktadır. Tüm tarafların kendi adlarına dava açmaları nedeniyle karar sayısının çok üzerinde dava sayısı bulunmaktadır.

Türk rekabet hukuku sistemi verilen bu cezaları kararların alındığı ilk dönemlerden bu yana çeşitli yasal ve uygulama sorunları nedeniyle toplayamamaktadır. Yukarıda aktarıldığı üzere kanunda Ağustos 2003 tarihinde yapılan ilk değişikliğe kadar verilen cezaların tahsil edilebilmesi için yargı denetiminden geçerek kesinleşmesi gereği bulunmaktaydı. Ancak kararların yargı

⁴²¹ Karar sayılarına ilişkin istatistikler, Rekabet Kurumu internet sayfasından, dava sayılarına ilişkin güncel bilgiler ise Rekabet Kurumu Hukuk Müşavirliği istatistik verilerinden derlenmiştir.

önüne götürülmesi için taraflar yazılı tebligatı beklemekteydi. Kanuna göre gerekçeli kararları yazmakla görevli olarak belirtilen üyeler kararların yazımını yapmadıkları gibi, bazı kararların imzalanmasını çok geciktirmişlerdir. İlk dönemlerde alınan kararların taraflara tebliği, bazı üyelerin kararları imzalamaması nedeniyle kararın alınmasından itibaren 1 aydan 2 yıla varan sürelerde gecikmeler göstermiştir. Bu şekilde kötüye kullanım nedeniyle, bağımsız idari kurumlara ilişkin kanun tasarısında, 60 gün içerisinde kararı imzalamayan bir Kurul üyesininin istifa etmiş sayılacağına dair hüküm konulmak durumunda kalınmıştır.⁴²² RK kanun değişikliği taslağında da, gerekçeli kararın ne zaman tamamlanması gerektiğine dair süre bulunmaktadır.

2002 yılından itibaren Rekabet Kurumu biriken kararlar sorununu uzmanların yardımıyla çözmüştür. Şu an itibariyle, yine istisnalar bulunsa da, kararlar 1-2 ay içerisinde tebliğ edilmektedir. Fakat kararların tebliği sonrasında da yargı süreci gündeme gelmiştir. Yargı sürecinin 3-4 yılı bulduğu görülmektedir. Yargı sürecinin bu kadar uzun sürmesi cezaların tahsil edilememesine ve ihlalde bulunanların, enflasyon yardımı ile yaptırımın etkilerinden kurtulmasını sağlamaktaydı. İlk yasa değişikliğinden önce alınan ve yargıya götürülen kararlarda cezaların tahsili bakımından yargı denetimi sonucunda kesinleşmiş kararlar gerekmektedir.

Yargı sürecinin uzaması nedeniyle yapılan kanun değişikliği ile tebliğ edilen kararlar da yargı denetimine götürülmüş ve bu kez de Danıştay'ın vermiş olduğu yürütmeyi durdurma kararları ile cezaların tahsili durdurulmuştur. İdare hukukunda verilen yüksek para cezaları yeni bir hukuk dalı uygulaması olarak diğer idari para cezalarına göre daha ciddi görülmekte ve Danıştay tarafından yürütmeyi durdurma kararları genelde her davada alınmaktadır. Yürütmeyi durdurma kararının alınmadığı davalarda da, iptal kararı çıkması durumunda ödenen paranın iadesi taraflarca istenebilmektedir.

Son kanun değişikliğine değin ihlal kararlarına karşı sadece 3 soruşturma kararında 9 ayrı teşebbüsün açtığı davada nihai karar ulaşılmış iken, “soruşturmacı üye” kararları ile RK'nun kanun değişikliği öncesinde almış olduğu tüm kararların iptaline karar verilmiştir. Bu iptal kararları, Türk rekabet hukuku sisteminin bu ana kadar ki uygulamasının iflasının tespiti niteliğindedir.

5.3.1. Danıştay'ın İptal Kararları

Rekabet Kurumu kararlarına karşı Danıştay tarafından verilmiş olan iptal kararları usule ilişkin başlıca dört gerekçeyle sınıflandırılabilir. Soruşturma

⁴²² Tasarı metni için bkz; <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0866.pdf>

açılmaksızın alınan kararlara karşı verilen iptal kararları yetersiz inceleme ile şikayetin reddi gerekçesine dayanırken⁴²³, ayrıca soruşturma açılmaksızın anlaşmaların bildirilmemesine yönelik verilen para cezalarının da iptaline karar verilmiştir.⁴²⁴ Tebliğimiz kapsamında yer alan Rekabet Kurumu'nun açılan soruşturmalar sonucu verdiği ihlal kararlarına karşı verilen iptal kararları ise, “tebliğ edilen kararlarda karşı oy yazılarının bulunmaması” ve “Kurul üyelerinin soruşturma aşamalarına katılmaları sonrasında kararın oluşumuna etki etmelerinin idarenin tarafsızlığı ilkesine aykırı olması” (soruşturmacı üye) şeklinde iki ayrı gerekçeye dayandırılmaktadır.

Kurul kararlarında karşı oy yazılarının tebliğ edilmemesi nedeniyle dava açılan 64 soruşturma kararından 3 adedi iptal edilmiştir.⁴²⁵ Kararların şekli noksanlık nedeniyle iptal edilmiş olması dolayısıyla Rekabet Kurumu tarafından, karşı oy yazılarının eklenerek kararların ayrıca taraflara tebliğ edilmesi ile işlem yapılmasını da Danıştay aldığı kararlarla⁴²⁶ iptal etmiştir. Bu kararlarda Danıştay,

⁴²³ Danıştay 10. Dairesi 07.10.2003 tarih ve E.2002/4519,K.2003/3811 sayılı kararı ile Rekabet Kurulu'nun Şan Otomotiv kararı, Danıştay 13. Dairesinin 22.06.2005 tarih ve E.2003/3060,K.2005/3245 sayılı kararı ile SSK kararı, Danıştay 13. Dairesinin 13.07.2005 tarih ve E.2004/9696,K.2005/3451 sayılı kararı ile Paşabahçe Bayiler kararı, eksik inceleme gerekçesi ile iptal edilmiştir. Bu kararlarda şikayetler, Rekabet Kurulu tarafından önaraştırma veya ilk inceleme aşamalarında red edilmiştir. Danıştay tarafından eksik inceleme gerekçesi ile iptal edilen bu kararlar sonucunda, Rekabet Kurumu tarafından incelemelerin bir sonraki evresi olan soruşturma ve önaraştırma yapılmıştır. Şan Otomotiv (bkz; <http://www.rekabet.gov.tr/pdf/04-60-856-200.pdf>) ve Paşabahçe Bayiler (<http://www.rekabet.gov.tr/pdf/05-65-928-250.pdf>) dosyalarında şikayetler yine red edilmiştir. SSK dosyasında ise soruşturma devam etmektedir.

⁴²⁴ Bu konuda, muafiyet ve menfi tespit incelemeleri, birleşme veya devralma incelemeleri ve önaraştırma aşamalarında, anlaşmaların zamanında bildirilmemiş olmasının tespiti ile verilen maktu para cezalarının da soruşturma açılarak verilmesi gerektiğine dair kararlar bulunmaktadır. Ancak bu kararlar henüz temyiz aşamasında olup, yeniden işlem tesisi de yapılmamıştır. Son kanun değişikliği ile birleşme veya devralmalar dışında anlaşmaların bildirim zorunluluğunun da kalkması ile bu sorun da çözülmüş görünmektedir.

⁴²⁵ Adıyaman LPG, Ege Bölgesi Çimento-1 ve Puis-Tabgis soruşturmaları karşı oy yazılarının gönderilmemiş olması nedeniyle iptal edilmiştir. Bu kararlara örnekler, Adıyaman LPG için Danıştay 10. Dairesinin 15.01.2001 tarih ve E.1999/1734,K.2001/53 sayılı kararı, Ege Çimento-1 için Danıştay 10. Dairesinin 15.01.2001 tarih ve E.2000/1393,K.2001/58 sayılı kararı, TABGİS için Danıştay 10. Dairesinin 14.10.2003 tarih ve E.2001/550,K.2003/3963 sayılı kararlarıdır.

⁴²⁶ Karşı oy yazıları eklenerek gönderilen kararların iptaline dair kararlara örnekler, Adıyaman LPG için Danıştay 13. Dairesinin 29.03.2005 tarih ve E.2002/6000,K.2005/1733 sayılı kararı, Ege Çimento-1 için Danıştay 10. Dairesinin 23.12.2003 tarih ve E.2002/3686,K.2003/5292 sayılı kararlarıdır.

iptal edilen kararın hukuk aleminden kalktığını, aynı kararın eksikliklerinin giderilerek tebliğ edilmesi ile yeni bir karar alınmış olmadığını ve tesis edilen bu işlemin de iptal edilmesi gerektiğini hükmetmiştir. Bu kararlardan Rekabet Kurulu'nun soruşturma sonucu ilk ceza uyguladığı karar olan Adıyaman LPG kararında, şikayetler Kuruma 05.11.1997 tarihinde gelmiş, Kurul tarafından 26.11.1998 tarihinde verilen kararın tebligatı 15.03.1999 tarihinde yanlış yapılmış, bu kararlar Danıştay 10. Dairesi tarafından 15.01.2001 tarihinde iptal edilmiş, kararın tamamlanması düşüncesi ile yapılan tebligatlar 22.04.2002 tarihinde olmuş, bu tebligatlarda 29.03.2005 tarihinde yine iptal edilmiş ve Kurul tarafından bu kararlara yönelik olarak 25.10.2005 tarihinde yeniden karar alınmıştır.⁴²⁷ Bu alınan kararda yargı denetimine götürülebilecektir. Yargı denetimi sonucunda ne şekilde karar çıkacağı ise belli değildir.

Soruşturma sonucu verilen rekabet ihlali cezalarının tamamının iptaline yol açan karar ise, Rekabet Kurumu'nun kararlarında idarenin tarafsızlığı ilkesine aykırı kararlar aldığına dair soruşturmacı üye kararlarıdır. Rekabet Kurumu soruşturma kararlarına karşı açılan davalarda 15.03.2006 tarihine kadar kesin hükme bağlanmış dosya sayısı 164 adettir. Bu kararlardan 149 adedi iptal yönünde çıkmış olup, iptal kararlarının 142 adedi soruşturmacı üye gerekçesi ile verilen iptal kararlarıdır. Soruşturma kararlarının dava açılan 64 adedinden 39 adedi bu gerekçe ile hukuka aykırı hale dönüşmüştür. Tüm iptal kararlarının gerekçesi kopya karar niteliği ile aynı ifadeleri taşımaktadır. Bu gerekçe aşağıdaki şekilde özetlenebilir.

".....; Rekabet Kurulu'nun ilgili mal ve hizmet piyasasında 4054 sayılı

Kanun'da öngörülen kurallara göre hem rekabetin ihlâl edilip edilmediğini belirleyen hem de bu belirlemeye göre kişiler üzerinde önemli sonuçlara yol açan idari yaptırımlar uygulayan bir kurul olduğu görülmektedir. Belirtilen nitelikteki bu Kurulun, yerine getirdiği görevle ve kullandığı yetkilerle orantılı olarak bağımsızlık ve tarafsızlık ilkelerine göre faaliyette bulunması Kanun'un ve hukukun genel ilkeleri gereğidir.

..... (kanunda belirlenmiş olan usul hükümlerine göre), soruşturma aşamasında görevlendirilen Kurul üyesi ve raportörlerden oluşan heyet, Kanun'un ihlâli iddiasıyla ilgili her türlü bilgi ve belgeyi toplayıp, bunları değerlendirerek soruşturma raporu hazırlamakta ve

⁴²⁷ Yenilenen Adıyaman LPG kararı için bkz; <http://www.rekabet.gov.tr/pdf/05-73-986-273.pdf>

ayrıca tarafların bu rapora karşı gönderecekleri savunma üzerine de ek yazılı görüş hazırlayarak Kurul üyelerine ve ilgili taraflara bildirmektedir.

.....Bu durumda, soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin, soruşturma raporunun ve burapora karşı verilen savunmayla İlgili olarak hazırlanan ek yazılı görüşün oluşturulmasışaşamasında bulunmak, raporu ve ek görüşü imzalamak suretiyle görüşünü önceden oluşturduğu ve açıkladığı dikkate alındığında, aynı üyenin soruşturma raporunun vesavunmanın objektif bir şekilde tartışılıp değerlendirilmesinin gerekli olduğu nihai kararınverileceği toplantıya katılıp oy kullanmasının tarafsızlık ilkesine aykırı olduğu sonucuna varılmaktadır.

Nitekim, Danıştay Onüçüncü Dairesi'nin 2005/5170 esasına kayıtlı dosyasında yürütmenin durdurulması isteminin reddine ilişkin karara yapılan itiraz üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 26.05.2005 tarih ve YD İtiraz No: 2005/278⁴²⁸ sayılı kararı ile itirazın ve yürütmenin durdurulması isteminin kabulü yolunda verilen karardaki gerekçede bu doğrultudadır.”

Karar gerekçelerinde yer verilen DİDDK'nun kararı 15'e karşı 14 oyla alınmış bir karardır. Bu kararda çoğunluk görüşünün dayandığı en önemli gerekçe kanunda soruşturma heyetinde görev alan üyenin karara katılmaması ile karar nisabının etkilenmeyeceği hususudur. Kararda bu durum; “Dolayısıyla, anılan Kanun maddesinde (4054 md.51) soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin nihai karar toplantısına katılıp oy kullanması zorunlu görülmediği gibi, soruşturmayı yürüten üyenin nihai karar toplantısına katılmaması halinde, Kanunda öngörülen toplanma ve karar yetersayısının oluşmaması durumu da söz konusu değildir.” şeklinde yer almıştır.

Ancak karşı oy gerekçesinde ise bu gerekçeler aşağıdaki şekilde karşılanmıştır.

“...yasa koyucunun, rekabet soruşturmasının teknik ve uzmanlık gerektiren niteliğini de göz önüne alarak, Kurul üyelerinden bir veya bir kaçının rekabet soruşturmasında Kurulcagörevlendirilmesine ve bu kişilerin daha sonra Kurulun toplantılarına ve nihai kararlarınakatılmalarında herhangi bir sakınca görmediği ve özellikle katılmalarını öngördüğüanlaşılmaktadır. Bu nedenle, Rekabet Kurulu üyelerinden soruşturma yapanların" ağırlaştırılmış nisap" aranan Kurul

⁴²⁸ Anılan karar, tebliğe ek olarak sunulmaktadır.

kararlarına 28. maddenin son fıkrasında sayılan durumlar dışında katılmalarının yasal bir zorunluluk olduğu açıktır.

Öte yandan, soruşturma kurulu tarafından hazırlanan raporun ve ek yazılı görüşün nihai karar toplantısından önce taraflara bildirildiği ve haklarında soruşturma yapılan tarafların Kanunda ayrıntılı olarak düzenlenen yazılı ve sözlü savunma haklarını geniş bir şekilde kullanabildikleri (Md.43/2, 45/2), Kurulun tarafları bilgilendirmediği ve savunma hakkı vermediği konuları kararlarına dayanak yapamayacağı (Md.44/3) ve tarafların sözlü savunma isteminde bulunmaları durumunda, Kurulun takdir yetkisinin bulunmadığı (Md.46/1) göz önüne alındığında, soruşturma kurulunun başkanlığını yapan ve böylece soruşturmanın disiplin içinde ve zamanında bitirilmesinde hiyerarşik bir üst olarak eşgüdüm ve gözetim işlevini yürüten Kurul üyesinin nihai karar toplantısına katılıp oy kullanması tarafsızlık ilkesini zedelemesiz.”

Rekabet Kurumu tarafından yapılan savunmalarda BİO olarak görev yapan RK ile mahkemelerin bağımsızlığı kavramının karıştığı değerlendirilmesi ile çeşitli savunma argümanları getirilmiştir. Ancak, Danıştay 13. Dairesi yapılan kanun değişikliği sonrasında tüm RK kararlarının, aynı şekilde kararlarla iptali yoluna gitmektedir.⁴²⁹

İdarenin tarafsızlığı ilkesinin dünyadaki uygulamalarına bakıldığında, aynı sorunların gündeme geldiği görülmektedir. İdari makam olarak rekabet hukuku uygulaması yapan organlarda soruşturma ve idari karar mekanizmasının aynı bünyede olduğu görülmektedir. Ancak tarafsızlığın sağlanmasında iç işleyiş önem verilmektedir.

ABD⁴³⁰ örneğinde, idari soruşturma yetkisi ile karar alma yetkisinin birleşmesinin, tarafsızlık ilkesine doğrudan bir aykırılık oluşturmayacağı ifade edilmektedir. ABD’de idari makam olarak görev yapan FTC, 5 üyeden oluşan bir komisyon ile karar almaktadır. Ancak karar makamı ile soruşturma birimleri arasında iç işleyiş bakımından ayırım getirilmiştir. Soruşturmanın başlaması ile

429 Danıştay’ın tarafları ve konuları değişik ama aynı nitelikte aldığı format karar örnekleri için bkz; FMR Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Dergisi, Cilt: 5, s. 5, sf.168- 208. Bu örneklerde, aynı dosyada verilen iki ayrı sonuçlu kararların karşılaştırılması imkanı da bulunmaktadır.

430 ABD’de tarafsızlık ilkesinin sağlanması konusunda bkz; “The Combination Of Prosecutorial And Adjudicative Functions At The United States Federal Trade Commission, Submission By The United States Of America”, www.unctadxi.org/Sections/AntalyaConference/docs/Presentations/t drbpayt05108_en.pdf

birlikte komisyonerlerin raportörlerden veya taraflardan kayıt dışı bilgi almaları yasaktır. Bu yasak, raportörlerin tarafların ulaşamayacakları belgelerle karar makamını etkilemelerini önlemeye yöneliktir. Ayrıca, tarafların menfaat çatışması durumlarında üyeyi reddetme imkanları vardır. Bu sistem içerisinde, soruşturma açma kararı veren komisyonun, tekrar nihai kararı da almasının sorun yaratıp yaratmayacağına değerlendirilmesinde, ilk kararın sadece şüpheler ve cevaplanması gereken hususların saptanmasına yönelik olması ile bir sorun oluşturmayacağı sonucuna varılmaktadır. Tüm bu süreç sonucunda oluşan kararın yargı denetimine tabi olması da tarafsızlığı sağlayıcı bir önlem olarak görülmektedir.

AB⁴³¹ uygulamasına bakıldığında, rekabet ihlali soruşturmasının Rekabet GM raportörleri tarafından yürütüldüğü, sözlü savunmaların da görevli bir raportör tarafından alındığı, sonuçta çıkan rapor ve karar taslağının ise rekabetten sorumlu komisyoner tarafından AB komisyonuna sunulduğu görülmektedir. AB uygulamasında, komisyoner ülkemizdeki soruşturmacı üyenin aksine sadece raporun komisyona sunumunu yapmaktadır. Bu durumda verilen cezaların, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde yer alan bağımsız ve tarafsız bir mahkeme kararı olarak konumunun değerlendirilmesini gerektirmektedir. AİHM, çeşitli kararlarında idari otoriteler tarafından alınan kararların da ceza olarak değerlendirilebileceğini karara bağlamıştır. Ancak, AB Komisyonu'nun kararının daha sonra yargı denetiminden geçiyor olması sonucu, bağımsız bir mahkeme kararı olarak değerlendirilemeyeceği kabul edilmektedir.⁴³²

Fransa uygulamasında ise, BİO'ların bir tarafsız mahkeme gibi davranmak zorunda olduğu kabul edilmektedir. Fransız Yargıtay'ı tarafından verilen Borsa İdaresi kararında⁴³³, aynen ülkemizde olduğu gibi, ceza kararını veren komisyon üyesinin raportör olarak görevlendirilmesi, raporun hazırlık aşamalarına katılması halinde karar toplantısına katılmaması gerektiği ifade edilmiştir. Bu karara karşı verilen savunmada da, ceza alan kişinin tüm savunma imkanlarından yararlanmış olduğu dile getirilmektedir. Ancak bu savunma da kabul görmemiştir.

⁴³¹ AB'de tarafsızlık ilkesinin sağlanması konusunda bkz; Wils, W.P.J., "The Combination of the Investigative and Prosecutorial Function and the Adjudicative Function in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis", World Competition, Vol:27, No:2, sf.201-224.

⁴³² Aynı yorum, AB rekabet inceleme raporunda da yer almaktadır.

⁴³³ Karar metni için bkz; http://www.courdecassation.fr/_arrets/arrets.htm

Dünya uygulamaları çerçevesinde ülkemizdeki kararın incelenmesinde, verilen kararın içeriğinin doğru, zamanlamasının ise geç olduğunu söylemek mümkündür. Öncelikle ülkemizde, kanuni düzenlemede karar makamının bir üyesinin soruşturma aşamasına katılıyor olması, idarenin iç işleyişinde tarafsızlığın gözetilmesi ilkesine aykırıdır. ABD ve AB örneğinde bu hususa dikkat edilmektedir. Fransa örneğinin de gösterdiği üzere, kanunda böyle bir düzenleme bulunsa dahi uygulama makamının karar toplantısına soruşturmacı üyeyi almaması gerekmektedir. Ülkemizdeki yanlışlar kanunda değişiklik yapılması ile giderilmiştir. Ancak bu arada, kanun değişikliği dönemine kadar alınan tüm kararların iptali sonucu doğmuştur.

