

Uzmanlık Tezleri Serisi No: 102

REKABET KURUMU

İDARE HUKUKUNDA VE
CEZA HUKUKUNDA
KARTELLERLE MÜCADELEDE
SORUŞTURMA YÖNTEMLERİ



Bilkent Plaza B3 Blok 06800 Bilkent/Ankara
<http://www.rekabet.gov.tr>
ISBN 978-975-8936-96-0



FATMA DEVRİM

**İDARE HUKUKUNDA VE
CEZA HUKUKUNDA
KARTELLERLE MÜCADELEDE
KULLANILAN
SORUŞTURMA YÖNTEMLERİ**

FATMA DEVRİM

ANKARA 2009

© Bu eserin tüm telif hakları
Rekabet Kurumuna aittir. 2010

İlk Baskı, Ağustos 2010
Rekabet Kurumu-Ankara

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

06/07/2009 tarihinde
Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı Fevzi ÖZKAN Başkanlığında,
4 No'lu Daire Başkanı Serdar YARAR,
Tarkan ERDOĞAN, Haluk ARI, Yrd. Doç. Dr. Gamze ÖZ'den oluşan
Tez Değerlendirme Heyeti önünde savunulan bu tez, Heyetçe yeterli
bulunmuş ve Rekabet Kurulu'nun 19/08/2009 tarih ve 09-36/908 sayılı
toplantısında "Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi" olarak kabul edilmiştir.

ISBN 978-975-8936-96-0

YAYIN NO

0253

*Canım Aileme ve
Sevgili Eşime...*

İÇİNDEKİLER

Sayfa No

SUNUŞ.....	iv
KISALTMALAR	v
GİRİŞ	1

Bölüm 1 **KARTELLERLE MÜCADELEDE** **GELİŞTİRİLEN REJİMLER**

1.1. KARTELLERLE MÜCADELE VE GELİŞTİRİLEN REJİMLER.....	3
1.2. KRİMİNAL REJİMİN VE SAĞLADIĞI SORUŞTURMA YETKİLERİNİN GENEL OLARAK TANITILMASI.....	6
1.3. İDARİ REJİMİN VE SAĞLADIĞI SORUŞTURMA YETKİLERİNİN GENEL OLARAK TANITILMASI.....	9

Bölüm 2 **KARTELLERLE MÜCADELEDE KULLANILAN** **SORUŞTURMA YÖNTEMLERİ:** **KARŞILAŞTIRMALI ANALİZ**

2.1. BİLGİ İSTEME YETKİSİ	13
2.1.1. Genel Olarak	13
2.1.2. Yazılı Bilgi İsteme Yetkisi.....	16
2.1.3. Sözlü Bilgi İsteme Yetkisi.....	17
2.2. YERİNDE İNCELEME YETKİSİ	19
2.2.1. Genel Olarak	19
2.2.2. Yerinde İnceleme Öncesinde Mahkemeden İzin Alınması	20
2.2.3. Yerinde İncelemenin İcrası	22
2.2.4. İşyerlerinde Yerinde İnceleme.....	23
2.2.5. Konutlarda Yerinde İnceleme.....	24
2.2.6. Bilgisayarlarda ve Diğer Elektronik Ortamlarda Yerinde İnceleme.....	25
2.3. İLETİŞİMİN DENETLENMESİ VE TEKNİK ARAÇLARLA İZLEME YETKİSİ.....	27

2.4. ULUSLARARASI İŞBİRLİĞİ YAPMA YETKİLERİ.....	30
2.4.1. Karşılıklı Hukuki Yardımlaşma Anlaşmalarına Başvurulması ..	30
2.4.2. Suçluların İadesine Dair Anlaşmaların Kartel Soruşturmalarında Kullanılması.....	31
2.4.3. İnterpol'ün Kırmızı Bülteninden Faydalanma	32
2.5. GÜMRÜK GİRİŞ ÇIKIŞLARININ İZLENMESİ YETKİSİ	33
2.6. KRİMİNAL VEYA İDARİ SORUŞTURMA YÖNTEMLERİ KULLANMANIN KARTELLERLE DİĞER MÜCADELE YÖNTEMLERİNE ETKİLERİ.....	33
2.6.1. Pişmanlık Programlarına Etkileri	33
2.6.2. İhbarda Bulunanların Ödüllendirilmesi Programına Etkileri	36
2.6.3. Uzlaşma Programlarına Etkileri	37
2.7. KRİMİNAL VEYA İDARİ SORUŞTURMA YÖNTEMLERİ KULLANMANIN DELİL STANDARDINA ETKİLERİ.....	39

Bölüm 3
KARTELLERİN KRİMİNAL BİR SUÇ OLARAK
TANIMLANMASI EĞİLİMİ VE
İNGİLTERE ÖRNEĞİ

3.1. 1998 ÖNCESİ DÖNEM	42
3.2. 1998'DE COMPETITION ACT'İN KABULÜ İLE 2002'DE ENTERPRISE ACT'İN KABULÜ ARASINDAKİ DÖNEM	43
3.3. ENTERPRISE ACT'İN KABULÜNDEN BUGÜNE KADAR UYGULAMA	45
3.3.1. EA'ya Göre Kartel Suçunun Tanımı ve Unsurları.....	45
3.3.2. İdari ve Kriminal Kartel Soruşturmalarının Birlikte Yürütülmesi	47
3.3.3. Kriminal Rejimin Sağladığı Soruşturma Yetkileri	49
3.3.4. Kriminal Soruşturma Yetkilerinin Kullanılması Sırasında İşbirliği Yükümlülüğünün İhlali	50
3.3.5. Kriminal Rejime Geçilmesinin İngiltere'nin Pişmanlık Programı, Uzlaşma ve İhbarcıları Ödüllendirme Uygulamaları Üzerindeki Etkileri	51
3.3.6. EA'nın Uygulandığı Döneme İlişkin Genel Değerlendirme	52

Bölüm 4
TÜRK REKABET HUKUKUNDA
SORUŞTURMA YETKİLERİ:
OLAN VE OLMASI GEREKEN
HUKUK BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

4.1. TÜRK REKABET HUKUKUNDA KARTELLERLE MÜCADELE YÖNTEMLERİ.....	54
4.1.1. Genel Olarak	54
4.1.2. Bilgi İsteme Yetkisi	57
4.1.3. Yerinde İnceleme Yetkisi.....	58
4.2. TÜRK HUKUKUNDA ADLİ VE İDARİ ARAMALAR İLE YERİNDE İNCELEMENİN KARŞILAŞTIRILMASI.....	63
4.2.1. Türk Hukukunda Arama	63
4.2.2. Arama Yetkisi Kullanan Diğer İdari Otoritelerin Uygulamaları.....	64
4.2.3. Yerinde İnceleme Öncesinde Arama İzni Alınması	66
4.3. TÜRK REKABET HUKUKUNDA KARTELLERLE MÜCADELEDE KRİMİNAL SORUŞTURMA YETKİLERİNİN YERİ VE OLMASI GEREKEN HUKUK BAKIMINDAN ÖNERİLER.....	68
SONUÇ	75
ABSTRACT	77
KAYNAKÇA	78

SUNUŞ

Onu yılı aşkın bir süredir bağımsız bir idari otorite olarak faaliyetlerini sürdürmekte olan Rekabet Kurumu, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümleri çerçevesinde yaptığı uygulamalar ile piyasalarda rekabetçi bir işleyiş yönünde önemli gelişmeler sağlamış, kartelleşme ve tekelleşmeyi engellemek yönünde başarılı adımlar atmıştır. Bu başarıları sayesinde de Rekabet Kurumu, yalnızca Türkiye'deki kurumlar arasında değil, dünyadaki rekabet otoriteleri arasında da hak ettiği yeri almaya başlamıştır. Nitekim Avrupa Birliği Komisyonu ilerleme raporları ile OECD gözden geçirme raporlarında bu durum ifade edilmekte ve Kurumun ulaşmış olduğu idari kapasite ve meslek düzeyle karşılanmaktadır.

Rekabet Kurumunun ulaşmış olduğu bu idari kapasite ve meslek düzeyin en önemli göstergelerinden biri de uzmanlık tezleridir. Rekabet uzman yardımcıları, u yılı aşan meslek çalışmalarından elde ettikleri tecrübelerini, bilimsel metodoloji ve araştırma anlayışı ışığında uzmanlık tezine dönüştürmektedirler. Rekabet hukuku, politikası ve sanayi iktisadı alanlarında hazırlanan ve gerek Rekabet Kurumu mensuplarına gerekse diğer ilgililere yönelik önemli bir kaynak niteliğini haiz olan bu tezlerden bazılarında, rekabet hukuku ve politikasının temel konu başlıklarını içeren teorik hususlar analizlerle irdelenmekte, diğerlerinde ise rekabet hukuku uygulamaları bakımından önem arz eden sektörlere ilişkin çalışmalara yer verilmektedir. Bu sayede, daha önce ele alınmamış pek çok konuda değerli eserler ortaya çıkmaktadır.

Doktrine katkı sağlanmasıyan yanı sıra toplumun rekabet konusunda bilgilendirilmesi amacıyla bu eserlerin yayımlanması, rekabet otoritelerinin en önemli görevleri arasındadır. Bu görev, rekabet savunuculuğunun önemli bir parçasını da teşkil etmektedir. Böylece, Rekabet Kurumu, toplumu bilgilendirme hedefine yönelik rekabet savunuculuğu çerçevesinde, tek başına veya birlikte yürütmekte olduğu, konferanslar, sempozyumlar, eğitim ve staj programları düzenlemek gibi faaliyetlerine ilave bir etkinlikte de bulunmaktadır.

Bu bağlamda, kaynak olarak kullanılabilecek yerli eserlerin son derece az olması nedeniyle değerleri bir kat daha artan tezlerini tamamlayan ve Rekabet Uzmanı unvanını alan bütün arkadaşlarımı gönülden kutluyor, tebrik ediyor ve başarılar diliyorum.

Rekabet bilgi ve kültürünün gelişmesine, rekabetçi duyarlılığın artmasına önemli katkıları ve ayrıca bilimsel çalışmalar bakımından bir başvuru kaynağı olacağı inancıyla ilgili uzmanlık tezlerini kamuoyunun bilgisine sunuyoruz...

Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Rekabet Kurumu Başkanı

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABB	: Amerikan Barolar Birliği (American Bar Association)
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
ATAD	: Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (European Court of Justice)
bkz.	: Bakınız
CA	: Competition Act
CK	: Ceza Kanunu
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
dn.	: Dipnot
DOJ	: Department of Justice -ABD Adalet Bakanlığı Antitröst Birimi
EA	: Enterprise Act
ECLR	: European Competition Law Review
ICN	: International Competition Network
İDM	: İlk Derece Mahkemesi (Court of First Instance)
Kanun	: 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
Komisyon	: Avrupa Komisyonu
OECD	: Organisation for Economic Co-operation and Development
OFT	: Office of Fair Trading
OJ	: Official Journal (AB Resmi Gazetesi)
pr.	: paragraf
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
v.	: Versus
vd.	: ve diğerleri
Vol.	: Volume

GİRİŞ

Rekabet hukukundaki en sakıncalı ihlal türü olarak kabul edilen kartellerle ilgili olarak üç husus tartışma götürmez biçimde kabul edilmektedir. Bunlardan ilki kartellerin fiyatları yükseltmek, yenilikçiliği engellemek, ürünlerin çeşitliliğini ve kalitesini olumsuz etkilemek yoluyla büyük ekonomik zararlar doğurduğudur. İkincisi hemen her sektörde karşımıza çıkan kartellerin, müşterilerini düşmanları olarak algılayan arsız bir doğalarının bulunduğu, üçüncüsü ise geliştirilen bütün soruşturma yöntemlerine rağmen kartelleri ortaya çıkarmanın son derece zor olduğudur. Bu gerçekleri kabul ederek kartellerle mücadeleye girişen rekabet otoritelerinin başarısı, kartellerin işleyiş biçimini anlamalarına ve kartellerle mücadelede kullanabilecekleri yetkilerin sınırına göre belirlenecektir.

Ancak her ülkenin kendine özgü bir hukuk sisteminin, rekabet kültürünün ve sosyal yapısının bulunması, bu ülkelerin hepsinde genel olarak geçerli bir kartellerle mücadele rejiminin öngörülememesi sonucunu doğurmaktadır. Yine de kartellerle mücadelede en etkin yöntemlerin belirlenmesi için arayış devam etmektedir. Bu arayış son yıllarda ABD'nin uluslararası kartellere karşı verdiği savaşta elde ettiği başarının etkisiyle kriminal rejime doğru yönelmiştir. Gerçekten de kartelleri suç temelli yargısal kontrole tabi tutan kriminal rejimin, en etkili caydırıcı olan hapis cezasını içermenin dışında iletişimin denetlenmesi, teknik araçlarla izleme ve uluslararası işbirliklerine başvurma gibi soruşturma yetkileri bakımından da avantajlı yönleri bulunmaktadır. Diğer yandan kartellerle mücadeleyi idari rejimde sürdürmenin ise daha hızlı ve pratik olmak gibi üstünlükleri vardır. Her iki rejim bakımından da vurgulanması gereken nokta ise politik ve toplumsal destek olmaksızın kartellerle mücadeleye yönelik düzenlemelerin kâğıt üzerinde kalmaya mahkûm olduğudur.

Bu tezde kartellerle mücadelede geliştirilen kriminal rejim ve idari rejim, rekabet otoritelerine sağladıkları soruşturma yetkileri bakımından incelenmiş ve ulaşılan sonuçlara göre Rekabet Kurumu'nun kartel soruşturmalarında mevcut yetkilerini nasıl kullanabileceği, ihtiyaç duyulan yeni yetkiler ve kartellerle daha etkin mücadele için kriminalizasyonun gerekliliği ile ilgili çıkarımlar yapılmaya çalışılmıştır.

Birinci bölümde kartellerle mücadelenin neden gerekli olduğu aktarılmış, kartellerle mücadelede iki temel yol niteliğindeki ABD’de geliştirilen kriminal rejim ve Avrupa’da geliştirilen idari rejim kısaca tanıtılmıştır. İkinci bölümde kartel soruşturmasında hangi kriminal ve idari soruşturma yetkilerinin bulunduğu, bunların nasıl uygulandığı ve uygulamada karşılaşılan teknik ve hukuki sorunlar DOJ ve Komisyon uygulamaları ışığında anlatılmış; kartel soruşturmasında kriminal veya idari yöntemler kullanmanın pişmanlık, uzlaşma ve ihbar programlarına ve delil standardına etkileri sorgulanmıştır.

Üçüncü bölümde kartellerle mücadelede hem kriminal hem de idari soruşturma rejimlerini uygulayan ve bu anlamda karma rejim olarak nitelendirilebilecek İngiltere’nin kurduğu kartellerle mücadele sistemi incelenmiştir. Son yıllarda yaygınlaşan kriminalizasyon eğiliminin çarpıcı bir örneği olan İngiltere’de kartel hukukunun gelişim evreleri ele alınmış, kartellerin suç olarak tanımlanmasından sonraki döneme dair sonuçlar ortaya konulmuştur.

Dördüncü ve son bölümde ise Rekabet Kurumu’nun kartel soruşturmasında kullandığı yetkiler irdelenmiş, soruşturma yetkilerinin nasıl daha verimli kullanılabileceği, eksikliklerinin nasıl giderilebileceği sorularına cevap aranmıştır.

BÖLÜM 1

KARTELLERLE MÜCADELEDE GELİŞTİRİLEN REJİMLER

Bu bölümde kartellerle mücadelenin rekabet hukukundaki yeri ve önemi kısaca açıklandıktan sonra kartellerle mücadelede geliştirilen rejimler tanıtılacaktır.

1.1. KARTELLERLE MÜCADELE VE GELİŞTİRİLEN REJİMLER

Kartel, aynı veya benzer ekonomik faaliyette bulunan bağımsız teşebbüslerin aralarındaki rekabeti kontrol ederek ortak ekonomik çıkarlarını yükseltmek amacıyla tüketici refahını ve toplam refahı azaltacak şekilde anlaşmaları olarak tanımlanabilir¹. Kartellerin varlığı gerek Avrupa’da gerekse Amerika’da yüzyıllardan beri bilinmekle birlikte verdikleri zararların büyüklüğü sonradan anlaşılmıştır. Kartel üyesi teşebbüsler ve gerçek kişiler, hırsızlık veya dolandırıcılık yapan suçlular gibi tüketicilerin cebindeki parayı haksız yere kendilerine aktarmaktadırlar (Whish 2005, 454; Massey 2006, 179). Kartelin diğer adi suçlardan farkı failin, mağdurun ve failer arasındaki kusur dağılımının kesin çizgilerle belirlenememesidir.

¹ Ne hukuki ne de günlük kullanımda geçerli tam bir tanımlı yapılamayan kartel anlaşması literatürde örnek verilerek açıklanmaya çalışılmıştır (bkz. Rekabet Terimleri Sözlüğü, Ankara, 2008, s. 118). Kartelleri tarif etmek için kullanılan “açık-*hard-core*” “rezil-*egregious*” “yüzsüz-*brazen*” gibi sıfatların da hukuki karşılıkları bulunamamıştır. Karteli tanımlamak kolay değildir zira bir ekonomistin, hukukçunun veya politikacının gözüyle baktığımızda zararlılık derecesi ve ahlâki kınanabilirliği konusunda farklı sonuçlara ulaşılmaktadır (Harding 2006, 185). Etimolojik olarak kartel sözcüğünün kökenine bakıldığında savaşa ara veren esir değişimi anlaşmasını karşılamak için kullanıldığı anlaşılmaktadır. Amerika’da kullanılan “tröst” deyiminin de savaşa ara verilmesi, düşmanlıkların askıya alınması anlamına geldiğini göz önüne alırsak günümüzde kartelin kelime anlamını rakiplerin ittifak içine girmeleri, rekabete ara vermeleri olarak belirleyebiliriz (Harding ve Joshua 2003 Glossary).

Karteller², rekabet hukuku alanındaki en sakıncalı ihlallerdir. OECD (2000, 12) kartellerin elde ettiği ortalama haksız kazancı satış fiyatının %10'u olarak tahmin etmişse de, Connor ve Lande'nin (2004, 80) ABD'de 1990'dan sonra ortaya çıkarılan karteller üzerinden yaptıkları analize göre uluslararası kartellerde bu oran %33-34, yerel kartellerde ise %20-21 olarak belirlenmiştir. Söz konusu çalışmada karteller için ortalama devamlılık süresi ise 5 yıl olarak tespit edilmiştir. Kartellerin fiyatları yapay yollardan yükselterek yol açtıkları zarara, fiyatların yükselmesinden dolayı artık o ürünü almaktan vazgeçenlerin uğradığı zarar da eklenmelidir. Ayrıca maliyetlerin düşürülmesinin, teknik gelişmenin ve pazara girişlerin engellenmesi gibi miktarı asla tam olarak ölçülemeyecek zararlar da söz konusudur. Monti'nin (2000, 14) karteller için kullandığı "*serbest piyasa ekonomisinin kanserleri*" nitelendirmesi kartellerin topluma verdiği zararı çok iyi ifade etmektedir. Sonuçta hiçbir etkinliği olmaksızın sadece zarara sebep olduğu herkesçe kabul edilen karteller, rekabet otoritelerinin mücadele etmesi gereken en önemli ihlal türü olarak gösterilmektedir (Pate 2004, 2; Whish 2005, 453).

Kartellerle mücadele, zorluk açısından da kansere benzetilebilir. Zira doğası gereği gizli olan kartellerin nerede, ne zaman ortaya çıkacağı ve müdahalelere ne cevap vereceği konusunda kesin bilgilere ulaşılamamaktadır (Massey 2006, 184). Fox (2006, 240), hangi alanda kaç kartelin faaliyet gösterdiğinin hiçbir zaman bilinmeyeceğini söyleyerek buna işaret etmiştir. Kartellerin, gizliliklerini korumak için kod adlar kullanmak, teşebbüs birliği şemsiyesinden yararlanmak, yazılı delil bırakmamak gibi önlemler almaları yakalanmalarını daha da zorlaştırmaktadır. Nitekim *Lysine* kartelinde, rekabet hukukuna uyum konusunda titizlik gösteren bir hukuk müşavirinin bile kartel üyesi patronu ve diğer çalışanlar tarafından aldatılması sonucu kartelden haberdar olamaması bunun ironik bir örneğini oluşturmaktadır (Griffin 2000, 42).

Verdikleri zararın büyüklüğü ve gizlenmek için aldıkları önlemler, kartellerle mücadelenin gerekliliği konusunda bir fikir birliği yaratmıştır. Ancak bu mücadelenin nasıl yürütüleceği konusunda çok temel yaklaşım ve uygulama farklılıkları bulunmaktadır. Bir tarafta 1990'lı yıllardan itibaren kartelleri ceza hukuku araçlarıyla kontrol eden ve bir yandan da cezalandırıcı tazminat

² Bu Tez'de kullanılan *kartel* terimi, bazı kaynaklarda "açık (*hard-core*) kartel" olarak adlandırılan ve *per se* yasaklanan fiyat tespiti, pazar paylaşımı, arz miktarının kontrolü ve ihalelerde danışıklı hareket edilmesinden ibaret olan ihlalleri; *kartel üyesi* terimi hem teşebbüslerden hem gerçek kişilerden oluşan kartel üyelerini karşılamaktadır. Kartellerle mücadele yöntemleri ifadesi ise rekabet otoritelerinin kartel soruşturmalarında kullandıkları araştırma yöntemlerinin yanında pişmanlık, uzlaşma, ihbarcıların ödüllendirilmesi programlarını, (*forensic economics* gibi) iktisadi analiz yöntemlerini ve rekabet savunuculuğunu da içermesine rağmen genellikle araştırma yöntemlerini anlatmak üzere kullanılmıştır.

davalarıyla bu katı tutumunu perçinleyen ABD ve Kanada hukuk düzenleri bulunmaktadır. Diğer taraftaysa kartellere karşı yasaklayıcı bir anlam çağrıştıran “antitröst” yerine “rekabet hukuku” deyimini benimseyerek ampirik, konuya ekonomik sonuçları bakımından yaklaşan ve sadece son birkaç on yıldır kartelleri sert biçimde yasaklayan Avrupa yaklaşımı bulunmaktadır (Harding ve Joshua 2003, 42).

Son yıllarda kartellerle mücadele yöntemine dair tartışmalarda, kartelleri beyaz yakalı suçlar olarak görüp ceza hukuku alanında soruşturan kriminal rejim, kabahat olarak görüp idare hukuku kapsamında değerlendiren idari rejime üstünlük sağlamış gibi görünmektedir³. Bu durum kriminal rejimin öncüsü ve en önemli savunucusu olan ABD’ye İngiltere, Japonya, Brezilya ve İsrail gibi dünyanın dört bir yanından ülkelerin katılmasından anlaşılabilir.

Kartellerle mücadelede geliştirilen rejimler birçok değişkenin etkisine bağlı olarak şekillenmektedir (Borrell 2005, 2). Örneğin kartellere karşı toplumun geçmişten bu yana takındığı tavırda, ülkenin sosyo-kültürel yapısı ve politik tercihleri, ekonomik gelişmişlik düzeyi ve piyasa mekanizmasının işleyip işlemediği önemli birer belirleyicidir⁴. Wils (2005, 53) kartellerle mücadele rejiminin gelişimini dört aşamaya ayırmaktadır. İlk aşamada gerçek kartel soruşturmaları bulunmamakta, sadece ihlali geleceğe yönelik olarak önlemeye çalışan uyarı ve talimatlarla yetinilmektedir. Avrupa Ekonomik Topluluğu’nun 1950’li yıllarda ulaştığı ikinci aşamada karteller yasaklanmakta, fakat yasaklamanın doğrudan etkisi cezalardan geçici bağışıklık sağlayan uyarılar ile hafifletilmektedir. AB’nin 1/2003 sayılı Konsey Tüzüğü⁵ ile ulaştığı üçüncü aşamada kartelleri yasaklayan kuralların caydırıcılığı uyarı sisteminin ortadan kaldırılması ile artırılmakta; fakat sorumluluk halâ teşebbüslerle sınırlı tutulmaktadır. ABD ve Kanada tarafından ulaşılan ve İngiltere’nin yakın zamanda geçtiği dördüncü aşamada, fiyat tespiti ve ihalelerde danışıklı hareket gibi yakalanması en zor olan kartellere yönelik caydırıcılık, yaptırımlara hapis cezasının eklenmesiyle güçlendirilmektedir.

³ Kriminalizasyon akımı DOJ’nin 1990’lı yıllarda uluslararası kartellere karşı açtığı savaşla doğrudan bağlantılıdır. ABD uluslararası kartellerle mücadelede başarı elde etmesinin, diğer ülkelerin işbirliğine bağlı olduğunu fark ederek kriminal rejimin bir numaralı savunucusu olmuş, öncelikle pişmanlık programlarının daha sonra ise hapis cezasının yayılması için çaba sarf etmiştir (Spratling 1997, 6; Delrahim 2004, 11-12). ABD’nin bu çabalarının OECD’nin (2002, 16-17) karteller için hapis cezasının tavsiye edilmesiyle uluslararası ortamda sonuç verdiği görülmektedir.

⁴ Ülkelerin kültürleri ile rekabetçilik düzeyleri arasındaki ilişkiyi açıklayan bir çalışmada ABD ve İngiltere ilk sırada yer almış, Türkiye 56 ülke arasında 35. sırada yer alarak kartelleri kriminal rejimde soruşturan Japonya, Meksika ve Güney Kore gibi ülkelerin önüne geçmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Lee 2008, 33-55.

⁵ Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules of competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, OJ 2003 L 001, s. 1-25 (1/2003 sayılı Tüzük olarak anılacaktır).

Kartellerle mücadelede farklı aşamalarda bulunan ülkeleri aynı bakış açısı ile değerlendirmek ve bütün ülkelere hitap eden bir kartellerle mücadele rejimi sunmak mümkün değildir. Ancak ortaya çıkarılan kartel sayısına ve sağlanan (özel ve genel) caydırıcılığa bakıldığında, kartellerle mücadelede en başarılı sonuçları kriminal rejimin verdiği anlaşılmaktadır (Fox 2006, 242). Kriminal sistemin başarısı idari rejimi yönlendirmesine ve kartellerle mücadeleye önderlik etmesine yol açmıştır (Connor 2008, 49; Cseres vd. 2006, 4).