Danıştay'ın iptal kararlarına getirilebilecek eleştirilerin başında kararın çok geç alınmış olması gelmektedir. Rekabet Kurumu tarafından ilk defa uygulanmakta olan idari usulde soruşturmayı yapan üyelerin karara da katılmasının yaratabileceği sorunlar, yukarıda da aktarıldığı üzere çeşitli akademik platformlarda dile getirilmiştir. Buna rağmen 2005 yılı ortasına kadar, Danıştay almış olduğu kararlarda yukarıda aktarılan karşı oy yazıları şeklinde değerlendirmede bulunmuştur. Bu değerlendirmenin, idari usulde getirilen savunma imkanları ve kararın yargı denetimine tabi tutulması durumunda doğruluk payı da azımsanamayacak ölçüdedir. Rekabet politikası bakımından, bahse konu kararın 15'e karşı 14 şeklinde ancak tarafsızlığın zedelenmediği yönünde çıkması durumunda, kuvvetli bir sinyal verilmiş olacak ve idare uygulamasında en azından soruşturmacı üyenin karara katılmasını engelleyerek geçiş dönemini yürütebilecekti. Daha sonra yapılacak bir kanun değişikliği ile sorun tüm kararların iptaline yol açmadan çözülebilecekti. Sorun maalesef acı faturanın ödenmesi ile çözümlenebilmiştir.

Danıştay'ın iptal kararlarına getirilebilecek ikinci eleştiri, soruşturma sonucu alınan kararlar iptal edilirken İDM mahkemesi olarak verilen kararlarda, temyiz mahkemesi gibi sadece bir tek gerekçeyle iptal kararının veriliyor olmasıdır. Halbuki davalarda hemen tüm usule ve esasa ilişkin sorunlar gündeme getirilmektedir. Gerekçede karşılanmayan iddiaların önemli sayılanları şu şekilde sıralanabilir; uyumlu eylem karinesi anayasaya aykırıdır, yerinde incelemeler anayasaya aykırıdır, Kurul karar almadan önce ihlale ne şekilde son verileceğini bildirmemiştir, cezaların belirlenmesinde kriterler gösterilmemektedir, cezalar olaya göre çok ağırdır, uygulanmamış anlaşmaların ihlal kabul edilmesi ve ceza uygulanması yanlıştır, soruşturma zamanında açılmamış, süresinde tamamlanmamış ve karar süresinde alınmamıştır. Bu ve benzeri birçok iddia Danıştay karar gerekçelerinde karşılanmamaktadır.

Danıştay kararlarının esasa etkili bir şekil noksanı nedeniyle iptal yönünde olması ile iptal edilen kararlar hakkında ne şekilde davranılması gerektiği sorunu ortaya çıkmıştır. Şekli eksikliği gidermek suretiyle idarenin yeniden karar alıp alamayacağı, yeniden karar alınması halinde soruşturmanın hazırlık aşamalarının tamamlanmış sayılarak sadece yeniden karar alınmasının doğru olup olmadığı, iptal edilen kararlar bakımından zamanaşımı hükümlerinin ne şekilde değerlendirileceği sorunları gündeme gelmektedir. Ayrıca hukuka aykırılığı kesinleşmiş idari kararların yeni karar alımı suretiyle yargı sürecinin kesilmesi imkanının bulunup bulunmadığı sorunu gündeme gelmektedir.

Rekabet Kurulu, iptal edilen kararları temyiz yoluna gitmeyerek⁴³⁴, kararları kendisi yönünden iptal edilen taraflar için ayrı kararlar almak suretiyle yenilemektedir. Kararlarda soruşturmanın tüm aşamaları tamamlanmış kabul edilmekte ve zamanaşımı süresi yapılan idari ve yargı kararları ile kesinleşmiş kabul edilmekte ve 9 yıl önceki ihlaller için yeniden kararlar alınmaktadır.⁴³⁵ Bu kararların yeniden yargı denetimine tabi olduğu açıktır. Maalesef, karşı oy yazılarının eksikliğine dair verilen kararlar ışığında, bu ikinci yargı sürecinden ne karar çıkacağı da meçhuldür.

5.3.2. Danıştay'ın Onama Kararları

Rekabet Kurumu tarafından, soruşturma sonucu verilmiş olan idari para cezalarına karşı açılan davalarda, tarafların tamamına yönelik Kurum lehine kesinleşmiş olan sadece iki karar bulunmaktadır.⁴³⁶ Bu kararlarda, dava açan tarafların tamamının temyiz isteminde bulunmaması nedeniyle kesinleşmiştir. Birkaç kararda da, davacılar kimilerinin aleyhlerine verilen kararı düşük para cezaları nedeniyle temyiz etmemesi sonucu, kimilerinin temyiz süresini kaçırmış olması sonucu temyiz etmeyenler yönünden lehe kesinleşmiş kararlar bulunmaktadır. Soruşturma kararlarının temyiz ve karar düzeltme aşamalarından oluşan tüm yargı aşamalarından geçmesi ile kesinleşen herhangi bir karar bulunmamaktadır. Yargılama süreci taraflarca sürdürülen kararların tümü yargı denetimi sonucu iptal edilmiş bulunmaktadır.

⁴³⁴ Temyize gidilmeyeceğine dair 15.8.2005 tarihli ve 05-51/785-M sayılı Kurul kararı içeriği için bkz, yenilen kurul kararları, (örn.poliklinikler kararı, <http://www.rekabet.gov.tr/pdf/05-79-1081-308.pdf>)

⁴³⁵ Yenilenen Ege Bölgesi Çimento-1 kararı için bkz; <http://www.rekabet.gov.tr/pdf/05-57-850-230.pdf>. Bu kararda 8 üyenin katılımı ile alınması nedeniyle iptal edilme riski altındadır.

⁴³⁶ Kesinleşen soruşturma kararları, İlaç ve Kimya İşverenleri Sendikası soruşturması ile İstanbul Gümrük Taşıyıcıları soruşturmalarıdır. Bu soruşturmalarda da asgari ceza uygulanmıştır.

5.4. Yargı Kararlarının Etkileri

Yargı kararlarının Türk rekabet hukuku uygulamasında iki büyük etkisi olmuştur. İlk olarak, sekiz yıllık uygulama dönemi sonunda, usul hataları nedeniyle kartel üyelerinin cezalandırılması hususunda etkin bir uygulama yapılamamıştır. Bu durum tebliğin bir sonraki bölümünde ayrıntılı olarak değerlendirilecektir.

İkinci olarak, ortada ciddi ve yıkıcı yanlış hükümlerle dolu ve değiştirilmesi gereken bir kanun bulunmaktadır ve bu durum kanun değişikliklerini gündeme getirmiştir. Yargı kararlarının kanun değişikliklerine etkileri şu şekilde açıklanabilir;

İlk olarak, Kanun'un yargı yolunu gösteren 55 inci maddesi uyarınca cezaların yargı kararının kesinleşmesi ile tahsil edileceği düzenlemesi ve yargı kararına ulaşına değin geçecek yıllar içerisinde verilen cezanın enflasyon karşısında eriyecek olması değerlendirmesini ortaya çıkarmıştır. Yargılamadaki gecikmeler nedeniyle, kanunda 2003 yılında yapılan ilk değişiklik ile idari kararın verilmesi ile birlikte yargı yoluna başvurulduğuna bakılmaksızın 30 gün içerisinde cezanın ödenmesi düzenlemesi getirilmiştir. 2004 yılında yapılan ikinci değişiklikte bu süre üç aya çıkarılmıştır.

İkinci olarak, ilk kanun değişikliğinde Anayasa mahkemesi kararındaki karşı oy yazılarında ifade edilen idari tarafsızlık ilkesine aykırılık iddiasının ciddi bulunması nedeniyle cezaların %25'nin Rekabet Kurumu mali kaynakları arasında sayılması hükmü kaldırılmıştır.

Üçüncü ve en önemli değişiklik ise Danıştay İdari Davalar Kurulu tarafından alınan "soruşturmacı üye" kararı üzerine üçüncü kanun değişikliği ile yapılmıştır. Bu kararlar Rekabet Kurumu'nun tüm kararlarının iptal edileceğinin anlaşılması üzerine, sürmekte olan soruşturmaların korunması ve geçmişteki kararların yeniden karara bağlanabilmesi amacıyla, Rekabet Kurumu önerisi üzerine kanun değişikliği yoluna gidilmiştir.

Tüm bu değişiklikler ve ortaya çıkan sorunlar yakın bir gelecekte kanunda yapılacak bir reform çalışmasının gerekli olduğunu ortaya koymuştur. Rekabet Kurumu tarafından hazırlanan ve tartışmaları hala sürmekte olan kanun değişikliği tasarısı gündemdedir.

6. TÜRK REKABET HUKUKU SİSTEMİNDE YAPTIRIM HÜKÜMLERİNİN UYGULANAMAMA NEDENLERİ

Tebliğ kapsamında ortaya konan Türk rekabet hukuku uygulamalarının ilk dönemlerinden itibaren yaşanan sorunlardan, rekabet hukuku yaptırımlarının

uygulanamamasının yasadan, idareden ve yargıdan kaynaklanan sebepleri olduğu ortaya çıkmaktadır.

Yasada yer alan sorunlar belirlenmiştir, yasada değişiklikler yapılmıştır ve kapsamlı bir reform paketi gündemdedir. Ancak yasa yapmaktan daha önemli olan, var olan yasaları etkin şekilde uygulamayı sağlayıcı yönde yorumlamaktır. Ne yazık ki, bu yorumu yapacak olan idarenin ve yargının bu görevlerini doğru bir şekilde yerine getirdiklerini söyleme imkanı bulunmamaktadır.

İdareden kaynaklanan sorunlar; rekabet otoritelerinin kuruluş dönemlerinde düşülen yanlışlıkların tekrarlanması nedeniyle esas odaklanması gereken rekabet ihlallerinin takibinden uzaklaşılması, ihlalin yaptırım sürecinin getirilen idari usuldeki süre limitleri en geniş şekilde yorumlanarak uzatılması, oluşturulan kararların gerekçeli kararlarının yazımının keyfi denecek nedenlerle sebepsiz yere uzatılması ve karar organı olan Kurul'a üye seçiminde rekabet uygulaması bakımından uzmanlık ve tecrübenin gözetilmemiş olması olarak sayılabilir. Yargı kararları sonucu ortaya çıkan aksaklıklar bakımından ise, idarenin karar organı tarafından sorunların tespit edilmiş olmasına karşın yanlış tercihlerde bulunduğu söylenebilecektir. Ancak bu kadar tartışmalı bir konuda hata yapmak mümkünken, usule ilişkin alanlarda risk almak yerine güvenli yolun tercih edilmesi gerekirdi.

Yargıdan kaynaklanan sorunlar ise yargıdan genelde yapılan şikayetlerle örtüşmektedir. Yargılama süreci çok uzun sürmektedir. İhtisas dairesi kurulması gecikmiştir. Özel hukuk alanındaki tazminat davalarının önü kesilmiştir. Rekabet Kurumu kararının da ötesinde, bu kararın idari yargıdaki denetiminin beklenmesi gündemdedir. İdari yargı bakımından öncelikle yargı yeri sorunu olmuştur. Danıştay, rekabet davalarını ilk derece mahkemesi olarak görmemek için Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Mahkemeden başvurunun reddi kararı gelmesi ile ülkemizde sık görülen Kurumlar arası çatışma kültürü doğmuştur. Rekabet davalarının görülmesinde, usule ağırlık verilmesi ile esasın uygulamasının etkilenmesi değerlendirilememiştir. Yargı kararları ile rekabet politikasının uygulanması arasındaki denge gözetilememiştir.

Tüm bu sorunlar sonucunda, rekabet ihlali cezaları tahsil edilmemiştir. Kararlarda rekabet hukukunun esasına ilişkin denetiminde belirsizlikler sürmektedir. İptal edilen kararlarda yeniden ne şekilde işlem yapılacağı, bu karara tabi olan teşebbüsler bakımından da belirsizlikler yaratmaktadır.

Sorunların çözüm önerileri ise şu şekilde ortaya konabilir.

Kanunda reform çalışmaları en kısa zamanda sonuçlandırılmalıdır.

Rekabet Kurumu, rekabet ihlallerine diğer işlemlerine ayırdığından daha çok önem vermelidir. Soruşturmalar mümkün olan en kısa sürede ve etkin bir şekilde sonuçlanmalıdır. İhlalin tespiti halinde, kanun uygulamasında 12. yıla girildiği gözetilerek ceza tutarları ihlallerin ağırlığı ile orantılı olarak yüksek tutulmalıdır. Kurul'un üye değişim dönemlerinde sorun yaşanmamalı ve değişimler zamanında gerçekleştirilmelidir. Kurul üyelerine atanacakların rekabet uygulamalarında uzmanlıklarına dikkat edilmelidir.

Yargıda etkinliğin sağlanması bakımından, ihtisas dairesi olarak kurulan 13.Daire'nin teknik ve insan kaynağı bakımından güçlendirilmesi gerekmektedir. Tüm BİO'ların yargı denetim mercii olarak saptanan dairenin, yüzlerce seçilmiş uzmanla, bu uzmanların yurtdışı eğitim olanaklarıyla ve seçilmiş üyelerle verdikleri kararların denetimini yapması göz önünde tutularak aynı şekilde seçilmiş yeterli sayıda tetkik hâkimiyle takviye edilmesi, bu hakimlerin yurt içi ve dışında eğitimlerinin sağlanması ile bilgilerinin artırılması, kararı alacak tecrübeli hakimlerin ise bu yeni alanlarda hizmet içi eğitimlere tabi tutularak bilgilendirilmesi gerekmektedir. Özel hukuk alanında tazminat davalarının yürütülebilmesi bakımından, birliği ve koordinasyonu sağlayıcı bir sistemin getirilmesi gerekmektedir. Ancak, bu birliğin oluşturulmasında bunca yıllık tecrübeden vazgeçilerek Yargıtay bünyesinde Rekabet Kurumu kararlarının denetiminin yapılmasından ziyade, yeni anayasal sorunlara ve kurumsal tartışmalara mahal verilmeksizin, mevcut sistemin etkinliğinin sağlanması gerekmektedir.

7. SONUÇ

Türk rekabet hukuku uygulamasında onbir yıllık dönem sonunda, rekabet ihlallerinin cezalandırılması ve verilen zararların tazmin edilmesi yönüyle bakıldığında; yasadan, idareden ve yargıdan kaynaklanan sorunlar nedeniyle henüz bir sonuç elde edilemediği görülmektedir.

Bir masal tekerlemesinde söylendiği gibi,

“az gittik uz gittik, dere tepe düz gittik, döndük bir de arkamıza baktık ki, bir arpa boyu yol gittik.”

KAYNAKÇA

AKINCI, Müslüm, “Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman”, Beta Yay, İstanbul-1999.

AKYILMAZ, Bahtiyar, “İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü”, Yetkin Yayınları, Ankara 2000.

Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Dergisi, Cilt: 1, s. 2

Bağımsız İdari Otoriteler, Rekabet Kurumu Yayınları, Yayın No:80, Ankara, 2001.

BELAMY, Christopher, “Judicial Enforcement of Competition Law”, OECD/GD(97)200, Paris,1997.

CANİVET, Guy, “Judicial Enforcement of Competition Law”, OECD/GD(97)200, Paris,1997.

DURAN, Lütfi, “Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler”, Bağımsız İdari Otoriteler Kollokyumu, Editör: İbrahim Kaboğlu,1998.

DURAN, Lütfi, “İdari Usul İlkeleri ve Kapsadığı Konular”, İdari Usul Kanunu Uluslararası Sempozyumu içinde, Ankara, 1998.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanun’da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak, Sempozyum, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2006.

EĞERCİ, Ahmet, “Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi”, Rekabet Kurumu Yayınları, Lisansüstü Tez Serisi No:12, Ankara, 2005.

GİFFORD, Daniel J., “THE JURISPRUDENCE OF ANTITRUST”, SMU Law Review,July-August 1995.

GÜNDAY, Metin, “İdare Hukuku”, Yenilenmiş 5.Bası, İmaj Yayıncılık, Ankara 2002

GÜNDAY, Metin, “Rekabet Kurulu Kararlarının Yargısal Denetimi Paneli”, Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 1999.

HOBBS, Caswell O. , “FTC ENFORCEMENT: ANTITRUST UNFAIR AND DECEPTIVE TRADE PRACTICES”, PLI Corporate Law and Practice Course Handbook Series, PLI Order No. B4-6755, May 1, 1986.

<http://www.usdoj.gov/atr/foia/divisionmanual/ch2.htm>

http://www.oecd.org/about/0,2337,en_2649_33759_1_1_1_1_1,00.html

http://www.courdecassation.fr/_arrets/arrets.htm

Model Law on competition, UNCTAD Series on Issues in Competition Law and Policy, United Nations, Geneva, 2000.

OECD (2002), Regulatory Reform, The Turkey Review, OECD, DAF/COMP(2002)1

OECD (2005), “Peer Review of Turkey’s Competition Law and Policy”, DAF/COMP/GF(2005)4.

OECD (2005), “Competition Review of the European Commission”, DAF/COMP(2005)31

ÖZEN, Muharrem, “Rekabet ve Ceza Hukuku”, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanun’da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak, Sempozyum, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2006.

ÖZKAN, Gürsel, İdari Usul Kanununda Düzenlenmesi Gereken Genel İdari Usul İlkeleri, İdari Usul Kanunu Uluslararası Sempozyumu içinde, Ankara 1998.

ÖZSUNAY, Ergun, “Rekabet Kısıtlamalarının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-III, Seçkin Yay, Ankara, 2005.

İLİCAK, Ali, “Sherman Antitröst Yasasının Ortaya Çıkışı: Yanılsamalar ve Gerçekler”, Rekabet Kurumu Yay, Uzmanlık Tezleri Serisi, No:8, Ankara, 2003.

İNAN, Nurkut, “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve AB Rekabet Politikasına Uyum”, Avrupa Birliği El Kitabı, TCMB yay, Ankara, 1996.

Rekabet Kurumu Yıllık Raporları, 1999-2004

S. VANCE, Sarah, “Judicial Enforcement of Competition Law”, OECD/GD(97)200, Paris, 1997.

SULLİVAN E.Thomas, HOVENKAMP Herbert, “Antitrust Law, Policy and Procedure: Cases, Materials, Problems”, Fifth Edition, Lexis Law Publishing, VA, 2003.

The Combination Of Prosecutorial And Adjudicative Functions At The United States Federal Trade Commission, Submission By The United States Of America, www.unctadxi.org/Sections/AntalyaConference/docs/ConferencePresentations/tdrbpayt05108_en.pdf

ULUSOY Ali: “Bağımsız İdari Kurumlar”, Danıştay Dergisi, 1999, S.100.

ULUSOY Ali: “Regülasyon Kurumları Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, Ankara Barosu Dergisi, 2000, s.47.

ULUSOY Ali: “Regülasyon Kurumları Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, 2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu’nda Sunulan Tebliğ, 11-12 Mayıs 2000, Danıştay Yayın Bürosu Yayınları No:59, Ankara.

YOLCU, İsmail A., “4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da Yer Verilen Soruşturma Prosedürünün ve Uygulamada Karşılaşılan Usul Sorunlarının AB Hukuku Bağlamında Değerlendirilmesi”, Rekabet Kurumu Yay, Uzmanlık Tezleri Serisi, No:11, Ankara, 2003.

YILDIRIM Turan: “Bağımsız İdari Otoritelerin Yargısal Denetimi”, İdari Yargı Sempozyumu, 11-12 Mayıs 2000, Ankara, Danıştay Yayın Bürosu Yayınları No:59, Ankara.

WILS, W.P.J., “The Combination of the Investigative and Prosecutorial Function and the Adjudicative Function in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis”, World Competition, Vol:27, No:2.

EKLER

EK-1: Rekabet Kurulu Kararlarının Yargısal Denetimi

Tablo. Rekabet Kurulu Kararlarının Yargısal Denetimi(15.03.2006 itibariyle)

Yıl	Açılan Dava	İlk Derece Mahkemesi Karara Bağlanan				Konusuz	Başvuru	Temyiz Kararları Karara Bağlanan			
		Toplam	Lehte ¹	Aleyhte ²	Karma ³			Toplam ¹	Lehte	Aleyhte ²	Konusuz
2006	22	6		6			2				
2005	116	194	37	150	3	4	38	19	5	14	
2004	214	25	20	3	1	1	27	5	3	2	0
2003	40	39	32	6	0	1	18	1	0	1	1
2002	28	19	12	6	0	1	5	11	1	10	0
2001	44	14	2	10	0	2	11	1	0	1	0
2000	13	1	1	0	0	0	0	0	0	0	0
1999	7	1	1	0	0	0	1	1	1	0	0
1998	5										
Toplam	489	299	105	181	4	9	102	38	10	28	0

1. TRK tarafından lehte olarak nitelendirilen kararlar.
2. TRK tarafından aleyhte olarak nitelendirilen kararlar.
3. TRK tarafından kısmen lehte kısmen aleyhte olarak nitelendirilen kararlar.

Kaynak: Rekabet Kurumu Hukuk Müşavirliği İstatistikleri

EK-2: ATIF YAPILAN DAVA LİSTESİ

Anayasa Mahkemesi Kararları

22.12.1998, E.1998/48, K.1998/85

17.4.2002, E.2002/69, K.2002/45

Yargıtay Kararları

Yargıtay 19. H.D., 1.11.1999, E.1999/3350, K.1999/6364

Yargıtay 19. H.D., 29.11.2002 tarih ve E.2002/2827, K.2002/7580

Yargıtay 19.HD, 21.4.2005, E.2004/9634, K.2005/4463

Danıştay Kararları

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 26.05.2005, YD İtiraz No: 2005/278

Danıştay 10. Dairesi, 07.10.2003, E.2002/4519, K.2003/3811

Danıştay 13. Dairesi, 22.06.2005, E.2003/3060, K.2005/3245

Danıştay 13. Dairesi, 13.07.2005, E.2004/9696, K.2005/3451

Danıştay 10. Dairesi, 15.01.2001, E.1999/1734, K.2001/53

Danıştay 10. Dairesi, 15.01.2001, E.2000/1393, K.2001/58

Danıştay 10. Dairesi, 14.10.2003, E.2001/550, K.2003/3963

Danıştay 13. Dairesi, 29.03.2005, E.2002/6000, K.2005/1733

Danıştay 10. Dairesi, 23.12.2003, E.2002/3686, K.2003/5292

Danıştay 13. Dairesi, 12.07.2005, E.2005/1676, K.2005/3427

Danıştay 13. Dairesi, 08.07.2005, E.2005/916, K.2005/343

Danıştay 13. Dairesi, 08.07.2005, E.2005/1761, K.2005/3441

Danıştay 13. Dairesi, 14.09.2005, E.2005/5818, K.2005/3612

Danıştay 13. Dairesi, 25.04.2005, E.2005/923, K.2005/2271

Danıştay 13. Dairesi, 17.05.2005, E.2005/1019, K.2005/2552

Danıştay 13. Dairesi, 25.04.2005, E.2005/1009, K.2005/2276

Fransız Yargıtay Kararı

Cour de Cassation, Assemblée Pleniere, 05.02.1999, No de Pourvoi 97-16-440,
Arret No 436

(Fransız Yargıtay Genel Kurulu, 05.02.1999, E.97-16-440, K.99-436)

**EK-3: Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 26.05.2005 tarih ve
YD İtiraz No: 2005/278 Sayılı Kararı (“Soruşturmacı Üye”
Kararı).**



İtiraz Eden (Davacılar) : 1-Yüksel Seramik San. ve Tic. A.Ş.

- 2-Emin Sazak
- 3-Yurdal Sert
- 4-Mehmet Emin Sazak
- 5-Hanifi Mutlu
- 6-Tuna Aksel
- 7-Cihan Candemir
- 8-Ahmet Oğuz Berkol

Vekilleri : Av.M. Vecihi Tokuç, Av.Mübera Beyazadam
Altiyol Çilek Sokak No:55 Emek Apt.
K:2-Kadıköy/İSTANBUL

Karşı Taraf (Davalı) : Rekabet Kurumu
Bilkent Plaza B-3 Blok-Bilkent/ANKARA

İstemin Özeti : Danıştay Onüçüncü Dairesince verilen ve yürütmenin durdurulması isteminin reddine ilişkin bulunan 9.2.2005 günlü E:2005/5170 sayılı karara, davacılar itiraz etmekte ve yürütmenin durdurulmasına karar verilmesini istemektedirler.

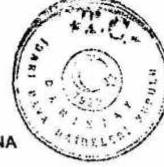
Danıştay Tetkik Hakimi Mustafa Karabulut'un Düşüncesi : 4054 sayılı Kanunda belirtilen yetkileri kullanarak ilgili kişileri önemli ölçüde etkileyecek idari yaptırımlar uygulayan Rekabet Kurulu'nun bağımsızlık ve tarafsızlık ilkelerine uygun olarak faaliyette bulunması hukukun genel ilkelerinin gereğidir.

Bu gereklilik karşısında, soruşturma raporunu ve ek yazılı görüşü hazırlayan heyete başkanlık eden, raporda ve ek görüşte imzası bulunan soruşturmayı yürüten üyenin, soruşturma raporunun ve savunmanın objektif bir şekilde tartışılıp değerlendirileceği ve varılan sonuçlara göre nihai kararın verileceği toplantıya katılıp oy kullanması tarafsızlık ilkesine aykırıdır.

Dava konusu Rekabet Kurulu Kararında soruşturmayı yürüten üyenin yer alması, tarafsızlık ilkesinin ihlaline yol açtığından, davacının itirazının kabulü ile dava konusu işlemin davacılarla ilişkin kısmının yürütülmesinin durdurulmasına karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Nevzat Özgür'ün Düşüncesi : İtiraz dilekçesinde ileri sürülen nedenler, Danıştay Onüçüncü Dairesince verilen yürütmenin durdurulması isteminin reddine ilişkin kararın kaldırılmasını gerektirecek nitelikte görülmediğinden, itirazın reddi gerekeceği düşünülmektedir.

T.C.
DANIŞTAY
İDARİ DAVA DAİRELERİ
KURULU
YD. İtiraz No: 2005/278



TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca gereği görüldü:

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun 4. maddesinin ihlal edildiğinden bahisle davacı şirkete ve yönetim kurulu üyelerine idari para cezası verilmesine ilişkin Rekabet Kurulunun 24.2.2004 günlü, 04-16/123-26 sayılı kararının davacılara ilişkin kısmının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılan dava sonucunda; Danıştay Onüçüncü Dairesince verilen ve yürütmenin durdurulması isteminin reddine ilişkin bulunan 9.2.2005 günlü, E:2005/5170 sayılı karara davacılar itiraz etmekte ve yürütmenin durdurulmasına karar verilmesini istemektedirler.

4054 sayılı Kanununun 20. maddesinde, mal ve hizmet piyasalarının serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içinde teşekkülünün ve gelişmesinin temini ile bu Kanunun uygulanmasını gözetmek ve Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirmek üzere kamu tüzel kişiliğini haiz idari ve mali özerkliğe sahip Rekabet Kurumunun teşkil edildiği, Kurumun görevini yaparken bağımsız olduğu ve hiçbir organ, makam, merci ve kişinin Kurumun nihai kararını etkilemek amacıyla emir ve talimat veremeyeceği hükmüne yer verilmiştir.

Anılan Kanununun 21. maddesinde Rekabet Kurumu'nun Rekabet Kurulu, Başkanlık ve Hizmet Birimlerinden oluştuğu belirtilerek sonraki maddelerde 11 üyeli Rekabet Kurulu'nun teşekkülüne, üyelerin atanma şartlarına, görev sürelerine ilişkin hususlar ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Kanununun 27. maddesinin (a) fıkrasında ise, bu Kanunda yasaklanan faaliyetler ve hukuki işlemler hakkında, başvuru üzerine veya resen inceleme, araştırma ve soruşturma yapmak, Kanunda düzenlenen hükümlerin ihlal edildiğinin tespit edilmesi üzerine, bu ihlallere son verilmesi için gerekli tedbirleri alıp bundan sorumlu olanlara idari para cezaları uygulamak Rekabet Kurulu'nun görev ve yetkileri arasında sayılmıştır.

Kanunun yukarıda içeriği yazılı hükümleri ve dava konusu Rekabet Kurulu Kararı birlikte değerlendirildiğinde; Rekabet Kurulu'nun ilgili mal ve hizmet piyasasında 4054 sayılı Kanun'da öngörülen kurallara göre hem rekabetin ihlal edilip edilmediğini belirleyen hem de bu belirlemeye göre kişiler üzerinde önemli sonuçlara yol açan idari yaptırımlar uygulayan bir kurul olduğu görülmektedir. Belirtilen nitelikteki bu kurulun, yerine getirdiği görevle ve kullandığı yetkilerle orantılı olarak bağımsızlık ve tarafsızlık ilkelerine göre faaliyette bulunması Kanun'un ve hukukun genel ilkeleri gereğidir.

Kanun'un 40. maddesinde, Kurulun resen veya başvuru üzerine doğrudan soruşturma açılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının tespiti için önaraştırma yapılmasına karar verebileceği, 43. maddesinde, Rekabet Kurulu'nun soruşturma yapılmasına karar verdikten sonra, görevli raportör veya raportörlerle birlikte soruşturmayı

T.C.
DANIŞTAY
İDARİ DAVA DAİRELERİ
KURULU
YD. İtiraz No: 2005/278



yürütecek Kurul üyesi veya üyelerini de belirleyeceği 44. maddesinde, Kurul adına hareket eden ve Kurul tarafından belirlenip görevlendirilen Kurul üyesi ve raporörlerden oluşan bir heyetin, soruşturma safhasında bu Kanunun 14. maddesinde düzenlenen bilgi isteme ve 15. maddesinde düzenlenen yerinde inceleme yetkilerini kullanabileceği ve 45. maddesinde ise, soruşturma safhası sonunda hazırlanan raporun tüm Kurul üyeleri ile ilgili taraflara tebliğ edileceği, Kanunu ihlal ettiği belirlenenlere yazılı savunmalarını 30 gün içinde Kurula göndermelerinin bildirileceği, tarafların gönderecekleri savunmalarına karşı soruşturmayı yürütmekle görevlendirilenlerin 15 gün içinde ek yazılı görüş hazırlayacakları ve bu görüşün de tüm Kurul üyelerine ve ilgili taraflara bildirileceği öngörülmüştür.

Yukarıda belirtilen hükümlerin birlikte irdelenmesinden, soruşturma aşamasında görevlendirilen Kurul üyesi ve raporörlerden oluşan heyet, Kanun'un ihlali iddiasıyla ilgili her türlü bilgi ve belgeyi toplayıp, bunları değerlendirerek soruşturma raporu hazırlamakta ve ayrıca tarafların bu rapora karşı gönderecekleri savunma üzerine de ek yazılı görüş hazırlayarak Kurul üyelerine ve ilgili taraflara bildirmektedir.

Dava dosyasının ve eki işlem dosyasının incelenmesinden; Kurul üyelerinden birinin başkanlığında yapılan soruşturma sonucunda hazırlanan raporda, aralarında davacı şirketin de bulunduğu bazı şirketlerin gerçekleştirdikleri eylemlere yer verilip, elde edilen bilgi ve belgeler değerlendirilerek 4054 sayılı Kanunun 4. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varılmış ve bu nedenle şirketlere verilecek para cezaları belirlenmiş olup, soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin bu raporu Kurul Üyesi Soruşturma Heyeti Başkanı sıfatıyla imzaladığı, öte yandan bu raporla ilgili olarak yapılan yazılı savunmaya karşı soruşturma heyetince hazırlanan ek yazılı görüşte de soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin imzasının bulunduğu anlaşılmaktadır.

Bu durumda, soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin, soruşturma raporunun ve bu rapora karşı verilen savunmayla ilgili olarak hazırlanan ek yazılı görüşün oluşturulması aşamasında bulunmak, raporu ve ek görüşü imzalamak suretiyle görüşünü önceden oluşturduğu ve açıkladığı dikkate alındığında, aynı üyenin soruşturma raporunun ve savunmanın objektif bir şekilde tartışılıp değerlendirilmesinin gerekli olduğu nihai kararın verileceği toplantıya katılıp oy kullanmasının tarafsızlık ilkesine aykırı olduğu sonucuna varılmaktadır.

Diğer yandan; Kanunun toplantı ve karar yetersayısını belirleyen 51. maddesinin birinci fıkrasında, Kurulun nihai kararlarında Başkan ya da ikinci Başkan dahil en az 8 üyenin katılımı ile toplanacağı ve en az 6 üyenin aynı yönde oy kullanması ile karar vereceği; ikinci fıkrasında ise, ilk toplantıda karar için gerekli nisabın sağlanamadığı durumlarda, Başkanın ikinci toplantıya tüm üyelerin katılımını sağlayacağı, bunun mümkün olmaması halinde toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar alınacağı, bu durumda da toplantı nisabının birinci fıkrada belirtilenden az olmayacağı, başka bir deyişle en az 8 üyenin katılımı ile Kurulun toplanacağı belirtilmektedir.

T.C.
DANIŞTAY
İDARİ DAVA DAİRELERİ
KURULU
YD. İtiraz No: 2005/278

Dolayısıyla, anılan Kanun maddesinde soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin nihai karar toplantısına katılıp oy kullanması zorunlu görülmediği gibi, soruşturmayı yürüten üyenin nihai karar toplantısına katılmaması halinde, Kanunda öngörülen toplantı ve karar yetersayısının oluşmaması durumu da söz konusu değildir.

Sonuç olarak, soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin, nihai karar toplantısına katılarak oy kullandığı dava konusu Rekabet Kurulu Kararında hukuka ayarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, olayda 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 4001 sayılı Kanunla değişik 27. maddesinde öngörülen ve yürütmenin durdurulmasına karar verilebilmesi için gerekli koşulların gerçekleştiği anlaşıldığından, davacıların itirazının kabulü ile dava konusu 24.2.2004 günlü, 04-16/123-26 sayılı Rekabet Kurulu Kararı'nın davacılarla ilişkin kısmının yürütülmesinin durdurulmasına 26.5.2005 günü oyçokluğu ile karar verildi.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu

Başkanvekili Tansel Çölaşan X	2.Daire Başkanı Mustafa Birden	11.Daire Başkanı Mustafa İhan Dinç
8.Daire Başkanı Güngör Demirkan	6.Daire Başkanı V. Sinan Yörükoğlu	10.Daire Başkanı Zafer Kantarcıoğlu X
12.Daire Başkanı Gülşen Yenişehirli X	5.Daire Başkanı Turan Falcıoğlu	2.Daire Üyesi Kamuran Erbuğa
10.Daire Üyesi Ali Güven X	12.Daire Üyesi Sabriye Köprülü X	8.Daire Üyesi Şevket Apalak X
8.Daire Üyesi Ayla Alkırılcım	12.Daire Üyesi Yücel İrmak	2.Daire Üyesi Mustafa Yücel Özbilgin
10.Daire Üyesi Mehmet Rıza Ünlüçay X	11.Daire Üyesi Ahmet Zandı Ünlü ASLI GİSİBİA	6.Daire Üyesi Nazlı Koçer

T.C.
DANIŞTAY
İDARİ DAVA DAİRELERİ
KURULU
YD. İtiraz No: 2005/278

11.Daire Üyesi
İzge Nazlıoğlu

10.Daire Üyesi
Ahmet Başpınar
X

5.Daire Üyesi
Günay Erden
X

5.Daire Üyesi
Esen Erol
X

8.Daire Üyesi
Dr.Tacettin Şimşek

5.Daire Üyesi
Mustafa Kılıçhan
X

11.Daire Üyesi
M.Nihat Turan
X

2.Daire Üyesi
Ayfer Özdemir

6.Daire Üyesi
Habibe Ünal

12.Daire Üyesi
Zeynep Kavlak

6.Daire Üyesi
Zeynep Yılmaz
X



T.C.
DANIŞTAY
İDARİ DAVA DAİRELERİ
KURULU
YD. İtiraz No: 2005/278



KARŞI OY

X- 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 27/a maddesinde, bu Kanunda yasaklanan faaliyetler ve hukuki işlemler hakkında, başvuru üzerine veya resen inceleme, araştırma ve soruşturma yapmak, bu Kanunda düzenlenen hükümlerin ihlal edildiğinin saptanılması üzerine, bu ihlallere son verilmesi için gerekli önlemleri alıp bundan sorumlu olanlara idari para cezası uygulamak Kurulun görevleri arasında sayılmıştır. Kanunun Kurulun inceleme ve araştırmalarında uygulanacak yöntemi düzenleyen "Dördüncü Kısmı" nda yer alan 40. maddesinde, Kurulun, resen veya kendisine gelen başvurular üzerine doğrudan soruşturma açılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının saptanılması için önaraştırma yapılmasına karar vereceği, 43. maddesinde de, soruşturma yapılmasına karar verildiği takdirde, Kurulun, görevli raportör veya raportörler ile birlikte soruşturmayı yürütecek Kurul üyesi veya üyelerini de belirleyeceği kurala bağlanmıştır. Kanununun 51. maddesinin ilk fıkrasında ise, Kurulun nihai kararlarında Başkan ya da ikinci Başkan dahil en az 8 üyenin katılımı ile toplanacağı ve en az 6 üyenin aynı yönde oy kullanması ile karar vereceği; ikinci fıkrasında, ilk toplantıda karar için gerekli yetersayının sağlanamadığı durumda Başkanın ikinci toplantıya tüm üyelerin katılımını sağlayacağı, ancak bunun mümkün olmaması halinde kararın, toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile alınacağı, bu durumda da toplantı yetersayısının birinci fıkrada belirtilenden az olmayacağı, ikinci toplantıda oylarda eşitlik olması halinde Başkanın bulunduğu tarafın oyunun üstün sayılacağı hususları düzenlenmektedir. Bu maddeye ilişkin gerekçede de; "Rekabet Kurulu nihai kararları hukuki ve iktisadi sonuçlar doğurabilecek niteliktedir. Kararların tarafları iktisadi hayatımızda önemli roller üstlenen teşebbüs veya teşebbüs birlikleri olacaktır. Bu itibarla, mümkün olduğu kadar fazla üyenin Kurulun nihai kararlarının alınmasında hazır bulunmasını sağlamak amacıyla toplantı ve kararlarda ağırlaştırılmış nisaplar aranmıştır. Ancak, karar için gerekli çoğunluğun sağlanamaması nedeniyle Kurulun karar alamaz duruma düşmesini önlemek amacıyla, ikinci fıkrada ağırlaştırılmış toplantı ve karar nisapları yumuşatılmıştır." denilmiştir.

Kanunun Kurulun çalışma esaslarını düzenleyen 28. maddesinin son fıkrasında, Kurul üyelerinin kendileri ve üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar sıhrı hısımlarıyla ilgili olaylarda görüşme ve oylamaya katılamayacakları belirtilerek, Kurula katılmaya engel durumlar tek tek sayılmıştır. Bu maddenin gerekçesinde de: "Maddenin son fıkrası ile, Kurul üyelerinin kendileri ve yakınları ile ilgili olaylarda müzakere ve oylamalarda iştirak edemeyeceği belirtilmiştir. Toplantı ve karar nisaplarının ağırlaştırılmış olması üyelerin hepsinin toplantılara iştirakinin önemini artırmaktadır." denilmektedir. Yine, 4054 sayılı Kanun

T.C.
DANIŞTAY
İDARİ DAVA DAİRELERİ
KURULU
YD. İtiraz No: 2005/278

uyarınca çıkarılan Rekabetin Kurumu Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 19. maddesinde de, Kurul başkan ve üyelerinin bütün toplantılarda bulunmalarının asıl olduğu kuralı yer almıştır.

Yukarıda belirtilen Kanun hükümleri ve gerekçeleri birlikte değerlendirildiğinde, yasa koyucunun, rekabet soruşturmasının teknik ve uzmanlık gerektiren niteliğini de gözönüne alarak, Kurul üyelerinden bir veya bir kaçının rekabet soruşturmasında Kurulca görevlendirilmesine ve bu kişilerin daha sonra Kurulun toplantılarına ve nihai kararlarına katılmalarına herhangi bir sakınca görmediği ve özellikle katılmalarını öngördüğü anlaşılmaktadır. Bu nedenle, Rekabet Kurulu üyelerinden soruşturma yapanların "ağırlaştırılmış nisap" aranan Kurul kararlarına 28. maddenin son fıkrasında sayılan durumlar dışında katılmalarının yasal bir zorunluluğu olduğu açıktır.

Öte yandan, soruşturma kurulu tarafından hazırlanan raporun ve ek yazılı görüşün nihai karar toplantısından önce taraflara bildirildiği ve haklarında soruşturma yapılan tarafların Kanunda ayrıntılı olarak düzenlenen yazılı ve sözlü savunma haklarını geniş bir şekilde kullanabildikleri (Md.43/2, 45/2), Kurulun tarafları bilgilendirmediği ve savunma hakkı vermediği konuları kararlarına dayanak yapamayacağı (Md.44/3) ve tarafların sözlü savunma isteminde bulunmaları durumunda, Kurulun takdir yetkisinin bulunmadığı (Md.46/1) gözönüne alındığında, soruşturma kurulunun başkanlığını yapan ve böylece soruşturmanın disiplin içinde ve zamanında bitirilmesinde hiyerarşik bir üst olarak eşgüdüm ve gözetim işlevini yürüten Kurul üyesinin nihai karar toplantısına katılıp oy kullanması tarafsızlık ilkesini zedelemez.

Bu durumda, Kanunun 43. maddesi uyarınca Kurul tarafından soruşturmayı yürütmek üzere görevlendirilen üye veya üyelerin, Kurulun nihai karar toplantısına katılmasında hukuka aykırılık görülmemiştir.

Davacı şirket tarafından, soruşturmayı yürüten üye ile aralarında bir uyumsuzluğun ve husumetin olduğu yolunda bir sav da ileri sürülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, yürütmenin durdurulmasına karar verilebilmesi için 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 27 nci maddesinde öngörülen koşulların bakılan uyumsuzlukta gerçekleşmediği anlaşıldığından, yürütmenin durdurulması isteminin reddine ilişkin Daire kararına yapılan itirazın reddi oyuyla, karara karşıyız.

Başkanvekili
Tansel Çolaşan

10.Daire Başkanı
Zaferan Karapınarlı

12.Daire Başkanı
Gülşen Yenişehirli



T.C.
DANIŞTAY
İDARİ DAVA DAİRELERİ
KURULU
YD. İtiraz No: 2005/278

10.Daire Üyesi
Ali Güven

12.Daire Üyesi
Sabriye Köprülü

8.Daire Üyesi
Şevket Apalak

10.Daire Üyesi
Mehmet Rıza Ünlüçay

11.Daire Üyesi
Ahmet Hamdi Ünlü

10.Daire Üyesi
Ahmet Başpınar

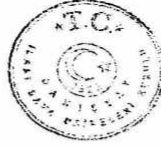
5.Daire Üyesi
Günay Erden

5.Daire Üyesi
Esen Erol

5.Daire Üyesi
Mustafa Kılıçhan

11.Daire Üyesi
M.Nihat Turan

6.Daire Üyesi
Zeynep Yılmaz



K/G

SORU ve CEVAPLAR

İsmail Hakkı KARAKELLE (Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı)-Teşekkür ediyorum. Küçük bir değerlendirme yapıp, ardından Ateş Hoca'ya bir soru yönelteceğim. Ejder Hoca'nın konuşmasında da geçti, ama Ateş Hoca'da daha ağırlıklı geçti; bilenler bakımından değil, ama bilmeyenler bakımından şöyle bir intiba doğması çok doğal: "Bu geçen 8 yıl içinde Rekabet Kurumu usul hükümlerine riayet etmedi, çok ağır usul hataları yaptı, Ateş Hoca'nın istatistiki ifadesiyle, yüzde 98'i bu nedenle geri döndü." Bu doğru değil. Yüksek Mahkememizin kararları, evvela yurttaş olarak, sonra da bir kamu görevlisi benim için ve her yurttaş için kuşkusuz saygındır ve uyulmak durumundadır, buna şüphe yok; ama Yüksek Mahkeme kararları üzerine, lisan-ı münasiple olmak kaydıyla söz söyleme hakkı da vardır herhâlde. Yani tereddütsüz uymakla birlikte katıldığımız ve katılmadığımız noktaları belirtebilmeliyiz. Bir örneğini verip hemen geçeyim. İlk kararlarımızda, karşı oylar ilgililere tebliğ edilmemişti. Yüksek Mahkeme bu durumu esası etkileyen usulü bir eksiklik olarak değerlendirdi ve bozdu. Hiç tartışmasız iştirak ediyorum, ilgililer karşı oyları da görmek durumundaydılar.