1.2. KRİMİNAL REJİMİN VE SAĞLADIĞI SORUŞTURMA YETKİLERİNİN GENEL OLARAK TANITILMASI

Kartelleri yasaklayan ilk hukuk düzenleri, 1889'da Kanada ve 1890'da Sherman Kanunu'nu⁶ çıkaran ABD olmuştur. Kriminal rejimin ilk temsilcileri olan bu ülkelerde kartel, hem gerçek hem tüzel kişilerin sorumlu tutulduğu bir suç olarak kabul edilmişse de kartellerle mücadelede siyasi destek ve kamuoyu desteği özellikle 1970'li yıllardan itibaren sağlanabilmiştir (Baker 2001, 895).

Wils'e göre (2006, 61) kriminal rejimin altı ayırt edici özelliği vardır, bunlar:

- Kartel üyelerinin hapis cezasıyla cezalandırılması,
- Kartel üyelerinin suç işleme saikiyle kasıtlı hareket ettiklerinin kabulü,
- Kartel kurulmasının ahlâken kınanan bir davranış olarak algılanması,
- Ortaya çıkan zararlar verilen ceza arasında gevşek bir bağ bulunması,
- Kartellerin ceza hukukunun ilke ve araçlarıyla soruşturulması ve
- Savunmanın ceza hukukunun sağladığı hak ve güvencelere sahip olmasıdır.

Kriminal rejimde, kartellerin soruşturulması savcılar ve kolluk kuvvetleri, sona erdirilmesi ve cezalandırılması ise mahkemeler eliyle gerçekleştirilmektedir. Kartel soruşturmalarında ceza hukukunun genel prensiplerinden olan *soruşturmanın gizliliği ilkesi* geçerli olduğundan taraflar kendileriyle ilgili elde edilen bilgi ve delilleri bilmemekte, dolayısıyla bir belirsizlik ve güvensizlik ortamına sürüklenmektedir. Bu ise tarafları işbirliği yapmaya yöneltmektedir. DOJ soruşturmaların gizliliği ilkesi ile pişmanlık ve uzlaşma programları sayesinde tutuklu açmazından (*prisoners dilemma*)

⁶ Sherman Act, 2.7.1890, 15 U.S.C. § 1-7.

fağdalanmakta ve “iti ite kırdırma” (*dog eat dog*) politikası izlemektedir (Baker 2001, 827; Delrahim 2004, 6).

Kriminal rejimin en önemli özelliği para cezasının yanında hapis cezasına da yer vermesidir⁷. Rosochowicz (2004, 755-756), rekabet ihlalleri bakımından caydırıcılığın sağlanmasında hapis cezaları kadar etkili bir yaptırımın bulunmadığını ifade etmektedir. Hammond (2001, 10) ise hapis cezasının para cezasına üstünlüğünü ifade ederken kişilerin özgürlüğüne fiyat biçilemeyeceğine dikkat çekmektedir.

Kriminal rejimin bir diğer avantajı, ceza hukukuna ait soruşturma yetkilerini kullanılabilir kılmasıdır. Sıkı usul koşullarına uymanın gerekliliği ve mahkemelerde sürecin uzun sürede sonuçlanmasına rağmen, kartel soruşturmalarında kriminal rejimin tercih edilmesinin sebebi, soruşturma yetkilerinin ihlalin ispatında daha geniş imkânlar sağlamasıdır. Daha özlü bir anlatımla, kriminal rejim daha uzun ve zor bir yoldan gitmeyi gerektirmekteyse de, hedefe ulaşmada daha kesin sonuçlar vaat etmektedir. Kriminal soruşturma yetkilerine kısaca değinilecek olursa;

Kartel soruşturmalarında en sık başvurulan soruşturma yetkileri bilgi isteme ve yerinde incelemedir. Kriminal rejimde DOJ, yürüttüğü kartel soruşturmalarında hakkında soruşturma açılan sanıkları ve konu hakkında bilgisi olabilecek tanıkları dinleme, yeminli ifade alma ve belge isteme yetkilerine sahiptir. Yerinde inceleme yetkisi ise ABD’de FBI ajanlarınca kullanılmakta, silahlı ajanlar herhangi bir engellemeyle karşılaşmaları halinde orantılılık ilkesi çerçevesinde güç kullanabilmektedir (Kekevi 2008, 48). 1996 yılından beri kartelleri kriminal rejimde soruşturan İrlanda Rekabet Otoritesi de yerinde incelemelerde hem bünyesinde istihdam edilen polislerden hem de dolandırıcılık suçlarını soruşturan polis biriminden yararlanmaktadır (Calvani 2006, 270).

Kriminal rejimin soruşturma yetkileri konusunda üstünlük sağladığı asıl alan ise telefon dinleme, teknik araçlarla izleme, muhbir kullanılması, gümrük giriş çıkışlarının izlenmesi, İnterpol’ün Kırmızı Bülteni’nden faydalanılması, suçluların iadesi prosedürünün işletilmesi gibi “yeni nesil” denilebilecek yetkilerden oluşmaktadır (Hammond 2001, 5). Kriminal soruşturma yetkilerinin çoğu, kartellerin bir suç olarak tanımlanması halinde kullanılabilir. Örneğin telefon dinleme ve teknik araçlarla izleme ancak ceza hukukunun

⁷ ABD’de kartel üyesi teşebbüslere 100.000.000 ABD dolarına kadar para cezası ve zararın üç katı tutarında tazminat ödeme yükümlülüğü getirilebilmekte; gerçek kişilereyse 1.000.000 ABD Dolarına kadar para cezası ve 10 yıla kadar hapis cezası verilebilmektedir (Werden 2008, 4).

sağladığı usul güvenceleri altında ve belirli bir hapis cezası eşiğini aşan suçlar⁸ için öngörülebilecek kriminal tekniklerdir.

Bu yetkilerin yarattığı fark bir örnek üzerinden açıklanacak olursa, *marine hose*⁹ karteli, pişmanlık programından yararlanan kartel üyesinin çağrısıyla Mayıs 2007'de Teksas-Houston'da yapılan kartel toplantısının FBI tarafından gizlice videoya kaydedilmesi ve ertesi gün yapılan eş zamanlı yerinde incelemelerle toplantıya katılan İngiliz, Fransız, İtalyan ve Japon işadamlarından oluşan sekiz şirket yöneticisinin tutuklanmasıyla ortaya çıkarılmıştır (Chavez 2008, 7). Bu soruşturma ile ilgili olarak uluslararası arenada yapılan işbirlikleri yeni nesil soruşturma yetkilerinin geldiği aşamayı göstermesi bakımından dikkat çekicidir.

Kriminal yetkiler öncelikle kartellerin yakalanma riskini yükseltmektedir (Fox 2006, 241). Buna ilaveten yakalanma riskinin yüksek olması pişmanlık programlarına başvuruları tetiklemekte, hapis cezasını yakın ve ciddi bir tehdide dönüştürmekte ve sanıkların suçlarını kabul ederek uzlaşma yoluna gitmesini sağlamaktadır. Bütün bu etkenler sayesinde ABD'de kartel soruşturmaları uzun süren, masraflı ve zahmetli dava aşamasına hiç geçilmeden uzlaşma anlaşmalarıyla sona erdirilebilmektedir. Böylece kriminal rejimin soruşturma ve karar verme sürecini uzatacağı yönündeki endişeler, ABD'nin kendine özgü sistemi içinde ortadan kaldırılabilmiştir. Kriminal rejimde soruşturma yetkilerinin, pişmanlık programının, uzlaşma sisteminin ve özel hukuk uygulamasının¹⁰ kartellerle mücadelede oluşturulması gereken bütünün parçaları olarak değerlendirilmesi gerekmektedir (Reindl 2006, 118). Dolayısıyla bunların tek tek değil bir arada en etkin sonucu verdiği göz ardı edilmemelidir. Ayrıca kriminal rejimin başarısında toplumsal destek ve yargılama makamlarının katkısı da önemli birer belirleyicidir (Kovacic 2006, 41). Bunlar olmadan uzun süreden beri kartelleri ceza hukuku alanına almayı tartışan Norveç ve Tayvan'da olduğu üzere kriminalizasyonun veya hapis cezalarının hayata geçirilmesi mümkün değildir (Reindl 2005, 113, 119).

⁸ Teknik takip ve telefon dinleme gibi kriminal araştırma teknikleri bazı hukuk sistemlerinde belirli bir ceza eşiğinin yukarısı için, bazı hukuk sistemlerinde ise sadece kanunda sayılan suçların soruşturulmasında öngörülmektedir. Ceza eşiği sistemini benimseyen ülkelere İngiltere ve İrlanda, sayma sistemini benimseyen ülkelere ABD ve Türkiye örnek gösterilebilir.

⁹ *Marine hose* özellikle savunma sanayi alanında kullanılan bir tür petrol borusu olup petrolün aktarılması ve depolanmasında işe yaramaktadır.

¹⁰ Kriminal rejimin öncüsü olan ABD'de kartelden zarar görenlerin açtığı cezalandırıcı tazminat davaları da etkili bir mücadele yöntemidir (Cseres vd. 2006, 3).

1.3. İDARİ REJİMİN VE SAĞLADIĞI SORUŞTURMA YETKİLERİNİN GENEL OLARAK TANITILMASI

Avrupa’da kartel hukukunun gelişimine bakıldığında 20. yüzyılın ilk yarısında Birinci ve İkinci Dünya Savaşlarının etkisiyle çöken ekonomik sistemlerini kalkındırmaya çalışan hükümetlerin kartelleri cesaretlendiren bir yaklaşım içinde olduğu görülmektedir (Harding 2006, 2). Avrupa’nın ortak ve tek bir pazar olması fikrinin benimsenmesinden sonra ise kartel karşıtı politikalar güçlenmiştir. Avrupa ülkelerinin ilk kartel kanunları 1950’li yıllarda kabul edilmişse de¹¹ kartel anlaşmalarının tescil ettirilmesinin ve nadiren de olsa idarece uygun görülmeyen kartellere para cezası uygulanmasının ötesine geçen bir hukuk uygulaması olmamıştır. Avrupa’da kartellerle mücadele, tek pazar düşüncesi ile birlikte geliştiğinden görevin, halktan ziyade hükümetlere ve Avrupa Komisyonu’na (Komisyon) düştüğü ve böylece idari rejimin tasarlandığı görülmektedir¹².

İdari rejim kartellerle mücadeleyi idari kurumlar eliyle, idare hukuku araç ve usulleriyle yürütmektedir. İdari rejimde kartel soruşturmaları başından sonuna kadar idari örgütlenme içinde yer alan rekabet otoritesince yürütülmekte ve nihai kararlar da yine aynı otoritenin idari kararları olarak alınmaktadır. İdari soruşturma teknikleri, ABD’de FBI tarafından uygulanan iletişimin denetlenmesi ve teknik araçlarla izleme gibi ceza hukuku temelli soruşturma yetkileriyle aynı profesyonel düzeyde değildir ve olması da beklenmemelidir (Cseres vd. 2006, 15). Öte yandan kapsamı ve sınırları ülkeden ülkeye değişen yargısal denetim ise kararın alınmasının ardından devreye girmektedir. Kalbfleisch (2006, 314) Avrupa’da yargılama makamlarının karteli bir suç olarak kabul etmekteki isteksizlikleri, rekabet hukukunda uzmanlaşma eksikliği ve Komisyon’la ilişkilerin yürütülmesinde kolaylık sağlaması gerekçeleriyle Avrupa genelinde idari rejimin tercih edilmesinin daha optimal olduğunu ifade etmektedir.

İdari rejim, soruşturmanın karar alma ile aynı birim tarafından gerçekleştirilmesi nedeniyle maliyet ve hızlilik bakımından avantaj kazandırmaktadır (Reind 2006, 122). Ancak bu durum soruşturmacıların

¹¹ Buna karşın Birinci Dünya Savaşı sonrasında ABD’nin etkisinde kalan Almanya ilk kartel kanununu 1923’te yürürlüğe koymuştur (Wils 2006, 78).

¹² Bu tezin hazırlandığı ve savunulduğu tarihte AT rekabet hukukunda kartellerle ilgili temel kural Roma Antlaşması’nın 81. maddesi iken 9.5.2008 yayımlanarak yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması’nın 101. maddesi (OJ 9.5.2008; C 115/47) içerik olarak değişiklik getirmemekle birlikte Roma Antlaşması’nın yerini almıştır.

önyargılı hareket etmesine (*prosecutorial bias*¹³) yol açacağından karar verme işlevinin bağımsız bir mahkemeye bırakılması gerektiği öne sürülmektedir (Wils 2004, 13; 2005, 161). Diğer yandan Komisyon'un üç fonksiyonu birlikte uygulaması (soruşturma yetkilerini kullanarak delil elde etmesi, delilleri değerlendirerek iddiayı ortaya koyması ve karar alması) AİHS'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesi ile ilgili tartışmalara sebep olmaktadır.

Ancak idari rejimde soruşturma ve karar verme birimlerinin ayrılması maliyet avantajını ortadan kaldıracak ve bu birimlerin konuyu peş peşe anlamaya çalışması birçok sürecin kaçınılmaz olarak tekrarına ve zaman kaybına yol açacaktır. Wils (2005, 46; 2006, 64), bağımsız ve tarafsız mahkeme statüsünde bulunmasa da, Komisyon'un bu fonksiyonları birlikte kullanmasının AİHS'nin 6. maddesine aykırı olmadığını belirtmektedir. Aslında bu sonuca AİHM'nin ve ATAD'ın etkinlik ve usul ekonomisi gerekçeleriyle 6. maddenin geniş anlamı çerçevesinde "kriminal"¹⁴ sayılan kartellerin soruşturulması ve cezalandırılmasında, idari otoritelerin yetkilendirilebileceği yönündeki içtihatları yorumlanarak varılmaktadır¹⁵. Ancak bunun kabul edilebilmesi için ilgili kişilere, haklarındaki idari karara karşı 6. maddenin sağladığı tüm güvenceleri kullanabilecekleri tam bir yargısal denetim (*full jurisdictional review*) yapan bir mahkemede dava açma hakkı tanınmalıdır.

¹³ İddia makamı önyargısı (*prosecutorial bias*) mesleği ihlalleri ortaya çıkarmak olan kişilerin, tarafsız bir bakış açısıyla yaklaşıldığında hukuka aykırı olarak nitelendirilmeyecek meseleleri bile ihlal kapsamına sokmaya çalışmaları şeklinde tanımlanabilir. Soruşturmacıların önyargılı hareket etmeleri, profesyonel meslek ilkeleri veya iç denetim gibi vasıtalarla azaltılabilirse de tamamen ortadan kaldırılamamaktadır. Oysa bu problem karar verme biriminin soruşturmayı yürüten birimden ayrıldığı sistemlerde ortaya çıkmamaktadır. İdari rejimde ihlali iddia edenlerle bu iddia hakkında karar verenlerin genelde farklı kişiler olduğu, bunun da tarafsızlık sorununu giderebileceği düşünülebilirse de, tam anlamıyla tarafsızlığın sağlanabilmesi için her bakımdan birbirinden bağımsız organların varlığı gerekmektedir. Kararların sonradan yargısal denetime tabi tutulması ise, arada geçen zaman ve mahkemenin yaptığı incelemenin eksiklikler içermesi sebepleriyle aynı olumlu sonuçları doğurmaya yeterli değildir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Wils 2004, 201.

¹⁴ Kartel soruşturmaları sonucunda verilen para cezalarının "kriminal" olarak nitelendirilmesi (1/2003 sayılı Tüzük'ün 23. maddesinin 5. fıkrasında tam aksi yönde hüküm bulunmasına rağmen) AİHM'nin içtihatlarıyla ortaya çıkan bir sonuçtur. AİHM bu nitelendirmeyi iç hukuk düzenlemeleriyle bağlı olmaksızın somut olayın niteliklerine göre yapmaktadır (Kerse ve Khan 2005, 128). AİHM, AİHS'nin 6. maddesi çerçevesinde şu koşulları taşıyan idari soruşturmaların "kriminal" nitelikte olduğunu kabul etmektedir (Wils 2006, 63): (i.) Genel bir ihlal tanımı yapan ve herkese uygulanan normlar söz konusuysa, (ii.) İhlale bağlanan idari para cezası tazmin edicilikten ziyade caydırıcılığa yönelikse ve (iii.) İdari para cezası ağırsa.

¹⁵ Anılan içtihatlar için bkz. ATAD, Hüls v. Commission, Case C-199/92P [1999], ECR 4287, pr. 150; AİHM, 23.6.1981, Le Compte, Van Leuven ve De Meyere v. Belçika, A/43 pr. 51; AİHM, 1.2.1983, Albert ve Le Compte v. Belçika A/58 pr. 29; AİHM, 24.2.1994, Bendenoun v. Fransa, A/284, pr. 46.

İdari rejimde neticeleri itibarıyla “kriminal” olarak nitelendirilen ihlal iddiaları, idare hukuku esas ve usullerine göre çözülmeye çalışılmaktadır. Bu durum, ortaya çıkan sorunların çözümünde kriminal sistemde tasarlanmış olan pişmanlık veya uzlaşma gibi yeni araçların kabul edilmesine ve giderek kriminal rejime yaklaşılmasına neden olmaktadır. 1 Aralık 1998’de kartel soruşturmaları üzerinde yoğunlaşmak için özel Kartel Dairesini (*Unit E1*) kuran, 1/2003 sayılı Tüzük ile soruşturma yetkilerini güçlendiren ve ulusal rekabet otoritelerine 81. maddeyi doğrudan uygulama yetkisi veren Komisyon, böylece en ağır rekabet ihlallerine yoğunlaşmayı amaçlamaktadır (Venit 2003, 8). Diğer yandan kartellere yakalanmaları halinde kendilerini bekleyen sonuçların ciddiyetini gösterebilmek adına mevcut para cezalarının ağırlaştırılması; bireylerin para cezası yanında hapis cezasıyla da cezalandırılması (Wils 2006, 27-52; OECD 2005, 72) ve Avrupa’da özel hukuk uygulamasının canlandırılması¹⁶ tartışılmaktadır. 2008’de yürürlüğe giren uzlaşma programıyla kartellerle mücadelede bir eksikliğini daha tamamlayan Komisyon için bir sonraki adım, sorumluluğu bireyselleştirmek suretiyle caydırıcılığı yükseltmek olabilir.

Ancak sorumluluğu bireyselleştirmek, ceza hukuku araç ve usullerinin kabulünü gerektirmektedir. Forrester (2006, 165), Komisyon’un bilgi isteme ve yerinde inceleme yetkilerinden ibaret olan mevcut idari soruşturma sisteminin deyim yerindeyse “doğal sınırlarına ulaştığını” belirtmektedir. Yazara göre mevcut sisteme eklenebilecek soruşturma yetkileri, ilave pişmanlık ve ihbarcıların ödüllendirilmesinden ibarettir. Bunun ötesinde yeni soruşturma yetkilerinin kabul edilebilmesi için rekabet hukuku ihlallerinin kriminalize edilmesi ve daha sıkı usul kuralları getirilmesi gerekmektedir. Joshua (2002, 8), da kartellerin gittikçe yeraltına inmesi karşısında Komisyon’un soruşturma yetkilerinin yetersiz kalacağını, bunun önlenmesinin ise daha müdahaleci olan ceza muhakemesi sürecine yaklaşılması ve kartelden sorumlu olan bireyler üzerindeki baskının artırılması ile mümkün olacağını ifade etmektedir.

Bununla birlikte AT rekabet hukuku bakımından, soruşturma tekniklerinin ve bireysel sorumluluğun ceza hukukunun kapsamına alınması için henüz gerekli hukuki altyapının bulunduğunu söylemek mümkün değildir¹⁷.

¹⁶ 1/2003 sayılı Tüzük’ün 81. maddeyi üye devletlerin doğrudan uygulamasına açmasının önemli sebeplerinden biri, mahkemeler kanalıyla tazminat davalarının takibini kolaylaştırmaktır. Hatta bu amaçla 2005’te Komisyon konuya ilişkin bir Yeşil Kitap (*Green Paper, Damages actions for breach of the EC antitrust rules*) yayımlamıştır. Ne var ki Avrupa’da özel hukuk uygulamasının ABD’deki gibi işlemlerini beklemek, başta konuyla ilgili toplumsal duyarlılığın yetersizliği nedeniyle pek umutlu bir beklenti olmayacaktır (Lowe 2006, 96).

¹⁷ Wils’in (2006, 95) bu konudaki görüşü aksi yöndedir. Roma Antlaşması’nın 83. maddesinin Konsey’e (Parlamento’ya danışarak) 81. ve 82. maddenin uygulanabilmesi için düzenlemeler yapabilme ve ATAD ile Komisyon’a görevler verebilme yetkisini düzenlediğine işaret eden Wils, amaçsal yorum yapılarak bu yetkinin kriminalizasyona imkân tanıyacak şekilde anlaşılacağını iddia etmektedir.

Çünkü ceza hukuku alanı, mülkîlik prensibi¹⁸ gereği üye ülkelerin tekelindedir, Komisyon'un bu alanda yetkisi bulunmamaktadır¹⁹.

Öte yandan kriminalizasyon eğiliminin politik ve sosyal destek görüp görmeyeceğiyle ilgili önemli kaygılar bulunmaktadır. Kartel üyesi gerçek kişilere "suçlu" olarak muamele edilmesini öngören bir sistemin bugün AB'de kabul görebileceğini söylemek mümkün görülmemektedir (Cseres vd. 2006, 5).

Ancak üye devletler için durum farklıdır; 2008 yılı itibarıyla Avrupa Birliği üyelerinden on yedisinde rekabet hukuku alanında hapis veya yöneticilikten men gibi kriminal cezalar verilebilmesi mümkündür. Bu ülkeler İngiltere, İrlanda, Danimarka, Fransa, Almanya, Finlandiya, Norveç, Avusturya, İtalya, İspanya, Yunanistan, Slovakya, Slovenya, Estonya, Çek Cumhuriyeti, Güney Kıbrıs ve Malta'dır (Slater vd. 2008, 32, dn. 116). İsveç ve Hollanda'da ise hapis cezasının getirilmesi gerektiğine ilişkin tartışmalar devam etmektedir. Buna rağmen Komisyon kanalıyla ve tüm Avrupa çapında kriminal rejimin uygulanması gerektiğine dair bir görüş birliğinden söz edilemez. Bu yönüyle Avrupa'da kriminalizasyon eğiliminin tepeden aşağı değil tabandan yukarı doğru yayıldığı söylenebilir (Cseres vd. 2006, 6;). Avrupa dışında ise ABD ve Kanada'nın eskiden beri yürüttüğü kriminal rejimi 1990'lı yıllardan itibaren benimseyen ülkelere İsrail, Japonya, Brezilya, Şili, Meksika ve Güney Kore örnek olarak gösterilebilir (Beaton-Wells 2008, 185).

¹⁸ Eylemin herhangi bir devletin egemenlik alanı içinde işlenmiş olması halinde ilgili devlet bu suçu kovuşturmaya ve eylemcileri yargılayarak cezalandırmaya münhasıran yetkilidir. Bu durum ceza hukukunda "mülkîlik ilkesi" olarak nitelendirilmektedir (Aydın 2002, 147).

¹⁹ ATAD yakın tarihli bir kararında (Commission v. Council, Case C-176/03 [2005] ECR I-7879, pr. 47-48) ceza ve ceza usul hukuku alanlarının AB'nin görev ve yetki alanının dışında olduğunu, bu alanlarda ancak üye devletlere yükümlülük getirilebileceğini tespit etmiştir. Buna paralel olarak 1/2003 sayılı Tüzük'ün 5. maddesinde üye devletlerin rekabet hukuku alanında para cezasının dışında kendi iç hukuklarında kriminal cezalar da öngörebilmelerine imkân tanınmıştır. Bu nedenle Avrupa Birliği'ne üye ülkelerin rekabet otoriteleri, Komisyon'a karşı görev ve sorumluluklarını idari rejim çerçevesinde yerine getirirken kendi rekabet hukuku uygulamalarında kriminal rejimi benimseyebilmektedirler.

BÖLÜM 2

KARTELLERLE MÜCADELEDE KULLANILAN SORUŞTURMA YÖNTEMLERİ: KARŞILAŞTIRMALI ANALİZ

İlk bölümde kartellerle mücadelede benimsenen iki temel rejim olan kriminal ve idari rejim ana hatlarıyla tanıtılmış ve sağladıkları soruşturma yetkileri bakımından farklı oldukları belirlenmiştir. Bu bölümde ise kartel soruşturmalarında kullanılan bilgi isteme ve yerinde inceleme gibi “klasik” soruşturma yöntemleri ile iletişimin denetlenmesi ve teknik araçlarla izleme gibi “yeni nesil” soruşturma yöntemleri, DOJ’nin ve Komisyon’un uygulamalarından hareketle karşılaştırmalı olarak anlatılacaktır. Ardından bu yöntemleri kullanmanın pişmanlık, uzlaşma, ihbarcıların ödüllendirilmesi programlarına ve ihlalin ispatlanmasında ulaşılması gereken delil standardına etkileri değerlendirilerek, böylece kriminal ve idari soruşturma yöntemlerinin kartellerle mücadeleye yaptıkları katkı ortaya konulmaya çalışılacaktır.

2.1. BİLGİ İSTEME YETKİSİ

2.1.1. Genel Olarak

Bilgi isteme yetkisi, hem kriminal hem idari rejimde mevcut olan temel soruşturma yetkilerinden biridir. Yazılı veya sözlü olarak kullanılabilen bilgi isteme yetkisi kapsamında sorulacak sorularla kâğıda geçirilmemiş olan bilgilere ulaşılması da mümkündür. Bunu sağlayabilmek için rekabet otoritesinin doğru soruları yöneltebilecek derecede bilgiye sahip olması ve bu sorulara yanlış veya yanıltıcı cevap verilmesini ağır yaptırımlara bağlaması ise ön koşuldur (Kekevi 2008, 47).