Usulü eksikliklerle kararlarımızın yürütmesinin durdurulduğu söylenen çok sayıdaki kararımızın gerekçesi: (Söz alışımın ana sebebidir budur.) "Soruşturmacı üye"nin Kurul kararlarında yer almış olmasıdır, hem savcı, hem hâkim pozisyonunda olmuş olmasıdır.

Değerli arkadaşlar, Temmuz 2005 değişikliğinden önce 4054 sayılı Kanunun 43'üncü maddesi, bir soruşturma kararı alınması hâlinde Kuruldan bir yada birden çok üyenin soruşturmayı yürütmekle görevli olacağını emretmektedir. Kanunun tümünü dikkate aldığımızda, soruşturmacı üyenin kararda bulunmaması gerektiğini söyleyen hiçbir hüküm yoktur. 43'üncü maddedeki ifade, Sözlü savunmaya katılanların muhakkak kararda olması gerektiğini söyleyen hükümle birlikte değerlendirildiğinde, ayrıntısına girmeyeceğim, pozitif hukuk bakımından, kanun koyucu, soruşturmacı üyenin karara katılmasını âdetâ emretmektedir. Bu geçen 8 yıl içerisinde Rekabet Kurulu ne yapacaktı? Kanunun bu açık hükümlerine, bence emredici hükümlerine rağmen, günün birinde yargı bunu genel hukuk ilkelerine aykırı bulup iptal eder diye soruşturmacı üye kararda yer almayacak mıydı? Nisap sorunlarının ayrıntısına girmek istemiyorum. Kurul Kanununun açık hükmüne uygun davranmıştır ve soruşturma üye kararlarda yer almıştır. Ta başından beri, soruşturmacı üyenin aynı zamanda kararda

bulunmasının doğru olmadığını düşünenlerdenim; bunun böyle olduğunu Yüksek Mahkemenin kararıyla öğrenenlerden değilim. Ama bu, 8 yıllık Kurul kararlarını geriye doğru iptal sebebi olmamalıydı. Ejder Hoca, bir başka konuyu açıklarken, “olması gereken hukuk” ifadesini kullandı. Evvela bir yurttaş olarak, sonra da Rekabet Kurumu çalışanı olarak Yüksek Mahkemeden benim beklentim şuydu: Yüksek Mahkeme, genel hukuk ilkelerine aykırı olan Rekabet Kanununun bu hükümlerini Anayasa Mahkemesinin önüne götürmeliydi; doğru olanı buydu. Buradan çıkacak sonuç hukuk düzenimiz bakımından uygundu. Danıştayımız bu yolu tercih etmemiştir. Saygı duyacağız. Yapılacak bir şey yoktur ve gereğini yapıyoruz. Ama, saygı duymak, biraz önce söylediğim gibi, lisan-ı münasiple, en azından Rekabet Kurumunun bir çalışanı olarak bunu söylemekten beni alıkoymuyor.

Bu açıklamayı yapmak zorundaydım. Farklı düşünüyorsanız, öncelikle her iki hocamızdan, Ateş Hocamız ve Ejder Hocamızdan düşüncelerini duymak isterim; lütfedip söylerlerse memnuniyet duyarım. Sanki, “Rekabet Kurulu usule yüzde 98 oranında riayet etmemiştir, usul kurallarına riayetsizlik göstermiştir” gibi zannediyorum hocalarımızın kastı da o değildi, ama böyle bir intiba doğmasını diye söz almış bulunuyorum. Bu konudaki ayrıntıları hukukçu uzmanımız, Oğuzkan Güzel’den öğleden sonraki tebliğinde dinleme fırsatı bulacağız tartışacağız.

Son olarak, Ateş Hoca’dan değindiği bir konuyu biraz daha açmasını isteyeceğim. Öncelikle tabii, Ateş Hoca’nın, her zaman olduğu gibi aykırı fikirleri cesaretle ortaya koyan, ufuk açan konuşmasına teşekkür etmek istiyorum, diğer bütün tebliğ sahiplerine teşekkür ettiğim gibi. Ateş Hoca tebliğinin sonunda, teşkilat yapısıyla ilgili karar organı olarak Kurulun, Adalet Bakanlığı içinde bir mahkeme olarak oluşturabileceği ve Kurumun ise soruşturmaları yürüten idari organ olarak kalacağı cümleleri var. Kurulun yargıçlardan oluşan bir ihtisas mahkemesine dönüşmesi gibi bir düşünce görüyorum; acaba yanlış mı anladım? Konuyu biraz daha açabilir mi? Teşekkür ediyorum. Sağolun.

Oturum Başkanı- Teşekkür ederim. Söz vermeden evvel, belki cevap vermek isterler diye iki tebliğ sahibine soruyorum: Söz almak istiyor musunuz? Buyurun efendim.

Doç. Dr. Ateş AKINCI- İsmail Beyin görüşüne, o soruşturmacı üyeye karar veren üyenin aynı olamayacağı konusundaki Danıştay’ın yaklaşımının hatalı olduğuna ben de inanıyorum. Danıştay bu kararları iptal etmek yerine, ilk önce bunu Anayasa Mahkemesine götürüp, kanunun, hukukun genel ilkelerine aykırı olmak nedeniyle hiç olmazsa o maddesinin değiştirilmesi konusunda dava açması gerekirdi, Anayasa Mahkemesine götürmesi gerekirdi. Yalnız, Anayasa

Mahkemesine götürmek, idari yargıda da olsa, bir tarafın, Anayasaya aykırılık iddiasında bulunması lazım. Sorun, bu iddiada bulunuldu mu ki, Danıştay götürdü-götürmedi; onu esasında şu anda bilemiyoruz. Danıştay resen götürebilir mi, yoksa muhakkak tarafın iddia etmesi gerekiyor mu; o konuda şuan bir şey söyleyemeyeceğim. Ama, dediği gibi, bu iş ilk önce bir Anayasa hukuku sorunuymuştu. Ortada da çok ciddi bir sorun var; yani, “norm devleti mi, hukuk devleti mi olmak” sorunu. Bence Rekabet Kurumu, -o konuda İsmail Beye katılmıyorum- norm devleti olmayı tercih ediyor. Hukuk devleti olmakla norm devleti olmak farklı şeyler. Danıştay, “hukuk ilkeleri” diyor. Rekabet Kurulu üyelerine, bütün soruşturmayı yaptığı hâlde karara katılma konusunda norm izin verse bile, Danıştay diyor ki, “hayır, bu kural, bu norm genel hukuka aykırıdır, ben bu sebepten bozmuyorum.” “Bozmak” kelimesi kullanıyor. Danıştay, kararı iptal ediyor, yani kararı yok hâle getiriyor ve Rekabet Kurumunun bundan sonra ikinci safhası başlıyor. Orada bir hukuksuzluk başlıyor. Rekabet Kurumu, iptal edilmiş, yok hâle getirilmiş idari işlemi alıyor, altına yedi tane imza atarak tekrar gönderiyor. O idari işlemin tekrar, Rekabet Kanunundaki yapılan usuller içinde alınması gerekiyor. Rekabet Kurumunun çimentoculara dava açmış ise, tekrar şunu demesi lazım: “Çimentocular, biz önsoruşturmayı yaptık, beş sene önceki bir olaydı bu, olgular bu, savunmaya tekrar ilave etmek istediğin bir şeyin var mı?” Tekrar savunmasını alacaksınız. Tekrar sözlü savunma toplantısını yaptıktan sonra gene aynı kararı verin, o başka bir şey; ama o şekle tekrar uyun. Sadece, gelen kararı, bozma değil, Rekabet Kurumu mahkeme değil çünkü; idari organ. İdari organın kararı iptal edildi, yok hâle getirildi. O kararı hukuk hayatına geçirmek için neler gerekiyorsa tekrarlanması lazım. Önsoruşturma Rekabet Kurumu içinde yapıldığı için o atlanacak; ama ondan sonraki safhada, tekrar davalıya yahut kendini savunma durumunda olan kişiye savunma hakkının verilmesi lazım. Savunma hakkını vermezseniz tekrar döner. Üstelik o zaman anayasal bir suç işliyorsunuz. İnsanların savunma hakkını kısıtlayamazsınız.

Oturum Başkanı- Teşekkür ederim. Ejder Bey’e söz verdikten sonra bu oturumda sadece Yılmaz Aslan’a söz vereceğim. Sonra, bu oturumla ilgili olarak söz almış olanlar lütfen bana isimlerini versinler ki, ilk önce onlara söz vereceğim. Buyurun.

Prof. Dr. Ejder YILMAZ (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)- Efendim, ben usul hukukçusuyum; ama usul kurallarının çok önemli kurallar olduğu kanısında değilim. Yanlış bir şey söylemedim; bilerek söyledim, şu anlamda: Elbette öyle usul kuralları var ki, bunun tersini yapmak mümkün değil. Usulün nedeni, keyfiliği engellemektir; usul kuralları onun için

önemlidir. Ateş Hocamın altını çizerek söylediği, “norm devleti mi olacağız, hukuk devleti mi olacağız”; işte mesele burada.

Aslında, Danıştay’ın özel hukuktan daha farklı bir yeri var. Danıştay, hukuk kurullarını daha yerinde, kamu düzenine uygun olarak uygulamak, karar vermek durumundadır. Belki yeri burası değil, ama bu tür sempozyumlar vesile edilerek şunu söylemek istiyorum: Keşke bu rekabet işlerini biz Danıştay’a vermeseydik; keşke bunu Yargıtay’a verseydik. Bunu ta ilk baştan beri söylüyorum. Neden? Çünkü, Danıştayımızın yakından tanıdığımız yapısı, Danıştayımızın, -tırnak içinde söylüyorum- bu işler altından kolay kolay kalkamayacağı konulardır. Danıştay elbette her şeyin altından kalkar. Devletin çok önemli konularında karar veriyor. Ama, Rekabet Kurulu kararları, rekabet hukuku pür-kamu hukukuna ilişkin bir dal değil; tartışılabilir.

Katılıyorum. Anayasa Mahkemesine götürüp, meseleyi Anayasa Mahkemesinden de aldıktan sonra, -Anayasa Mahkemesi biraz daha farklı bir Mahkemedir, daha üst düzeyde bakan bir Mahkemedir- konuya böyle bir çözüm getirebilirdi; bunu resen de yapabilirdi, talebe gerek kalmadan da yapabilirdi. Danıştayımız bunu yapmadı. Elbette ki, Danıştay kararlarını, Yargıtay kararlarını, Anayasa Mahkemesi kararlarını eleştirmek hepimizin hakkıdır. Kararlar eleştirilmez diye bir şey yok. Anayasanın yasakladığı husus şudur: Yürümekte olan davalarda mahkeme kararlarını etkileyecek bir şekilde beyanat vermek vesaire, vesaire yasaktır. Yoksa, benim, sizin, ötekinin, yürüyen davada karar hakkında görüş bildirmemiz gayet doğaldır; hazmedilmesi gereken bir olaydır.

Sonuç olarak şuraya gelmek istiyorum: (Altını hep çizmeye çalışıyorum) Danıştayımız maalesef çok katıdır, çok biçimseldir, aşırı formalisttir, olmaması gerektiği kadar formalisttir. Latinler buna “hukuk kurallarına haksızlık getirebilir” diyorlar. Tipik örneğidir; Danıştay’ın şu anda verdiği karar, hukuk kurallarına aşırı bağlanması, formalizme, şekle aşırı bağlanması haksızlıktır. Maalesef, Danıştay’ın somut olaydaki kararı bakımından benim de yorumum bu biçimde.

Prof. Dr. İ. Yılmaz ASLAN (İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)- Hepinizi saygıyla selamlıyorum. Çok kısa birkaç şey söyleyeceğim, çok önemli bir tartışma var. Birçok not aldım. Daha sonra tekrar söz alacağım; ama şu sıcak tartışmayla ilgili birkaç şey mutlaka söylemem lazım diye düşünüyorum. Biliyorsunuz, soruşturmacı üyenin kararlarda yer alması nedeniyle Danıştay, 8 yıllık kararların tamamını bozdu. Hasbelkader birkaç tane onaylanan karar var. Burada, İsmail Bey’in kanunla ilgili, kanunun yazılışıyla ilgili değerlendirmeleri tamamen doğru; genel hukuk ilkesi olarak Danıştay’ın kararı da doğru. 8 yıllık tarafların hakları, şirketlerin yaptığı masraflar, şikâyetçilerin

pozisyonları, devletin harcadığı paralar; bunların hepsi havaya gitti. Peki, bunun bir sorumlusu var mı? Var. Rekabet Kurulu değil; Danıştay'ın kendisi. Danıştay, hukuka aykırı denetim yapıyor, kendi hukukuna. Danıştay, bir iptal davası dilekçesindeki tüm argümanlara cevap oluşturacak bir karar vermek zorundadır, tümüne. Bunlar daha önce ileri sürüldü. Birçok esas ve usul bakımından 15 tane argüman ileri sürüyorsunuz; (Danıştay, bir tane usul konusu yakalayınca bozuluyor) hiçbirisiyle ilgili bir tane cevap vermiyor. O zaman, bir sorumlu lazımsa, sorumlu kim? Danıştay'ın kendisi doğru denetim yapmıyor. O yüzden, bütün bunlar hepimizin çabalar, benim de çabam. 20 yıldır bu işle uğraşıyorum. Benim de çabam gitti, Rekabet Kurumunun 10 yıllık çabası da... Hakikaten bir yere geldi. Bu 10 yıl boşa gitmiş değil; ama emekler gitti, paralar gitti, hepsi bozuldu gitti. Danıştay ilk kararında bunu verebilirdi; ilk kararında çünkü bunlar ileri sürüldü. Hiçbirine cevap vermedi, esasa da cevap vermedi, usule de cevap vermedi; kendince bulduğu bir şey varsa, ondan bozdu, geçti gitti. Dolayısıyla, burada Rekabet Kurulunu hiçbir şekilde eleştirecek bir durumda değiliz. Bence Danıştay'ın kendisini biraz eleştirmekte fayda var.

Değerli arkadaşım Ateş Akıncı, “hazırlık yapılırken, kanun tasarısı hazırlanırken Rekabet Kurulunu biz mahkeme gibi düşündük” dedi. Evet, öyle yaptık; ama “gibi”ydi sadece. Mahkeme değildi; idareydi. Rekabet Kurulunun şimdiki bozulan kararlarla ilgili yaptığı uygulamayı tekrar etmeyeceğim; Ateş Akıncı'ya aynen katılıyorum.

Rekabet Kurulu mahkeme değil, şöyle bir karar veremez yani: “Aslında bizim daha yüksek ceza vermemiz gerekiyor, ama eski karardan daha yüksek ceza veremeyeceğimiz için, aleyhe bozma yasağı nedeniyle”, aynen bu kelimeler geçiyor, “aleyhe bozma yasağı nedeniyle daha yüksek ceza veremeyiz, onun için eski cezanın aynısını veriyoruz.” Buradan, mahkeme gibi zannediyor. Dolayısıyla, bozulan kararları, iptal edilen kararları sanki bozmaymış gibi algılayıp, onun yerine yenisini veriyor. Bu tutum kesin olarak yanlış; bir an önce düzeltilmesi lazım. Ne olur bir 8 yıl daha kaybetmeyelim. Bunu lütfen düzeltin. Bu, bir 8 yıl daha kaybetmeye mal olacak. Teşekkür ederim.

Prof Dr. Ünal TEKİNALP – Şimdi yemek arası veriyoruz. Saat ikide ikinci oturum için tekrar buluşacağız.

Prof Dr. Ünal TEKİNALP – İkinci Soru-Cevap kısmına geçmeden önce, en son Sayın Oğuzkan Güzel'in biraz kötümser bitirmesi ile ilgili bir anımı anlatmak istiyorum. Rekabet Kanunu yeni yürürlüğe girmişti, ama daha pek uygulanmıyordu. Ben uygulanmasından bir sene önceki bir rekabet hukuku yüksek lisans dersindeyim. Ben ne söylersem, öğrencilerimden ... boyalarının

pazarlama müdürü bir hanım, “aaa, olur mu öyle şey, ne karışıyorsunuz efendim?..” diyor. Ama bana soru sormuyor, yüksek sesle konuşuyor; “ben bayimle anlaşma yapacağım, hiçbir koşul koyamayacağım, öyle mi?..” diyor. Ben konuşuyorum, o müdahale ediyor, ama ben de ona “susun” demiyorum, çünkü Rekabet Kanunu’nun getirdiği felsefe ile o sıradaki Türk toplumunun anlayışı arasında çok büyük bir fark olduğunu görüyorum, sonra ben dersimi bitirmeden önce, bu hanımefendinin müdahaleleri dolayısıyla şunu söyledim. “Başlangıçta benim bu derslerim yadırganacak, ama bir müddet sonra bu yeni felsefeyi de anlayacaksınız.” Ertesi hafta hanım geldi ve herkese dedi ki, “ben anlattıklarınızı departmanda arkadaşla anlattım, söylediklerinize kimse inanmadı.” Şimdi, bir o günü düşünün, bir de bugün edinmiş olduğumuz rekabet hukuku kültürünü düşünün. Onun için kanaatime göre Danıştay’ın bir temel hukuk kuralının tatbiki amacıyla verdiği bu sert kararın sonucu karşısında bu derece ümitsiz olmamız için ve emeklerimizin boşa gittiğini düşünmemiz için bir sebep yok. Unutmayınız ki biz hocalarız, bu konuda en iyi değerlendirmeyi biz yaparız. Ben de burada kıdemli bir hocanız olarak Rekabet Kurumu’nun bu onbir yılda hizmet büyüktür. Neticesi bazı noktalardan olumsuz bile görünse büyük bir yol alınmıştır ve gelecek sene sizin daha bilimsel bir tebliğ sunacağınız inancıyla şimdi soru-cevap bahsine geçiyorum.

Ercüment ERDEM (Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)- Sayın Başkan, teşekkür ederim. Birbirinden ilginç tebliğler dinledik. Hepsini için bazı notlarım ve sorularım var; ama, mikrofonu da tekeliime almak niyetinde değilim. Onun için, çok kısaca hem görüşlerimi, hem de sorularımı paylaşmak istiyorum.

Sabahki oturumda, eğer yazılı metinden de doğru algıladıysam, Sayın Ateş, öğleden sonra dile getirilen 19’uncu Hukuk Dairesi kararlarını anarak, gerçekte bu kararların yanlış olduğunu ve Yargıtay’ın da böyle bir bekleme ihtiyacında olmadığını, rekabet ihlallerinde doğrudan kendisinin karar verebileceğini söyledi. Benim anımsadığım kadarıyla, son üç sempozyumdur bu meseleyi tartışıyoruz. Bugün Ejder Hoca’nın 59’uncu maddeye değinmesi sırasında dikkatimi çeken bir şey var ki, bütün sabah oturumuna katılanlara bunu sormak istiyorum. 59’uncu madde, bu ispat yüküyle ilgili olarak şunu söylüyor: “Şunlar, şunlar, şunlar olduktan sonra, kanıtları yargı organlarına sunmaları hâlinde, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde bulunmadıklarını ispatlama yükü davalılara geçer” diyor. Bu ispat yüküne ilişkin maddeden hareketle acaba Ejder Hocam, diyebilir miyiz ki; “evet, doğrudan hukuk mahkemeleri rekabet ihlallerine bakabilir.” Bunu dediğiniz takdirde, kanunun sistematüğinden çıkardığımız ve Kurulun görevlerinden çıkardığımız, Kurulun uzman Kurul olma, rekabet

konularında tek yetkili olma meselesini nasıl bağdaştırabiliriz; sabahki üç konuşmacıya da bunu sormak istiyorum.

Amerikan hukuku açısından Profesör Waller'e şunu sormak istiyorum: Kendisi tebliğinde, özel hukuk davalarının öne çıkarılması gerektiğini söyledi. Bu özel hukuk davalarındaki rekabet ihlallerini rekabet otoriteleri mi belirleyecek, yoksa mahkeme mi belirleyecek? Bizim şimdi yaptığımız tartışma Amerika'da nasıl uygulanıyor; bunu algılamak istiyorum.

Sayın Atiyas ve Sayın Gönenç'e şu sorum var: (Karine açısından ikili bir ayırım öngördüler) Acaba Rekabet Kurumu bunların ikisini de mecz eder, ikisini de birleştirir şeklinde, daha doğrusu, en geniş şekilde bu karineden yararlanmıyor mu? Bende daha çok böyle bir izlenim bulunuyor. Bu konudaki görüşlerinizi istirham ediyorum.

Nihayet son sorum, Sayın Güzel'e. Çok kötümser tabloya katılmıyorum. Biz sizi zaman zaman çok eleştiriyoruz, kararlarınıza katılmadığımız çok nokta da oluyor; ama, -Hocama katılıyorum- rekabet kültürünün gelişmesi açısından yaptığımız hizmet hiç tartışılmaz. Kendi kararlarınıza bakmanız, kendi kendinizi ne kadar geliştirdiğinizi görmek açısından yetiştir. Bağımsızlıktan bahsettiğiniz, Rekabet Kurumunun bağımsız olmasından. Rekabet Kurumu eğer rekabet politikaları saptamakta da bağımsızsa, bunun Hükümetle ilişkisi, Hükümetin genel rekabet politikalarıyla ilişkisi nasıl, bu politikaların Danıştay denetiminden geçmesi, bir yerindelik denetimine tâbi olması nasıl olabilir; bu konuları istirham ediyorum. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Ejder YILMAZ- Efendim, 59'uncu madde bakımından Ercüment Bey'in sorduğu sorunun cevabı aslında maddenin içinde var. "Rekabet otoritesi tek otoritesi tek otorite olacak" mı dediniz, yanlış anlamadıysam öyle dediğiniz değil mi?

Ercüment ERDEM- Hayır. 59'dan hareket ederek, doğrudan rekabet ihlallerini mahkemede ileri sürmek ve tazminat talep etmek mümkün mü? Bugünkü uygulamada Yargıtay diyor ki, "ben rekabet ihlalleriyle ilgilenmem, ben rekabet ihlallerine bakmam, gidin Kurula başvurun, oradan bana karar getirin, sonradan tazminat kısmına bakayım" diyor.

Prof. Dr. Ejder YILMAZ- Kim diyor?

Ercüment ERDEM- 19'uncu Hukuk Dairesinin kararında diyor.

Prof. Dr. Ejder YILMAZ- Neresi için söylüyor?

Ercüment ERDEM- Özel hukuktan doğan davalar için, yani 56 ve devamının uygulanması için söylüyor.

Prof. Dr. Ejder YILMAZ- Ben, soruyu tam ortaya koymak bakımından bunu söyledim. Benim algılamam, 56 ve devamı maddelerinin Rekabet Kuruluyula bir ilgisi yok. Bu, rekabet anlaşmalarından doğan bir zarar varsa, zarara uğrayanın mahkemeye, yetkili, görevli mahkemeye müracaatını düzenleyen hükümler. Nitekim, 58'inci maddesinde "hâkim" diyor. Demek ki, dava açılacak; yani Rekabet Kurulu, bir rekabet aykırılığını tespit edecek. Diyelim ki, benimle sizin aranızda, rekabet ihlaline aykırı bir anlaşma yaptık, bundan dolayı da zarara uğranıldı, ben veya siz yahut da başka bir zarara uğradı. Zarara uğrayan kişi, genel mahkemede, ticaret mahkemesine gidip bir tazminat davası açacak, adeta haksız fiil gibi diyelim, belki, sözleşmeye aykırılık gibi diyelim, sözleşmeden kaynaklanıyorsa. O davada, işte o görülen davada, tazminat davasında, şayet karşı taraf... "Kanıt" tabirini kullanıyor da, aslında oradaki "kanıt" değil. Şöyle diyor: "Şöyle, şöyle olduğunu gösteren, fiyat artışlarını gösteren kanıtları yargı organlarına ileri sürerse", yani "davayı görmekte olan mahkemede ileri sürerse" diyor. Orada "kanıtlar"dan kasıt, "emare." Dolayısıyla, burada Rekabet Kurumu karar vermeyecek. Bana sorarsanız, yine bu, yalnızca özel hukuk mahkemesinin, diyelim ki, ticaret mahkemesinin takdirinde olan bir husus olacak ve bunu ticaret mahkemesi, davanın açıldığı mahkeme takdir edecek, yorumunu o yapacak. Kesinleşmiş olması özel hukuk mahkemesine ne kadar etki eder; o tamamen genel hukuk sorunu. O, kesin bir delil teşkil etmez; olsa olsa, mahkeme bakımından bir takdiri delil olabilir veyahut da belki bilirkişi gibi değerlendirilebilir. Rekabet Kurulunun kararı kesin delil olarak mahkemeyi bağlamaz diye düşünüyorum.

Ben bu vesileyle, başka bir soru olmadığı takdirde en azından bir daha söz almamak bakımından şunu söylemek istiyorum: Tekinalp Hocamın yorumuna aynen katılıyorum. "Az gittik, uz gittik" dediler. Ben aynı kanaatte değilim. Çok yol gittiniz. Hocamın biraz evvel verdiği örnek ilginçti. O Hanımefendi öğrendi mi bilmiyorum. Hanımefendi öğrenmiş olabiliriz. Özellikle işkadını ise...

Oturum Başkanı- Pazarlama Müdürüydü.

Prof. Dr. Ejder YILMAZ- Evet. Hocalık sıfatımın dışında, bir yerlerde de görev aldığım için şunu söyleyeyim: Rekabet Kurulunun verdiği kararlar düştüğü yeri yakmıştır; bunu açık söyleyeyim. Düştüğü yeri yakmıştır. Bu sadece benim gözlediğim değil, başka kararların da, kararlar nereye düştüyse orayı yakmıştır. "Yakma" derken, gerekli dersi almışlardır. Önemli olan bağcıyı dövmek değildir, üzüm yemektir. Önemli olan para cezalarını tahsil etmek değildir, belki o

da olabilir, can yakmak, belki o da bir düşünce, ama önemli olan, eskilerin tabiriyle tedip etmektir, terbiye etmektir. Ben, Rekabet Kurulu kararıyla çok terbiyevi davranışlarda bulunulduğu, terbiye alındığı kanısındayım. O nedenle, Rekabet'te çalışan arkadaşlarımız, Yılmaz Hocamın 20 yıllık emeği kesinlikle boşa gitmemiştir; bunun altını çizerek söylemek istedim. Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı- Buyurun Ateş Bey.

Dr. Ateş AKINCI- Esasında ben de Yılmaz Hocama katılıyorum. Kesinlikle, adli yargının Rekabet Kurulu gibi, yargı niteliği olmayan bir idari organın verdiği kararı beklemesi gibi bir şeyi düşünemem. Yargıtay'ın 19'uncu Dairesi yanlış yapıyor. Anayasaya aykırı bir hüküm; Anayasanın 36'ncı maddesine aykırı bir karar, Anayasanın kuvvetler ayırımı maddesine aykırı bir karar, idari yargı-adli yargı ilkesine aykırı bir karar. Bence 19'uncu Dairenin yapması gereken, söyledim, sağlıklarına dua edeceğiz, emekli olmalarını bekleyeceğiz. O konuda yapacak fazla bir şeyimiz yok. Büyük hatalı bir yaklaşım. Bu konu şey bir konu. Sadece, mahkemelerin, “aman bize gelmeyin, bizim iş yükümüz zaten yeteri kadar fazla, gidin siz bu rekabet konusunu, Rekabet Kurulu var, bizleri meşgul etmeyin, orada oynayın” demesi; başka bir şey değil. Esasında benim önerim şuydu: (Tebliğimde şey yaptım) Rekabet Kurumu ile Rekabet Kurulunu birbirinden ayırmak. Çünkü, Rekabet Kurulu, soruşturmacı üye meselesi değil sadece, bugüne kadar 100 tane olayda, raportör ne demişse, yüzde 98'inde, yüzde 95'inde raportörün görüşünü Kurul sadece onaylamış. Esasında bu bağı kesmek lazım. Bir yerde, her gün “merhaba” dedikleri insan, “günaydın Ahmet” dedikleri insan. İddiayla savunma bu kadar iç içe olmamalı. Şu an mahkemelerde savcıyla hâkimin yan yana oturmamasını istiyorken, Rekabet Kurumuyla Kurulu da ayırmak lazım. Gerekirse, Rekabet Kurumu asla kapatılmadan bir bağımsız Kurum olarak devam eder, yetişmiş çok değerli personeli var, ama, Rekabet Kurulu da ya bağımsız bir Kurul gibi devam ettirilip, üye sayısını azaltmak, hatta 7'den 5'e indirmek ve gerekirse zaman içinde de onu, idari yargının özel bir dairesi hâline getirmek, bir 15'inci Daire, sadece Rekabet Kurumu işlerine... Çünkü, Rekabet Kurumu için biz bu ülkede büyük paralar harcadık, çok büyük paralar. İyi de oldu. Esasında, Hocamın da dediğine katılıyorum. Bir arpa boyu gittik, belki geri gittik, bir şeyler yaptık; ama, Nurkut Hocayı anmadan edemeyeceğim, onun da söylediği bir şey var, bir geçiş süremiz olmalı. İşte bu bizim geçiş süremizdi. Piyasalar rekabeti öğrendiler.

“Koç yahut Sabancı hiç şey yapmadı” dedi, “korkmuyor” dedi, “Bill Gates korkuyor, ama Türkiye'de Koç korkmuyor” dedi. Hayır, Koç, korkuyor. Rekabet Kanunu çıkma aşamasında Koç Grubu İtalyanlarla anlaşıp kendi şirketlerini organize ettiler. Bir toplantıda bana söylenen, Koç'un 146 tane

seyahat şirketleri varmış. Farkında değillermiş. Mesela onları kaldırdılar. Kendilerini organize ettiler. Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı- Buyurun Yılmaz Bey. Tuncay Bey, daha sonra size söz vermek istiyorum. Galiba 19’uncu Hukuk Dairesinin 2005 tarihli kararını çok kişi bilmiyor. Onun hakkında bilgi verirseniz memnun olurum. Buyurun efendim.

Prof. Dr. İ. Yılmaz ASLAN- Ben, şu tartışılan konudan başlayarak söyleyeceğim birkaç konuyu da söyleyeyim. Ercüment Beye bir cevap olması açısından öncelikle şunu söyleyeyim: Mahkemede, Rekabet Kanununa dayanarak tazminat davası açıldığında, Rekabet Kurulunda da bir soruşturma varsa, Yargıtay dedi ki, “bu soruşturmayı bekleyip, mahkemenin ona göre karar vermesi gerekir” diye bir kararı var; 1999’da çıkan karar. Sonra, 2001’de de, “Rekabet Kurulu kararı veriyse, bu kez idare mahkemesininkini beklemeye gerek yoktur” diye bir karar çıktı. Esasen, bunların hiçbirinin hukukî dayanağı yok, kanununda böyle bir şey yok. Kanunun öngördüğü sistem: İdari yaptırımlar açısından Rekabet Kurulu görevlidir, bu kanunun ihlalinden doğan tazminat davaları için de mahkemeler görevlidir. Geçen hafta itibarıyla, hiç Rekabet Kuruluna gitmeden, Rekabet Kanununa aykırılık nedeniyle açılmış iki tane tazminat davasını Kadıköy Mahkemesi bitirdi. Rekabet Kuruluna hiç gitmedi ve bitti, şu anda sonuçlandı. Dolayısıyla, illa, Rekabet Kanunu olunca Rekabet Kuruluna gidecek diye bir zorunluluk yok, hiçbir yerde yok. Böyle bir zorunluluk da herhâlde zaten sistemin kendisine ters olacak.

Çok değerli konuşmalar oldu. Hocamız bir ispat hukuku dersi verdi bize. Zevkle dinledik. Aynı konuda bir de tebliğ verildi; çok da iyi oldu. Bu konuların tartışılması gerekiyordu. Bununla ilgili birkaç şey söyleyip, birkaç da soru sormak istiyorum aslında.

Hepiniz biliyorsunuz, tekellerin varlığına genellikle itiraz edilmiyor; ama, tekeller aşırı fiyatlar uygulamaya başlayınca, fiyat denetim mekânizmasına dönüşmemek kaydıyla bunları, “haksız fiyatlar” adı altında rekabet kuralları yasaklıyor. Bununla ilgili Avrupa Topluluğunda açık hüküm var. Ateş Beyin ısrarı üzerine biz koymadık. Rekabet Kurulunun da bu yönde birçok araştırması olduğunu, hatta bir-iki tane de kararı olduğunu biliyoruz, “fahiş fiyat kanunu ihlal eder” diye. Bunu şunu için söylüyorum: İktisat teorilerinde, “tekel olduktan sonra istediği fiyatı koysun, buna hiç karışılmasın, girişler açık olduğu sürece yeni girişler mutlaka olur, bu girişlerden sonra da fiyatlar düşer” diyen bir görüş de var. Şu anda Avrupa ve Türk hukukunun bunu kabul etmediğini görüyoruz. Buradan şuraya gelmek istiyorum: İzak Beyin söylediklerinden şunu anladık: “Oligopol piyasada oligopolcü firmalar tek yanlı davranışlarıyla, danışıklı olmadan, teker

teker fiyat artırarak tekelleri fiyata ulaşabilirler, eğer aralarında irtibatın varlığı kanıtlanamıyorsa bunu yasaklamayalım, buna ceza uygulamayalım” dediler. Esasen, bu eskiden beri yapılan bir tartışma, yeni bir şey değil. Oligopol ve uyumlu eylemin iki tane savunması vardır: Bir, tek yanlı davranış savunması; ikincisi de, oligopolistik yapıda yapışkanlık savunması. Peki, ceza vermeyelim de, o zaman, tekel durumundaki bir firma yüksek fiyat koyduğu zaman da ceza vermemeliyiz. Birkaç firma birden aynı tekelleri fiyata geldiğinde ceza vermeyecekseniz, aralarında anlaşma olmadığı sürece, tekele de vermemek gerekir. Bu tamamen, iktisatçılar arasında bir tartışmaya dayanıyor ve bu tartışmalardan birini tercih etmek gerekir. Hukuk politikasıyla ilgili bir konu. Demek ki, bizim yasa koyucumuz, bu karineyi benimseyerek, böyle bile olsa “direkt ceza verin” demiyor, ama “aksini kanıtlama olanağı tanıyarak, karşı tarafa aksini kanıtlama olanağı vererek cezalandırın” diyor. Bu böyle mi uygulanıyor; o da ayrı mesele. Rekabet Kurulunun öyle kararları var ki, âdeti, uyumlu eylemin tüm unsurlarını, hepsini karşı taraf ispatlasın dediği kararları da var. Bunları tabii ki tasvip etmiyoruz. Burada kritik nokta: Aradaki iletişimin varlığını kanıtlamalı mı, kanıtlamamalı mı? Oraya kadar her şeyi kanıtlamış. Paralel davranış var. Diyelim ki, bu karine hiç yok. Onu silin şimdi. 4’üncü maddeden siliyorum Sayın Hocam. “Herkesi iddiasını ispat eder” genel kuralı var. Bir tane daha istisna söylediniz. “Normal durumu savunan ispat etmek zorunda değildir.” Piyasanın görünümü şu: Her şey aynı, hiçbir şey değişmemiş, enflasyon yok, talepte bir artış yok, ama fiyatlar iki ya da bir küçük oranlarda, ikişer-üçer, yüzde 2-3 artıyor. Hiçbir talepte de artış yok; üretimde kısma da yok. Böyle bir durumda bu fiyat artışları normal durum mudur, yoksa, fiyat artışlarını, paralel davranışları, bu nedenle rekabetin kısıtlandığı kanıtlandıktan sonra, “siz bunu, bu durup dururken olamaz, aranızda bir şeyler yapıp bunu yapıyorsunuz” demek acaba normal durumu savunmak mıdır? Bence bu, normal durumu savunmaktır ve bunun aksini ispat etmek öbür tarafa geçmelidir. Varsın hiç uyumlu eylem karinesi olmasın; onu kaldıralım tamamen. Burada dahi, normal durumu savunan Rekabet Kuruludur. Dolayısıyla, aksini makul ve mantıklı gerekçelerle tabii ki taraflar ispatlayabilirler. Ama, “biz bunu akıllıca tek yanlı davranışlarla yaptık” savunmasını ben çok tutarlı görmüyorum. Tabii ki, kârı maksimize etmek her zaman akıllı davranıştır, buna şüphe yok; firmalar da bunun için çalışırlar. Dolayısıyla, burada biraz tereddüt ediyorum. Sanki, bu bizdeki karine, zaten normal durumu istisnasıyla da örtüşüyor gibi geliyor bana. Onun için, bu açıdan da bir tartışılabilir mi?

Oturum Başkanı- Yılmaz Bey, biraz daha özetleyerek konuşabilir misiniz? Söz almak için daha çok kişi var.

Prof. Dr. İ. Yılmaz ASLAN- Tabii Hocam. Söyleyeceklerimi zaten söyledim. Müsaade ederseniz birkaç şey daha söyleyeyim. Rekabet Kurulunun, sayın dostum Ateş Akıncı dedi ki, “halihazırda tasarlanan, ileride yapılması planlanan değişikliklerin bugünden uygulamaya sokulması sevindirici bir şeydir, iyi bir şeydir” gibi bir şey söyledi. Buraya not aldım. Bu, şu sonucu doğrular: Mesela biz, ben de tasvip etmiyorum, ilk yazılı savunma istendiğinde Rekabet Kurulu hiçbir şey göndermiyor; “soruşturma açtık, savunmanızı yapın” diyor. Bilgi istiyorsunuz, vermiyor. Evet, yani bu erken bir şey; ama, kanun böyle diyorken olması gerekene göre davranmak doğru mudur? Kanun böyle diyor. Bu değişsin, ben de değişmesini istiyorum; ama, şu anda kanun böyleyken, “prensip kararı aldık, göndermiyoruz...” Tabii, o zaman prensip karara dava açtılar. Kanuna aykırı böyle prensip kararı olmaz. Bunu kabul etmek mümkün değil.

Değerli konuğumuz Amerika’daki uygulamaları anlattı ve çok güzel bir şey söyledi, özel davalarla kamu davalarının ortak olduğunu, ortaklığını, ortak amaca hizmet ettiğini ve aslında birbirini desteklediğini söyledi. Biz ne yapıyoruz? Özel davalar zaten pek açılmıyor. Yararlanabileceğimiz bir özel kişiyi dışlıyoruz. Kim o? Şikâyetçi. Rekabet Kurulu, şikâyetçiden yararlanmayı reddediyoruz. Hem ilk zamanlar şikâyetini reddederken, şunun için reddettiler demiyordu, en son karar gelince, şikâyetinin yarısı reddedilmiş, yarısı kabul edilmiş, öyle anlıyordu, bunu düzeltti. Şimdi, “şu kadarını reddettiler” diyor önce, “şu kadarına da soruşturma açtım” diyor. Şu anda çok önemli bir şey yapıyor; soruşturma raporunu göndermiyor. Şikâyetçi, soruşturma raporunu görmezse, dosyayı incelemese size nasıl yardım edebilir? Sözlü savunmaya sonra davet ediyorsunuz. Orada ne söyleyecek? “Şikâyetimi tekrar ediyorum efendim” demeye gelmesin oraya, sizin incelediğiniz, yaptığınız ve katkıda bulunduğu şeyleri anlatmaya gelsin. Dolayısıyla, bunda ne sakınca var; onu da anlamıyorum. Şikâyetçi âdeta öcü gibi şeyden dışlanıyor. Dolayısıyla, bütün bunlar, özel kişilerin çabalarından kamunun, rekabet ihlallerinden yararlanacak olan kamunun kendisi, iktisadi olarak bundan kamu menfaat sağlayacak. Dolayısıyla, bırakın, şikâyetçi yardım etmek istiyorsa etsin.

Ben kürsüyü fazla işgal etmek istemiyorum. Onun için çok teşekkür ediyorum. Özellikle öğrencim gibi gördüğüm Oğuzkan’ın çok yetkin, çok başarılı ve çok cesaretli olan tebliğini çok beğendim ve kendisini tebrik ediyorum. Diğer arkadaşlardan da, uzmanlardan da böyle tebliğler bekliyorum.

Oturum Başkanı- Atiyas Bey, siz söz almak istiyordunuz; buyurun.

Doç. Dr. İzak ATİYAS- Aslında, Ercüment Beyin sorusuyla Yılmaz Hocanın görüşleri aynı konuda olduğu için ikisine birden hitap etmek herhâlde en doğrusu olacak. Ercüment Beyin sorusu şöyleydi: “Tebliğde iki tane tanım var,

aslında Rekabet Kurulunun kararı belki de bu ikisini birden kapsamıyor mu?”
Yılmaz Beyinkine zaten döneceğim.

Birinci soruya cevap şu: Ben emin değilim. Biz tebliğimizde iki tane tanım koyduk: Firmalar arası herhangi bir dolaylı veya dolaysız irtibat yok, bu anlamda ileriye yönelik sinyalleşme de yok, mesela ileriye yönelik fiyatların ilan edilmesi filan gibi bir durum da yok, -bunu da dolaylı-dolaysız irtibat tanımına katıyorum- piyasadaki fiyatlar aracılığıyla, ancak normal piyasa davranışları aracılığıyla birbirlerine ne kadar sinyal veriyorlarsa, o kadar sinyal veriyorlar, -bunun literatürdeki adı zımni danışıklık- tanımın biri buydu; ikinci tanım, buna ek olarak şu düzeyde veya bu düzeyde firmalar arası irtibat var, yani bir haberleşme, bir bilgi alışverişi veya doğrudan bir iletişim var. Bu ikisi farklı. Birincisine zımni danışıklık diyelim, ikincisine isterseniz zımni danışıklık, artı irtibat diyelim. Sözü ettiğimiz iki tane kararda, uyumlu eylem deyince... Haa, bu ikisinde de karine çok farklı anlama geliyor. İkincisinde karine şu anlamda kullanılabilir: Aslında bir irtibat var, ama onu ispat edemiyorum, onun delilini bulamadım, ama yeterince, fiyatlar öylesine paralel artış içindeki ki, maliyetlerin, enflasyonun da üstünde mesela, bulamadığım delilin karinesi olarak kullanıyorum bu fiyat hareketlerini. Birincisinde farklı anlama geliyor. Birincisinde, ispat etmenin imkânı yok zaten. Birincisi, ancak karine yoluyla bir ihlal araştırması yapılabilecek bir şey. Ben, gözlemleyemediğim stratejilerin zımni danışıklık stratejisi olduğuna inanıyorum ve fiyat artışlarını da bunun karinesi olarak kullanıyorum. Sözü ettiğimiz kararlarda uyumlu eylem tanımını ben yeterince açık bir tarif görmediğim için iki anlamda da kullanılmış olabilir gibi geliyor bana. Dolayısıyla, cevabım: Bilmiyorum. Olabilir. Ancak, Maya kararında, “telefon konuşması” diye bir cümle vardı. Okuyan insanda belki oradan şey kanısı uyanabilir, “haa, aslında bir irtibat delili, bir irtibat olduğuna inanılıyor, o bulunamamış, o yüzden telefonla ilgili bir cümle vardır o şeyde, o cümle belki o yüzden geçiyor olabilir...” Uyumlu eylemin bu kararlarda ne anlamda kullanıldığı pür, saf, zımni danışıklık mı, yoksa bir danışıklık, ama irtibat da içeren bir danışıklık mı? Cevabım: Bilmiyorum.