Kriminal rejimde, bilgi isteme yazısına geçerli sebep olmadan cevap verilmemesi veya yanlış-yanıltıcı bilgi verilmesi başlıbaşına hapis cezasını gerektiren bir suç olarak tanımlanmaktadır. Bu tür durumlarda tanıkların yönlendirilmesi, tehdit, rüşvet, delil karartma gibi adaletin yanıtılması başlığı

altında toplanabilecek suçlamalar da kartel suçuna ek olarak yöneltilmektedir²⁰(Barnett 2006, 6). Örneğin DOJ, 2002 yılında karbon fiber ürünleri pazarında yürüttüğü soruşturmada bilgi isteme yazısı ile istenilen belgeleri kaçırmak için Tokyo'ya gönderdikleri anlaşılan Toho Tenax Co. Ltd. unvanlı bir Japon firmasını, ABD'deki yavru şirketini ve şirketin yöneticisi Jinnosuke Takeda'yı adaletin yanıtılması iddiasıyla yargılamış ve sonradan belgelere Japon Adil Ticaret Komisyonu'nun DOJ için yaptığı yerinde inceleme ile ulaşılmıştır²¹. İngiltere'de de benzer şekilde karteli ispatlayacak delilleri karartanlar için kartel suçunun ceza üst sınırı olan 5 yıla kadar hapis cezası uygulanacağı öngörülmektedir²². Kartel soruşturmalarında adaletin yanıtılması olarak kabul edilen davranışlar ve bunlara karşı uygulanan yaptırımlara ilişkin ICN (2006a, 17) raporu da, hem kriminal hem idari rejim temsilcilerinin son yıllarda konuyla ilgili hassasiyetlerinin geliştiğini göstermektedir.

İdari rejimde ise bilgi isteme yazılarının cevaplanmasını sağlamak ve bilgi isteme taleplerine yanlış-yanıltıcı bilgi verilmesini önlemek amacıyla teşebbüslere ve teşebbüs birliklerine yönelik para cezaları öngörülmüştür. Bu cezanın, işbirliği yapılmaması halinde elde edilecek kazanımları dengeleyecek miktarda olması gerektiğinden, 1/2003 sayılı Tüzük'te ceza oranları yükseltilmiştir²³.

Bilgi isteme (ve yerinde inceleme) yetkisi kapsamında taraflara sorulan sorularda gözetilmesi gereken sınırlar, her iki rejimde de geçerli olan kendini suçlayıcı beyanda bulunmama hakkı (*privilege against self incrimination*) ve avukat-müvekkil iletişiminin imtiyazı (*legal professional privilege*) ilkesidir.

Kendini suçlayıcı beyanda bulunmama (susma) hakkının gereği olarak hakkında soruşturma yürütülenlere kartel kurup kurmadıkları doğrudan sorulamaz. Buna karşılık belirli bir yerde veya konuda toplantılar yapıp yapmadıkları, bilgi paylaşımına gidip gitmedikleri gibi aralarındaki koordinasyonu ortaya çıkaracak sorular sorulabilir. ABD'de tüzel kişilerin susma hakkından faydalanmaları mümkün olmadığından sorunun muhatabı olan

²⁰ ABD'de adaletin yanıtılması suçu şirketler için para cezası; bireyler için de hem para hem de 10 yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılmaktadır (18 U.S.C. § 1503).

²¹ DOJ'nin konuyla ilgili basın açıklaması için bkz. http://www.usdoj.gov/atr/public/press_releases/2002/10863.htm

²² Enterprise Act, md. 201, fıkra 5.

²³ Cevaplama zorunluluğu bulunmamasına rağmen karara dayanmayan bilgi isteme yazısına kasten veya ihmalen yanlış-yanıltıcı cevap verilmesi halinde teşebbüsler ve teşebbüs birlikleri (1/2003 sayılı Tüzük'ün 23/1-a maddesine göre) bir önceki yıl cirolarının %1'ine kadar cezalandırılabilirler. Aynı ceza, karara dayanan bilgi isteme yazılarına cevap verilmemesi veya yanlış-yanıltıcı cevap verilmesi durumunda da (1/2003 sayılı Tüzük'ün 23/1-b maddesinde) uygulanabilir. Ayrıca karara dayanan bilgi isteme talebine cevap verilmemesi halinde istenilen bilgi tam ve doğru olarak sağlanıncaya kadar (24/1-d maddesine göre) günlük cirolarının %5'ine kadar süreli para cezası verilebilir.

teşebbüslerin sessiz kalma hakkı bulunmamaktadır (Baker 2001, 708). Kendini suçlayıcı beyanda bulunmama hakkı, Komisyon'un kararlarını denetleyen mahkemelerde tartışılmış ve ABD'deki uygulamaya paralel olarak Avrupa'da da tüzel kişilerin susma hakkına sahip olmadığı sonucuna varılmıştır²⁴ (Lenaerts 2007, 1489). Dolayısıyla teşebbüsler, kendilerinden istenen bilgi veya belgeleri ihlalin ortaya çıkarılmasına yol açacak olsa bile Komisyon'a vermek zorundadır (Garzaniti vd. 2004, 175; Wils 2003, 577). Buna karşılık Komisyon kendisinin ispat etmesi gereken hususları soru olarak yönelterek teşebbüsleri, doğrudan doğruya ihlalin kabul edilmesi sonucunu doğuracak soruları cevaplamaya zorlayamaz²⁵.

Savunma hakkının bir uzantısı niteliğindeki avukat-müvekkil iletişiminin imtiyazı ilkesi, avukat ile müvekkili arasında tam bir güven ortamı oluşturulmasını ve böylece savunma hakkının etkin olarak kullanılabilmesini hedeflemektedir. Anglo Amerikan hukuk düzeninin köklü ilkelerinden biri olan bu imtiyaza göre avukatla müvekkili arasındaki iletişimin açıklanması veya müvekkil aleyhinde kullanılması mümkün değildir (Gippini-Fournier 2005, 970). Avukat müvekkil iletişiminin gizliliğine dair AB rekabet mevzuatında da bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu ilkenin uygulanma koşulları ATAD tarafından *AM&S Europe*²⁶ davasında belirlenmiş ve sadece savunma hakkının kullanılması ile ilgili yazışmalar için, bağımsız çalışan avukatlar bakımından imtiyaz kabul edilmiştir. *Akzo Nobel*²⁷ davasında ise bu ilkenin sınırları (özellikle şirket çalışanı konumundaki avukatlarının bu imtiyaz kapsamında olup olmadığı) yeniden tartışılmış ancak, İDM esaslı bir değişiklik benimsememiştir²⁸.

²⁴ Konuyla ilgili içtihatlar için bkz. *Orkem SA v. Commission*, Case 374/87, [1991], E.C.R. 502; *Solvay v. Commission*, Case 27/88 [1989]9, E.C.R. 3355; *Mannesmannröhren-Werke v. Commission*, Case T-112/98 [2001], E.C.R. II-729; *Limburgse Vinyl Maatschappij and Others v. Commission* ("PVC II"), Cases C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P to C-252/99 P and C-254/99 P [2002], E.C.R. I-8375; *Tokai Carbon Co. Ltd and others v. Commission* ("Graphite Electrodes"), Cases T-71/03, T-74/03, T-7/03 and T- 91/03 2005, E.C.R. II-10.

²⁵ *Orkem SA v. Commission*, Case 374/87, [1991], E.C.R. 502, pr. 35.

²⁶ *AM&S Europe Ltd. v. Commission*, Case 155/79 [1982]E.C.R. 1575.

²⁷ *Akzo Nobel v. Commission*, Case T-125/03 R & 253/03 R [2003] E.C.R. II-4771.

²⁸ Savunma haklarının kapsamında bulunan kendini suçlayıcı beyanda bulunmama hakkı ve avukat müvekkil iletişiminin imtiyazı ilkesi bu çalışmanın konusu dışında bulunduğundan daha fazla bilgiye yer verilmemiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Wils 2003; Gippini-Fournier 2005.

2.1.2. Yazılı Bilgi İsteme Yetkisi

Kriminal rejimde yazılı bilgi isteme yetkisi muhataba resmi yoldan ve yargılama makamları kanalıyla gönderilen bilgi isteme yazısı²⁹ aracılığıyla kullanılmaktadır. Bilgi isteme yazıları soruşturmalarda taraf olup olmadığına bakılmaksızın gerçek ve tüzel kişilere ve bu arada yabancılara da gönderilebilir. Bilgi isteme yazılarının muhatap, istenen bilgi ve belgelerin tanımı ve özellikleri, bilgi ve belgelerin gönderileceği adres, süre sınırı gibi konularda belirlilik şartını sağlaması gerekmektedir. Aksi halde mahkemeye itiraz edilerek iptal edilmeleri sağlanabilir³⁰. Teşebbüsler veya gerçek kişiler, haklarında bir kartel soruşturması yürütüldüğünü genellikle ilk defa bilgi isteme yazılarının kendilerine tebliği anında öğrenmektedir (Camatsos ve Foer 2007, 5).

DOJ'nin uygulamasına göre bilgi isteme yazılarının “*duces tecum*” (ibraz emri) niteliğinde olması halinde, istenen bilginin beraberinde bazı belge veya kayıtların da getirilmesi zorunlu hale gelmektedir. Teşebbüsün organizasyon yapısı, çalışanlarının ve yöneticilerinin iş tanımları, yetkileri ve sorumlulukları, teşebbüs adına yapılan otel ve seyahat giderlerine dair makbuzlar, fiyat listeleri, faturalar, rakipler arasında yapılan e-posta yazışmaları ve ajandalar istenebilecek belgelere örnek olarak sayılabilir. Tanığın/sanığın kaçma ihtimali veya delillerin karartılma riski bulunması halindeyse, bilgi isteme yazısına acele kaydı konularak (*forthwith subpoena*) istemin derhal yerine getirilmesi sağlanabilmektedir.

İdari rejimde ise Komisyon'un yazılı bilgi isteme yetkisi yetkisini düzenleyen 1/2003 sayılı Tüzük'ün 18. maddesine göre, teşebbüsler veya teşebbüs birlikleri bilgi isteme yazısında ayrıntıları belirtilen bilgi ve belgeleri, kendilerine tanınan sürede vermek zorundadır. Komisyon, bilgi isteme yetkisini soruşturmanın her aşamasında, taraflardan ve üçüncü kişilerden bilgi ve belge toplamak amacıyla yaygın olarak kullanmaktadır.

Komisyon bilgi isterken şüphelendiği ihlal hakkında yeterli açıklıkta bilgi vermek ve bilgi isteme amacını açıklamak zorundadır. Bilgi isteme talebinin gerektiği gibi yerine getirilmemesi durumunda öngörülen yaptırım ve karşı tarafın bilgi isteme talebiyle ilgili olarak mahkemeye başvurma hakkı da belirtilmelidir. Ayrıca istenen bilgi veya belgenin ihlalin gerçekleşip gerçekleşmediğini aydınlayabilecek nitelikte olması gerekir. İstenen bilgi ve

²⁹ ABD'de bilgi isteme yetkisi “*subpoena*” denilen resmi yazılar aracılığıyla kullanılmaktadır. “Subpoena” teriminin karşılığı olarak Türkçe'de mahkeme celbi veya çağrı kâğıdı ifadeleri kullanılabilir. “bilgi isteme yazısı” hem Türk Rekabet Hukuku terminolojisine yerleşmiş olması hem de daha geniş bir anlamı ifade etmesi sebebiyle tercih edilmiştir.

³⁰ Grand Jury Manual, III. Subpoenas, Part II, s. 43, <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/206782.htm>.

belgelerin Komisyon'un ihlalle ilgili değerlendirmesinde gerekli olup olmadığı³¹ konusundaki bu sınır İDM ve ATAD tarafından denetlenmektedir (Kerse ve Khan 2005, 131).

Komisyon, doğrudan doğruya veya öncesinde karar alarak bilgi isteme yetkisini kullanabilir. Teşebbüsler veya teşebbüs birlikleri, karara dayanmayan bilgi isteme yazılarını cevaplamak zorunda değildir. 1/2003 sayılı Tüzük yürürlüğe girmeden önce Komisyon, sadece karara dayanmayan bilgi isteme yazısından sonuç alamadığı durumlarda karar alarak bilgi isteyebilmekteyken, artık bu iki yoldan birini seçmekte serbesttir (Forrester 2006, 166).

İdari rejimde bilgi isteme yazılarının gerçek kişilere yöneltilememesi ve bilgi isteme talebine gerektiği gibi yanıt verilmemesi halinde uygulanacak yaptırımların para cezasından ibaret olması kriminal rejime göre bu yetkinin daha sınırlı bir çerçevede kullanılması sonucunu doğurmaktadır.

2.1.3. Sözlü Bilgi İsteme Yetkisi

Kartel üyelerinin zamanla rekabet hukuku konusunda bilinçlenmesi, karteli kanıtlayan yazılı belge bulmayı zorlaştırmış, bu da şüphelilerin sorgulanmasını ve tanıkların ifadesinin alınmasını giderek daha önemli hale getirmiştir. Kartel suçundan birinci derecede bilgi sahibi olanların yaptığı açıklamalar çoğunlukla, en hızlı ulaşılan ve başka yerden ulaşılamayacak bilgileri ortaya çıkarmaktadır. Sözlü bilgi isteme yetkisi, aynı zamanda şüphelinin niyeti ve kastı konusunda delil sağlayabilecek temel yöntemlerden biridir. ICN (2008a) tarafından hazırlanan sözlü görüşme veya sorgulama öncesi hazırlık, sorgulamaya etki eden faktörler ve sorgulama teknikleri konularında öneriler sunan ve farklı ülke uygulamalarını gösteren rapor, sözlü bilgi isteme yetkisinin son yıllarda yaygınlaştığını ve geliştirildiğini göstermektedir. Örneğin 1988'den bu yana kartellerle mücadelede kriminal rejimi benimsemiş olan İsrail'de, kartel soruşturmalarını yürüten dedektiflere sorgulama teknikleri, beden dili ve psikoloji gibi konularda özel eğitimler verilmektedir (Gilboa 2002, 3).

ABD'de ise sözlü bilgi isteme yetkisi muhataba gönderilen bilgi isteme yazısının "*ad testificandum*"³² niteliğinde olması halinde kullanılabilir. Bu durumda sanığın veya tanığın bildiklerini sözlü olarak ifade etme veya mahkemede tanıklık etme mecburiyeti doğmaktadır. İfade alma sırasında tanığa

³¹ Bilgi isteme yetkisini kullanırken Komisyon'un sağlaması gereken gereklilik koşulu hk. ATAD'ın değerlendirmesi için bkz. SEP v. Commission, Case C-36/92 P, [1994] ECR I-1911.

³² Bilgi isteme yazısının "*subpoena ad testificandum*" niteliğinde olması muhatabın ceza tehdidi altında ve gerekirse zor kullanılarak mahkemede tanıklık etmek üzere belirli bir yerde ve zamanda hazır bulunmak üzere davet edilmesi anlamına gelmektedir.

verdiği yeminli ifadenin kayıt altına alındığı, gerçeği anlatmaması halinde 5 yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılabilir bir suç işleyeceği hatırlatılarak durumun ciddiyeti ortaya konulmaktadır (Grand Jury Manual, Ch. 8).

1/2003 sayılı Tüzük'ün 19. maddesine göre Komisyon, bir soruşturma konusunda bilgi toplamak amacıyla gerçek veya tüzel kişilerle, rızalarını almak şartıyla görüşme yapılabilir. Komisyon'un karşı tarafın rızasını alarak sözlü bilgi isteyebilmesi, idari rejimde kişilerin yeminli ifadelerinin alınabileceği anlamına gelmemekte³³; sözlü bilgi verme konusunda gönüllülük esas alınmaktadır. Sözlü bilgi isteme yetkisi Komisyon için 17 Sayılı Tüzük'te³⁴ yer almayan ve 1/2003 sayılı Tüzük ile kabul edilen yeni bir bilgi edinme yöntemidir. Komisyon'un yerinde incelemelerinde, soruşturmadan önceden haberi olmayan kişilere sorular sorup cevaplarını tutanak altına alarak yetkisini aştığı yönündeki eleştiriler (Lister 1990, 64) bu yetkinin düzenlenmesiyle ortadan kaldırılmıştır. Komisyon bu görüşmeleri kayıt altına almakta, bu kaydın bir kopyasını görüşülen kişiye vermekte ve süre tanıyarak verilen bilgilerde değişiklik ve düzeltme yapmasına imkân sağlamaktadır (Garzaniti vd. 2004, 172). Görüşmelerin kayıt altına alınması, elektronik ortamda veya telefonla bilgi istenebileceği ve tanınacak süre gibi konular 773/2004 sayılı Tüzük'te³⁵ daha ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

AİHS'nin 6. maddesi ve kendini suçlayıcı beyanda bulunmama hakkı gereğince, yargısal olmayan sorgulamalardan elde edilen cevaplar kişi aleyhinde kullanılamamaktadır. Bu nedenle gönüllülük temelinde alınan bilgilerin yanlış veya yanıltıcı olması halinde Komisyon'un bundan sorumlu olan gerçek kişilere herhangi bir yaptırım uygulama yetkisi bulunmamaktadır (Wils 2006, 69). Verilen cevapların yanlış veya yanıltıcı olmasının bir yaptırımının bulunmaması, yapılan görüşmelerden elde edilen bilgilerin delil olarak güvenilirliğini şüpheli hale getirmektedir.

Esasında güvenilirlik problemi genel olarak bilgi isteme yöntemiyle elde edilen tüm bilgi ve belgeler için geçerlidir ve ceza tehdidinin bulunup bulunmaması sadece güvenilirliğin derecesini etkilemektedir. İstenen bilgi, fiziksel varlığı olan kayıtlarda mevcutsa güvenilirlik problemi düşüktür. Çünkü ceza tehdidi neticesinde bunların içeriğinde bir değişiklik olması düşünülemez. Fakat niyet, gerekçe, amaç gibi somut olmayan subjektif bilgilerin istenmesi durumunda cevapların güvenilirliği şüpheli olacaktır. Diğer yandan soruların yazılı olarak ve hukuki danışma alınmasına imkân tanınarak yöneltildiği halinde

³³ İdari rejimde zorunlu ve yeminli ifade alma yetkisinin bulunmaması delillerin büyük oranda belgelerden oluşması sonucunu doğurmaktadır (Lenaerts 2007, 1469).

³⁴ Council Regulation (EC) No 17/62 of 6 February 1962, First Regulation implementing Articles 85 and 86 of the Treaty, OJ 13, 21.2.1962, s. 204–211

³⁵ Commission Regulation (EC) No 773/2004 of 7 April 2004 relating to the conduct of proceedings by the Commission pursuant to Article 81 and 82 of the EC Treaty, OJ 2004 L 123, s.18–24.

de, sözlü olarak derhal cevap vermek zorunluluğunun bulunduğu ortamlarda kıyaslandığında güvenilirlik problemi düşük olacaktır (Wils 2005, 144).

2.2. YERİNDE İNCELEME YETKİSİ

2.2.1. Genel Olarak

Yerinde inceleme, hakkında soruşturma yapılanların hazırlıksız olduğu bir anda sürpriz unsuru kullanılarak delil bulunabilecek yerlerin aranması ile dikkatsizlik veya tedbirsizlikle ulaşılabilir konumda bırakılan delillere el konulmasıdır (Harding ve Joshua 2003, 165). Yerinde inceleme yetkisinin kullanılabilmesi için bir ihlalin gerçekleştiğinden veya gerçekleşeceğinden şüphelenmek için makul sebepler bulunması ve yerinde inceleme yapılacak yerde bu ihlali ispatlayacak delillerin bulunmasının muhtemel olması gerekmektedir (ICN 2005, 5). Genellikle sabahın erken saatlerinde ve doğası gereği habersiz yapılan yerinde incelemeler, “şafak baskını” (*dawn raid*) olarak da adlandırılmaktadır. Yerinde incelemelere Komisyon’un sıkça başvurması, ABD’de örnek alınmış ve kartel soruşturmalarında mahkemelere arama izni almak için yapılan talepleri yükseltmiştir (Camatsos ve Foer 2007, 6). Sürpriz unsurunu koruyabilmek adına yerinde incelemenin tek seferde sona erdirilmesi ve yerinde inceleme yapılacak birden çok yer bulunuyorsa aynı anda farklı ekiplerle yerinde incelemeye başlanması gerekmektedir.

Bilgi isteme yetkisinde olduğu gibi yerinde inceleme yetkisine riayet edilmesini sağlamak üzere kriminal rejimde engelleme durumunda adaletin yanıtılması başlığı altında toplanabilecek suçlar işlenmiş sayılmaktadır. ABD’de kriminal kartel soruşturmalarını engellemenin en az kartel kurmakla eşit düzeyde cezalandırılması gerektiği yönündeki sav (ICN 2006a, 2) desteklenmektedir (Barnett 2006, 7).

İdari rejimde ise yerinde incelemenin engellenmesi para cezasına bağlanmaktadır. Komisyon yerinde inceleme yetkisini basit yetkilendirmeye veya öncesinde karar alarak kullanmaktadır. Teşebbüsler veya teşebbüs birlikleri basit yetkilendirmeye dayanılarak yapılan yerinde incelemelere rıza göstermek zorunda değildir³⁶. Bununla birlikte eksik-yanlış-yanıltıcı bilgi vermesi halinde kendilerine para cezası verilebilmektedir. ATAD teşebbüslerin yerinde inceleme

³⁶ 1/2003 sayılı Tüzük md. 20/4. Bununla birlikte Komisyon’un karar almaksızın yerinde inceleme yapması sık karşılaşılan bir durum değildir (Kerse ve Khan 2005, 159). Yerinde inceleme ve bilgi isteme yetkilerinin kullanımına dair karar alma yetkileri, Komisyon Heyeti tarafından rekabetten sorumlu Komisyoner’e devredilebilir (Jones ve Sufrin 2008, 1155). Ehlermann (2006, 36) Komisyoner’in bu yetkiyi kullanmasının politik endişelere sebep olduğuna ve insan hakları konusunda ciddi kaygılara sebebiyet verdiğine işaret etmektedir.

sirasında aktif işbirliği yapmakla yükümlü olduklarına karar vermiştir³⁷. Belgelerin yerinin gösterilmesi veya fotokopilerinin sağlanması bu işbirliği yükümlülüğü kapsamında gösterilebilir. Yerinde incelemenin engellenmesi ve yerinde inceleme sırasında eksik-yanlış-yanıltıcı bilgi vermesi idari para cezasına bağlanmıştır³⁸. Ayrıca Komisyon, yerinde inceleme sırasında işbirliğinin reddedilmesini veya engellemeyi cezayı ağırlaştırıcı sebep olarak değerlendirebilir³⁹.

2.2.2. Yerinde İnceleme Öncesinde Mahkemeden İzin Alınması

Kriminal rejimde “arama” veya Türk rekabet hukukundaki yerleşmiş deyimini ile “yerinde inceleme” mahkemeden alınan arama izni ile gerçekleştirilebilen bir soruşturma yöntemidir. ABD’de aramalardan önce usulüne uygun arama izninin alınması şartı, sıkı bir biçimde uygulanmakla birlikte işyerinde veya konutunda arama yapılacak kişinin rızası, Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmektedir (Stanley 2008, 181). ABD’de ceza (ve dolayısıyla kartel) soruşturmalarında arama yapılması için gerekli yasal koşullar, ABD Anayasası’nda yapılan 4. değişiklikte ve Federal Ceza Usul Kanunu’nda⁴⁰ belirlenmiştir (Stanley 2008, 194). Buna göre “makul şüphe” bulunmaksızın ve “aranacak yerin ve materyallerin belirliliği” kriteri sağlanmaksızın yerinde inceleme için mahkemeden izin alınmaz.

Makul şüphe, hâkimi suç işlendiğine ve belirli bir mahalde bu suça ilişkin delillerin bulunabileceğine ikna edecek bilgi olarak tanımlanabilir. Belirlilik kriteri ise hem aranacak yer hem de el konulacak materyallerin arama izninde açıklanmasını gerektirmekte ve böylece “genel keşif aramaları”nın⁴¹ önlenmesini sağlamaktadır. Örneğin “Sherman Kanunu 1. maddesinin ihlalini kanıtlayan şirket defter ve kayıtları” ifadesinin arama izninin belirlilik kriterini sağlamadığı tespit edilmiştir⁴². Bununla birlikte yeterli açıklıkta tanım yapılmış ise aranan belge ve kayıtların çok sayıda olması belirliliği ortadan

³⁷ Orkem SA v. Commission, Case 374/87, [1991], E.C.R. 502, pr. 22, 27.

³⁸ Yerinde incelemenin engellenmesi halinde de bir önceki yıl günlük cirosunun %5’ine kadar süreli para cezası ve yerinde inceleme sırasında eksik-yanlış-yanıltıcı bilgi vermesi halinde bir önceki yıl cirosunun %1’ine kadar para cezası verilebilir.

³⁹ 2006 - Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003. OJ C 210, 1.09.2006, pr. 28.

⁴⁰ Federal Rules of Criminal Procedure, 18 U.S.C., Rule 41.

⁴¹ Genel keşif aramaları (*fishing expeditions*), hakkında arama yapılan suç iddiasının ve aramanın sınırlarının açık ve orantılı bir biçimde belirlenmemesi, bir diğer deyişle “yeterince büyük bir ağ atılırsa, ağa mutlaka bir delilin takılacağı” varsayımı ile yapılan aramaları ifade etmektedir (ICN 2005, 4; Özbek ve Bacaksız 2006, 179).

⁴² Bkz. United States v. Cardwell, 680 F.2d 75, 77 (9th Cir. 1982).

kaldırmamaktadır (Lister 1990, 60). Aranacak yer hakkındaki belirlilik ise açık adres belirtilerek sağlanabilmektedir.