Öbür konu: “Normal durum nedir?” Bu, tamamen iktisadi bir soru. Bu, içinde hukuk içeren bir soru değil aslında; bu tamamen iktisadi bir soru. Dolayısıyla, bu soruya cevap vermek için herhâlde oligopol teorisine bakmak lazım, oradan esinlenmek lazım, bir de herhâlde, bu konuda ilerlemiş olan ülkelerde bu kararların nasıl alındığına bakmak lazım diyorum. Ben oligopol teorisine şey yapayım.

Siz şöyle bir örnek verdiniz: Dediniz ki, “maliyetlerde artış yok, enflasyonda değişiklik yok, talepte bir değişiklik yok, fiyat bir süre artıyor.” Ne kadar süre olduğunu söylemediniz. Bence o çok önemli. Artıyor, sonra düşüyor

mu; onu da söylemediniz. İlelebet mi artıyor? Demin benim örneğini verdiğim teorik modellerin bir tanesi, fiyatın devrevi olacağını söylüyor. O devrevi fiyata... Bir de, zor, -tebliğde de biz bunu belirttik- aslında zor bir iş yapıyoruz. Avrupa Birliği ve ABD, muhakkak irtibat aradığı için bu zor işe girmek zorunda kalmıyor; biz şimdi o zor işi yapıyoruz. Nedir o zor iş? Son derece teorik ve hatta matematiksel olan modellerle, gerçek hayattaki firma davranışları ve bunun hukukî imaları hakkında bir irtibat kurmaya çalışıyoruz. Bu modellerden, sözünü ettiğim bu devrevi fiyatlara yol açan modele bakarsanız, ki bunun, sözünü ettiğim gibi, gerçek hayatta da izdüşümü bulunmuş, o kadar benziyor ki, teorideki, -slaytları vardı, vaktimiz olmadığı için şey yapmadım- teorideki fiyat hareketleriyle gerçek, gazolin piyasasındaki fiyat hareketleri birbirine çok benziyor. Ona yol açan stratejilerde bir cezalandırma mekânizması yok; sadece, birbirine optimal cevap var. Zaten tasvirini de okuduğunuz zaman, “cezalandırmak için fiyat kırıyor” demiyor; “piyasa kapmak için fiyat kırıyor” diyor. Ama, bir ara geliyor, fiyatlar o kadar düşüyor ki, birbirini bekliyorlar; çünkü, ilk fiyatı artıran zarar edecek. O an o piyasayı öbürü kapacak. Birbirini bekliyorlar. Belli bir ihtimalle bir tanesi fiyat yükseltecek. Bu modele bakarsanız, fiyat dalgalanması, bir süre fiyatların yükselmesi, ondan sonra düşmesi son derece doğal; oligopol piyasasına içkin bir olay.

İkincisi, mesela “Whish Competition Law”ını okuduğunuz zaman, o başka bir yol gösteriyor; diyor ki, “eğer gerçekten, -o da şey fikrinde, tanımı icabı uyumlu eylemin muhakkak karşılıklı irtibat içermesi gereken ve de ispatı için muhakkak karşılıklı irtibat ispatının ortaya konması gerektiğine inanan bir hukukçu- eğer gerçekten zımni danışıklık, saf zımni danışıklık mahkûm edilmek isteniyorsa, bir yaklaşım, fiyatların uzun süreli çok yüksek kalmasından rahatsız olabilir. Siz zaten buna şey örneği verdiniz, aşırı, fahiş fiyatlama örneği verdiniz. O zaman, onun yolu 4’üncü madde değil; o zaman onun yolu, belki de birlikte hâkimiyetten 6’ncı madde. Eğer rahatsız olunan bir anlaşma değil, bir danışıklık değil, sadece fiyatların yükselmesi ise, -ben hukukçu değilim, ama “Wish”i okuyunca da ben bunu anlıyorum- o zaman, onun yolu, birlikte hâkimiyet ve 6’ncı madde. Haa, rekabet otoriteleri bunu fazla sevmiyorlar, haklı olarak da sevmiyorlar; onu da anlıyorum. O zaman, doğru olanı yapmak lazım gibi geliyor bana.

Bu konu daha çok tartışılır. Biz tebliğimizde fazla içine girmedik; çünkü, böyle zımni danışıklığı ortaya koymaya çalışan ekonometrik çalışmalar var. Onların zaafı nedir, iyi oldukları noktalar nelerdir fazla; onlara fazla girmek fırsatı bulamadık. Benim şu anki okumam, iktisat teorisinin bu tür zımni danışıklığın hukukî iması hakkında ne diyebildiği konusunda bana aşağı yukarı

bunu söylüyor. Verdiğiniz örneği şu açıdan tamamlamak lazım: Ne kadar süre? Çünkü, çok uzun süre olursa, yani üç yıl fiyatlar, -muhakkak maliyetlerle karşılaştırmak lazım- fiyatlar maliyetlerin üstünde üç yıl hiç kıpırdamadan duruyorsa, o zaman, “burada acaba yakalayamadığımız bir iletişim var mıdır” diye soru sormanın anlamı başka olur, örneğin devrevi fiyatlarda bu soruyu sormanın anlamı başka olur gibi geliyor bana.

Gönenç’in vurguladığı gibi, biz çok çok derin bir araştırma yapmadık; sanıyorum Avrupa Birliği konusunda yeterince derin bir araştırma yaptık. Ben yapmadım; Gönenç yaptı. ABD hakkında da yeterince yaptık sanıyorum. Ama, ülke rekabet otoritelerinin bu konudaki tutumlarına yeterince girmedik. Bir tek, OECD’nin 1999’da çıkan çok güzel bir rapor var; adı “Oligopoly.” Orada ülke, - tam da bu konuda, yani ne tür delil bulmak lazım konusunda şey yapıyor- orada bizim bulabildiğimiz tek örnek, Gönenç’in sözünü ettiği, bu 106 tane ihale üzerinde şey yapılmış, hakikaten orada, somut bir irtibat delili olmadan, rekabet otoritesi, “ama, bu kadarı da fazla” deyip, böyle bir karar vermiş. Ondan sonra o temyize gitmiş filan, onu şey yapmıyoruz. Belki de hakikaten bulmak lazım; İtalyan Rekabet Otoritesi ondan sonra böyle bir şey yaptı mı? Tebliğimizde yeterince ortaya koyduğumuz şudur: Bizim, “karinenin çıplak kullanımı” dediğimiz yoruma rastlamamaktayız. Eğer böyle bir şey varsa, bu da gerçekten bir politika değişikliğine şey yapıyorsa, bu politika değişikliğinin gerekçesinin ortaya konması lazım, bunun tartışılması lazım ve birinci tip hatalardan nasıl kaçınılabilecek, yoksa rekabet otoritesi, birinci tip hata ihtimalini çok ciddi bir zaaf olarak görmüyor mu; onları tartışmak lazım gibi geliyor bana. Teşekkür ederim.

Prof Dr. Spencer Weber WALLER (Loyola Üniversitesi Chicago Hukuk Fakültesi)- Size çok teşekkür ederim. Bazı sorulara yanıt vererek bugün konuştuğumuz üç konuyu ele almak istiyorum ve ayrıca çok çalışıp herkesin söylediklerini anlamamı sağlayan tercümanlara teşekkür etmek istiyorum ama biraz tereddütlüyüm çünkü okuduğum ya da dinlediğim her şey tercüme olduğu için konulara ilişkin tüm nüansları yakalayamıyor olabilirim. İlk soru, özel davaların doğrudan mahkemeye mi yoksa öncelikle rekabet kuruluna mı sunulacağına ilişkindi. Peki bu işler Birleşik Devletler’de nasıl yürüyor? Birleşik Devletler’de, özel davaların rekabet kuruluna sunulması gibi bir gereksinim yok; herhangi bir özel şahıs ya da şirket, dilediği takdirde bir davayı öncelikle mahkemede açabilir. Şahısların ya da şirketlerin öncelikle rekabet kuruluna başvuruda bulunmak için nedenleri olabilir çünkü eğer ilk önce rekabet kuruluna başvuruda bulunulur ve dava kazanılırsa, özel bir davacı daha sonradan yasanın ihlal edildiğini varsayabilir ve bu durumda yalnızca uğranılan zararın kanıtlanması

gerekir ama eğer şahıslar ya da şirketler istemezlerse beklemek zorunda değildirlir.

Benim için çok ilgi çekici olan diğler bir önemli tartışma konusu da, rekabet kurulunun soruşturmacı üyesinin sorusu. Bu, hakkında deneyim sahibi olduğumuz bir konu değil çünkü Birleşik Devletler’de kurumlar bir yasa ihlalini kanıtlamak için mahkemeye başvururlar ve ellerinde yeterli kanıt olup olmasına veya yasayı doğru ya da hatalı yorumlamalarına bağlı olarak ya kazanırlar ya da kaybederler; dolayısıyla elimizde bu kurumların hukuki görüşleri mevcuttur, ama bu kurumlardaki kişilerin soruşturmanın bir parçası olup olmaması sorunu geçerli değildir. Bu sorunun gündeme geldiği tek durum, Federal Ticaret Komisyonunun idari tedbir aldığı durumdur. Bu gibi durumlarda davayı araştıran ve sunan kişiler, kararı veren Komisyon üyelerinden tamamen farklı kişilerdir.

Oligopol ve sözsüz anlaşma konusu hakkında konuşmak istiyorum çünkü bu konu çok önemli. Bunlar Birleşik Devletler’de de sürekli önümüze gelen konular ve burada söyleyeceklerim yalnızca genel nitelikte; bugün hakkında konuştuğumuz konular, tam da Avrupa Birliği’nde ve Birleşik Devletler’de tartışılmakta olan doğru ve çok karmaşık konular. Bu tartışmaların ne kadar güncel ve yerinde olduğuna dair size bir örnek vermek istiyorum. Avrupa Birliği’nin yeni üye ülkelerinden birinden bir arkadaşım var. Size hangi ülke olduğunu söylemeyeceğim... Kendisi rekabet hukuku alanında çalışıyor ve bir keresinde müvekkillerinden birinin kendi ülkesinin rekabet kurulu tarafından otelcilik endüstrisinde fiyatları sabitlemek ile suçlanması onu çok üzmüştü. Onun yaptığı savunmadaki sorun şuydu: Müvekkilleri şikâyet edilmeleri sonucu suçlandıklarında bir basın toplantısı düzenlemişlerdi ve basın toplantısında şöyle demişlerdi: “Ah, fiyatlar düşüyordu ve biz de rakiplerimiz ile dostane bir ilişki içindeydik; dolayısıyla bir araya geldik ve fiyatlarımızı yüksek tutmayı kararlaştırdık!..” Bunlar her yerde olan şeyler. Eğer Atiyas-Gürkaynak araştırmasının savunduğu şeyi anladıysam, sanırım iki hukukçu-ekonomist arkadaşımın savunduklarına katılmıyorum ve sizin kanunuzdaki varsayımın, en azından bazı koşullar altında, Birleşik Devletler’de de kabul göreceğini düşünüyorum. Paralel davranışın tek başına Birleşik Devletler’de bir mutabakatı göstermek için yeterli olmadığı doğrudur. Bu yaklaşım hukukumuzda bir süre geçerli olmuştur, ama aralarında Chicago’da Yargıç Posner’in baktığı *Corn Syrup* davasının da olduğu, New Jersey’deki Düz Cam olarak anılan çok yakın döneme ait bir çok davanın bulunduğu davalar görülmüş olup ayrıca bir akademisyen sıfatıyla Yargıç Posner’in tavsiyeleri söz konusudur ve Profesör Hovenkamp yepyeni bir kitap yazmıştır; bu kitap şu anda elimde ve dün gece konuşmamı hazırlarken bu kitaptan bu konu ile ilgili bölümleri okuyordum. Onlar,

hepsi, mutabakatın olduğunun gösterilmesinin güçlü şekilde fiili iletişime dayanmadığı görüşündeler. Sözle dile getirilmeyen davranışların da eşit derecede önemli olduğunu düşünüyorlar. Dolayısıyla örneğin sözleşme hukuku ile bir karşılaştırma yapacak olursak, eğer size “yarın evimi boyarsanız size on dolar ödeyeceğim” dersem, siz bir şey söylemezsiniz ve bir sonraki gün eve geldiğimde evim boyanmış olur. Bu durumda muhtemelen biz bir sözleşme yapmışızdır ve muhtemelen ben size on dolar borçluyumdur. Onlar aşağıda dile getireceklerimi söyleyeceklerdir ve burada kısaca Profesör Hovenkamp’ın sözlerine göz atacağım. Onun söylediği şu: Şirketlerin fiyatlandırma kararlarını aktif olarak koordine etmelerine ya da bu kararları bağımsız şekilde almalarına bakılmaksızın Sözleşme, doğrudan iletişime dayanmaz; uygulanabilirliği, piyasa yapısına ve insanların davranış şekillerine bağlıdır. Profesör Hovenkamp bu durumda şöyle derdi: piyasanın yapısının anlaşmaya vesile olduğu durumlarda, başka açık bir izahatın olmadığı durumlarda, mahkemelerin daha az kanıta dayalı bir anlaşmanın söz konusu olduğu sonucunu çıkarmalarına izin veririz. Tarafların kendi başlarına değil de anlaşmaya dayalı olarak hareket ettikleri teorisinin makul olmadığı durumlarda da daha fazla kanıt isteriz. Söyledikleri genel olarak şu: Olan şeyin tamamen rasyonel olduğu sonucuna varmak için, çok olağandışı bir olayın gerçekleştiği sonucuna varmak için ihtiyaç duyduğumuzdan daha az kanıta ihtiyaç duyarız. Görünüşe göre Amerikan hukukunun çalışma tarzı doğrudan bu. Dolayısıyla bana göre – bizim yasalarımızda bu tür bir hüküm yok-sizin yasalarınızda yer alan varsayım her zaman olmasa da çoğu zaman mantıklı. Başka rasyonel bir açıklamanın olmadığı bir piyasa yapısına sahip olduğunuzda, davalıya dönüp “neden bunun benim düşündüğüm gibi olmadığını açıklayın” demek mantıklı çünkü bu durumda toplumsal açıdan çok külfetli bir davranış için yüksek bir potansiyel mevcuttur. Bir yanlış pozitif davranış ihtimali mevcut değil çünkü en iyi ihtimalle yanlış hiçbir şey olmamıştır ama iyi hiçbir şey de gerçekleşmemiştir ve bu çok külfetli olabilir. Gregg Warden oligopolün çok ender olarak teknelci fiyatlandırmaya yol açabileceğini söylerken haklıdır, ama rekabet normunun üzerinde bir fiyatlandırmaya yol açması oldukça sık görülen bir durumdur ve en azından Birleşik Devletler’de, en azından uluslararası rekabetin başlangıcına kadar geçen süre zarfında bütün endüstrisi ve otomobil endüstrisini kapsayan elli yıllık bir örnek gözümüzün önündedir, burada Türkiye’de yasalar değişmediği takdirde, sağduyuya ve ekonomik açıdan incelikli düşünceye dayalı olarak bunun uygulanabileceğini söylemek isterim-buna katılmazlık edemem-ama başka muhtemel bir açıklamanın olmadığı bir durumda, politika perspektifinden “Peki, işte size en muhtemel açıklama, bize neden haksız olduğumuzu söyleyin” deminin adil ve mantıklı olduğunu düşünüyorum. Şimdi sözlerime burada son veriyorum.

Doç. Dr. Ateş AKINCI- Sayın Atiyas'a sorum var. Hocam, üç firma, - siz tabii iktisatçısınız, biz de hukukçuyuz, arada büyük bir fark var, oligopol piyasasını siz açıklamaya çalışıyorsunuz, ilk önce "Kurna"yla başladınız, "Bertram"lar geldi, belki "Chamberlain" de koyacaksınız, devam edeceksiniz, şu anda "Nash"te yeni bir şey bulmaya çalışıyorsunuz, oligopol piyasasında ne olduğunu da çok fazla da bilmiyorsunuz, bu bir gerçek- üç firmalı bir piyasada birinci firma fiyatını artırdı. Siz, hiçbir şey yokken, hiç iletişim dahi yokken, ikinci firmanın ve üçüncü firmanın artırmasını normal karşılıyorsunuz. Bunlar artırmadan, "hayır, ben artırmıyorum, düşük fiyattan piyasa payımı artırmaya çalışacağım..." Esasında iki adamın, ikincil firmanın bir seçim hakkı var: "Evet, artırıyorum, rekabet etmiyorum"; "hayır, fiyatımı artırmıyorum rekabet ediyorum." Şimdi dönüp, ondan sonra, "rekabet etmiyorum ve artırıyorum, rekabet etmiyorum" denen kişinin cezalandırılmasını doğru bulmuyorsunuz. Oysa o firma, serbest iradesiyle rekabet etmemeyi seçiyor. Yakalanırsa cezalanıyor. Bundan daha doğal bir şey olmaz ki. Rekabet kanunları, insanların rekabet etmesini temine yöneliktir. Bazı durumlar var. Diyoruz ki, "yapacak bir şeyimiz yok, siz çünkü tekelsiniz, doğal tekelsiniz, belirli cihetten tekelsiniz, ama, tekel olmayı hukuku aykırı yöntemle gerçekleştirmişseniz sizi cezalandırırım, ama bunun dışında, tekel değilseniz rekabet etmek yükümlüğünüz var, piyasada yaşamak istiyorsanız ve mümkün olduğu kadar da çok rekabet edeceksiniz." Her firmanın, hangi piyasada olursa olsun, tam rekabet de olsa, oligopol de olsa, kârını maksimize etme yolunun tekel olmak olduğunu herhâlde kabul ediyorsunuzdur. Diğer firmalardan daha başarılı olmak, daha verimli olmak, fiyatlarını düşürmek, diğerlerinin o fiyata inemediği için piyasayı terk etmek zorunda kalması ve o firma sonra tek firma hâline, tekel olarak, tekel kârını elde etmişse bir amacı olmalı ve bu rasyonel bir amaç. Bunun dışında, tek başına bütün kârı paylaşmak, piyasayı paylaşarak, tekel kârını üç firma arasında bölüşmek yolundan daha kârlı bir şey. Siz esasında şeyi, -Sayın Profesörün söylediği gibi- sadece sözlü yahut bir iletişim baz aluyorsunuz. Oysa, orada bir serbest iradeyle seçim var, rekabet etmeme seçimi. Güçten bahsettiniz. Hâkim farklı diyor. Esasında söylediği, rekabet etmemek de bir seçimdir ve yakalanırsanız cezalandırılırsınız.

Maya kararından bahsediyorsunuz; "Rekabet Kurulu görüş mü değiştirdi?" Evet, değiştirmiş olabilir; çünkü ilk kararları hatalıydı. Rekabet Kurumu ilk başlangıçta illa ki bir temas arıyordu, "sadece piyasaya bakmak yeterli değil" diyordu; bu gerçek. Bugün doğruyu buldu. Bugün aramıyorsa, doğruyu bulmuştur. "Aa, dün yanlıştı, bugün niye doğruyu buldunuz" diye soramayız. Evet, eskiden, kural, *Dyestuff* kararından alınmıştır, -tercümesi çok güzel konu- aynı mantıktadır. Rekabet Kurulu, *Dyestuff*'ı aşip, kanunu

uygulamayarak kendi kendine norm koymaya çalıştı. Normu değiştirdi; “sadece piyasaya bakmak yeterli değil, birtakım Şeyler de ararım” demeye başladı. Bugün ise, dönmüş diyor ki, “evet, ben hatalıydım”, -keşke bunu kararında açıkça yazsa- “ben şu, şu, şu kararlarımda hatalıydım”, görüş değiştirdim değil, “şu an kanunu uyguluyorum.” Teşekkür ederim.

Av. Gönenç GÜRKAYNAK- Aslında benim co-author’ım İzak’a yöneltilen soruyla ilgili yapmak istediğim bir-iki tespit vardı. Ama Profesör Waller’in kendi sunumundaki bazı tespitleri ve Profesör Waller’ın soru cevaplariken Amerikan hukukuyla Türk hukukunu mukayese ederek söylediği bazı Şeyler, en son noktada da, Ateş Akıncı’nın hepten ton değiştirerek söylediği bazı Şeyler, beni kendi görüşümü çok daha net söylemeye itiyor. Bu Kayseri’deki Dördüncü Toplantı Gönenç Gürkaynak’ın hepten çıldırıp tamamen bambaşka bir görüşü söylediği toplantı olarak kayda geçecekse, varsın öyle olsun.