İdari rejimde ise kural olarak yerinde inceleme öncesinde mahkemeden izin alma zorunluluğu bulunmamaktadır. Komisyon'un, yerinde incelemenin yapılacağı yerin milli hukukuna göre kolluk kuvvetinden yararlanılması mahkeme iznine bağlıysa, karar alınmaksızın yapılan yerinde inceleme engellenmişse veya engellenme ihtimali varsa yerel mahkemeden izin alması gerektiği söylenebilir⁴³. AİHM işyerlerinin de, konutlar kadar üst düzeyde olmasa da AİHS md. 8'in koruması kapsamında olduğunu kabul etmektedir⁴⁴. Bununla birlikte kartellerle mücadelede yerinde inceleme yapılmasının, ülkenin ekonomik refahına ve suçun önlenmesi amaçlarına hizmet ettiği de Mahkemece kabul edilmektedir. Dolayısıyla yerinde incelemelerin hukuka uygunluğu orantılılık ve yeterli güvencelerin sağlanıp sağlanmadığına göre belirlenmektedir.

Komisyon'un yerinde inceleme öncesinde arama izni almak için başvurduğu yerel mahkeme somut olaya göre keyfi veya orantısız sayılmayacak cebri yöntemleri belirlemektedir (Roth 2006, 634). Buna karşılık yerel mahkeme Komisyon'un yerinde inceleme yapma kararının gerekliliğini ve hukuka uygunluğunu denetleyememekte, 1/2003 sayılı Tüzük'ün 20/8. maddesi uyarınca bu görev ATAD tarafından yerine getirilmektedir.

Kriminal rejimde yerinde inceleme yapmak için gerekli koşulların oluşup oluşmadığı mahkeme kararında irdelenmekteyken, idari rejimde bu koşullar yetki belgelerinde veya yerinde inceleme yapılmasına dair kararda açıklanmaktadır. Komisyon'un yerinde inceleme yapılmasına dair kararında, incelemenin konusu ve amacı ile incelemenin hangi tarihten itibaren başlatıldığı belirtilmelidir. Bu hem teşebbüslerin bina ve eklentilerine girilmesinde gerekçe oluşturmak hem de işbirliği yükümlülüklerinin kapsamını belirlemek için gereklidir (Roth 2006, 634). Komisyon kararda "mümkün olduğunda açık biçimde araştırmanın ne ile ilgili olduğunu ve neyin arandığını" belirtmek zorundadır⁴⁵. Ancak ATAD, Komisyon'un tam olarak hangi belgeleri inceleyeceğini ve ihlal iddiasının hukuki niteliğini tam olarak belirtmesinin

⁴³ 1/2003 sayılı Tüzük md. 20/6-7. Komisyon'un yürüttüğü parafin karteli soruşturmasında tarafların itirazları değerlendirilerek yerel mahkemeden izin alma zorunluluğunun teşebbüsün yerinde incelemeyi engellemesi ve üye devlet rekabet otoritesine ve kolluk güçlerine ihtiyaç duyulması halinde bulunduğu kabul edilmiştir. Komisyonun konuyla ilgili basın açıklaması için bkz. <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/08/1434&guiLanguage=en>

⁴⁴ Konuyla ilgili mahkeme yorumları için bkz. Niemietz v. Germany, Ser A no. 251-B, 16.12.1992; Colast Est v. France, Ap. No: 37971/97, 16.4.2002, pr. 41 ve Roquette Frères v. Commission, Case C-94/00 [2002] ECR I-9039, pr. 64.

⁴⁵ National Panasonic v. Commission, Case 136/79 [1980] ECR 2033 pr. 13 ve 21; Roquette Frères v. Commission, Case C-94/00 [2002] ECR I-9011 pr. 48.

beklenemeyeceğini de kabul etmiştir (Andersson ve Legnerfalt 2008, 440)⁴⁶. Ayrıca bilgi isteme yazılarında olduğu gibi yetki belgelerinde de yerinde incelemenin engellenmesi, yanlış-yanıltıcı bilgi verilmesi gibi durumlarda öngörülen yaptırım ve tarafın mahkemeye gitme hakkı da belirtilmelidir (Kerse ve Khan 2005, 162).

2.2.3. Yerinde İncelemenin İcrası

ABD’de arama izni alınarak yapılan bütün aramalarda tek yetkili FBI olarak belirlendiğinden⁴⁷ yerinde inceleme, bu alanda tecrübeli ve eğitilmiş olan FBI ajanlarınca gerçekleştirilir. Delilleri toplayan kişilerin delil değerlendirmesi yapmaması tarafsızlığa katkı sağlamaktadır⁴⁸. Yerinde incelemeyi gerçekleştiren FBI ajanları, yerinde inceleme yapılan mahallin yetkilisinin huzurunda elkonulan materyallerin bir envanterini tutmakta, ilgiliye bu envanterin ve arama izninin bir kopyası bırakılmaktadır. Yerinde inceleme sonucunda elde edilen materyaller ise öncelikle kilitli odalarda ve gözetim altında FBI’ın delil zinciri (*chain of custody*) prosedüründen geçirilerek listelenip numaralandırılmakta, bu aşamadan sonra DOJ çalışanlarının incelemesine açılmaktadır (Grand Jury Manual IV, 54). Bu sürecin izlenmesi yerinde incelemeye elde edilen belgeler ile delil olarak kullanılacak belgelerin aynı belgeler olduğunun kesinleştirilmesi ve delil zincirinin bozulmamasını sağlamaktadır (ICN 2005, 29).

Komisyon’un yerinde incelemeleri ise esas olarak kendi çalışanlarınca yapılmaktaysa da destek kuvvet olarak ulusal rekabet otoritelerinin personelinin kullanılması veya yerinde incelemenin Komisyon adına ulusal rekabet otoritelerince yapılması da mümkündür (1/2003 sayılı Tüzük md. 20/5).

Yerinde incelemenin engellenmesi halinde rekabet otoritelerinin güç kullanma yetkisine gelince; DOJ adına yerinde inceleme yapan silahlı FBI ajanları yerinde incelemenin engellenmesi durumunda kuvvet kullanarak incelenen yere girebilmekte ve yerel kolluk görevlilerinden kendilerine eşlik etmek, girişi ve karşı tarafın işbirliğini kolaylaştırmak üzere üniformalı

⁴⁶ Hoechst AG v. Commission, Case 46/87 ve 227/88, [1989], E.C.R. 2859 pr. 27.

⁴⁷ 18 U.S.C. § 3107. Whalley (1988, 571), DOJ’nin FBI’nın aramalarda katkıının yanı sıra parmak izi tespiti, el yazısı analizi hatta yalan makinesi kullanabilme gibi yöntemlerinden de 1980’li yıllardan beri yararlandığını belirtmiştir.

⁴⁸ Delilleri toplayan kişilerin delil değerlendirmesi yapmaması ceza muhakemesi hukukunda tarafsızlığı temin etmek üzere öngörülmüş bir önlemdir ve ülkemizde de 17.12.2004 tarih 25673 sayılı RG’de yayımlanarak yürürlüğe giren Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 122. maddesinde düzenlenmiştir. Bu önlemin suç isnadının ve neticede verilebilecek hapis cezasının ağırlığı ve ciddiyeti nedeniyle öngörüldüğü söylenebilir, dolayısıyla idari rejimde benzer usul ve güvencelere yer verilmemiş olması makul karşılanmalıdır. Yine de delilleri toplayanların, değerlendirenlerin ve karar alanların aynı olması idari rejimde soruşturmacı önyargısı ve adil yargılanma hakkı ile ilgili kaygılara sebep olmaktadır. Bkz. yukarıda s. 10, dn. 12.

polislerin görevlendirilmesini isteyebilmektedir. Buna karşılık Komisyon'un yerinde inceleme yapılacak yere kuvvet kullanarak girme yetkisi bulunmamaktadır. Engellenme halinde yerinde incelemenin yapılacağı yer mahkemesine başvurularak üye devlet rekabet otoritesinden ve kolluk güçlerinden yardım alınmaktadır⁴⁹ (Garzaniti vd. 2004, 171).

2.2.4. İşyerlerinde Yerinde İnceleme

Kriminal rejimde, yerinde incelemenin gerçekleştirileceği yer bakımından bir sınırlama bulunmamakta, dolayısıyla işyerleri ve araçların yanı sıra konutlarda da yerinde inceleme yapılabilmektedir. Komisyon'un işyerlerindeki denetim yetkisi ise 1/2003 sayılı Tüzük'ün 20. maddesinde "teşebbüs ve teşebbüs birlikleri ile ilgili gerekli tüm denetimlerin" yapılabileceği şeklinde düzenlenmiş, yine Komisyon'un yerinde incelemelerle ilgili açıklayıcı notunda⁵⁰ konunun ayrıntıları açıklanmıştır. Buna göre Komisyon'un görevlileri veya yetki verdiği kişiler;

- Teşebbüs veya teşebbüs birliğinin tüm bina ve eklentilerine girmeye,
- İşle ilgili defter ve kayıtları ne şekilde muhafaza edildiğine bakılmaksızın incelemeye,
- Gerekli gördükleri belge kayıtların kopyasını veya içinden bir bölümü almaya,
- İncelemenin yapılması için gerekli gördükleri süre boyunca işyerlerini veya bazı dosyaları mühürlemeye,
- Teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin temsilcilerinden veya çalışanlarından denetimin konusuyla ilgili olaylar ve belgeler hakkında açıklama istemeye ve cevaplarını kayıt altına almaya yetkilidirler.

Komisyon'a işyerlerini, dosyaları ve kayıtları mühürleme yetkisi veren düzenleme 1/2003 sayılı Tüzük'ün getirdiği bir yeniliktir⁵¹. Aslında Komisyon çalışanları, mühürleme yetkisini 1/2003 sayılı Tüzük ile açıkça yetkilendirilmeden önce de kullanmışlardır, fakat o dönemde mührün bozulması

⁴⁹ ATAD, Komisyon ile yerel mahkemeler arasındaki ilişkiyi Roquette Frères (Roquette Frères v. Commission, Case C-94/00 [2002] ECR I-9039) davasında irdelemiş, tarafların işbirliği temelinde hareket edeceğine ve makul şüphe ve orantılılık şartları sağlanmamışsa, mahkemelerin izin taleplerini reddedebileceğine karar vermiştir.

⁵⁰ Explanatory note to an authorisation to conduct an inspection in execution of a Commission decision under Article 20(4) of Council Regulation No 1/2003, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/explanatory_note.pdf.

⁵¹ Komisyon'un mühürleme yetkisine sahip olması üye ülkelerde de bu yetkinin getirilmesine yol açmış, örneğin Hollanda Rekabet Otoritesi 260.000 Avro'luk mühür kırma cezası uygulamıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.tradingmarkets.com/site/news/Stock%20News/1954297/>

halinde para cezası verilememiştir (Sufrin ve Jones 2008, 1162). Mühürlemenin, incelemenin gerektirdiği süre boyunca olabileceği düzenlenmişse de bu sürenin 72 saati aşmaması gerektiği kabul edilmektedir (1/2003 sayılı Tüzük, Giriş Bölümü 25. pr.). Mühürleme yetkisinin verilmesiyle yerinde incelemenin bir günden daha uzun sürdüğü durumlarda, gece veya yerinde incelemeyi gerçekleştirenlerin çalışmalarına ara verdikleri sırada delillerin karartılması riski ortadan kalkmıştır.

2.2.5. Konutlarda Yerinde İnceleme

DOJ'nin konutlarda yaptığı yerinde incelemelerden elde ettiği çok miktarda esaslı delil, 1/2003 sayılı Tüzük ile Komisyon'a da konutlarda yerinde inceleme yapma yetkisi verilmesinde etkili olmuştur (Chavez 2008, 8). 1/2003 sayılı Tüzük'ün 21. maddesine göre, 81. ve 82. maddenin ciddi bir ihlalini⁵² kanıtlayabilecek, işle ve soruşturma konusuyla ilgili defter ve kayıtlarının, teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin yönetici ve çalışanlarının konutlarında, taşıtlarında veya diğer yerlerde tutulduğuna dair makul bir şüphe varsa, Komisyon karar ve mahkeme izni almak suretiyle bu sayılan yerlerde yerinde inceleme yapabilir.

Komisyon'un işyerlerinde ve konutlarda yerinde inceleme yapması AİHS'nin 8. maddesi ile güvence altına alınan konut dokunulmazlığına müdahale etmek anlamına gelmektedir. AİHM *Niemietz ve Colas Est* davalarında teşebbüslere ait işyerlerinin de konut dokunulmazlığı kapsamında olduğuna karar vermiştir⁵³. Fakat konutların işyerleriyle karşılaştırıldığında daha yüksek derecede korumaya sahip olduğu unutulmamalıdır (Roth 2006, 631). Bu nedenle Komisyon konutlarda yapacağı yerinde incelemeyi öncesinde mutlaka karar ve mahkemeden izin alarak gerçekleştirmektedir. Komisyon'un alacağı kararda konutta veya özel araçta delil bulunabileceği şüphesini doğuran sebeplerin belirtilmesi ve yerinde incelemeden önce ilgili ülkenin rekabet otoritesi ile koordinasyona geçilerek mahkemeden izin alınması zorunludur (Garzaniti vd. 2004, 172). Ulusal rekabet otoritelerinden yardım ve polis gibi kolluk kuvvetlerinin destek alma gibi imkânlar 21. maddenin uygulanmasında da kullanılabilir.

⁵² Madde metninde geçen "ciddi ihlal" ifadesiyle neyin kast edildiği açık değildir, ancak yöneticilerin evlerinde saklayacakları türden belgeler genellikle kartel dosyalarında söz konusu olduğundan bu yetkinin kartel soruşturmalarında kullanılması beklenmektedir (Kerse ve Khan 2005, 182).

⁵³ AİHM'nin işyerlerinin de konut dokunulmazlığı hakkının kapsamında olduğunu belirten kararları için bkz. *Niemietz v. Germany*, Ser A no. 251-B, 16.12.1992; *Colas Est v. France*, Applic. No. 37971/97, 16.4.2002, pr. 41.

Buna karşın konutlarda yapılacak yerinde incelemelerde mühürleme ve hakkında inceleme yapılan teşebbüsün yönetici ve çalışanlarına soru sorma yetkilerinin kullanılmayacağı ileri sürülmektedir (Kerse ve Khan 2005, 184). Bu görüş anılan yetkilerin teşebbüslerin işyerlerinde yapılacak yerinde incelemelerle ilgili maddede belirtildiği ve genişletici yorum yapılarak temel hakların sınırlandırılmayacağı esasına dayanmaktadır. Ayrıca 1/2003 sayılı Tüzük'te, 21. madde kapsamında yapılacak yerinde incelemelerin engellenmesi durumunda para cezası verilebileceğine dair bir düzenleme de bulunmamaktadır (Jones ve Sufirin 2008, 1172). Diğer yandan konutlarda yapılacak yerinde incelemenin engellenmesi ihtimali doğmayacaktır zira inceleme mahkeme kararına dayanacak ve kolluk kuvvetlerinden destek alınacaktır.

Komisyon, konutlarda yerinde inceleme yapma yetkisini ilk defa Mayıs 2007'de gerçekleştirilen *marine hose* karteliyle ilgili eş zamanlı yerinde incelemeler sırasında kullanmıştır⁵⁴. Üye ülkelerde ise gerek kriminalizasyon akımının bir sonucu olarak gerekse iç hukuklarını 1/2003 sayılı Tüzük'e uyumlaştırma amacıyla konutlarda yerinde inceleme yapılabilmesini sağlayan düzenlemeler yürürlüğe konulmuştur⁵⁵.

2.2.6. Bilgisayarlarda ve Diğer Elektronik Ortamlarda Yerinde İnceleme

Bilgisayarlarda arama yapılması, günümüzde iletişimin çoğunlukla bilgisayar vasıtasıyla yapılmasının doğurduğu bir ihtiyaçtır. Dolayısıyla yerinde incelemelerde adli bilişim uzmanlarının görevlendirilmesi elektronik delillerin ele geçirilmesinde önemli farklar yaratmakta ve giderek yaygınlaşmaktadır. Elektronik deliller bazı bilgilerin hiçbir zaman kâğıda geçirilmeyip sadece bilgisayar ortamında saklanması nedeniyle önemli hale gelmiştir. Ayrıca kâğıda dökülmüş olmakla beraber tahrif edilmiş veya ortadan kaldırılmış belgelerin dijital ortamlardaki nüshalarına ulaşılabilmesi, hatta silinmiş veya şifrelenmiş olsa bile bu verilerin bazı teknik yöntemlerle geri döndürülebilmesi mümkündür. Buna ilaveten elektronik ortamda, incelenen belgenin içeriğinin ötesinde, oluşturulma ve değişiklik tarihi, oluşturan kişi, gönderici-alıcı bilgileri gibi ek bilgilere ulaşma imkânı delil toplamada rekabet otoritesine önemli avantajlar

⁵⁴ Komisyonun konuyla ilgili basın açıklaması için bkz.

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/09/137&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

⁵⁵ Örneğin İsveç ve Hollanda uyumlaştırma çabalarının sonucu olarak soruşturma yetkileri arasında konutlarda yerinde inceleme yapılmasını eklemiştir.

sağlamaktadır. Bütün bu bilgilere ulaşılması ise, ancak adli bilişim⁵⁶ uzmanlarına başvurulması ile mümkün olmaktadır.

ICN (2006, 12) tarafından delil olarak kullanılmaya müsait bütün dijital verilerin elektronik delil olabileceği; bunların veri kaydedilen cihazlara el konulması, ağ trafiğinin izlenip kaydedilmesi veya imaj alma, dosya kopyalama gibi yöntemlerle elde edilebileceği belirtilmiştir. Dijital delilin elde edilmesinden karar mercii önüne çıkarılmasına kadar geçen süreçteki delil zinciri, delilin güvenilirliğini sağlamak bakımından çok sıkı takip edilmelidir⁵⁷. Elektronik delilin avantajlarından birisi kopyaların, delil ile bire bir aynı olması nedeniyle delilin bozulması riski olmadan üzerinde çalışma imkânı vermesidir (Stanley 2008, 191). Diğer yandan elektronik ortamda, kütüphanelerle ölçülebilecek derecede çok verinin saklanabilmesi, bilgisayarlarda yapılan aramaları zorlukla yürütülen ve uzun süren uğraşlara dönüştürmektedir.

Rekabet otoritelerine elektronik delillere ulaşmada teknik destek sağlayacak kişiler iç organizasyonda ayrı bir birimde toplanabileceği gibi sırf bu işte uzmanlaşmış kişilerin istihdamı yoluna da gidilebilir. İkinci yol maliyet avantajı sağlaması nedeniyle daha çok tercih edilmektedir (ICN 2006, 7). Elektronik delillere ulaşmada teknik destek sağlayan ekibin, adli bilişim alanındaki teknolojik gelişmeleri yakından izlemesi ve adli bilişim tekniklerini kullanan polis gibi diğer birimlerle işbirliği içinde bulunması gerekmektedir. Dijital delillere ulaşmada dışarıdan hizmet alınabilir, fakat bu yöntem sadece delillerin elde edilmesi ile sınırlı kalmalı, delillerin analizi ve yorumu rekabet otoritesi bünyesinde yapılmalıdır.

DOJ'nin kartel soruşturmasında adli bilişim yöntemleri rutin olarak uyguladığı bilinmektedir. Bu doğrultuda ABD Adalet Bakanlığı, bilgisayarlarda yapılacak aramalarda ve elektronik delil toplanmasında uyulması gereken kuralları ayrıntılı bir kılavuzda toplayarak uygulamayı yönlendirmiştir⁵⁸. 1/2003 sayılı Tüzük'te dolaylı olarak ve Komisyon'un yerinde incelemelerle ilgili açıklayıcı notunda açıkça elektronik ortamda bulunan bilgi ve belgelerin yerinde inceleme kapsamında araştırılacağı vurgulanmıştır. Komisyon bu amacı gerçekleştirmek üzere yerinde incelemelerinde genellikle bilişim uzmanlarını görevlendirmektedir (Kerse ve Khan 2005, 171). Ayrıca Komisyon yerinde

⁵⁶ ICN (2006, 2) tarafından yapılan tanıma göre adli bilişim (*computer forensics*), dijital verilerin saklanması, tespitinde, doğruluğunun ispatında, çözümlenmesinde ve yorumlanmasında özel tekniklerin kullanılmasıdır. Adli bilişim genelde veri toplama ve saklama konusunda son kullanıcıların ve sistem destek personelinin bilgi ve becerilerini aşan uzmanlık gerektirmektedir.

⁵⁷ Bunun için özellikle elde edilen delillerin kopyası üzerinde çalışma yapılmalı ve dijital verilerin üzerinde değişiklik yapıldığı anda otomatik olarak değişen, bu nedenle de "dijital verilerin parmak izi" olarak nitelenen "hash değerleri" (*hash value*) alınıp kaydedilmelidir.

⁵⁸ Anılan kılavuz için bkz. <http://www.usdoj.gov/criminal/cybercrime/s&smanual2002.htm>

inceleme yetkisini kullanırken olduğu gibi bilgisayarların incelenmesi için de kendi personeli dışındaki kişileri yetkilendirebilmektedir.

2.3. İLETİŞİMİN DENETLENMESİ VE TEKNİK ARAÇLARLA İZLEME YETKİSİ

Bilgi isteme ve yerinde inceleme yetkileri kartellerle mücadelenin en temel araçları arasında bulunsalar da zamanla etkinliklerini kaybetmeye başlamışlardır. Çünkü karteller, gizliliklerini korumak adına gelişen teknolojiye faydalanmışlar, yazılı deliller bırakmayıp sadece sözlü iletişim yoluyla yeraltına inme çabasına girmişlerdir. Kovacic (2006, 41), kartel üyelerinin aralarındaki koordinasyon problemlerini aşmak konusundaki yaratıcılıklarının, rekabet otoriteleri tarafından hafife alındığını belirtmektedir.

Komisyon'un *Pre-insulated Pipes* soruşturmasında⁵⁹ elde edilen deliller, kartel toplantılarının rekabet otoritelerinin soruşturma yetkisinin bulunmadığı yerlerde yapıldığını, kartel üyelerinin toplantıya özel araçlarıyla gittiklerini ve tarifeli seferlerde seyahat ettiklerinin ortaya çıkmaması için özel uçak kullandıklarını ortaya koymaktadır (Geradin ve Henry 2005, 37). Benzer bir örnekte⁶⁰ toplantıların gizlenebilmesi için yapılan masrafların nakit olarak ödendiği, toplantıda belge dağıtılmadığı veya dağıtılan belgelerin toplantı sonunda yok edildiği, şirketlerin ve kişilerin kimliğinin ortaya çıkmaması için kod adı kullanıldığı ve iletişimin cep telefonlarıyla veya evlerdeki faksler aracılığıyla yapıldığı anlaşılmıştır. DOJ bir kartel soruşturmasında kartelle ilgili belgelerin kartel üyelerinden birinin büyük annesinin evinin tavan arasında saklandığını ortaya çıkarmıştır (Barnett 2006, 143).

Komisyon'un yürüttüğü *Cartonboard* Kartel soruşturmasında⁶¹ kartel üyelerine bağımsız hukuki danışmanlık veren avukatların habersiz farazi yerinde incelemeler düzenleyerek aleyhlerinde kullanılabilecek belgeleri yok ettikleri ve delil bulunması riskini düşürmeye çalıştıkları ortaya çıkmıştır (Harding ve Joshua 2003, 166). Rekabet hukuku konusunda danışmanlık veren hukuk büroları için yerinde inceleme tatbikatları adeta işin bir parçası haline gelmiştir. Örneğin Londra'da bir hukuk bürosu (*Linklaters LLP*) 2007 yılında yirmi adet yerinde inceleme tatbikatı yaptığını açıklamıştır. Bu tatbikatların gerçeğine en yakın şekilde yapılabilmesi için avukatlar giyim kuşama kadar her konuda rekabet otoritesi çalışanı gibi görünmeye özen göstermektedirler. Hatta inandırıcılığın kanıtı olarak yerinde inceleme yapıldığını zanneden bir satış müdürünün ajandasını alarak ve avukatlara görünmeden hemen işyerinden

⁵⁹ OJ 1999 L 24/1.

⁶⁰ Komisyon'un yürüttüğü *graphite electrodes* karteli için bkz. OJ 2002 L 100/1.

⁶¹ OJ 1994 L 243/1 .

ayrıldığı ve ancak yarım saatlik mesafe aldıktan sonra durumun bir tatbikattan ibaret olduğuna ikna edilebildiği söylenmektedir⁶².

Kartel kurmak isteyenler, soruşturma yöntemlerine bağlı olarak davranışlarını değiştirmekte ve aralarındaki koordinasyonu sağlamak için yeni yollar bulmaktadır (Ghosal 2008, 31). Dolayısıyla kartellerin yeni gizlenme metotlarını alt edebilecek yöntemlerin benimsenmesi ve tıpkı karteller gibi gelişen teknolojinin nimetlerinden faydalanılması, kartellerle etkin ve gerçek bir mücadele için zorunlu hale gelmiştir. Bu noktada iletişimin denetlenmesi, teknik araçlarla izleme⁶³ ve muhbir kullanma gibi yetkiler devreye girmektedir. Ancak bu yetkiler haberleşme özgürlüğü ve özel yaşamın gizliliği gibi temel insan haklarının kısıtlanması anlamına gelir. Bu tür kısıtlamaların ancak önceden kanunla öngörülen hallerde ve yargısal denetimden geçmek koşuluyla gerçekleştirilebileceği kabul edilmektedir. İletişimin denetlenmesi ve teknik araçlarla izleme yetkileri sadece kriminal rejimde kullanılabilen yetkililerdir, idari rejimde bu yetkilere başvurulması söz konusu değildir.