Kendi beraber yazı yazdığım insan olan İzak’ın söyledikleri hariç burada son anda dile getirilen görüşlerden hiçbirine katılmıyorum. Buna Profesör Waller’inkiler de dahil. Amerikan hukukunu Amerikan hukukçusuna satma iddiasında elbette olamam; ama şunu da gönül rahatlığıyla söyleyebilirim: Amerikan rekabet hukukunda, şu anda bizde uyumlu eylem karinesinin uygulandığı şeklinin hiçbir şekilde uygulanmasına imkân ve ihtimal yoktur. Sayın Waller’ın Amerikan rekabet hukukundaki çok yeni tarihli bir kitap olduğu için gündeme getirdiği ve bizlere göstererek kullandığı o kitaptaki en beğendiğim cümlelerden bir tanesi, rekabet hukukunun her derde deva olma iddiasında olamayacak olduğu ve politika kararları vermek zorunda olduğudur. Dolayısıyla, bizim İzak’la birinci tip hata, ikinci tip hata diye ayırım yaptığımız noktada da bu konulara dikkat etmek durumunda olduğumuz, Waller’ın bambaşka bir amaçla gündeme getirdiği kitaptaki pozisyonla dahi örtüşmektedir. Nitekim bir Amerikan rekabet hukukçusu olan Sayın Waller tarafından Richard Posner’in kararına atıf yapıldı. “High Fructose” kararından bahsedildi. “Corn Syrup” kararı. Bu kararı Amerikan rekabet hukukunda da uyumlu eylem karinesi benzeri bir yapı olduğu biçiminde yorumlamak ancak uyumlu eylem karinesinin Türkiye’deki kullanılış şeklini tam görememiş olmaktan kaynaklanabilir. Corn Syrup kararında Posner “Matsushita” standardının belirlenmesine ve kullanılmasına ilişkin yalnız kısıtlı bir istisna vardır. Yani Posner’in, “şu şartlar altında ben ‘Matsushita’ standardını kullanırım” ve eğer çok yoğun yapısal deliller var ise ancak Matsushita anlayışından ayrılışım dediğine ilişkin yalnızca bir “qualification”u vardır. Yoksa, hâlâ o kararda da Posner “Matsushita” standartlarına sadıktır. Benzer bir şekilde, Sayın Waller gündeme getirmedi ama, madem Amerikan hukuku donesi konuşacağız, “Blomkest Fertilizer v. Potash Corporation of Saskatchewan” kararı

vardır; kendisinin bizlere gösterdiği kitapta da yer alan 2000 senesi kararıdır. O kararda çok net bir biçimde elinizdeki doneler şunlardır: Bizim Türkiye'deki uyumlu eylem dünyamızla Amerika'daki uyumlu eylem dünyasının geldiği noktanın ne kadar ayrı olduğunu göstermek adına söylüyorum.

Elbette Profesör Waller burada karineye dayalı belli olanaklar olduğunu düşünmüş olabilir. Elbette karinede gizli bir nimet olabilir; ama bunun dikkatli kullanılması meselesi önemli... Onun için biz de “yüz karasıdır” dediğimiz noktada konuyu bırakmayalım da, karineden olumlu ne çıkartabiliriz buna bakalım dedik ve bu sebeple böyle emek isteyen bir çalışmayı hazırladık.

Sonuçta, “Blomkest” kararında, bir teşebbüs çalışanının eline grafikler alıp da, rakibine gidip, “ben böyle böyle zarar ediyorum” dediği teyit edebiliyor, bu ispatlanıyor. İkincisi, Sayın Waller'ın bugün elinde tuttuğu bu yepyeni kitapta dipnotlarda var: “Ben bu noktada liste fiyatlarımdan sapmak durumunda kaldım, ayrılmak durumunda kaldım, kusura bakmayın” irtibatları da ispatlanıyor. Yani Blomkest kararında öyle bir iletişim düzeyindeyiz ki, artık, “kusura bakmayın, liste fiyatına mutabık kalacaktık, biz mutabık kalamadık” vesaire diyor bir teşebbüs diğerine. Bütün bunların ispatlandığı yerde ve Şirketin “CEO”sunun da diğer şirkete gittiğinin sabit olduğu hâlde sonuçta Amerikan rejimi “Blomkest” de ceza vermemiştir. O kararın doğru olup olmadığı konumuz dışındadır ama kesin olan birşey varsa o da bizdeki uyumlu eylem karinesi benzeri bir yaklaşımın Amerikan rekabet hukuku rejiminde de mevcut olabileceği tespiti yalnız ve yalnız bizdeki uygulamanın geldiği noktaya yabancı olunmasından kaynaklanabilir. Blomkest'e bakarsanız, nerede kaldı oradaki standart, nerede kaldı şu anda bizim burada uygulamakta olduğumuz... Burada bir yanlışlığı engellemek adına söylüyorum. Tamam, neticede, elbette, ben her şeyden evvel bir avukatım, ama bir akademik kimliği barındırmaya çalışarak, objektif olmaya çalışarak baktığımda da, örneğin ikinci ekmek mayası kararının içeriğine hiç girmeksizin, çünkü orada bir teşebbüsü savunuyordum, şu kadarlık bir bilgiyi verebilirim ki; orada yalnız 10 aylık bir fiyat hareketine bakılmaktaydı. Sonra, hep fiyatı konuşuyoruz. Öbür verdiğimiz örnek, Göлтаş-Denizli Çimento örneği, belli bir mal tedarikinin sağlanması-sağlanmaması konusundaki bir paralelliğin, yine basitçe karine kullanılarak konulmasıydı, ki burada “circumstantial evidence”, yani “durumsal delil” kullanılma olanağı daha düşük. “Structural evidence”, “yapısal delil” bulunduğu noktada biz de İzak'la zaten mutabakat hâlindeyiz. Eğer bununla desteklenebiliyorsa, yapısal delil yeterince kuvvetli olmasa bile, uyumlu eylem karinesi kullanılsın; evet karine de burada işe yarasın zaten. Acaba diyoruz, sadece ve sadece paralelliğin kendisine ait hususları ispata kâfi görebilir miyiz, yoksa bunu yaparsak bir politika kararı olarak yanlış bir şey yapmış olur muyuz?

Sabrınıza tekrar teşekkür ederek şunu da söylemek isterim. Kendim rekabet hukuku dersi anlatırken şu örneği ben çok sık veriyorum: Toleransınıza güvenerek ve haddim olmayarak, derste öğrencisine söylediği şeyi kendi hocalarına söyleyecek densizlikte bir insan değilim, ama örneğimi beğeniyorum. İçeride ateş yakılması suç olsun, içeride ateş yakılması hususunun ispatı için ateşin fotoğrafını bana çekmenize yok. Bunda tamamım. İçeri odun taşındığını gösteriyorsanız ve kış mevsimiyse, bu ikisini bir arada gösterdiğiniz zaman, ispatı tamam diyeyim. Duman çıktığını gösterebiliyorsanız ve kış mevsiminde içeride insanlar yaşıyorsa yine ispatı tamam diyeyim. Ama, ne duman var, ne odun giriyor, ne başka hiçbir şey var, fakat kış mevsiminde içeride insanlar yaşayabiliyor, demek ki, bunlar ateş yakıyordur diyorsanız, bunda ispat standardını tutturamadığınızı düşünürüm. Çünkü varsayımsal alanı fazla genişlettiniz. Karineniz anlamsızlaştı. Elektrikli soba da kullanıyor olabilirler, başka bazı yöntemler de kullanıyor olabilirler. Bir ispat standardı meselesini tartıştığımızı en azından burada söylersek, ispat standardı platformu üzerinde herhâlde dahi iyi tartışma imkânı buluruz diye ümit ediyorum. Sağolun.

Oturum Başkanı- Şunu söyleyeyim ki; bu çok önemli bir konu. Birbirimizi ve birbirlerimizi burada ikna etmek mecburiyetinde değiliz; bir tarafın da, diğer tarafın görüşünü kabul etmek mecburiyeti yok. Bir aydınlanma sağlamak istiyoruz. Çünkü, Avrupa topluluklarında bulunmayan bir karine hükmümüz var, Roma Anlaşmasının ne 85 devamı maddelerinde, ne de 81 devamı maddelerinde bizim karinemiz yok; karineyi biz koymuşuz.

İsmail Hakkı KARAKELLE- Hocam, Gürkaynak'a sadece tek bir cümlelik soru sorabilir miyim?

Oturum Başkanı- Peki, buyurun.

İsmail Hakkı KARAKELLE- Evet, içeri odun girdiğini ispatlayamıyoruz ancak elektrik yok, kömür yok, odun dışında yakılabilecek hiçbir şey yok ama içerisi sıcak yani dışarıdan sıcak; bunu ispatlamak yetmez mi? Diğer bir deyişle, kartel fiyat seviyesine ancak ve ancak arada bir koordinasyon varsa ulaşılabilir, bağımsız davranılsaydı bu sonuca ulaşamaz'ı ispatlamamız hâlinde yetmez mi?

Av. Gönenç GÜRKAYNAK- Yetebilir. Artık söyleyeceklerini söylemiş bir insanın rahatlığı içinde daha "relax" konuşabilirim. Bunun ilk cevabı, İzak'ın bilimsel ahlâkı içerisinde, "bilmiyorum" olarak söylenmeli. İzak'ın ağzına bu konuda bir laf sokuyor olmak istemem ama yetip yetmeyeceği tartışmaya muhtaç burada. Sonuçta, bence, burada bizim kendi tebliğimizi sınırlamaya çalışırken

verdiğimiz İtalyan örneği mesela, işte bu uzunlukta bir durum. Beş seneye bakmış rekabet otoritesi. “106 tane kapalı ihalede hiçbir defa mı birbirinizin ayağına basmazsınız kardeşim” diyor. İspat standardında bu koyulukta bir durum delilinin kendi başına ispat yeteneklerine daha fazla yakınlık duyabilirim. Öte yandan, bu durumda bile “olabilir”i en azından tebliğde tam resmi sunmuş olmak adına söylüyorum. Şimdi işte, en azından tartıştığımız şeyin, “bu görüntüyü yaratabilecek ve hukuka aykırı olmayan tüm unsurları analiz dışına çıkardık mı” olup olmadığı noktasındayız. Sizin sorunuzla koyduğunuz standart, Sayın Karakelle, aslında “Matsushita” standardı zaten. “Bağımsız davranmış olamayacaklarına dair delil ikame ettim” diyorsunuz. Eğer bunu yapabilirseniz, ben zaten baştan o delil standardını, ispat standardını tutturmuş olabilirsiniz diye düşünüyorum. Buradaki bütün hikâye şu değil midir? Basit bilinçli paralellik çok “kanımıza dokunuyorsa” - tırnak içinde- ve “burada bir sıkıntı olabilir, muhtemelen bunlar bir şeyler yapmış, ama biz delilini bulamıyoruz” duygulanımı içindeyse, uyumlu eylem karinesine sarılalım mı, sarılmayalım mı? O noktada, zımnî danışıklığın ta kendisiyle ilgili olabilecek unsurları ortaya koyarak ispat yükünü yerine getirdim zannetmemekte fayda var gibi geliyor bana.

Çiçek ERSOY (Münih Max Planck Enstitüsü Doktora Öğrencisi)- Karineye ilişkin benim dikkatimi çeken şu oldu: 4’üncü maddeyle 59’uncu maddenin lafzı aslında çok farklı. Biz sürekli, “4’üncü madde karinesi” diyoruz, 59’uncu maddeyi göz ardı ediyoruz. 4’üncü maddede de, benim görüşüme göre, teknik anlamda bir karine yok; kanun koyucunun belki yanlış bir ifadesi var diyebiliriz. Baştan beri “karine karine” diye gidiyor.

Oturum Başkanı- Karine yok; ne var? Kesin konuşun.

Çiçek ERSOY- Şöyle: Diyor ki, “bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda.” Bu ne demek? Kurula diyor ki, “öncelikle, dolaylı bir delilin varsa, bir anlaşmayı bakalım ispatlayabiliyor musun ispatlayamıyor musun?” İspatlayamadığı ikinci durumda diyor ki, “madem ispatlayamıyorsun”, saymış, piyasadaki fiyat değişimleri, “karine teşkil eder” diyor. Aslında “emare” teşkil eder. Gönenç’in söylediği, 1972 yılındaki Komisyon kararını aynen alıp çevirmiş; fakat, “karine teşkil eder” lafı aslında yıllardır hepimizin kafasını karıştıran...

Oturum Başkanı- Peki. Kesinleşsin diye ben size bir soru sorayım. Karine olmasıyla onu emare şeklinde anlamamız hâlinde ispat yükünde değişiklik oluyor mu?

Çiçek ERSOY- Olmuyor; şöyle olmuyor: Alman hukukunda diyoruz ki, iki çeşit ispat vardır: Doğrudan ispat; dolaylı ispat. Doğrudan ispatın mümkün olmadığı durumda, geçen sene Yargıtay'ın bir kararı oldu, “cinsel taciz suçunda doğrudan ispat yoktur, çünkü cinsel taciz esnasında tanık bulunması mümkün değildir” diyor, burada da benzer bir durum var. Zaten ortada bir anlaşmanın olması mümkün değil.

Oturum Başkanı- Siz de, “karine yok, emare var, ama ispat yükü...”

Çiçek ERSOY- Emare var ve ispat yükü Kurulun üzerindedir diyorum.

Çiçek ERSOY- İkinci paragrafa geldiğimizde de, aslında burada “karşı delil” demek istiyor. “Ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanarak”, ki bu zaten normaldir, bu gerçekleri dayanması gerekir...

Oturum Başkanı- Anladım, peki.

Çiçek ERSOY- 59'uncu maddeye geleceğim. 59'uncu maddede, lafzına baktığınız zaman karine vardır. O zaman şöyle bir ayırım yapıyoruz: “4'üncü maddede emare yoktur, ispat yükü Kurulun üzerindedir, fakat zarar gören biri mahkeme önüne gittiği zaman ispat yükü ters döner” diyoruz. Benim görüşüm budur.

Çiçek ERSOY- Bir de, Oğuzkan Bey'e özellikle Kurul kararlarına ilişkin. Doktora tezim nedeniyle şimdiye kadarki 1500'e yakın kararın hemen hemen hepsini okudum. İlk gözüme çarpan şey şuydu: Örneğin geçen hafta birleşme ve devralmalarla ilgili bir kararda diyor ki, “dünya pazarını coğrafi pazar olarak kabul ederim” diyor; iki ay sonra diyor ki, “Avrupa Birliği pazarını coğrafi pazar olarak kabul ederim” diyor; iki sene önceki kararında diyor ki, “Türkiye pazarını coğrafi pazar olarak kabul ederim.” Benim anladığım şu: Üç kararı yazan raportör arkadaşın birbirinden haberi yok aslında; Kurulun da birbirinden haberi yok. Bu nasıl önlenbilir? Olabildiğince “Casuistic”, yani ikincil mevzuat yaparak. Ne olur? Kurul, daha önceki kararların hepsini gözden geçirir, “coğrafi pazarı şimdiye kadar biz nasıl tanımlamışız” der ve ikincil bir mevzuat yapar. Yan sınırlamalar ise, bir kararda “beş yıl” derken, ikinci kararda “üç yıl” diyor, beşinci kararda “iki yıl” diyor. “Hukukî güvenlik ilkesi” diyoruz. Nedir hukukî güvenlik ilkesi? İşletme olarak Ben Kurulun önüne gittiğim zaman başıma ne geleceğine bileceğim. Ben, beş yıl diyerek gidiyorsam, Kuruldan beş yıl kararı çıkacağını iyi kötü bileceğim. Şeffaflık ilkesi, özellikle pazar paylarına ilişkin, son yıllarda ticarî sır nedeniyle çoğunun aslında çok da anlamlı olmadığını görüyoruz. Bu konuda bir

değişiklik yapmayı düşünüyor musunuz? Bir de, dediğim, ikincil mevzuat konusu var.

Oturum Başkanı- Müsaade ederseniz ben kaldığım yerden devam edeyim. Ne Roma Anlaşmasında, ne 81 ve devamı maddelerde karine yok. Karine, bizim hukukumuzda Komisyonun koyduğu bir madde; öyle söyleyelim. Hanımefendi, “karine değil” dedi. O da tartışılabilir.

İki; bu, Avrupa Topluluğunda, *Dyestuff* kararı dahil birtakım kararlardan alınmış. Şimdi Ateş Bey dedi ki, “Rekabet Kurulu kararını değiştirebilir, önünde bir engel yok.” Hiç şüphesiz, hiç şüphesiz. Ama, “Süt” kararında, “Gazeteler” kararında ve başka kararlarında bir kriter, bir ölçü kullanmış ise ve şimdi onu terk ediyorsa, hiç olmazsa gerekçesini açıklamalıdır. Böyle bir gerekçe açıklaması yapmamıştır. Bu da önemli değil. Benim bilhassa usul konusunda otorite olan Ejder Beye de yönelteceğim bir şey var. Kanun koyucu karine koymuş ise, karine, yargılamanın her aşamasında rolünü oynar mı? Örnek vereyim. Karineye dayandı; dedi ki, “ben piyasaya baktım”, Maya kararından örnek vermek istemiyorum, dava devam ediyor, “rekabeti bozulmuş olan piyasaların rengi sarıdır, bu ilgili piyasa sarı, onun için ben uyumlu eylem olduğunu bildirdim.” Karineye dayandı. Ben de kalktım dedim ki, “gördüğün renk sarı değil, öyle gibi gözüküyor, ben, oligopol bir piyasada yer alıyorum, benim aldığım bu karar bağımsız bir karardır ve aklın gerektirdiği bir karardır.” Şimdi soruyorum: Bu durumda Rekabet Kurulu ispat yükü altına giriyor mu, hangi ispat yükü ispat yükü altına? Bana ya diyecek ki, “sen oligopol piyasa değilsin” veya “evet, oligopol piyasasın, ama senin aldığın karar akli bir karar icabı değildir” diye ispat mecburiyetinde mi, yoksa sadece bunu söyleyip geçer mi?

Prof. Dr. Ejder YILMAZ- Mecburiyetinde.

Oturum Başkanı- İspat mecburiyetinde.

Oturum Başkanı- Evet. Bana demişse ki, “senin rengin sarı, kötü piyasaların rengi de sarı.” Ben de ona demişsem ki, “hangi Period’da, ne kadar zaman içinde?” Söyledi; dedi ki, “fiyat hareketleri devrevi ise.” O “Sörkıl”ın tümünü mü ele almak mecburiyetinde, yoksa sadece 15 dakikalık bir noktayı alıp, “bak, bu 15 dakikalık noktada sarı renk verdin” diyebilir mi? Rekabet Kurulunun bazı kararlarını bu açılardan değerlendirmemiz icap eder. Bu tenkit değil; bunu size söyleyeyim. Bu tenkit değil; çünkü, hiçbir kanunda bulunmayan bir silah kullanıyorsunuz. Hiçbir kanunda böyle bir silah yok. O silahı siz birdenbire boşaltırsanız, elde yapacak bir şey yok. Benim de söylemek istediğim bu.

Geldiğim sonuç şu: Karine, sonsuz bir ispat etmeme hakkı sağlamaz; karine, her aşamada sonsuz ispat etmeme hakkını elde etmek demek değildir. Bazı kararlarda benim aldığım hava budur; “ben karineye dayanırım, sen ne söylersen söyle karine derim. Benim kanaatime göre, bugün bunun cevabını Ejder Bey çok iyi vermiştir. Bizi cesaretlendiren odur. Yoksa, bu kadar şımaramazdık. Çok teşekkür ederiz. Buyurun.

Oğuzkan GÜZEL- Cevaplara geçmeden önce iki konuya değinmek istiyorum: Birincisi, tabii ki, çok saygıdeğer hocalarımın getirdiği eleştiri, “az gittik uz gittik-az gitmedik uz gitmedik” kısmı. Ben tebliğe bunu yazmıştım; ama sunumda belki heyecandan onları koymadık. Ben tebliğimi yaptırımlar bakımından anlattım; yaptırım uygulayamadık şeklinde anlattım ve yaptırımlar kapsamında, tebliğ kapsamında, şartlı izinler ve koşullu muafiyetlerin olmadığını belirttim; tebliğimin alt kısmında bu var. Hiçbir şey olmamış gibi bir yansıma da ortaya çıkmış olabilir kararda. Bu konuda Danıştay’ın bize yaptığı bir iyilik var; şöyle: Kurum kurulurken, Kurulun ilk kuruluş yılında kanunda geçici bir hüküm vardı, “bir yıl içerisinde çeşitli kamu kurumlarından uzman transfer edebilir” diye, Danıştay buna izin vermedi. “Kanun yayınlanalı bir yılı geçti, senin geç kurulmadan sana hak tanımaz” dedi ve Kurum sıfır kilometre kuruldu; çok da iyi oldu bence. Biz, ilk uzmanlar olarak, -en tecrübelilerinden biri benim, daha önce iki buçuk-üç yıllık bir çalışmam sürem vardı- Kurumda çalışmaya başladık. Büyük bir heyecanla, şevkle, önümüzde Amerika, Avrupa örneğimiz var, çok güzel de kararlar çıkarttık. Şu anda geldiğimiz noktada hiçbir şey olmamış değil; ama olması gerekenden daha gerideyiz düşüncesindeyiz uzmanlar olarak. Çok daha güzel noktalarda olabilirdik. Ama, böyle öğrenebiliyormuşuz. Doğru, bu yaklaşımı eksik bıraktım.

İkinci nokta; soru-cevap kısmına damgasını vuran uyumlu eylem tartışması. O konuda çok kısa bir şey söyleyeceğim. İnşallah yargı da geçit verir, dünya rekabet uygulamasına yepyeni bir uyumlu eylem karinesi kazandırırız; sadece bu kadar söylüyorum.

Oturum Başkanı- Bunu ben anlamadım.

Oğuzkan GÜZEL- Dünyanın hiçbir yerinde örneği yok ki Hocam; bu örnek Avrupa Birliği’nde de yok. Türk rekabet hukukunda var.