ABD’de iletişimin taraflarının haberi olmaksızın sözlü, telefonla, faksla veya elektronik yolla gerçekleştirilen iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması sadece yargılama makamlarının, soruşturmanın aydınlatılması amacıyla kullanabilecekleri yöntemlerdir⁶⁴. Federal Ceza Usul Kanunu’na⁶⁵ göre dinleme veya görüntü kaydetme cihazı kullanılabilmesi için mahkemeden izin alınması, izin başvurusunda kimin iletişiminin tespit edileceği, elde edilen kayıtların kime teslim edileceği ve dinlemenin yapılacağı makul sınırlar içinde kalacak süre konularında hâkimin aydınlatılması gerekmektedir. Dinleme süresi 45 günü geçmemekte, gerekirse 45’er günlük süre uzatımları verilebilmektedir.

Diğer yandan soruşturmalara suçla bağlantısı olan kişilerin katkıda bulunmasını desteklemek amacıyla, kişilerin kendi iletişiminin ses veya görüntüsünü kayda almasının (*consensual wiretapping*) ve bu kayıtların delil olarak kullanılmasının ABD’de hukuka uygun sayıldığı anlaşılmaktadır⁶⁶. Suç işlendiğinden tanık veya mağdur olarak haberdar olan kişilerin suçu ispatlayan delillere ulaşma imkânı, suçu dışarıdan araştıranlara göre çok daha yüksek olduğundan bu isabetli bir yaklaşım olarak değerlendirilmektedir. Bu yöntemin

⁶² http://online.wsj.com/article/SB121538052665030755.html?mod=googlenews_wsj

⁶³ İletişimin denetlenmesi telefon faks, bilgisayar, kablolu veya kablosuz araçlar vasıtasıyla gerçekleştirilen her türlü haberleşmenin gizlice dinlenmesi, elde edilen bilgilerin kaydedilmesi ve değerlendirilmesini kapsamına almaktadır. Teknik araçlarla izleme ise ses veya görüntü kaydeden cihazlarla ortam dinlenmesi yapılması olarak tarif edilebilir.

⁶⁴ Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968 ve 18 U.S.C. §§ 2510-2520.

⁶⁵ Federal Rules of Criminal Procedure, 18 U.S.C.

⁶⁶ 18 U.S.C. § 2511(2)(c), (d).

meyveleri dünya çapında ün kazanmış Lysine⁶⁷ Karteli soruşturmasında toplanmıştır. DOJ'in ilk uluslararası kartel soruşturması olan Lysine Kartelinde, kartel üyelerinden ADM'nin yöneticisi 1992-1995 yılları arasında yapılan kartel toplantılarına katılarak görüşmelerin gizli video kaydını almıştır. Bu kayıtlar sayesinde, fiyatlar ve coğrafi pazar konusundaki pazarlıklar ve yakalanacaklarına hiç ihtimal vermeyen kartel üyelerinin, rekabet hukuku ile deyim yerindeyse dalga geçen ifadeleri gün ışığına çıkmıştır. Lysine Karteli Soruşturması FBI'nın, ADM'ye 70'i aşkın ajanla yaptığı baskın ile ortaya çıkmış, aynı gün diğer dört kartel üyesinin işyerlerinde ve yöneticilerinin evlerinde yerinde incelemeler yapılmıştır (Camatsos ve Foer 2007, 12). Bu soruşturmada FBI'nın önemli bir rol üstlenmesi ve kartellerin "arsız doğası"nın⁶⁸ bütün açıklığıyla sergilenmesi, tüm dünyada kamuoyunun dikkatini çekerek hukuk uygulamasında en önemli etkenlerden biri olan toplumsal desteğin güçlenmesini sağlamıştır⁶⁹ (Griffin 2000, 55).

Kartel üyeleri gibi içeriden bilgi sağlayabilecek herhangi birinin olmadığı durumlarda ise DOJ, mahkemeden izin almak suretiyle iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması yetkisini kullanmaktadır. Federal Ceza Usul Kanunu'nda⁷⁰ 2006'da yapılan değişiklikle DOJ'ye telefon dinleme yetkisi verilmiştir. Bu kanun değişikliği Amerika Barolar Birliği (*American Bar Association-ABA*) tarafından karteller açısından isabetli bulunmuş, fakat kapsamının genişliği sebebiyle eleştirilmiştir⁷¹.

Kriminal kartel soruşturmalarında telefon dinleme yetkisi Kanada Rekabet Bürosu tarafından da etkin bir şekilde kullanılmaktadır. Örneğin benzin istasyonları arasında kurulan bir kartelle ilgili Kanada Rekabet Bürosu

⁶⁷ Lysine kas gelişimini hızlandıran proteinlerin yapımında kullanılan bir tür amino asittir ve özellikle hayvan yemi üretiminde kullanılmaktadır.

⁶⁸ "Brazen nature of cartels" (Griffin 2000, 38)

⁶⁹ Lysene Karteli, "The Informant" (Erichenwald, Kurt, Broadway Boks, New York, 2000) ve "Rats in the Grain" (Lieber, James, Four Wals Eight Windows, New York, 2000) adlı en çok satanlar listesine giren kitaplara konu olmuştur. Ayrıca John Connor, "Global Price Fixing Our Customers are the Enemy" adlı kitabı ile konuyu rekabet hukuku yönünden incelemiştir. The Antitrust Institute ise konuyla ilgili olarak "Fair Fight in the Marketplace" adlı bir film hazırlamış ve www.fairfightfil.org internet sitesinden tüketicinin rekabet hukuku konusunda bilgi edinmesini sağlayacak videolar, yazı ve haberler derlemiştir.

⁷⁰ 18 U.S.C. § 2516. Savcılar dinleme yetkisini kullanabileceği suçları sayan 2516. paragrafın (r) bendine Sherman Kanunu'nun kartelleri ve tekelleşmeyi yasaklayan ilk üç maddesi eklenmiştir.

⁷¹ ABA, DOJ'nin yalnızca kartellerle mücadeleyi kriminal rejim içerisinde yürütüp tekelleşme veya dikey rekabetle ilgili dosyalarda kriminal yöntemlere başvurmama konusundaki politikasının günün birinde değişmesi halinde doğacak risklere dikkat çekerek telefon dinleme yetkisinin sadece kartel soruşturmalarına özgü olması gerektiğini belirtmiştir. ABA'nın anılan kanun değişikliği ile ilgili görüşü için bkz. <http://www.abanet.org/antitrust/at-comments/2005/06-05/com-crmin-al-invest-improv.pdf>

işyerlerinden ve konutlardan yapılan toplam 200.000 adet telefon görüşmesini iki yıl boyunca dinlemiş ve kaydetmiştir⁷².

2.4. ULUSLARARASI İŞBİRLİĞİ YAPMA YETKİLERİ

Kartellerin de ekonomi ile birlikte küreselleşmesini ve kartel üyelerinin kriminal rejimi benimseyen ülkelerin sınırları dışına çıkıp kendileri için bir nevi güvenli limanlara sığınmalarını engellemek amacıyla rekabet otoriteleri arasında işbirliği anlaşmaları yapılmaktadır. Bu anlaşmaların dışında, suçluların iadesine dair ülkeler arası anlaşmalara ve İnterpol'ün Kırmızı Bülteni'ne de kartel üyelerinin yakalanması için başvurulmaktadır. Uluslararası kartellerin soruşturulmasında rekabet hukuku uygulayıcıları arasında işbirliği yapılabilmesi için kriminal rejime geçilmiş olması zorunlu değildir. Fakat uluslararası işbirliği yöntemlerinden bazıları ancak kriminal rejimin benimsenmesi halinde kullanılabilirdiğinden, kriminal rejim bu alanda daha geniş olanaklar tanımaktadır.

2.4.1. Karşılıklı Hukuki Yardımlaşma Anlaşmalarına Başvurulması

Karşılıklı hukuki yardımlaşma anlaşmaları (*Mutual Legal Assistance Treaties*) taraf ülkeler arasında ceza hukuku alanında işbirliği ve yardımlaşma yapılmasını düzenleyen bir uluslararası anlaşma türüdür. Bu anlaşmalar, kartelleri kriminal rejime göre soruşturan ülkeler arasında tanık ve sanıkların sorgulanmasından arama yapılmasına ve delil paylaşımına kadar değişik konularda devreye sokulmaktadır.

DOJ, karşılıklı hukuki yardımlaşma anlaşmalarına dayanarak uluslararası kartel soruşturmalarında yabancı ülke rekabet otoritelerinden özellikle eş zamanlı yerinde inceleme yapılması için destek isteyebilmektedir. Örneğin 12 Şubat 2003 tarihinde DOJ, Komisyon, Kanada Rekabet Bürosu ve Japon Adil Ticaret Komisyonu'nda çalışan 250'den fazla kişinin görev aldığı eş zamanlı yerinde incelemeler yapılmıştır (Tween ve Bhaktawer 2008, 30). 2007'de yine DOJ'nin yürüttüğü hava yoluyla kargo taşımacılığı pazarındaki kartel soruşturmasında, beş kıtada eş zamanlı yerinde incelemeler gerçekleştirilmiştir (Hammond 2008, 18).

Karşılıklı hukuki yardımlaşma anlaşmaları, taraf devletler arasında Adalet Bakanlıkları ve ceza yargılaması kanalıyla uygulanan bağlayıcı bir süreç başlattığından idari rejimde imzalanan mutabakat metinlerinden daha avantajlıdır (Joshua vd. 2008, 388). Rekabet otoritelerinin yargılama makamı sıfatını haiz olmayan idari kurum niteliğinde olduğu idari rejimde karşılıklı

⁷² Ayrıntılı bilgi için bkz. Global Antitrust Weekly, 14-20 June 2008, Issue: 493, s. 6, <http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/02694.html>.

hukuki yardımlaşma anlaşmaları uygulanmamaktadır. Hatta Komisyon'un cezai yargılama yetkisinin olmaması sebebiyle 12 Şubat 2003 tarihinde DOJ, Komisyon, Kanada Rekabet Bürosu ve Japon Adil Ticaret Komisyonu'nun eş zamanlı olarak yaptıkları yerinde incelemelerden Komisyon'un elde ettiği deliller gerek idari makamla adli işbirliğine girilememesi gerekse delillerin ceza muhakemesi standartlarına göre toplanmamış olması sebepleriyle ABD'de kullanılamamıştır (Joshua vd. 2008, 388). Buna rağmen DOJ ile Komisyon arasında işbirliğinin geliştirilmesi için anlaşmalar yapılması için adımlar atılmış, 1991⁷³ ve 1998⁷⁴ yıllarında rekabet hukuku uygulamalarında birbirinin çıkarlarını gözetmek konusunda taraflar arasında anlaşmaya varılmıştır.

2.4.2. Suçluların İadesine Dair Anlaşmaların Kartel Soruşturamalarında Kullanılması

Suçluların iadesine⁷⁵ dair uluslararası anlaşmaların kartel soruşturamalarında devreye sokulması ABD tarafından kullanılan yeni bir yöntem olduğundan şimdiye kadar kartel suçu işleyenlerin iadesini sağlayamamıştır. Ancak ABD ile İngiltere arasında geçen Norris vakası, sonuca en çok yaklaşılacak dosya olmuş ve iade prosedürünün yakın gelecekte işe yarayacağına dair beklentileri yükseltmiştir. Nitekim 2008 yılında *marine hose* kartelinde ABD tarafından yargılanan ve suçlu bulunan üç İngiliz yöneticinin kendi ülkelerinde de yargılanmak üzere İngiltere'ye gönderilmeleri⁷⁶ bu beklentileri haklı çıkarmıştır.

Hammond'un (2006, 10) ifadesiyle birkaç yıl öncesine kadar yabancı bir mahkemenin kartel suçunu iade kapsamında bulmasına ihtimal verilmezken 2005'te Norris Vakasıyla bu durum hayata geçmiştir. 1989-2000 yılları arasındaki karbon kartelindeki rolü ve kartel soruşturması sırasında adaletin yanıtılmasına yönelik eylemleri nedeniyle suçlu bulunan⁷⁷ Ian Norris'in ülkesine geri dönmesi üzerine cezalandırılabilmesi için İngiltere'den iadesi talep edilmiş ve iade talebi hem ilk derece mahkemesi hem de temyiz mahkemesi tarafından kabul edilmiştir⁷⁸. Ancak Norris'in başvurabileceği son temyiz makamı olan Lordlar Kamarası, 12 Mart 2008'deki kararı ile iade talebini reddetmiştir. Lordlar Kamarası, kartelin İngiltere'de 2002 tarihli Enterprise

⁷³ OJ L 95, 27.4.1995, s. 47-52.

⁷⁴ OJ L 173, 18.06.1998, s. 28-31.

⁷⁵ Suçluların iadesi, suç işledikten sonra başka bir ülkeye kaçan suçlunun, o ülkenin devleti tarafından suçluyu kovuşturma ve yargılamaya veya hakkındaki cezayı infaz etmeye yetkili olan devlete, resmi talep üzerine ve gerekli şartların varlığı halinde teslim edilmesidir (Ulugöl 2002, 5).

⁷⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda Bölüm 3, s. 59-60.

⁷⁷ Norris hk. ABD'de verilen mahkeme kararı için bkz. <http://www.usdoj.gov/atr/cases/f206000/206064.htm>.

⁷⁸ Norris v. Government of the Unites States of America and others [2007] EWHC 71.

Act'in yürürlüğe girmesinden sonra kriminal bir suç olduğunu, bu tarihten önceki davranışlar için karşılıklılık şartının gerçekleşmediğini gerekçe olarak göstermiştir⁷⁹.

Norris'in delillerin karartılması gibi adaletin yanıtlanmasıyla ilgili diğer suçlamalar nedeniyle ABD'ye iadesi ise halen beklenmekte olup konuyla ilgili temyiz süreci devam etmektedir⁸⁰. Diğer yandan kartelleri kriminal suç olarak kabul eden ülkelerin sayısının giderek artması ve DOJ'nin uluslararası kartellere karşı açtığı savaştaki kararlılığı, suçluların iadesi prosedürünün ileride başarılı sonuçlar vereceğini göstermektedir. Kartel üyelerinin iadesinin ABD'nin, İngiltere, Kanada ve İrlanda ile olan suçluların iadesine dair anlaşmalarının kapsamına alınmış olması da bunu desteklemektedir (Joshua vd. 2008, 397). Ancak, ABD'nin 2004'te kartel üyeleri için hapis cezası üst sınırını üç yıldan on yıla çıkarması suçluların iadesi yönteminin kartel soruşturmasında kullanılabilirliğini azaltabilir (Joshua vd. 2008, 361). Zira bu değişiklikten sonra teslim olan kaçaklar için uzlaşma anlaşmaları sonucunda verilen ortalama hapis cezası dört aydan bir yıla yükselmiştir (Hammond 2008, 7).

2.4.3. İnterpol'ün Kırmızı Bülteninden Faydalanma

Uluslararası kartellerle mücadelede, soruşturuldukları ülke sınırlarının dışına çıkan kartel üyelerinin bu şekilde cezalandırılma riskinden kurtulmaları, İnterpol'ün suçluları yakalama ve iade etme prosedüründen yaralanılarak önlenmeye çalışılmaktadır. ABD 2001'den beri kaçak kartel üyelerinin isimlerini İnterpol'ün Kırmızı Bültenine⁸¹ bildirmektedir (Gustafson vd. 2004, 96-97).

Aslında bu yaklaşım kaçakların yakalanıp iade edilmesi amacından ziyade, kartel üyelerinin kendiliğinden ABD'ye gelip cezalarına razı olmaları amacına yöneliktir. Çünkü sıklıkla uluslararası seyahatlerde bulunan kartel üyesi işadamları için her gümrük kontrolünde gözaltına alınma ihtimali, kariyerleri için tahammül edilemez bir risk oluşturmaktadır. ABD bu amacında başarılı olmuş, yakalanma riski altında seyahat etmek ve kaçak muamelesi görmektense Kanadalı, Fransız, Alman, İsviçreli, Hollandalı, Norveçli, İngiliz, Koreli ve Japon birçok kartel üyesi DOJ ile uzlaşma anlaşmaları yapıp gönüllü olarak cezalarını çektikten sonra kariyerlerine devam etmeyi tercih etmiştir (Joshua vd. 2008, 361).

⁷⁹ Norris v. Government of the Unites States of America and others [2008] UKHL 16.

⁸⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Rekabet Kurumu Araştırma Bülteni Sayı 1, Ağustos 2008, s. 18; <http://www.business.timesonline.co.uk./tol/business/law/article4397393.ece>.

⁸¹ İnterpol (Uluslararası Polis Teşkilatı) tarafından yayımlanan Kırmızı Bülten, bir tutuklunun ya da hakkında yakalama emri çıkartılan kimsenin görüldüğü yerde tutuklanıp, iade edilmesini sağlayan bir nevi uluslararası arananlar listesidir.

Kırmızı Bülten'in dolaylı olarak kartel üyelerini zor durumda bıraktığı bir diğer örnek ABD'de kaçak konumunda bulunan Japon vatandaşı Tamon Tanabe'nin adının Kırmızı Bülten'e bildirilmesi ve 2002'de Hindistan'a yaptığı bir iş seyahatinden ülkesine dönerken havaalanında yakalanmasıyla yaşanmıştır (Tween ve Bhaktawer 2008, 32). Gerçi Hindistan ile ABD arasındaki suçluların iadesine dair anlaşma kartel suçlarını içermediğinden iade gerçekleşmemiştir. Fakat mahkeme, Tanabe'yi üç ay boyunca mahkemeye gelip imza atmak zorunda bırakmıştır (Kekevi 2008, 54).

2.5. GÜMRÜK GİRİŞ ÇIKIŞLARININ İZLENMESİ YETKİSİ

Uluslararası kartellerin soruşturulmasında DOJ tarafından başvuru bir diğer yöntem, tanık veya sanık konumunda bulunan yabancıların ABD'ye giriş çıkışlarının gümrükten izlenmesidir. Hakkında soruşturma yapılan kaçak bir kartel üyesinin gümrük takibiyle yakalanması halinde soruşturma sonuçlanıncaya kadar ABD'den ayrılması engellenmektedir (Hammond 2006, 7-8). Gümrüklerin izlenmesi aynı zamanda, işlerini yürütmek için ABD'ye seyahat etmesi gereken kaçak kartel üyelerini uzlaşma anlaşmaları yapmaya teşvik etmektedir (Spratling 2001, 810). 1996 yılında DOJ ile Adalet Bakanlığı Göçmenliğe ve Vatandaşlığa Kabul Dairesi arasında imzalanan Mutabakat Anlaşması⁸² çerçevesinde uzlaşma anlaşması yapan yabancıların işledikleri kartel suçu nedeniyle sınır dışı edilmemeleri ve ABD'den göçmen olmayanlara özgü vize alabilmeleri sağlanmaktadır (Spratling 1999, 16). Böylece ABD ülkesine girebilme ayrıcalığını, kartel soruşturmalarında bir pazarlık unsuruna dönüştürmektedir. Gümrük takipleri de tıpkı iletişimin denetlenmesi, teknik araçlarla izleme ve uluslararası işbirlikleri gibi kriminal rejimin sağladığı bir soruşturma yetkisidir ve idari rejimde kullanılması mümkün görülmemektedir.

2.6. KRİMİNAL VEYA İDARİ SORUŞTURMA YÖNTEMLERİ KULLANMANIN KARTELLERLE DİĞER MÜCADELE YÖNTEMLERİNE ETKİLERİ

2.6.1. Pişmanlık Programlarına Etkileri

İlk defa 1978 yılında ABD'nin uygulamaya başladığı pişmanlık programı günümüzde gerek kriminal gerekse idari rejimde kartelleri ortaya

⁸² Memorandum of Understanding between the Antitrust Division United States of Justice and the Immigration and Naturalization Service United States of Justice (15 Mart 1996) bkz. <http://www.usdoj.gov/atr/public/criminal/9951.pdf>

çıkarmak için geliştirilen en etkin araç olarak kabul edilmektedir⁸³ (Hammond 2004, 2). Pişmanlık programlarının, rekabet otoriteleri ile programa alınan kartel üyeleri arasında bir fayda-maliyet dengesine dayandığı söylenebilir (Kocaer 2005, 11).

ABD’de pişmanlık programının gelişim sürecini kısaca özetleyecek olursak; 1993 yılındaki revizyondan sonra ilk başvuruda bulunan teşebbüs ile ihlali kabul eden bütün yönetici ve çalışanlara takdir yetkisine bağlı olmaksızın otomatik olarak cezadan tam bağışıklık sağlanmış, bunun ardından program etkin bir şekilde çalışmaya başlamıştır (Spratling 1999, 2; Kekevi 2008a, 6). 1994 yılında bireylerin başvurabileceği bir pişmanlık programı da devreye sokularak teşebbüsler ile bireyler arasında pişmanlık programına başvurma yarışı başlatılmış, böylece teşebbüsler üzerindeki yakalanma korkusu yükseltilmiştir. Ayrıca 2004 yılında yapılan kanun değişikliğiyle⁸⁴ pişmanlık programından yararlananların üç kat tazminat sorumluluğu bir kata indirilmiş böylece pişmanlık programlarına başvurmanın önünde engel olarak görülen ağır tazminatlara mahkûm edilme riski de hafifletilmiştir.

ABD’de pişmanlık programlarını etkinleştirmek üzere uygulanan diğer araçlar ilave af (*amnesty plus*), ilave ceza (*penalty plus*) ve çerçeve sorudur (*omnibus question*). İlave af kartel üyelerinin başka pazarlarda da kartel kurmuş olabileceği ihtimalinden hareket etmekte ve bir soruşturmada pişmanlık programından yararlanamayanların yeni bir karteli ortaya çıkarmaları halinde devreye girmektedir. Böylece kartopu etkisi yaratılarak bir soruşturmanın başka soruşturmalara da yol açabilmesi sağlanmaktadır. İlave ceza ise ilave aftan yararlanma imkânı olduğu halde üyesi olduğu diğer karteli gizleyenlerin bu durumunun sonradan anlaşılması halinde cezalarının yükseltilmesi esasına dayanmaktadır. Pişmanlık programı kapsamında işbirliği yapanlara yöneltilen ve doğru cevaplanmaması halinde pişmanlık programından çıkarılmayla sonuçlanan (“Bu sektörde veya başka bir sektörde fiyat tespiti, danışıklı ihale gibi konularda doğrudan veya dolaylı olarak herhangi bir bilginiz var mı?” şeklindeki) çerçeve soru ise DOJ’nin elindeki en güçlü kozlardan biri olarak gösterilmektedir (Harrington 2006, 18).

1996’da ilk pişmanlık programını yürürlüğe koyan ve zaman içinde programının eksikliklerini gideren Komisyon ise⁸⁵, kartel üyesi teşebbüsleri ve

⁸³ Spratling (2001, 799) ABD’de 2001 yılında son beş yılda pişmanlık programlarının o tarihe kadar yerinde inceleme, iletişimin tespiti, gizli kamera veya muhbirlerle işbirliği yapma gibi diğer yöntemlerin tümünden daha fazla sayıda karteli ortaya çıkardığını belirtmiştir.

⁸⁴ Antitrust Criminal Penalty Enforcement and Reform Act H.R. 1086. Bu kanun değişikliği aynı zamanda para ve hapis cezalarını bugünkü üst sınırına taşımıştır.

⁸⁵ Wils (2006, 68) İtalya’da mafya gibi organize suçlarla mücadelede de benzer programların kabul edilmesi ile pişmanlık programları arasında paralellik kurarak Komisyon’un idari rejimde

çalışanlarını cezalardan bağışıklık veya indirim karşılığında gönüllü olarak gelip bilgi vermeye çağırılmaktadır⁸⁶. Pişmanlık programında 2002'de ve 2006'da yapılan değişiklikler ilk başvurana tam ve otomatik bağışıklık verilmesi, sürecin hızlandırılması, belirlilik ve şeffaflık kazandırılması gibi amaçları gerçekleştirmiştir. Komisyon'un DOJ gibi pişmanlık programına ilk başvuran teşebbüse cezalardan tam bağışıklık sağlamanın yanında, DOJ'den farklı olarak ilk sırada başvurmamış olsa da soruşturma sürecinde işbirliği yapan diğer teşebbüslere de cezadan indirim⁸⁷ yapmak konusunda takdir yetkisi bulunmaktadır⁸⁸.

İlave af (pişmanlık) ise Komisyon'un pişmanlık programında bulunmamakla birlikte İngiltere gibi bazı üye ülkelerde benimsenmiştir. İngiltere'nin pişmanlık programı ilave pişmanlık uygulamayan Fransa ve Almanya gibi ülkelerle karşılaştırıldığında daha başarılı bulunmaktadır (Dunphy 2007, 24). Bu nedenle idari rejimlerde uygulanan pişmanlık programlarına ve bu arada Komisyon'un pişmanlık programına ilave pişmanlık ve ilave ceza imkânlarının da eklenmesi gerektiği öne sürülmektedir (McElwee 2004, 565; Dunphy 2007, 34).

Pişmanlık programlarına başvurma oranının ağır cezalar ve yüksek yakalanma riski ile doğru orantılı olduğu, hatta ne kadar yüksek olursa olsun sadece para cezasının yeterli olamayacağı, mutlaka hapis cezası tehdidinin de bulunması gerektiği ifade edilmektedir (Hammond 2004, 6-12, Arı 2008, 37). Bir diğer deyişle pişmanlık programlarının etkinliğinde en önemli pay, teşebbüslerin pişmanlık programına başvurmadan umdukları faydanın, karteli sürdürmekten umdukları faydadan daha yüksek olmasıdır. Dolayısıyla teşebbüslerin pişmanlık programına başvurmaları, kendilerini yakalanma ve ağır biçimde cezalandırılma riski altında görmelerine bağlıdır.

Buradan anlaşılacağı üzere pişmanlık programlarının en etkin sonuçlarını verdiği rejim, kriminal rejimdir. Hatta idari rejimlerde yürürlüğe konulan pişmanlık programlarının başarısında bile kriminal soruşturma yöntemleri kullanarak kartelleri etkin bir biçimde köşeye sıkıştıran ABD'nin başarısının payı olduğu öne sürülmektedir. Örneğin Massey (2006, 190),

pişmanlık programını yürürlüğe sokmasını, kartellerin kriminal yönlerinin kabul edilmeye başlandığına dair bir göstere olarak nitelendirmiştir.

⁸⁶ Komisyon'un pişmanlık programlarını düzenlediği Duyurular için sırasıyla bkz. (1996) OJ C207/4; (2002) OJ C45/3; (2006) OJ C298/17.

⁸⁷ Yapılacak indirimin seviyesi teşebbüsün başvuru anına (zamanlamasına) ve sunduğu delillerin değerine göre belirlenir. Bu şekilde başvuran ilk teşebbüse % 30-50; ikinciye % 20-30 ve daha sonra başvuranlara % 20 ye kadar cezalardan indirim sağlanır.

⁸⁸ Komisyon, pişmanlık programından faydalandığı ilk başvurandan sonraki teşebbüslerin elde ettiği ceza indirimini nihai kararına kadar açıklamamaktadır (O'Brien, 2008, 6). Bu belirsizlik, başvuruda bulunacak teşebbüsler için olumsuz etki doğurmaktadır.

ABD'nin kriminal soruşturma teknikleri ve hapis cezası tehdidi olmasaydı, Komisyon'a yapılan pişmanlık başvurularının çok daha az olacağını belirtmiştir. Uluslararası kartellerin idari rejimi benimsemiş rekabet otoriteleri tarafından değil, kriminal rejimi benimsemiş ABD tarafından ortaya çıkarılması da bunun bir göstergesidir. Dolayısıyla kendisini yakalanma riski altında görmeyen ve rekabet otoritesinin karteli gizlemek için alınan önlemleri ortaya çıkaramayacağını düşünen kartel üyelerinin pişmanlık programına başvurma ihtimali idari rejimde daha düşüktür.

2.6.2. İhbarda Bulunanların Ödüllendirilmesi Programına Etkileri

Kartele üye olmamakla birlikte herhangi bir şekilde kartelden bilgisi olanların ödül programlarıyla (*bounty programmes*) ihbarda bulunmaya teşvik edilmesi gerektiği son yıllarda sıklıkla savunulmaktadır (örn. Kovacic 2001, 744). Baker (2003, 708), pişmanlık programlarında yakalanma korkusunun işlevini, ihbar programlarında intikam alma isteğinin yerine getireceğini, kovulmuş veya küskün çalışanların, eski iş ortaklarının hatta eski eşlerin ve âşıkların bile ihbar programları sayesinde kartellerin ortaya çıkarılmasına katkıda bulunabileceğini belirtmiştir.

İhbarda bulunanların ödüllendirilmesi programını Şubat 2002'den beri uygulayan Kore Rekabet Otoritesi (KFTC), varlığından haberdar olmadığı bir kartelin ispatlanmasına yetecek seviyede delil getiren ilk kişiye delilin ispat gücüne bağlı olarak 1 milyar Won'u (1 milyon ABD Doları) aşmayacak şekilde ve ortaya çıkarılan kartelin soruşturulması sonucunda verilecek cezanın % 5'ine kadar para ödülü vermektedir⁸⁹. Nisan 2005'te ödül miktarının on kat artırılması ve ihbarcılarını koruyacak tedbirlerin getirilmesiyle birlikte başvuru sayısının yükselmesi bu programın ilk uygulayıcısı olan KFTC'nin başarısını göstermektedir. KFTC 66.87 milyon Won'luk (yaklaşık 63.000 ABD Doları) ilk ödülü Haziran 2005'te kaynak telleriyle ilgili bir kartelin ortaya çıkarılmasını sağlayan ve ismi açıklanmayan bir ihbarcıya vermiştir (Wils 2007, 44). Bu arada KFTC'nin kartelleri kriminal rejime göre soruşturduğu belirtilmelidir.

İngiltere'de ise OFT, Şubat 2008'de kartelleri ihbar edenlere 100.000 Pound'a kadar ödül vereceğini duyurmuştur⁹⁰. Aslında OFT, ihbarcılara karşı korumacı yaklaşımını önceden beri açıklamış ve özellikle kriminalizasyondan sonra kabul edilen bazı yetkileri çerçevesinde ihbarcılarını tanık koruma programına alacağını duyurmuştur (Williams 2005, 12). Bu olumlu gidişat

⁸⁹ Kore Rekabet Otoritesi'nin uyguladığı ihbarda bulunanların ödüllendirilmesi programı hk. ayrıntılı bilgi için bkz. Annual Report on Competition Policy Developments in Korea 2004; OECD, DAF/COMP(2005)32/29 ve http://ftc.go.kr/data/hwp/room_docu.doc .

⁹⁰ Anılan duyuru için bkz. http://www.ofc.gov.uk/advice_and_resources/resource_base/cartels/rewards

ABD’de de yankı bulmuş ve DOJ’nin de ödül programı geliştirmesi gerektiğini belirtilmiştir (Connor 2008, 48). ABD’de kamuya karşı dolandırıcılık sayılan suçlarda ihbarda bulunanlara para ödülü verildiği göz önüne alındığında, bunun karteller bakımından da mümkün hale gelmesi beklenmektedir (Bloom 2006, 567; Kovacic 2006, 595).

İhbarcılarının ödüllendirilmesi programları pişmanlık programları gibi hem kriminal hem de idari rejimlerde uygulanmaya müsaittir. Ancak ihbarcının sağladığı bilginin yetersiz olması gibi durumlarda bu bilgi, iletişimin denetlenmesi ve teknik araçlarla izleme gibi kriminal soruşturma yetkilerinin kullanılmasıyla delil elde edilmesine hizmet edebilecektir (Collins 2006, 157). Bu tür delil elde etme yöntemleri ise kriminal rejime özgü olduğundan, ihbarcılarının ödüllendirilmesi programlarının kriminal rejimde daha etkin olarak kullanılabilmesi ortaya çıkmaktadır. Diğer yandan idari rejimi benimsemiş rekabet otoriteleri arasında ihbarcılarının ödüllendirilmesi programını uygulayan bir örnek bulunmadığından idari soruşturma yetkileri ile ödül programı arasındaki ilişkiden bahsetmek henüz mümkün değildir. Ancak ihbarcılarının ödüllendirilmesi idari rejimde de kolaylıkla uygulanabilecek bir yöntem olarak gösterilmekte ve Komisyon’un bu olanağı sağlaması gerektiği öne sürülmektedir (Forrester 2006, 165).

2.6.3. Uzlaşma Programlarına Etkileri

Amerikan ceza hukuku sisteminde bir çeşit alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olan uzlaşma, hakkında soruşturma yapılanlar ile soruşturmayı yürüten savcının suçu kabullenme ve işbirliği yapma karşılığında isnat edilecek fiilde ve cezada pazarlık yapabilmeleri ve bir uzlaşma anlaşması yaparlarsa bunun mahkeme onayından geçerek kesin hüküm olarak kabul edilmesi esasına dayanmaktadır⁹¹. ICN’in konuyla ilgili raporunda (2008, 2) uzlaşma programlarının hem rekabet otoriteleri hem taraflar için “kazan-kazan” (*win-win*) pozisyonu yaratan bir kartellerle mücadele yöntemi olduğu belirtilmektedir.

⁹¹ Plea bargaining (iddianame pazarlığı) teriminin karşılığı olarak kullanılan uzlaşma, “.. savcı ve sanığın (daha doğrusu sanığın müdafininin) iddianame üzerinde gerçek anlamıyla pazarlık yapmalarını ifade eder. Bu anlamda taraflar tıpkı bir sözleşme yapar gibi çeşitli edimler taahhüt ederler, sanık genellikle suçunu ikrar etmeyi veya savcılıkla işbirliği yapmayı etmeyi taahhüt ederken, savcı da sanığın daha az ceza almasını ya da hiç ceza almamasını sağlayacak bir isnatta bulunmayı taahhüt eder. Uzlaşma yoluyla sanık mahkemeye gitmekten ve belki de beraat etme olasılığından, savcı ise davayı sonuna kadar takip ederek sanığın olası en yüksek cezaya çarptırılması olasılığından vazgeçmektedir. Anglo-Amerikan Hukuk Sistemi’nde temel anlayış maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasından ziyade hukuki uyuşmazlığın çözülmesidir. Dolayısıyla failin sorumluluğunun açık olduğu durumlarda yargılama yapılması usul ekonomisine uygun görülmemektedir.” Uzlaşma hk. daha ayrıntılı bilgi için bkz. Bacaksız, İddianame Pazarlığı (Plea Bargaining), Ceza Hukuku Dergisi, Sayı 7, Ağustos 2008.

DOJ'nin yürüttüğü soruşturmanın % 90'mın uzlaşma anlaşması ile sonuçlanması, zamandan ve yargılama giderinden yapılan tasarrufun ne derece yüksek olduğunu ortaya çıkarmaktadır (Hammond, 2006a, 1). Hakkında soruşturma yürütülenler ise kendileri için sıkıntılı ve maliyetli bir süreç olan ceza yargılamasının bir an önce bitmesi ve yargılama sonucunda çok daha yüksek bir cezaya çarptırılma ihtimalini ortadan kaldırmak için uzlaşma anlaşmalarını cazip görerek yargılamayla ve savunmayla ilgili bazı haklarından feragat etmektedir. DOJ, mümkün olan en yüksek seviyede şeffaflık, orantılılık ve etkinlik sağlamak amacıyla, hakkında soruşturma yürütülenlerle imzaladığı model uzlaşma anlaşmalarını kamuoyuna açıklamakta ve gelişen içtihatlarla göre anlaşmalarını yenilemektedir⁹² (Hammond, 2006a, 10).

Komisyon ise 30.6.2008'de yayımladığı 622/2008 sayılı Tebliğ⁹³ ile tarafların soruşturma sürecindeki haklarını düzenleyen 773/2004 sayılı Tebliğ'e uzlaşma süreci ile ilgili değişiklikleri eklemiş, 2.7.2008'de yayımladığı bir Duyuru⁹⁴ ile de uzlaşma sürecinin ayrıntılarını düzenlemiştir. Uzlaşma sürecini sadece kartel dosyalarında uygulayacak olan Komisyon, 1/2003 sayılı Tüzük'ün 7. ve 23. maddelerinde öngörülen ihlali sona erdirme ve cezalandırmaya yönelik nihai kararını, uzlaşma anlaşmaları vasıtasıyla yeni bir yoldan daha alabilecektir. Uzlaşma programının idari rejimde etkin işleyip işlemeyeceğini tahmin etmek için henüz erken olduğu düşünülmektedir. Zira hem Komisyon'un uygulanması şekillenmemiştir hem de üye ülkelerdeki yansımaları ortaya çıkmamıştır. Fakat Fransa, Almanya, İsviçre ve İngiltere'de uzlaşma anlaşmalarının yapıldığı bilgisi karşısında, üye ülkeler için uzlaşma programına geçiş sürecinin pek zor olmayacağı tahmin edilebilmektedir (ICN 2008, 3).

Uzlaşma programları kartel üyelerinin ihlalde bulduklarını kabul etmesi temeline dayandığından, rekabet otoritelerinin delil elde etmekteki yetkilerinin genişliği uzlaşma programlarına olumlu etkide bulunacaktır. Zira rekabet otoritesinin elindeki delillerin gücüne bağlı olarak taraflar ikrar veya inkâr yollarından birine yönelecektir. Güçlü soruşturma yetkilerinin bulunmadığı, bu nedenle de delil elde etme konusunda kriminal rejime göre daha pasif olan idari rejimde hakkında soruşturma yürütülenler uzlaşma anlaşmasına yanaşmayabilir.

⁹² DOJ'nin tüzel kişilerle imzaladığı model uzlaşma anlaşması için bkz. http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/corp_plea_agree.htm gerçek kişilerle imzaladığı model uzlaşma anlaşması için bkz. http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/indl_plea_agree.htm.

⁹³ Commission Regulation (EC) 622/2008 of 30 June 2008 amending Regulation (EC) No 773/2004, as regards the conduct of settlement procedures in cartel cases, OJ L 171, 1.7.2008, p. 3–5.

⁹⁴ Commission Notice on the conduct of settlement procedures in view of the adoption of Decisions pursuant to Article 7 and Article 23 of Council Regulation (EC) No 1/2003 in cartel cases, OJ C 167, 2.7.2008, p. 1–6.

2.7. KRİMİNAL VEYA İDARİ SORUŞTURMA YÖNTEMLERİ KULLANMANIN DELİL STANDARDA ETKİLERİ

Kriminalizasyon sonucunda cezaların ağırlaştırılması ve bireyselleştirilmesi, delil standardının⁹⁵ yükseltilmesini gerektirmektedir. Kriminal rejimde delil standardı, ceza muhakemesi hukukuna göre belirlendiğinden gerçek veya tüzel kişilerin kartel suçundan dolayı cezalandırılabilmesi, ihlalin makul bir şüpheye yer bırakmayacak kesinlikte (*beyond reasonable doubt*) ispatlanmasına bağlıdır (Baker, 2001, 699).

İdari soruşturmalarda ise ispat standardı, kriminal rejimle karşılaştırıldığında daha düşüktür⁹⁶. Anglo Sakson Hukuk Sisteminin terminolojisiyle ifade edilecek olursa, kriminal soruşturmalardaki makul bir şüpheye yer bırakmayacak kesinlikte kanıtların yerine idari soruşturmalarda ihlal tespiti, “kanıt üstünlüğü” veya “olasılıklar dengesi” gözetilerek yapılabilmektedir (Wils 2006, 62). Bu durum kullanılan idari soruşturma yetkilerinin bir gereğidir. Çünkü soruşturma taraflarının mülkiyet haklarına, gizli bilgilerine ve özel yaşam sınırları içinde kalan her türlü iletişimlerine idari rejimde daha az müdahale edilmekte, bu da elde edilebilecek delilleri sınırlandırmaktadır.

Kriminal rejimde yüksek delil standardını karşılayabilmek için verilen soruşturma yetkilerinin aşırı derecede geniş olduğu ve özellikle uzlaşma programlarıyla birlikte bu denli güçlü yetkilerin rekabet otoritesine soruşturmaları istediği gibi yönlendirme imkânı verdiği eleştirisi öne sürülmektedir (Jakobs 2006, 32). Jakobs, DOJ’nin soruşturma yetkilerinin silahların eşitliği prensibini ihlal ettiğini iddia etmekte, üstelik tarafların maliyet ve riski daha düşük görerek uzlaşma anlaşmalarına yönelmeleri nedeniyle, aslında davayı kazanmaya yetersiz olan delillerle sonuca ulaşıldığını

⁹⁵ Delil veya ispat standardı, bir yargılamada kanunun ihlal edilip edilmediğine ve ceza verilmesine yer olup olmadığına karar verilebilmesi için delillerin ulaşması gereken kesinlik derecesini ifade etmektedir (Parret 2008, 7).

⁹⁶ İdari rejimde delil standardını düzenleyen usul kuralları AB’nin merkezi düzenlemelerinde yer almamış, üye ülkelerin iç hukukuna bırakılmıştır. Zaman içinde rekabet hukukunun gelişmesi ve teşebbüslere ağır cezalar verilmeye başlanmasıyla mahkemeler, AİHS’yi temel alan usul kuralları benimsemişlerdir. Esasında hukuk yaratma olarak nitelendirilebilecek bu süreçte İDM’nin ve ATAD’ın, (masumiyet karinesi gibi) üye ülkelerin ortak usul ilkelerine dayandığı, farklılıkların ortaya çıktığı noktalarda ise rekabet hukukunun özelliklerini dikkate alarak *sui generis* kurallar yarattığı söylenebilir (Parret 2008, 9). 1/2003 sayılı Tüzük’ün yürürlüğe girmesiyle birlikte usul ve ispat kurallarıyla ilgili mevzuattaki boşluk bir nebze doldurulmuştur. Zira 1/2003 sayılı Tüzük’ün 2. maddesinde ispat yükünün ihlal iddiasında bulunan kişi veya kurumda olduğu ilkesi kabul edilmiştir. Bu kuralın dışında ispatla ve delil standardıyla ilgili diğer kurallar yine mahkeme içtihatları çerçevesinde şekillenmektedir.

belirtmektedir. DOJ'ye telefon dinleme yetkisi verilmesini de eleştiren Jakobs (2006, 42) bu yetkinin teşebbüs yöneticilerini devamlı izlenildikleri şüphesine sevk edeceğini, yöneticiler için birbirleriyle arkadaşlık etmenin bile riske dönüştürüldüğünü iddia etmektedir. Diğer yandan Spagnolo'ya (2006, 143) göre kartel üyelerinin kriminal yöntemlerle araştırıldıklarını ve yakalanmaları halinde hapse gideceklerini düşünmeleri, kartellerin iç denetimlerini sağlamak için mafya benzeri suç örgütlerine başvurmalarına, bu da durumu eskisinden de kötüleştirmeye yol açabilecektir.

Spagnolo'nun mafya benzeri yapıların devreye girmesiyle ilgili kaygısı maddi çıkarların söz konusu olduğu bütün örgütlü suçlar için geçerlidir. Ancak durumun daha da kötüye gideceği endişesinin suçla mücadele etmemenin bahanesi olarak kabul edilemeyeceği düşünülmektedir. Jakobs'un kriminal soruşturma yöntemlerinin tarafların haklarına tecavüz edilerek kullanılma ihtimali olduğu şeklindeki eleştirisiyse, bu yetkilerin keyfi kullanılmaması için öngörülen usul kurallarına uyularak giderilebilir. Ayrıca ceza muhakemesinde adaletin tesisi için kişisel hakların belli ölçülerde kısıtlanabileceği ve kartelin topluma verdiği zararlar kıyaslandığında hakkında soruşturma yürütülen tarafların katlanması gereken sıkıntının orantılı olduğu kabul edilmelidir.

Yüksek delil standardını sağlamak ve usul güvencelerini artırmak, soruşturma ve karar verme sürecini çok daha uzun süren, karmaşık ve maliyetli bir yapıya dönüştürmektedir (Reindl 2006, 121). Spagnolo (2006, 135), benzer gerekçelerle daha az sayıda mahkûmiyet kararı verilmesinin caydırıcılığı olumsuz etkileyeceğine dikkat çekmektedir. Ancak yazar, aynı zamanda kriminal rejime geçmenin sonuçlarını uzun vadede gösterdiğini ve kartellerle mücadelede hangi politikanın daha başarılı olduğunu kartellerin gizli yapısı nedeniyle ölçülemez olduğunu da belirterek caydırıcılık konusunda hangi rejimin daha etkin sonuçlar verdiğinin kesin bir şekilde ortaya konulamayacağını da ifade etmektedir. Calvani (2006, 276) ise kriminal rejimin delil standardı bakımından zorlukları bulunmasına rağmen caydırıcılık derecesinin idari rejimle karşılaştırılmayacak derecede yüksek olduğunu, en azından kriminal rejimi uygulayan DOJ'nin elde ettiği sonuçların bunu gösterdiğini belirtmektedir.

Cseres vd.(2006, 11) ise kriminalizasyonun ardından rekabet otoritelerinin yüksek delil standardını sağlayabilmek için yeni ve karmaşık olayları soruşturmak yerine bariz ihlalleri soruşturmaya yöneleceğini iddia etmektedir. Bu seçim, dönüm noktası olabilecek dosyaları eleyerek endüstri iktisadının akademik gelişimi ile rekabet hukuku arasındaki bağı olumsuz etkileyebilecektir. Böylece rekabet hukuku kurallarının yorumlanmasında, iktisadi değerlendirmelerin rolünün gittikçe azalacağı söylenebilir. Bu görüşün önemli bir noktaya işaret ettiği kabul edilmekle birlikte, kartel soruşturmalarının belirli

ihlal kalıplarının dışına çıkmadığı ve ceza hukukunun tipiklik unsurunu sağlamak adına çıkmaması gerektiği de gözden kaçırılmamalıdır.

Yukarıda yer verilen eleştiriler, idari rejimin ispat standardının kartel soruşturmaları bakımından daha avantajlı olduğu izlenimini yaratmaktadır. Ancak Komisyon ispat standardı konusunda neredeyse kriminal rejimle eşit seviyede güvence sağlamaktadır. Bunda İDM'nin ve ATAD'ın Komisyon kararlarını tam bir yargısal denetimine (*full jurisdictional review*) tabi tutmaları ve delillerle ilgili getirdikleri standartların payı yüksektir. Örneğin İDM'nin 8 Temmuz 2004 tarihli *JFE Engineering*⁹⁷ kararına göre “Komisyon bir firmanın davranışının ihlal teşkil ettiğini ispatlamak için kesin ve tutarlı deliller getirmek zorundadır (Wils 2006, 100). Kerse ve Khan (2005, 478), Komisyon'un 81. ve 82. maddelerin ihlalini ispatlamak ve para cezası vermek için ulaşması gereken delil standardının, kriminal rejimin uyguladığı “makul şüpheye yer bırakmayacak kesinlikte” değilse de buna yakın derecede yüksek olduğunu belirtmiştir. Hal böyle olunca soruşturma, karar alma ve ceza verme yetkilerinin sadece rekabet otoritesinin elinde bulunduğu idari rejimin maliyet avantajı sağladığı yönündeki Reindl (2006, 121)'e ait görüş, en azından AB uygulaması bakımından çürütülmektedir. Ayrıca Komisyon'un kartel soruşturmalarının uzun yıllar devam etmesi ve İDM tarafından tam yargı denetimine tabi tutulması nedeniyle ortaya çıkan maliyet, kriminal rejimdeki tablodan pek de farklı değildir.

Joshua (2002, 8) ise Komisyon'un soruşturmasını kriminal rejimde yürütmesi halinde bilgi isteme yetkisinin mevcut durumda olduğu gibi etkin kullanılamayacağını, zira hakkında soruşturma yürütülenlerin işbirliğine yanaşmayacağını iddia etmiştir. Bu görüşün kriminal soruşturmalarda gerçek kişilerin susma haklarının daha yüksek seviyede korunması nedeniyle haklı tarafları vardır. Buna karşın kriminal rejimin tanıklık zorunluluğu bulunması, yemin teklif etme olanağı ve gerçeğe uygun olmayan beyanda bulunmanın, delil gizlemenin veya tahrip etmenin başlı başına bir suç olması gibi başka avantajları bulunmaktadır. Ayrıca soruşturmanın hem gerçek hem de tüzel kişilere yöneltilmesi durumunda, tüzel kişilerin susma hakkının çok daha sınırlı olması sebebiyle Joshua'nın öne sürdüğü problemin aşılabileceği düşünülmektedir.

⁹⁷ JFE Engineering Corp. v. Commission, Case T- 67/00, ECR (2004) p.II- 2501.

BÖLÜM 3

KARTELLERİN KRİMİNAL BİR SUÇ OLARAK TANIMLANMASI EĞİLİMİ VE İNGİLTERE ÖRNEĞİ

İkinci bölümde kartel soruşturmalarında kullanılan yetkiler idari ve kriminal rejimler bakımından karşılaştırmalı olarak aktarılmıştı. Kriminal soruşturma yetkilerinin sağladığı avantajların daha fazla olduğu ABD'nin uluslararası kartellerle mücadelede elde ettiği başarıdan da anlaşılmaktadır. Bu durum kartellerin ceza hukuku alanında görülmeleri yönündeki görüşleri güçlendirerek Japonya'dan İsrail'e, Brezilya'dan İngiltere'ye kadar dünyanın değişik yerlerinde kartellerin kriminal rejimde soruşturulmaya başlanmasına yol açmıştır (Hammond 2006, 3; Barnett 2008, 5). Bu bölümde idari ve kriminal rejimi birbiriyle ilişkilendirerek (bir anlamda karma rejim) uygulayan ve kurduğu modelin Türkiye için de örnek alınabilecek yönleri bulunan⁹⁸ İngiltere'nin kriminalizasyon süreci ve elde ettiği sonuçlar aktarılacaktır.

3.1. 1998 ÖNCESİ DÖNEM

İngiltere İkinci Dünya Savaşı sonrasında rekabet hukuku alanında düzenlemeler yapan ilk Batı Avrupa ülkesidir (Cini 2003, 5). Günümüzde İngiltere'de CA⁹⁹ ve EA'nın¹⁰⁰ neden olduğu ikili rejim o tarihte de farklı bir şekilde ortaya çıkmıştır (McGrath 2007, 34). Şöyle ki; 1948 tarihli Tekeller ve Kısıtlayıcı Uygulamalar Hakkında Kanun ile 1956 tarihli Kısıtlayıcı Ticari

⁹⁸ Bu noktada Kıta Avrupası Hukuk Sistemine dahil olan Türkiye için Ango-Amerikan Hukuk Sisteminin temsilcisi olan İngiltere'nin doğru bir örnek olup olmadığı sorgulanabilir. Ancak Almanya veya Fransa yerine İngiltere örneğinin benimsenmesi, hem İngiltere dışında tam ve başarılı bir kriminalizasyonun Avrupa'da henüz gerçekleştirilememiş olmasından hem de İngiltere'nin kriminalizasyona geçişte karma bir rejim uygulayarak başarılı bir geçiş süreci tasarlamasından kaynaklanmıştır.

⁹⁹ Competition Act 1998, bkz. http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1998/ukpga_19980041_en_1.

¹⁰⁰ Enterprise Act 2002, bkz. http://www.opsi.gov.uk/Acts/acts2002/ukpga_20020040_en_1.

Uygulamalar Kanunu farklı kamu otoriteleri tarafından yürütülmüştür¹⁰¹. Ancak anılan düzenlemeler, ağır cezalar içermemiş ve etkin bir biçimde uygulanmamıştır (Guy 2006, 248). Avrupa’da Almanya dışında uzun süre tek ciddi rekabet düzenlemesi AT rekabet hukukî kurallarından ibaret olmuş (Schinkel 2007, 3), İngiltere de buna paralel olarak karteller veya kısıtlayıcı anlaşmalar için bildirim ve tescil sistemini uygulamıştır.