Oturum Başkanı- Avrupa Birliği’nde...

Oğuzkan GÜZEL- Karine kısmı...

Oturum Başkanı- Yok, yanlış anladınız. Avrupa Birliği’nde, anlaşmada hüküm olarak yok; ama Avrupa Birliği’nde ilkesel karar olarak var. Arkadaşlar

da, bu ilkesel kararları alıp buraya koymuşlar. İlkesel karar olarak var; belki 40 tane kararda da bunun uygulaması var. Onun için, o, o kadar kolay değil.

Oğuzkan GÜZEL- Yasa, düzenlemesi anlamında. Yanlış ifade ettim.

Oturum Başkanı- Evet, yanlış ifade ettiniz. O çok kinayeliydi.

Oğuzkan GÜZEL- Yok.

Oturum Başkanı- Yani, “efendim, mahkemeler çalışır da, biz de yaparız”; biz öyle demedik. Hatırlarsınız; *Dyestuff* kararı dahil dedim ve buraya da karar yazıldı. “Böyle olduğu hâlde dünyada örneği” demedik.

Oğuzkan GÜZEL- Uyumlu eylem var. Uyumlu eylem karinesi konusunda değil; yasal düzenleme olarak yayınlayacak anlamında söylüyorum.

Oturum Başkanı- Peki.

Oğuzkan GÜZEL- Şimdi diğer soruların cevabına geçiyorum. “Rekabet Kurumu bağımsız idari otorite ve rekabet politikaları saptanması hususunda nasıl karar alacak?” Bu konuda ikili bir ayırma gitmemiz. Rekabet politikası dediğimizde, rekabet politikalarını sadece Rekabet kurumları yürütemez; imkânsızdır. Bir ülkenin rekabet politikasını “yürütme” saptar. Yürütmenin içerisinde de; hükümet vardır, yasamanın belirlediği sınırlar vardır. Burada, bağımsız idari otoritelerde, işte, anayasallık sorunlarını da gündeme getiren husus bu gündeme geliyor. “Kendi alanında politika belirliyorlar, yürütmenin bütünlüğünden ayrılıyor mu”; bu soru ortaya çıkıyor. Sizin kanunla çizilmiş bir alanınız var: “Yasaklanan hükümler var, bunları tespit edin, cezalandırın”; “muafiyet tanıyabileceğiniz hükümler var, muafiyet tanıyın”; “izin vereceğiniz vermeyeceğiniz durumlar var, verin-vermeyin.” Burada bir takdir yetkisi var değil mi? Bu takdir yetkisini kullanırken kamu yararı nasıl oluşuyor diye Kurum karar veriyor, Kurul karar veriyor ve bu kararlar da aslında bir politika oluşturuyor. Niçin üç yıl, niçin beş yıl, niçin sekiz yıl, niçin muafiyet, niçin muafiyet verilmedi, niçin buna izin verildi de, diğerine verilmedi; işte bunlar politika, aslında, bir rekabet politikası oluşturan hususlar ve bu rekabet politikası da yargı denetimine tâbi. Aldığınız kararlar yargı denetimine tâbi olduğu için yargı denetimine tâbi. Burada bir kamu yararı doğdu mu doğmadı mı; Danıştay bunu inceliyor. Ama, yanlış mı inceliyor? Belki yanlış inceliyor, belki doğru inceliyor; ama bir denetim var. “Politika belirlemede bağımsız” deyince, böyle, “her şeyden ayrı bir Kurum var ortada, istediğini yapar” gibi bir durum yok; olamaz da zaten.

İkinci yanıt: Kanunda çizilmiş alanı var zaten; kanunla çizilmiş alanı da eleştirilir. Kamu kurumlarına niçin ceza vermiyor? En büyük eleştiri ben Kurula

karşı da dile getirmiştım. Bu da bir tercih ama. “Türkiye gerçekleri” deniyor. Rekabet dışında bazı başka gerçekler var ve ona göre de karar alınabiliyor. Bu da bir politika; ama bu da denetime tâbi. Yargı da, farklı diyebilir, düzeltebilir. Kanun dışında olan hususlar var. Nedir? Diğer kanunlardaki hüküm. Amerikan uygulamasından örnek verilecek olursa, Amerikan uygulaması, serbest mesleklere rekabet hukukunu uygulayabiliyor; avukatlara, doktorlara uygulamış. Bizde hâlâ kanunla fiyat belirleniyor; “bunun altında alamazsın” deniyor. Ona göre de mühendisler, avukatlar, hatta kanunda yokken yönetmelik çıkartıyor, kendince fiyatlar belirleyebiliyor ve bu uygulamalara müdahale edemiyorsunuz. Rekabet Kurumu, bir rekabet politikası olarak müdahale edemez; çünkü, yasa koyucu öyle tercihte bulunmuş. Bankacılık sektöründe yoğunlaşma denetimi yapamıyoruz; tercih bu. Kurum raporlarına bakarsak, beş defa, altı defa bildirmişiz, OECD raporlarına filan geçmiş; ama tercih bu yönde. Buna bağımsız idari kurum müdahale edebilir mi? Sadece, -kanunumuzun 27’nci maddenin “F” bendi, 30’uncu maddenin “G” bendi- görüş veriyoruz. Görüşlerimiz de raporlarımızda büyük yerler tutuyor; internet sayfamızda da var. Bu konuda, rekabet politikası konusunda, o konuda Meclis yetkili, o konuda yürütme, hükümet yetkili. Siz sadece görüş verebilirsiniz.

İdari işlemler büyük sorun. “Rekabet hukukunu ilgilendiren bir düzenleme varsa kanun tasarısına konmaya çalışılan bütün işlemler, yönetmelikler, ikincil mevzuat Rekabet Kurumu denetiminden de geçsin” denmeye çalışılıyor. Bu, şu ana kadar hiç dikkate alınmadı. Başbakanlık yeni bir yönetmelik yayınladı; “ikincil mevzuat düzenlerken şuralardan, şuralardan görüş alın. Orada da Rekabet Kurumunun esamisi okunmuyor. Politika belirtilmesinde, “bunlar yanlıştır” diye söylüyoruz; ama yetkiler bu şekilde paylaşılmış durumda. Bilmem cevap oldu mu?

İkinci soru: “Coğrafi pazar tanımı, beş yıl, dünya, Avrupa, Türkiye, farklı farklı yapılar var.” Somut olaydan gitmek biraz zor herhâlde. Rekabet hukukunun kendisi zaten “Case by case” inceleme yapmanızı gerektiriyor. Ona göre de değerlendirmeler farklı farklı olabiliyor. Bu eleştiriye katılmamak mümkün mü? Çok da mümkün değil. İlgili ürün pazarını nasıl tanımlarsanız. Bayındır Hastanesi bir tane hastane; Ankara’da hâkim durumda kabul edildi. Şartlar öyle ifade edilince, ilgili ürün pazarı öyle ifade edilince öyle kabul edildi. Sonra, “ihlal yoktur” dendi. Olaya göre değişebilecek değerlendirmeler oldu. Bunların bu kadar birbirinden uzak, bu kadar hukukî güvenliği sarsacak boyutta olmaması için neler yapılması gerekir? O konu da açık; dünya uygulamalarında “Guideline”ler dediğimiz açıklayıcı tebliğler. Bir şikâyet bize geldi, hangi aşamalardan geçecek; onu kendi içimizde de yapmamız gerekiyor. Bir şikâyete şurada şu kadar bulunacak, şu kişi de şu kadar bulunacak diye tıkr tıkr işleyen bir sistemimizin

olması lazım. Bunlar hep olması gerekenler. Zamanla inşallah olacaktır. Teşekkür ederim.

Av. Mehmet ÇİM- Teşekkür ederim Hocam. Ben Ejder Hocamın derin bilgisinden yararlanmak istiyorum. Karineyle ilgili; ama karinenin biraz daha ötesinde. Karinede, elimizde delil yok; bazı şeylerden birtakım sonuçlar çıkarıyoruz. Elimizde delil olan durumlarda sonuçlar çıkarıyoruz. Doğru ya da yanlış olabilir. Fransızlar, ellerinde tuttıkları belgelere dayanarak “Dreyfus” diye bir Yüzbaşını asmışlardı galiba, ama gizlilik olduğu için açıklamadan. Biz de aynı şeyi, Rekabet Kurulunun aldığı, tebliğ etmediği belgeler, görmediğimiz belgelerle yaşayabilir miyiz diye korkuyorum. İsmail Beye dün akşam söyledim; ben keskin dilli bir Avukatım. Yumuşatmaya çalışıyorum. Şeyi çok yanlış buluyorum ben, dayanılan belgelerin, o belgelere dayanılarak hakkında çıkarım yapılan kimselere tebliğ edilmemesini çok yanlış buluyorum. Örneğin oligopol piyasalarıyla ilgili verdiğiniz bir kararda, -isminden bahsetmeme gerek yok- bir tanesi benim müvekkilimdi, o müvekkilimle ilgili yaptığımız bir çıkarımda önemli ceza verdiniz. Davaya kazandık, başka bir sebepten kazandık; ama önemli bir ceza verdiniz. Orada biz savunmamızı yapamadık; savunma hakkımızı kısıtladınız. Danıştay’a gittik. Danıştay’da da dedik ki, “biz bu konuda savunma yapamıyoruz, çünkü neye dayanarak böyle bir çıkarımın yapıldığını bilemiyoruz, lütfen bunlar getirilsin” dedik. Onu kabul etmediler. Bir uyanıklık yapalım dedik. Diğer şirketlerin açıkları dava dosyalarını öğrendik. Dedik ki, hepsi birleştirilsin, bari birleşince öğreniriz dedik. Onu da, uyanıklık yaptığımızı fark ettiler ve biz bir türlü öğrenemedik. Hep söylüyorum; hukukun gerçekleştirilmesi bu toplumun için, rekabetin gerçekleştirilmesinden çok daha önemli. Hocam, acaba bu konuda, yargılamada taraf aleniyeti, üçüncü şahıslara yargılamanın aleniliği, bunun evrensel anayasal temelleri konusunda bizleri aydınlatır mı? Teşekkür ederim Hocam.

Prof. Dr. Ejder YILMAZ- Efendim, müsaade ederseniz şu kadarını söyleyeyim: Savunma hakkı kutsaldır, dosyaya giriş hakkı dediğimiz hak, yeni yeni dünyada oluşan hak kutsaldır. Dosyaya giren her şeyi tarafların bilmesi lazım gelir. Aslında, 10 yıllık geçmişinde Rekabet Kurulu, idareden çok ötede bunları yaptı diye değerlendiriyorum. Bu söylediğiniz olayı somut olarak bilmiyorum. Ben, “müfettiş hukuku” diye daha evvelki şeylerimde hep söylemişimdir. Ülkemizde böyle bir garip zihniyet vardır. İdare, müfettiş, hakkında tahkikat yaptığı kimseye, belgeleri göstermeden, suçlamayı bile göstermeden, “niye suçsuzsun, cevap ver” deme alışkanlığı vardır. Dediğim gibi, savunma hakkı kutsaldır. Ben, Rekabet Kurulunun bu hakka mümkün olduğu kadar saygı duyduğunu biliyordum. Hiçbir, sizin verdiğiniz örnekte olduğu gibi, duyurulmamış, bildirilmemiş bir olay hakkında ceza kestiğini duymamıştım, bilmiyordum. Eğer gerçekten böyle bir olay varsa, -ki

var diyorsunuz- doğru bulmadığımı açıkça söyleyeyim; çünkü, savunma hakkı, bütün dünyada gittikçe yükselen ve hukuk devleti ilkesi gereken saygı duymamız gereken bir ilke. Bunun tersine, şüphelenmemek lazım diye özetle arz ediyorum.

Av. Mehmet GÜN- Kayıtlara geçmesi için Yılmaz Hoca'ya çok kısa bir soru soracağım; çünkü, Komisyonda olan burada tek kişi. Geçen yılki sempozyumda güzelce cevaplamış, özel hukuk bakımından bu düzenlemeleri kim nasıl buraya koydu, bu kanuna şeklinde. Benim de sorum: Danıştay'ın, hukukun genel ilkelerine aykırı bulduğu soruşturmacı üye düzenlemesini kanuna kim nasıl koydu; onu kayıtlara geçmesi bakımından izah ederse teşekkür ederim.

Oturum Başkanı- Buyurunuz.

Prof. Dr. İ. Yılmaz ASLAN- Bu konu, bugün tartışılan konu orada, Komisyonda tartışıldı; gündeme de Ateş Akıncı getirdi. Kendisi de buradaydı, ama çıktı. Biz bu sistemi kurarken şöyle düşündük: (Net olarak söylüyorum) Hiç, soruşturma heyetinde görevlendirilen üyelerin, soruşturmayı bizzat yaparak, o soruşturma neticesinde elde edilecek raporlara imza atacağı aklımıza gelmedi. "Aa, ne garip" diyeceksiniz. Size çok garip gelebilir, ama hiç gelmedi. Nedeni şu: "Soruşturmada mutlaka üye görevlendirmemiz lazım" noktasında buluştuk; çünkü, soruşturma sırasında bazı ara kararlar alınması gerekiyordu ve biz bunu aslında, ara kararı için yeterli olan dört üye olarak düşünmüştük. Dört üye görevlendirilsin, bu dört üye, Kurulun tamamı birleşmeden, ara kararlar için tamamı bir araya gelmesin, -bilgi istenecek, yerinde inceleme yapılacak- Kurul karar vermesin bunlara, bu dört kişilik heyet karar versin; bütün amaç buydu. Çünkü, biz şunu istemiyorduk: Uzman gelmiş, yerinde inceleme kararı veriyoruz ve "yerinde incelemeye muhalefet edildi" diye ondan sonra ceza veriliyor, böyle bir şey olmasın, Kurul kararına itiraz edilirse ceza verilsin diye böyle bir heyet oluşması gerektiğini düşündük aslında. Tamamen iyi niyetliydi. Ama, bu buraya geldi. Bizim hatamız. Doğru ifade edememişiz, anlatamamışız. Düzelmeli lazım. Söylenecek başka bir şey yok. Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı- Teşekkür ederim. Buyurun.

Yrd. Doç. Dr. Ayşe ODMAN BOZTOSUN (Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)- Çok ilginç tartışmalar yaşandı. Ben, burada olan öğrencilerimiz açısından da bunun büyük bir şans olduğunu düşünüyorum. Geleceğin hâkimleri, avukatları, rekabet hukuku uygulayıcıları olarak felsefeden politikaya, yürürlükteki kurallara ve uygulamaya giden süreçte, bir piyanonun tuşlarında gider gibi nasıl gidip gelinmesi gerektiğini hepimiz burada ders olarak gördük. Çok hoş bir laboratuvar ortamı...

Benim Rekabet Kurumundan bir dileğim var. Çok güzel bir etkinlikleri vardı; “Perşembe Konferansları.” Bu konuların her biri, ayrı bir sempozyum konusu olabilecek düzeyde tartışma gerektiriyor. Ateş Hoca burada değil, ama geçen gün çok hoş bir anekdot anlattı. Bir ülkenin Dışişleri Bakanlığında 500 siyasetçi, 500 hukukçu çalışıyormuş ve bir meseleyi 1000 kişi toplanıp tartışıyorlarmış. Bakan da, orada hiç tartışmaya karışmadan dinliyormuş. Bu bir mitoloji mi, gerçekten var mı, yoksa bir şehir efsanesi mi olduğunu bilmiyorum, ama bu, bu şekilde anlatıldı. Belki 17, 18, 20 saat tartışılıyor. Ondan sonra bakan, “teşekkür ederim” deyip ayrılıyor ve daha sonra ülkenin dış politikaları oluşturuluyor. Perşembe Konferanslarına geri dönülürse, benzeri tartışma ortamları oluşturulursa, bu şekildeki tartışmalardan gerekli sonuçlar süzülükten sonra, ben, taslakların da sağlıklı kanunlara dönüşeceğini, bunların da doğru bir şekilde uygulanabileceğini düşünüyorum. O yüzden, bu dileğimi de ifade etmek istedim. Biz, hukuk eğitimine de bunu yansıtmaya çalışıyoruz. Biraz evvel bahsettiğim bu basamakları; felsefe, politika, kurallar ve uygulama, bunların hepsini bir arada değerlendirebilen hukukçuları yetiştirebildiğimiz zaman, bu hedefe ulaştığımız zaman, şimdiki kararlarda beğenmediğimiz eklektik yaklaşımların da üstesinden geleceğiz. O kararlar içerisinde felsefeyle uygulama bütünlüğünü görebileceğiz; buna inancım tam. Teşekkür ediyorum.

Oturum Başkanı- Teşekkür ederim. Toplantıya emeği geçenlere şükran duygularımızı bir kere daha ifade ediyorum ve Dördüncü Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu’nun ikinci ve son oturumunu burada kapatıyorum. Gelecek sene yeniden burada görüşmek dileğiyle.

DEĞERLENDİRMELER

Prof. Dr. Ünal TEKİNALP

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi

“Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu–IV” bir cepheden bakılınca yeni ufuklar turu, diğer cepheden yanaşılınca bir hesap çıkarma değerlendirme toplantısıydı. Birinci cephede; hukukumuza da getirilmesi girişimlerinin yoğunluk kazandığı pişmanlık programları, rekabet hukuku uygulamasında kamu ve özel kesim ortaklığı, uyumlu eylem karinesi rekabet hukukunda ispat yükü ve ilaçta veri koruması yer alıyordu. Sempozyumun ikinci cephesinde ise, Türk rekabet hukukunun ABD ve AT hukukundaki son

gelişmeler ışığında genel değerlendirmesi yapılmış ve rekabet hukukumuzda yargının rolü, on yıllık deneyimin sonuçları halinde sunulmuştur. İkinci cephedeki değerlendirmeler bağlamında, hem *Ateş Akıncı*'nın hem de *Oğuzkan Güzel*'in tebliğlerinde bazı kötümser fırça darbelerine yer verilmiş olmasına rağmen, gerek anılan tebliğler gerek tartışmalar, bünyelerinde olumlu gelişmelerin tohumlarını taşıyor nitelikteydi.

Akıncı, konuşmasında, rekabet hukukunun anavatanı ABD'de ve ondan esinlenerek, hatta sistemler ve ilkeler olarak farklı bir rekabet hukuku kültürünü oluşturmayı başarmış olan AT'de hem kuram ve öğretide hem de uygulamada yaşanan gelişmeleri, karşılaştırmalı bir yöntemle ortaya koymuştur.

Özsunay'ın tebliğinde ABD hukukundaki "*leniency*"nin karşılığı olarak Türk rekabet hukukunda kullanılan pişmanlık kurumu ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir.

Tanıtımın zamanlamasındaki isabete özellikle vurgu yapmak isterim. İngilizcede bir çeşit hoşgörü gösteren anlamı taşıyan "*lenient*" kelimesinin türevi olan "*leniency*", kartele katılan bir işletmenin bunu itiraf etmesi halinde cezadan kurtulmasını düzenleyen kurumu ifade eder. "*Leniency program*", yani Türkçe karşılığıyla "pişmanlık programı" ise, kartelin en zayıf halkasının itirafta bulunmaya ikna edilmesi için uygulanan programdır. Rekabet hukukunda pişmanlığın kanunî bir düzene bağlanmasının hareket noktası, kartellerin "çetin ceviz" olup, bilinen hukuk araçları ve delilleri ile ispatlanamamasıdır. Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 4 üncü maddesinin 3 üncü fıkrasında öngörülen karine ile sıra dışı nitelikte, ancak bilinen bir araç türetilmiştir. Oysa özellikle piyasa payı küçük şirketlerin karteli ele vermeleri halinde ya hiç cezalandırılmayacakları ya da küçük bir cezayla kurtulabileceklerine ilişkin "pişmanlık" başka sınıftan bir araçtır. Gerçi "pişmanlık" veya "etkin pişmanlık" ceza hukukunun bilinen bir kurumudur. Ancak bu kurumun ceza hukukundaki geçmişi de pek eskiye dayanmamaktadır.

Pişmanlık, Rekabetin Korunması Kanununda yapılacak değişikliklerle gündemde olduğu için *Özsunay*'ın açıklamaları öğretici, aydınlatıcı olmaktan da öte katkılıdır.

Loyola Üniversitesi Chicago Hukuk Fakültesi profesörlerinden *Weber*'in "Rekabet Hukuku Uygulamasında Yapıcı Bir Kanun Ve Özel Kesim Ortaklığına Doğru" başlıklı bildiri ülkemiz için tamamen yabancı olup bir gelişme niteliğindedir.

Sempozyumun ilgi çekici bildirilerinden biri de *Atiyas* ile *Gürkaynak* tarafından sunulmuştur. *Atiyas*, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 4 üncü maddesinin 3 üncü fıkrasındaki karinenin ekonomik açılımını bilimsel bir şekilde ortaya koymuştur. Bu açılım, karineyi hukukî alanda da aydınlığa kavuşturan ekonomik bir analizdir. *Gürkaynak* ise hukukî yapıyı farklı bir yaklaşımla açıklamıştır. Rekabet Kurulunun anılan karineyi hiçbir koruyucu bağlantı aramadan ve kaynak AT öğretisinden tamamen farklı bir şekilde uygulamaya giriştiği endişelerinin doğduğu bir döneme rastlayan bildiri, bu sebeple de özel bir öneme sahiptir.

Gün/Taşdemir/Bozoğlu'nun ilahta veri korumasını konu alan tebliğleri pek az bilinen bir konuda ayrıntılı ve doyurucu bir çalışma olarak boşluk doldurmuştur.

Güzel'in tebliği, Danıştayın Rekabet Kurulunun kararlarına yaklaşımını eleştirel bir yaklaşımla ele almıştır. Çok yönlü tartışmaların yapılmasına vesile olan tebliğin herkese yardımcı olacağı şüphesizdir.