1948 tarihli Tekeller ve Kısıtlayıcı Uygulamalar Hakkında Kanun, kamu yararına aykırılığı kamu otoritelerince tespit edilmediği sürece kartellere hoşgörüyle yaklaşmaktaydı. Bu sebeple 1955’te yayımlanan ve kartellerin kriminalizasyonu önerisini getiren Cairns Komitesi Raporu¹⁰² bazı kartellerin kamu yararına olduğu gerekçesiyle hükümet tarafından kabul edilmemiştir. 1973’te değiştirilen Kısıtlayıcı Ticari Uygulamalar Kanunu’nda, bu kanuna aykırılığın hiçbir şekilde kriminal sonuçlarının bulunmadığı düzenlenmiştir. 1980’de kabul edilen Competition Act ise rekabeti kısıtlayıcı davranışları ayrıntılı olarak tanımlamış, ancak bir yaptırım öngörmemiştir (Cini 2003, 7). Böylece 2002 yılında EA’nın yürürlüğe girmesine kadar İngiltere’de kartellerin kriminal yönü kabul edilmemiştir (Stephan 2008, 15).

3.2. 1998’DE COMPETITION ACT’İN KABULÜ İLE 2002’DE ENTERPRISE ACT’İN KABULÜ ARASINDAKİ DÖNEM

AT rekabet hukukî temel alınarak hazırlanan ve Mart 2000’de yürürlüğe giren CA, kartellerin idari sisteme göre soruşturulması esasını benimsemiş ve İngiltere’nin rekabet politikasına reform niteliğinde değişiklikler getirmiştir (Whish 2005, 305; MacNeil 2003, 151). CA ağır para cezalarını ve yerinde incelemeleri İngiltere için ilk kez düzenleyen yasadır. CA’yı uygulayan OFT ise, 1973’te kanunla kurulan bir bağımsız idari otorite olup tüketici ve rekabet hukuku dallarında ulusal düzeyde hizmet vermektedir.

CA’da düzenlenen rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar konusunda OFT idari soruşturmalar yaparak karar vermeye ve para cezası uygulamaya yetkili kılınmıştır. OFT’nin kararına karşı hakkında soruşturma yapılanların veya

¹⁰¹ 1948 tarihli Monopolies and Restrictive Practices Act tekelleri ve birleşme-devralma işlemlerini düzenlemiş ve o tarihte Monopolies and Mergers Commission adıyla kurulan, günümüzdeyse Competition Commission adıyla faaliyetine devam eden kamu otoritesince yürütülmüştür. 1956 tarihli Restrictive Trade Practices Act ise rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaları düzenlemiş ve o tarihte Director General of Fair Trading adıyla kurulan günümüzdeyse İngiltere Rekabet Otoritesi olarak faaliyetine devam eden Office of Fair Trading (OFT) tarafından yürütülmüştür. OFT hakim durumun kötüye kullanılmasını ve rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaları soruşturmakta, Competition Commission ise birleşme devralma işlemlerini denetlemektedir.

¹⁰² http://www.competition-commission.org.uk/rep_pub/reports/1950_1959/010collective.htm

şikâyetçilerin *Competition Appeal Tribunal* (CAT)'e¹⁰³ başvurma hakları bulunmaktadır, ayrıca rekabet ihlallerinden kaynaklanan tazminat talepleri de aynı mahkemeye yöneltilmektedir. CAT'nin kararlarının denetimi ise bir üst seviyede Temyiz Mahkemesi (*Court of Appeal*) tarafından yapılmaktadır. Rekabet ihlalleriyle ilgili OFT kararlarının uzmanlaşmış mahkemede görülmesi önemli bir avantaj sağlamaktadır (Whish 2005, 398).

İdari kartel soruşturmaları bakımından CA'nın OFT'ye tanıdığı yetkiler üç başlık altında incelenebilir: bilgi isteme yetkisi (md. 26), yerinde inceleme yapma yetkisi (md. 27) ve mahkemeden arama kararı alınarak yerinde inceleme yapma yetkisi (md. 28). Yerinde inceleme yapma yetkisi soruşturmaya ilgili olan bütün mekânlarda kullanılabilen, bu açıdan işyeri-konut ayrımı bulunmamaktadır. Bununla beraber konutlarda yerinde inceleme yapılması için teşebbüsün kayıtlarının konutta tutulduğuna dair göstergeler bulunması gerekmektedir (Whish 2005, 364).

Hemen belirtmek gerekirse mahkeme kararı alınmadan yapılan yerinde incelemelerde kural olarak ilgiliye önceden haber verilmekte, ayrıca teşebbüslerden bilgi ve belge istenmesiyle yetinip arama yapılamamaktadır (Forrester 2006, 155). Buna karşılık bilgi isteme ve yerinde inceleme yetkilerinin ulaşılmaya çalışılan bilgi ve belgeleri sağlamaya yeterli olmaması veya delillerin karartılması riskinin bulunması durumunda mahkemeden arama izni alınarak yerinde inceleme yapılmaktadır. Ayrıca konutlarda yapılacak yerinde inceleme öncesinde de mahkemeden arama izni alınması zorunludur (Collins 2006, 155). Arama izninin alındığı durumlarda gerekirse güç kullanılarak yerinde inceleme yapılacak yere girilebilmekte ve delil karartılması riski varsa belgelerin aslına el konulabilmektedir.

CA'nın sağladığı idari soruşturma yetkilerine kriminalizasyon sürecinde yeni yetkiler eklenmiştir. Aşağıda daha ayrıntılı olarak görüleceği üzere 2003'te OFT'ye idari soruşturmalarda da kamusal alanlarda teknik takip yapabileme yetkisi, muhbir veya gizli soruşturmacı kullanabilme yetkisi ve iletişim kuran taraflardan birinin rızasını alarak telefon dinleyebilme yetkisi verilmiştir (Forrester 2006, 156).

CA'nın kabulünden yalnızca üç yıl sonra İngiliz Hükümeti Temmuz 2001'de yayımladığı Beyaz Kitap¹⁰⁴ ile "*İngiltere'yi dünyada iş yapılabilir en iyi yer yapma*" sloganıyla kartellerin kriminalizasyonunu içeren paketi tanıtmıştır. Joshua (2002, 1), Beyaz Kitap'ta tanıtılan taslağı İngiltere'yi

¹⁰³ Rekabet Temyiz Mahkemesi olarak adlandırılabilir bu mahkeme İngiltere genelinde yargılama yetkisine sahiptir.

¹⁰⁴ Department of Trade and Industry White Paper: A World Class Competition Regime, Beyaz Kitap'ın tam metni için bkz.

<http://www.archive.official-documents.co.uk/document/cm52/5233/523301.htm> .

“modern dünyanın en zayıf rekabet hukuku uygulayıcılarından biriyken en güçlü uygulayıcılar arasına katacağını” ifade etmektedir. Kriminalizasyon paketi ilk tanıtıldığında iş çevrelerinde bu adım için erken olduğu eleştirisi dile getirilmiştir¹⁰⁵. Gerçekten de OFT, 1998 ile 2002 yılları arasında sadece bir teşebbüse kartel üyesi olmaktan dolayı para cezası vermiştir¹⁰⁶ (Joshua 2002, 2). Buna rağmen kriminalizasyon sürecinde hükümetin desteği, iki yıl gibi kısa bir sürede sonuç alınmasını sağlamıştır¹⁰⁷.

3.3. ENTERPRISE ACT'İN KABULÜNDEN BUGÜNE KADAR UYGULAMA

3.3.1. EA'ya Göre Kartel Suçunun Tanımı ve Unsurları

EA'nın 20 Haziran 2003'te yürürlüğe girmesiyle bu tarihten sonra gerçekleşen karteller bakımından teşebbüslere karşı yürütülen idari soruşturmalara, gerçek kişilere karşı yürütülen kriminal soruşturmalar da eklenmiştir. EA'nın 188. maddesine göre gerçek kişilerin, iki veya daha fazla teşebbüsün kartel kurması konusunda hileli davranışlarda bulunarak (*dishonestly*) anlaşmaları yasaklanmıştır. Bu anlaşmanın hayata geçirilmesi zorunlu değildir, sadece yapılması amaçlanmış olsa dahi suç ortaya çıkmaktadır. Ayrıca üretim veya dağıtım kanalının farklı seviyelerinde faaliyet gösteren teşebbüsler arasındaki anlaşmalar suçun kapsamı dışındadır¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Kriminalizasyonun zamanlaması konusunda en ideal çözüm, rekabet otoritesinin idari ceza verme yetkisinin sürekli ve dengeli bir aşamaya gelmesinden sonraya ertelenmesidir. Böylece idari soruşturmalarda deneyim kazanılması, birleşme devralmaların kontrolü ve piyasa araştırmalarıyla pazar yapısı konusunda bilgilerin artması sağlanmış olacaktır. İlk idari cezaların uygulanmaya başlamasından sadece üç yıl sonra kriminalizasyona giden OFT'nin, kaynakların dağılımı ve önceliklerin belirlenmesi konusunda ikilemler yaşadığı ve henüz mevcut idari rejimi rayına sokmadan kriminal rejimi de buna eklemenin zorluklarını yaşadığı belirtilmiştir (Fingleton vd. 2006, 21). 1996'da idari ve kriminal kartel soruşturmalarını aynı anda yürürlüğe koyan İrlanda'nın ise adaptasyon ve sistemini düzene sokma süreci yaklaşık 10 yıl sürmüştür (Massey 2006, 185).

¹⁰⁶ Leeds şehrinde otobüs hatlarını paylaşan iki teşebbüsten birine cezadan tam bağışıklık verilmiş, diğeri ise 200.000 Pound cezaya çarptırılmıştır. OFT PN 6/02, 30 Ocak 2002, http://www.of.gov.uk/shared_of/ca98_public_register/decisions/leedsbus.pdf. Ayrıca OFT yerinde inceleme yetkilerini ilk kez bu dosyada kullanmıştır (GCR 12/2000, 9).

¹⁰⁷ Politik destek olmadan kriminalizasyon sürecinde başarı sağlanması çok zordur. Avustralya'nın 2002'de başlattığı kriminalizasyon sürecinin ancak 16.6.2009'da yedi yıllık bir sürecin sonunda gerçekleştirilebilmesinin nedeni, etkin bir politik destekten yoksun olmasıdır (Beaton-Wells 2008, 186-7; <http://www.globalcompetitionreview.com/news/article/16157/australian-senate-cassescriminalisation-bill/>). İsveç'te ise tam aksi yönde bir durum yaşanmış hükümet kriminalizasyonu desteklerken rekabet otoritesi pişmanlık programının olumsuz etkilenebileceği endişesiyle kriminalizasyona karşı çıkmıştır (Norgren 2006, 54). Türkiye için kriminalizasyon henüz yeni bir fikir olmakla birlikte, kısa vadede politik destek sağlanmasının gerçekçi bir yaklaşım olmayacağını söylemek şimdiden mümkündür.

¹⁰⁸ EA md. 189 fıkra 1.

Kartel suçu için EA'da 5 yıla kadar hapis ve/veya sınırsız para cezası öngörülmüştür¹⁰⁹. Hapis cezasının üst sınırı belirlenirken hem kartel suçunun ciddiyetini ve ağırlığını yansıtmaya dikkat edilmiş hem de bazı kriminal soruşturma yetkilerinin kullanılabilmesi için gerekli olan eşğin altına düşülmemesi amacıyla 5 yıl uygun görülmüştür. Ayrıca EA'nın 204. maddesine göre kartele üye olan teşebbüslerin yöneticileri, durumu bilmeleri veya bilmelerinin gerekmesi halinde 15 yıla kadar yöneticilikten men cezasına da çarptırılmaktadırlar¹¹⁰.

Kartel suçunun unsuru olarak kabul edilen *hileli davranma (dishonesty)*, İngiliz hukukunda aldatma kastı barındıran suçların neredeyse tümünde rastlanılan bir suç unsurudur. Bir kişinin davranışının hilekârca olup olmadığına *Regina v. Ghosh*¹¹¹ davasında tespit edilen objektif ve subjektif testler uygulanarak karar verilmektedir. Buna göre önce makul ve dürüst kişilerin standartlarına göre davranışın hilekârlık unsuru barındırıp barındırmadığına, daha sonra da kişinin kendi davranışının hilekârca olduğunu bilip bilmediğine bakılmaktadır (MacCulloch 2007, 357).

Kavramın, kartel suçunun unsurlarından biri olarak kabul edilmesinin nedeni, kartellerin topluma ve ekonomiye ciddi zararlar veren yönünün jüri ve hâkim tarafından anlaşılmasına hizmet edeceği yönündeki beklentidir (Joshua 2002, 14). Hilekârlık unsuru sayesinde mahkemenin kendisine yabancı olan karmaşık ekonomik analizleri değerlendirmek zorunda kalmaması amaçlanmış ve bunların kartel kurulmasında makul bir sebepmiş gibi savunulması önlenmeye çalışılmıştır (Lawrence ve Moffat 2004, 1). Ayrıca hilekârca davranışlara dayanan bir suçla ilgili olarak mahkemelerin hapis cezalarına hükmetmesi ihtimali de böylece yükseltilmiştir (Hammond-Penrose Raporu¹¹² 2001, 4, 10).

Ancak kartel suçuna karar vermeyi kolaylaştırmak amacıyla EA'ya eklenen hilekârlık unsurunun, tam aksi yönde etki ettiği savunulmaktadır. Örneğin MacCulloch, (2007, 361) kartel üyelerinin hilekârlık unsurunun subjektif şartını taşımadıklarını kanıtlamak için kriz dönemlerinde firmalarını

¹⁰⁹ İngiliz hukuk sistemine özgü olan ve belirli suç tipleri için uygulanabilen daha kısa ve pratik ceza muhakemesi yolu tercih edilecek olursa cezalar, 6 aya kadar hapis ile yürürlükte olan en üst limitten uygulanacak para cezası olarak değişmektedir. (EA md. 190 fıkra 1).

¹¹⁰ Yöneticilikten men edilme cezası hk. ayrıntılı bilgi için bkz. OFT Guidance on Competition Disqualification Orders, http://www.of.gov.uk/shared_of/business_leaflets/enterprise_act/of510.pdf.

¹¹¹ Regina v. Ghosh [1982] 2 ALL ER 689, www.thomsonreuters.com.au/catalogue/getFile.asp?downloadId=26.

¹¹² OFT tarafından kriminalizasyon sürecinde hazırlatılan söz konusu Rapor, konuyla ilgili tüm kamu kurumlarından görüş alınarak ve bağımsız bir bakış açısıyla kaleme alınmıştır, Rapor için bkz. http://www.of.gov.uk/shared_of/reports/comp_policy/of365.pdf.

kurtarmak amacıyla kartel kurdukları savunmasını (Robin Hood Savunması) getirebileceklerine dikkat çekmiştir. Diğer yandan hilekârlık unsurunun isabetli bir tercih olduğu ve kartellerin gizlenmesinin hilekârlık unsurunu kanıtlamak için yeterli olduğu fikri, gerek kartel suçuyla ilgili olarak yapılan kamuoyu araştırmalarından¹¹³ gerekse Lordlar Kamarası'nın Norris Vakasındaki yorumundan dolayı geçerliliğini yitirmektedir (Stephan 2008, 10).

Lordlar Kamarası, Norris Vakası hakkında verdiği 12 Mart 2008 tarihli kararında¹¹⁴ İngiltere'de kartel hukukunun uygulanması bakımından daraltıcı bir yorum getirerek hilekârlık unsurunun varlığını kabul edebilmek için karteli gizlemenin ötesinde başka ağırlaştırıcı koşullar bulunması gerektiğine karar vermiştir. Stephan (2008, 12) İngiltere'de kartel suçuyla ilgili değerlendirmelerde bundan böyle ağırlaştırıcı koşul olarak yalan beyanda bulunma, şiddet, tehdit gibi davranışların da ispatlanması gerektiğini belirtmiştir. Bu karar, kriminal rejimler içerisinde sadece İngiltere'nin benimsediği ve şüpheyle yaklaşılan (Örneğin Fisse 2006, 62) hilekârlık unsurunu tekrar tartışmaya açmış, hatta bunun İngiltere'de kartellerle mücadeleyi bir bataklığa sokabileceği belirtilmiştir (Stephan 2008, 21).

3.3.2. İdari ve Kriminal Kartel Soruşturmalarının Birlikte Yürütülmesi

EA'ya göre kartel suçu işleyen gerçek kişiler hakkında açılacak kriminal soruşturma, aynı kartel sebebiyle teşebbüsler aleyhinde OFT'nin veya Komisyon'un idari soruşturma açmasına bağlı değildir. Ancak kriminal ve idari kartel soruşturmaları pratikte paralel olarak yürütülmektedir. Kriminal soruşturmaların sadece gerçek kişilere özgülenmesi ve teşebbüslerin idari soruşturmalara tabi tutulması AT rekabet hukuku'yla uyumlu olması sebebiyle isabetlidir (Hammond Penrose Raporu 2001, 12). Aynı kartel hakkında idari ve kriminal soruşturmalar paralel olarak yürütülse de, ceza yargılamasının etkilenmemesi için idari soruşturmanın sonuçlandırılması kriminal soruşturmanın karara bağlanmasından sonraya ertelenmektedir (Guy 2006, 253).

¹¹³ İngiltere'nin kartel hukuku uygulamasıyla ilgili olarak 2007 yılında anket çalışmasına dayalı olarak yapılan bir kamuoyu araştırmasına göre katılımcıların % 73'ü kartellerin zararlı olduğunu kabul ederek ağır para cezalarını onaylamakta, % 63'ü kartellerin hilekârlık unsuru taşıdığını kabul etmekte ancak sadece % 11'i hapis cezasını uygun bulmaktadır. Katılımcılar, kartel ile aynı sınıfta olduğu öne sürülen hırsızlık ve dolandırıcılık gibi suçlar arasında bağlantı kurmamaktadır. Kamuoyu araştırması sonucunda karteller, kartellerin doğurduğu zarar ve kartelle mücadele yöntemleri ile öngörülen cezalar konusunda toplumun yeterince bilinçlendirilmediği anlaşılmıştır. Bunda, kartellerin genellikle üst pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüsler arasında kurulması nedeniyle doğan zararın alt pazarlara aktarılması ve neticede zarar gören nihai tüketicilerin ve zararın miktarının tespit edilememesi önemli rol oynamaktadır. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Stephan, 2007.

¹¹⁴ Norris v. Government of the Unites States of America and others [2008] UKHL 16.

Bu soruşturmalar arasında delil değişimi konusuna gelince, idari soruşturmalarda elde edilen delillerin kriminal soruşturmalarda kullanılmasında, delillere ulaşmada kullanılan yetkilerin kriminal rejimde de evleviyetle kullanılabilmesi sebebiyle bir problem bulunmamaktadır. Ancak kriminal soruşturmalara özel yöntemlerle elde edilen delillerin idari soruşturmalarda kullanılabilmesi için bazı ilave koşulların¹¹⁵ gerçekleşmesi gerekmektedir (Hammond Penrose Raporu 2001, 6).

Kriminal rejime geçilmesi ispat standardını yükselttiğinden, bu seviyenin sağlanabilmesi için rekabet otoriteleri ile savcılık ve polis gibi birimler arasında işbirliği yapılması hayati bir öneme sahiptir¹¹⁶. İngiltere’de bu amaçla maliyetleri azaltmak ve zamandan tasarruf etmek için OFT çalışanlarının ceza muhakemesi konusunda eğitilmesi yerine ciddi ve karmaşık¹¹⁷ dolandırıcılık suçlarını soruşturmada deneyimi olan *Serious Fraud Office* (SFO) ile işbirliği kurulması tercih edilmiş, taraflar arasında işbirliği anlaşması yapılmıştır¹¹⁸. İşbirliği anlaşmasında süreç; OFT’nin kriminal soruşturmaya tabi tutulabilecek kartelleri SFO’ya bildirmesi, SFO Başsavcısı’nın kriminal soruşturmanın açılması konusunda OFT’ye danışarak karar alması, açılan soruşturmanın SFO’nun görevlendireceği savcının yönetiminde OFT’nin soruşturma birimince yürütülmesi şeklinde düzenlenmiştir. Kurulacak ekip, soruşturmanın somut koşullarına göre SFO ve OFT çalışanlarının yanında polisleri de içerebilmektedir (MOU, md. 6). Kriminal kartel soruşturmaları neticesinde OFT ve SFO’nun işbirliği halinde hazırladıkları iddianame, ya jüri huzurunda *Crown Court*’da (bir nevi Ceza Mahkemesinde) ya da kısa yargılama yolu tercih edilmişse

¹¹⁵ Kriminal soruşturmalarda özel konutlarda telefon dinleme veya teknik takip gibi yöntemlerle elde edilen delillerin idari soruşturmalarda kullanılabilmesi için bunların içeriğinin başka ceza hukuku soruşturmaları nedeniyle kamuoyuna açıklanmış olması gerekmektedir (Hammond Penrose Raporu 2001, 6, 34). Bu koşul bulunmuyorsa ceza muhakemesi usulüne göre elde edilen delillerin idari soruşturmalarda kullanılması soruşturma yetkilerinin suiistimal edilmesine ve orantısız olarak kullanılmasına yol açabilecektir.

¹¹⁶ İngiltere gibi hem kriminal hem idari soruşturmalarda kartellerle mücadele eden Brezilya’da da, soruşturmalar savcılar ve rekabet otoritesi çalışanlarının işbirliği ile yürütülmektedir. Ayrıca yerinde inceleme, teknik takip ve iletişimin denetlenmesi konularında rekabet otoritelerinin polisten destek alabilmesine imkân tanınmıştır (GLG-Cartels and Leniency, 2008, 29-30).

¹¹⁷ Bu tür dolandırıcılık suçları üç kritere göre belirlenmektedir: Suçun sebep olduğu zararın toplamda 1.000.000 Pound’u aşması, suçun ulusal kamuoyunda aleniyet kazanması veya geniş kitlelerinin çıkarlarını ilgilendirmesi ve muhasebe, hukuk ve kriminal soruşturma tekniklerinin bir arada kullanılmasının gerekmesi (Fingleton vd. 2006, 21). Bu suçları soruşturan SFO’nun kadrosu muhasebe uzmanları, iktisatçılar, hukukçular ve dedektiflerden oluşmaktadır.

¹¹⁸ SFO ile OFT arasında işbirliği kurulması EA md. 190 fıkra 2’de öngörülmesi, işbirliğinin ayrıntıları taraflar arasında Ekim 2003’te imzalanan bir Mutabakat Anlaşması (Memorandum of Understanding-MOU) ile belirlenmiştir, söz konusu anlaşma için bkz.

http://www.of.gov.uk/shared_of/business_leaflets/enterprise_act/oft547.pdf . OFT’nin kriminal kartel soruşturmalarında destek alacağı birimin SFO olarak belirlenmesinde, SFO’nun diğer beyaz yakalı suç soruşturmalarında elde ettiği başarı da etkili olmuştur (MacCulloch 2003, 617).

Magistrates' Court'da(Sulh Ceza Mahkemesi gibi görece hafif suçlarda yargılamaya yapan bir mahkemede) karara bağlanmaktadır.

3.3.3. Kriminal Rejimin Sağladığı Soruşturma Yetkileri

EA'nın kriminal soruşturmalara özgü olarak OFT'ye verdiği yetkiler şunlardır (Collins 2006, 157):

- Zorunlu ifade alma,
- Özel mülkiyete müdahale yetkisi ile konutlarda ve özel araçlarda (dinleme cihazları ile) teknik takip yapma.

OFT kriminal soruşturmalarda bu yetkilerin yanı sıra bilgi isteme ve yerinde inceleme yetkilerini de kullanmaya devam etmektedir¹¹⁹. Ancak kriminal soruşturmalarda yerinde inceleme öncesinde mahkemeden (*High Court*) izin alınması zorunludur. OFT yerinde inceleme sırasında soruşturma konusu ile ilgili ve ilgisiz belgelerin bir arada tutulduğunu tespit ederse bu ikisi arasındaki ayrımı daha sonra yapmak üzere belgelerin tümünü alıkoymak yetkisine sahiptir. Bu alıkoyma işini gerçekleştirmek üzere gerekli imaj alma, veri kaydeden cihazları söküp götürme gibi her türlü yöntem kullanılabilir (OFT 2004¹²⁰, 15-17).

EA, OFT çalışanlarının muhbir-gizli soruşturmacı kullanma gibi bazı yetkilere sahip olabilmeleri için, Soruşturma Yetkilerinin Kullanımına Dair Kanun'da (RIPA)¹²¹ sayılan yetkili kuruluşlara OFT'yi de eklemiştir. OFT gizli tanık veya soruşturmacı kullanma yetkisi ile ilgili ayrıntıları, Ağustos 2004'te yayımladığı bir düzenleme (OFT 739) ile açıklamıştır¹²². Buna göre gerek idari gerekse kriminal kartel soruşturmalarında, OFT Kartel Dairesi Başkanı gizli tanık veya soruşturmacı kullanmanın ülkenin refahı veya suç işlenmesinin önlenmesi-durdurulması için gerekli olduğuna kanaat getirirse, orantılılık prensibi çerçevesinde bu yetkinin kullanılmasına karar verir. Bu yetki, kartel üyesi teşebbüslerin yönetici ve çalışanlarına muhbirlik yaptırılması veya OFT çalışanlarının sağlayıcı veya müşteri kılıfına girmesi şeklinde kullanılabilir (MacNeil 2003, 154). Yetkilendirme süresi 12 aydır ve gerektiğinde bu süre uzatılabilir (OFT 739, md. 4.16).

Teknik takip yöntemlerinin kullanılması ise yine Ağustos 2004'te yayımlanan bir diğer düzenlemede (OFT 738) açıklanmıştır¹²³. Teknik takip,

¹¹⁹ EA md. 193-194.

¹²⁰ OFT Guidance on Powers for Investigating Criminal Cartels.

¹²¹ İngiltere'de kriminal soruşturma yetkilerini düzenleyen The Regulation of Investigatory Powers Act (2000) için bkz. http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2000/ukpga_20000023_en_1.

¹²² Covert Human Intelligence Sources in Cartel Investigations, OFT 739, 2004.

¹²³ Covert Surveillance in Cartel Investigations, OFT 738, 2004.

hem kamuya açık mekânlar ile işyerlerinin hem de özel araçlar ve konutların teknik araçlarla izlenip dinlenmesini kapsamaktadır. İşyerlerinde yapılacak teknik takip (*directed surveillance*) için OFT Kartel Dairesi Başkanı'nın yetkilendirmesi yeterli iken, özel araçlar ve konutlarda yapılacak teknik takipte (*intrusive surveillance*) OFT Başkanı ve Surveillance Commissioner'in¹²⁴ onayı gerekmektedir (OFT 738, md. 2.11). Otellerin lobileri gibi kamuya açık mekânlar ile işyerlerinde yapılacak teknik takip, hem kriminal hem idari soruşturmalar bakımından mümkündür. Buna karşın otel odası gibi konut kavramı altında değerlendirilen yerlerde ve özel araçlarda yapılacak teknik takip, sadece kriminal soruşturmalarda kullanılabilen bir yetkidir. Teknik takip yetkisi dinlenilmek veya izlenilmek istenen ortama gerekli cihazların veya kişilerin yerleştirilmesiyle gerçekleştirilebilir (OFT 738, md. 4.18). Teknik takipte yetkilendirme süresi 3 aydır, gerektiğinde bu süre uzatılabilir. Ayrıca OFT gerek idari gerekse kriminal soruşturmalarda iletişimin taraflarından birinin rızasını alarak telefon dinleme¹²⁵ yetkisini kullanabilmektedir (OFT 738, md. 4.28).

Bu yetkilerin kullanılmasında AİHS'nin 6. ve 8. maddelerinde tanınan temel haklara riayet edilmesine özen gösterilmesi gerektiği OFT 738 ve OFT 739'da düzenlenmiştir. Avukat müvekkil iletişiminin imtiyazından yararlanan belgelerin, özel hayata dair gizli kişisel bilgilerin veya gazetecilik kurallarına göre gizli sayılan bilgilerin teknik takip, muhbir veya gizli soruşturmacı kullanılmasıyla elde edilme ihtimali bulunuyorsa, yetkilendirme makamı daha üst seviyede (OFT Başkanı) belirlenerek güvence verilmeye çalışılmıştır¹²⁶.

3.3.4. Kriminal Soruşturma Yetkilerinin Kullanılması Sırasında İşbirliği Yükümlülüğünün İhlali

Kriminal soruşturmalarda tarafların işbirliği yükümlülüğünün ihlali, idari rejimin aksine sadece para cezasıyla sınırlı kalmamakta, ceza hukuku alanında da ciddi sonuçlar doğurmaktadır. Böylelikle muhatapların kendilerini bekleyen yaptırımı “iş yapmanın maliyeti”¹²⁷ olarak algılaması önlenmektedir.

¹²⁴ Surveillance Commission İngiltere'de Başbakanlığa bağlı olarak faaliyet gösteren ve teknik takip gibi yetkilerin kullanımını denetleyen idari bir otoritedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.surveillancecommissioners.gov.uk/>.

¹²⁵ Telekomünikasyon sistemleri veya posta yoluyla yapılan iletişimin dinlenmesi ve kontrolü RIPA'nın 1. bölümünde düzenlenmiştir ve kural olarak sadece Devlet Bakanı tarafından verilen yetkiye dayanabilir. Bunun sınırlı sayıdaki istisnalarından biri RIPA md. 48/8'de yer almaktadır. Bu istisnaya göre, iletişimin denetlenmesi taraflarından birinin rızasına dayanıyorsa (*consensual wiretapping*), telefon dinleme “directed surveillance” sayılır ve yetkilendirmeye ihtiyaç duyulmadan kullanılabilir.

¹²⁶ OFT738, md. 3; OFT739, md. 3.

¹²⁷ Hammond 2000, 193.

Bu doğrultuda EA'da OFT'ye tanınan soruşturma yetkilerinin kullanılması sırasında işbirliği yapmayan kişiler için bazı suçlar tanımlanmıştır. Bunlar:

- Sorulan sorular veya istenen bilgi ve kayıtların cevaplanması-sağlanması isteğinin geçerli mazereti olmaksızın yerine getirilmemesi,
- Kasten veya ihmalen yanlış veya yanıltıcı beyanda bulunmak,
- Bir soruşturma ile ilgili olduğunu bildiği veya tahmin ettiği kayıtları bozmak, saklamak, yok etmek veya buna izin vermek,
- Arama iznine göre yerinde inceleme yapan kişiyi kasten engellemek.

Bu suçların işlenmesi halinde suçun yargılanma biçimine göre değişen cezalar uygulanmaktadır. Tam bir soruşturma yapıp iddianame yazılırsa belgeleri tahripte 5, diğerlerinde 2 yıla kadar hapis ve üst sınırı olmayan para cezası uygulanmaktadır¹²⁸.

EA, kartel suçunu iade kapsamındaki suçlar arasında saymaktadır¹²⁹. Böylece geçmişe yönelik olarak uygulanamasa ve sadece kriminal rejimi benimsemiş ülkeler arasında gerçekleştirilebilse de, kartel üyelerinin sığınacakları güvenli limanların ortadan kaldırılması yönünde bir adım atılmıştır (Lawrence ve Moffat 2004, 1). Dolayısıyla Norris Vakası'nın bir benzerinin, EA'nın yürürlük döneminde ortaya çıkması halinde sonuç, suçluların iadesi yönünde olacaktır.

3.3.5. Kriminal Rejime Geçilmesinin İngiltere'nin Pişmanlık Programı, Uzlaşma ve İhbarcılarını Ödüllendirme Uygulamaları Üzerindeki Etkileri

Kartellerin kriminal rejime göre soruşturulmasının, pişmanlık programını olumsuz yönde etkileyebileceği yönündeki iddialar İngiltere'de değerlendirilerek buna karşı önlemler alınmıştır. EA'nın 190. maddesinin dördüncü fıkrasında, pişmanlık programına alınan kişilerin kriminal soruşturma ve cezalardan da muaf tutulacağı net bir biçimde ortaya konulmuştur. Ayrıca OFT'nin Aralık 2008'de yayımladığı Pişmanlık Başvurularının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuzda¹³⁰ da, pişmanlık programına alınanların ne idari ne de kriminal kartel soruşturmasına tabi tutulmayacaklarına ilişkin kendilerine Güvence Mektubu (*No Action Letter*) verileceği belirtilmiştir.

¹²⁸ Kısa yargılama ile ceza istenirse maktu cezanın üst limiti ile 6 aya kadar hapis cezası uygulanmaktadır.

¹²⁹ EA md. 191.

¹³⁰ Leniency and No Action OFT's Guidance Note on Handling of Applications, OFT 803, kriminal rejimle pişmanlık programı arasındaki etkileşimin değerlendirildiği bölüm için bkz. s. 40-45. http://www.of.gov.uk/shared_of/reports/comp_policy/oft803.pdf.

Diğer yandan kartel soruşturmalarını uzlaşma anlaşmasıyla sona erdirmeye yetkisi, bu konuda özel bir düzenleme bulunmamakla birlikte OFT tarafından son yıllarda kullanılmaktadır. İhbarcılarının ödüllendirilmesi programı ise OFT tarafından Ocak 2008'de yürürlüğe koyulmuştur. Dolayısıyla uzlaşma ve ihbarcılarının ödüllendirilmesi uygulamaları ile kriminalizasyon arasındaki ilişkiyi incelemek için henüz yeterli veri bulunmamaktadır.

3.3.6. EA'nın Uygulandığı Döneme İlişkin Genel Değerlendirme

20 Haziran 2003'te yürürlüğe giren EA, yürürlük tarihinden sonraki dönemde faaliyet gösteren kartellerin kriminal rejime göre soruşturulması esasını benimsediğinden, İngiltere'de kriminal rejimle ilgili uygulamanın bir anda gelişmesi beklenemez. Bununla birlikte OFT, kriminal soruşturma yetkilerine gerekli gördüğünde başvurmakta, bu yetkiler özellikle ihalelerde danışıklı harekete ilişkin soruşturmalarda önemli katkılar sağlamaktadır (Fingleton 2006, 20).

Hammond Penrose Raporu'nda (2001, 22), OFT'nin aldığı şikâyetlerin sayısı ve niteliğine bakılarak bir yılda yapılabilecek kriminal soruşturma sayısının 6'yı geçmeyeceği tahmin edilmiştir. Gerçekten de kriminal soruşturmanın gerektirdiği "makul şüpheye yer bırakmayacak kesinlikte" delile ulaşılması zorunluluğu, kriminal soruşturma sayısını düşürmektedir. Buna karşılık OFT'nin 2003 yılından beri yürüttüğü kriminal soruşturma sayısının bir elin parmaklarını geçmeyecek seviyede kaldığı gözlenmektedir. Bunda hilekârlık (*dishonesty*) unsurunun yorumlanmasıyla ilgili olarak ortaya çıkan belirsizliğin de önemli bir payı bulunmaktadır.

İngiltere'de kriminal soruşturma neticesinde hapis cezası verilen ilk ve henüz tek dava *marine hose* kartelidir¹³¹. OFT tarafından Mayıs 2007'de başlatılan *marine hose* soruşturması, 11 Haziran 2008'de karara bağlanmıştır. Mahkeme (*Southwark Crown Court*), hakkında soruşturma yapılan kişileri suçlu bulmuş ve ABD'nin yargılanmak üzere İngiltere'ye iade ettiği Peter Whittle 36 ay hapis, 7 yıl yöneticilikten men edilme; David Brammar 30 ay hapis, 5 yıl yöneticilikten men edilme ve Bryan Allison 36 ay hapis, 7 yıl yöneticilikten men edilme ve 25.000 Pound para cezasına çarptırılmıştır (Broder ve Katze 2008, 184). Aynı zaman diliminde OFT ve Komisyon, aynı işyerlerinde ve konutlarda yerinde inceleme yapmıştır (Werden 2008, 9). OFT'nin ve Komisyon'un soruşturma yetkileri aynı olmadığından, bu iki otorite birbirinin soruşturmasına zarar vermemeye maksimum özen göstermiş, böylece birbiriyle uyumsuz

¹³¹ Konuyla ilgili OFT'nin basın açıklaması için bkz: <http://www.of.gov.uk/news/press/2008/72-08>.

rejimlerin bir arada yürütülemeyeceğine dair eleştirilerin yersiz olduğu ortaya çıkmıştır (Collins 2008, 8).

Kriminal rejimin geçerli olduğu 5 yıllık dönemde yalnızca bir davada hapis cezasının uygulanmasından yola çıkılarak İngiltere'nin, kriminal rejimi, gerçek kişinin veya teşebbüsün cezalandırılması amacıyla değil, ceza tehdidinden yararlanmak amacıyla kullandığı söylenebilir. Böylece MacNeil'in (2003, 155) öngördüğü gibi kriminal rejim cezalandırıcı olarak değil, kartel kurulmasını caydırıcı olarak işlev görmektedir. Bu tespit OFT'nin Deloitte araştırma şirketine hazırlatarak Kasım 2008'de açıkladığı somut verilerle de desteklenmektedir. Avukatların ve iş adamlarının görüşlerine dayanılarak hazırlanan araştırma, mevcut rejim ile daha önceki durumu karşılaştırmış ve OFT soruşturmasına konu olma riski bulunan anlaşmaların veya davranışların değiştirilme oranının avukatlara göre beş kat, iş adamlarına göre on altı kat yükseldiğini ortaya çıkarmıştır (Collins 2008, 6).

BÖLÜM 4

TÜRK REKABET HUKUKUNDA SORUŞTURMA YETKİLERİ: OLAN VE OLMASI GEREKEN HUKUK BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

4.1. TÜRK REKABET HUKUKUNDA KARTELLERLE MÜCADELE YÖNTEMLERİ

4.1.1. Genel Olarak

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (Kanun) 4. maddesinde "kartel" terimine yer verilmemekle birlikte "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar" başlığı altında karteller yasaklanmıştır. Yasaklanan eylemlerin soruşturulmasında ise mehz AB mevzuatına paralel olarak idari rejim benimsenmiştir. Dolayısıyla soruşturma yetkileri bilgi isteme ve yerinde inceleme yetkilerinden ibarettir. Rekabet Kurulu'nun (Kurul) ve Rekabet Kurumu'nun (Kurum) soruşturma yetkilerini kullanırken uyacağı usul ve esaslarla ilgili bir alt düzenleme ihtiyacı bulunduğu baştan belirtilmelidir. Soruşturma yetkilerinin ayrıntılarının belirlenmesiyle hem uygulamada belirlilik ve tekdüzelik sağlanabilecek, hem de nezdinde inceleme yapılan teşebbüslerin hak ve yükümlülükleri açıkça ortaya konulabilecektir. Bu bölümde Kurum'un soruşturma yetkileri incelenerek mevcut durum ve olması gereken arasındaki farklar açıklanmaya çalışılacaktır.

Ancak buna geçmeden evvel, dünyadaki uygulamaya paralel olarak ülkemizde de soruşturma taraflarının kendini suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamayacağı¹³² ve avukatla müvekkili arasındaki savunma hakkının

¹³² Anayasa'nın 38. maddesinin 5. fıkrasında "Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz" hükmü yer almaktadır. Bu hüküm ceza yargılaması bakımından susma hakkını güvence altına almaktaysa da AİHM'nin rekabet hukuku alanında verilen ağır para cezalarını "kriminal" olarak

kullanımına dair yazışmalara erişilemeyeceği ilkelerinin kabul edildiği belirtilmelidir.¹³³ Kendini suçlayıcı beyanda bulunma yasağı ile ilgili bir ihtilaf henüz Rekabet Kurulu veya Danıştay kararlarında tartışma konusu edilmemiştir. Diğer yandan avukat müvekkil iletişiminin imtiyazı ilk defa Rekabet Kurulu'nun 13.10.2009 tarih 09-46/1154-290 sayılı CNR-2 kararında tartışılarak AB uygulamasına paralel yönde ilkeler benimsenmiştir. Buna göre CNR'nin "bağımsız avukat"ı ile yaptığı e-posta yazışmalarının imtiyazdan yararlanabilmek için ilk koşulu taşıdığı, ancak yazışmaların içeriğinin savunma hakkının kullanılması ile ilgili olmadığı için ikinci koşulu taşımadığı, bu nedenle imtiyazdan yararlanmadığı ve delil olarak kullanılabilmesi kararlaştırılmıştır. Karar, avukat müvekkil iletişimi ile ilgili ihtilaflarda izlenecek usul ve uygulanacak maddi kriterler bakımından son derece doyurucu nitelikte olduğundan gelecekteki ihtilaflarda da yön gösterecektir¹³⁴.

Kartellerle mücadelede en önemli araç olarak gösterilen ve karteli, rekabet otoritesinin değil, kartel üyelerinden birinin ortaya çıkarmasına imkân veren pişmanlık programı ise, Türk rekabet hukukuna 2008 yılında Kanun'un 16. maddesinde yapılan değişiklikten sonra girmiştir¹³⁵. Buna göre, Kanun'a aykırılığın ortaya çıkarılması amacıyla Kurum ile aktif işbirliği yapanlara, işbirliğinin niteliği, etkinliği ve zamanlaması dikkate alınarak ve gerekçesi açık bir şekilde gösterilerek rekabet ihlali nedeniyle para cezası verilmeyebileceği veya verilecek cezalarda indirim yapılabileceği ve konunun ayrıntılarının Kurul'un çıkaracağı yönetmeliklerle belirleneceği düzenlenmiştir. Bu doğrultuda Pişmanlık Yönetmeliği¹³⁶ hazırlanarak yürürlüğe konulmuş ve 19 Şubat 2009

nitelendirilmesi ve AİHM görüşlerinin ülkemiz açısından da bağlayıcı olması sebepleriyle susma hakkının kartel soruşturmasının taraflarına da tanınmasının gerekli olduğu düşünülmektedir.

¹³³ Rekabet Kurumu'nun bilgi isteme yetkisini mevcut kullanım tarzı, tarafların ihlali kabul etmelerine yol açacak soruların yöneltilmesine uygun değildir. Bu nedenle uygulamada tarafların susma hakkına saygı gösterildiği söylenebilecektir. Diğer yandan Rekabet Kurumu avukat-müvekkil iletişiminin imtiyazı ilkesine riayet ettiğini OECD tarafından yayınlanan 2005 tarihli Türkiye Rekabet Hukuku ve Politikası Raporunda (dn. 48'de) dile getirmiştir.

¹³⁴ CNR-2 kararından önce Rekabet Kurulu'nun 24.4.2007 tarih 07-34/347-127 sayılı ABC Türkiye kararında da, önaraştırma tarafı teşebbüs birliğinin bağımsız olmayan hukuk müşavirinin gönderdiği e-posta mesajı delil olarak alınmış ve kullanılmıştır. Ancak söz konusu karar ile ilgili yargılama süreci devam ettiğinden nihai olarak bu e-posta mesajının avukat müvekkil iletişiminin imtiyazı kapsamında olup olmadığı kararlaştırılmamıştır. Ayrıca Danıştay 13. Dairesi'nin 24.6.2008 tarih 2006/2143 E., 2008/5037 K. sayılı kararında, davacı teşebbüsün avukatla müvekkili arasındaki yazışmaların delil olarak kullanılmayacağı yönündeki iddiaları açıkça tartışılmamakla birlikte mahkeme, tarafından savunma haklarına riayet edildiğine karar verilmiştir.

¹³⁵ Anılan değişiklik 8.2.2008 tarih 26781 sayılı RG'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5728 sayılı Kanun'un 472. maddesi ile yapılmıştır.

¹³⁶ 15 Şubat 2009 tarih ve 27142 sayılı RG'de yayımlanarak yürürlüğe giren Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik. Yönetmelik'in 4. maddesinde, Rekabet Kurumu'nun elinde karteli ispatlayacak yeterli delil yokken pişmanlık programına başvurarak ihlali ispatlayan delilleri sunan ve öngörülen diğer koşulları sağlayan ilk teşebbüse

tarihinde Kurum'un internet sayfasında yapılan duyuruyla, pişmanlık yönetmeliğinde öngörülen görevleri yerine getirmek üzere bir birim oluşturulduğu ilan edilmiştir¹³⁷. Kurum'un pişmanlık programı henüz çok yeni olduğundan uygulamaya yansımamıştır.

Kanun'da 2008 yılında yapılan değişiklikler, pişmanlık programı uygulanmasının yolunu açmanın yanında, bilgi isteme ve yerinde inceleme yetkilerini güçlendirmek üzere, bu konularda yükümlülüğünü yerine getirmeyenlere verilecek para cezalarını artırmıştır. Ayrıca Kanun Tasarısı'nda¹³⁸ da soruşturma yetkilerini güçlendiren düzenlemelere yer verilmiştir. Bu gelişmelerin, mehzaz düzenleme olan AT rekabet hukukunun soruşturma yetkileri konusunda kaydettiği ilerlemenin ülkemize yansımaları olduğu söylenebilir.

Ancak konu kartellerle mücadeleyle gelince ve bu alandaki kriminalizasyon eğilimi dikkate alındığında, ülkemizin Komisyon'un rotasını izleyerek AT rekabet hukukunun kaydettiği ilerlemeleri benimsemesi doğru olmayabilir. Çünkü AB'nin uluslar üstü bir organizasyon olması sebebiyle kriminal soruşturma yetkilerini kullanmasının mümkün olmadığı savunulmakta; kriminal alandaki uygulamaların "mülkîlik prensibi" gereği devletlerin tekelinde olması, AB'nin kriminalizasyona geçmesinin önünde bir engel olarak gösterilmektedir. Buna karşın AB'ye üye 25 ülkeden 17'si¹³⁹ kartelleri veya sadece ihalelerde danışıklı hareket edilmesini kriminal rejimde

cezalardan tam bağımsızlık verilmektedir. 5. maddede ise (ya sonraki başvuran olduğu için ya da Kurum'un elinde ihlali ispatlamaya yeterli delil olduğu için) tam bağımsızlıktan yararlanamayan başvuru sahiplerine cezalarda indirim yapılacağı öngörülmüştür. 5. maddede, sonraki başvuranların indirimden yararlanmalarında, Komisyon'un düzenlemesinin aksine (bkz. Bölüm 2, s. 40.) Rekabet Kurulu'na takdir yetkisi tanınmamıştır. Böylece başvurular daha cazip hale getirilmiş ve kartel soruşturmalarının tarafların ihlali kabul edip 6. maddede öngörülen koşul ve usullere uymaları ile kısa sürede sonuçlandırılabilmesinin önü açılmıştır. Bu düzenleme ile bir anlamda uzlaşma yönteminin de hayata geçirilebileceği söylenebilir.

¹³⁷ Rekabet Kurumu'nun konuyla ilgili duyurusu için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=sayfahtml&Id=760>.

Pişmanlık programının yürütülmesinde, teknik bilgiye ve gizliliğe ihtiyaç duyulduğundan özel bir birim oluşturulduğu söylenebilir. Esasında bu ihtiyaç bütün kartel soruşturmaları için geçerlidir. Komisyon'un kartel soruşturmalarını yürütmek üzere 1996'da özel bir birim kurması ve ABD'de de FTC ve DOJ olmak üzere iki ayrı rekabet otoritesi bulunmasına karşın, kriminal kartel soruşturmalarının yalnızca DOJ tarafından yürütülmesi, bu uzmanlaşma ihtiyacının doğurduğu bir sonuçtur. Dolayısıyla Rekabet Kurumu'nun da bu ihtiyacı göz önüne alarak bir Kartel Dairesi kurmasının faydalı olacağı düşünülmektedir (Aynı yönde Kekevi 2008, 116).

¹³⁸ Başbakanlık tarafından TBMM'ye sevk edilen Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı için bkz. <http://www.basbakanlik.gov.tr/docs/kkgm/kanuntasarilari/101-1605.doc>.

¹³⁹ Bkz. Bölüm 1, s. 13.

soruşturmaktadır¹⁴⁰. Dolayısıyla Rekabet Kurumu'nun soruşturma yetkilerinde yapılacak değişiklikler konusunda, hele de iletişimin denetlenmesi gibi kriminal yetkiler söz konusuysa AT rekabet hukukunun değil, üye ülkelerin uygulamalarının takip edilmesi daha isabetli olabilir.

4.1.2. Bilgi İsteme Yetkisi

Kanun'un "Bilgi İsteme" başlığını taşıyan 14. maddesine göre, Kurul görevlerini yerine getirirken gerekli gördüğü her türlü bilgiyi tüm kamu kurum ve kuruluşlarından, teşebbüslerden ve teşebbüs birliklerinden isteyebilir. İstenecek bilgilerin tanınan sürede verilmesi zorunludur¹⁴¹.

Kanun, 14. maddenin lafzında bilgi isteme yetkisini Kurul'a tanımakta, ancak Kurul uygulamada yetkilerini görevlendirilen uzmanlara devretmektedir. Kanun Tasarısı'nda isabetli olarak yetkilerin Kurum'a tanındığı yönünde bir ifade benimsenerek gereksiz bir yetki devri ortadan kaldırılmış, uzmanların doğrudan bilgi ve belge istemelerine olanak sağlanmıştır (Yılmaz 2005, 207). Ayrıca Tasarı'da Kanun'dan farklı olarak kamu kurum ve kuruluşlarıyla teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin yanı sıra, gerçek ve tüzel kişilerden de bilgi ve belge istenebilmesinin önü açılmıştır. Böylece Kurum kartel soruşturmalarında, teşebbüsün (mevcut ve eski) yönetici ve çalışanlarına veya konuyla ilgisi bulunan diğer kişilere soru yöneltebilecektir.

Bilgi isteme yetkisi genellikle (tarafların yükümlülüklerine, yükümlülüklerinin ihlali halinde uygulanabilecek para cezalarına ve cevap verme sürelerine yer veren) resmi yazı gönderilerek kullanılmaktadır. Bununla birlikte gerek yerinde incelemelerde teşebbüs yönetici ve çalışanlarına yöneltilen sorularla,¹⁴² gerekse telefon görüşmeleriyle veya toplantı yapılarak rekabet uzmanlarının sözlü bilgi edindiği de olmaktadır.

¹⁴⁰ Bu arada, ülkemizde de kamu ihalelerine fesat karıştırılmasının ceza hukuku alanında soruşturulduğu belirtilmelidir. Ancak Tez'de kartellerin kriminalizasyonu ile kastedilen kamu-özel ayrımı olmaksızın tüm ihalelerde danişıklı hareketler, hatta tüm açık karteller bakımından kriminal rejimin benimsenmesidir.

¹⁴¹ Bilgi isteme ve yerinde inceleme yetkilerinin kullanılmasına dair kararlara karşı ülkemizde Komisyon uygulamasının aksine, iptal davası açılması imkânı bulunmamaktadır. Bilgi isteme ve yerinde inceleme kararlarının, nihai karara ulaşmada birer hazırlayıcı işlem olduğu ve ancak nihai kararlarla birlikte yargı denetimine tabi tutulabileceği kabul edilmiştir. Bu yönde bkz. Danıştay 13. Dairesi'nin 14.3.2006 tarih 1005/1715 E., 2006/1400 K. sayılı kararı ve Eğerci 2005, 163.

¹⁴² Kanun'un 15. maddesinde yerinde incelemeler sırasında sözlü açıklama istenebileceği açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca Kanun'un 47. maddesinde sözlü savunma toplantılarında tarafların Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun (HUMK) İkinci Babının Sekizinci Faslında düzenlenen her türlü delil ve ispat vasıtasından yararlanabilecekleri düzenlendiğinden tanık dinletilmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir (Uyanık 2003, 32). Kanun'da HUMK'a yapılan atıf (ikrar, kesin hüküm, tanık, bilirkişi, senet, yemin, keşif ve özel hüküm sebeplerinden oluşan) medeni yargılama

Sözlü bilgi edinilmesi halinde tutulan tutanaklarla verilen bilgiler yazılı hale getirilmektedir. Buna rağmen sözlü ifadelerle edinilen bilgilerin ispat gücünün düşük olduğu öne sürülebilir. Zira idari usulde tanık dinleme veya yeminli ifade alma gibi yöntemler konusunda ve sözlü olarak alınacak bilgilerin kayıt altına alınmasında belirli bir usul bulunmamaktadır. Ayrıca tutanaklarda yer alan ifadelerin, imza altına alınmış olsa bile, sonradan inkâr edilmesi halinde, mevcut rejim imzanın incelenmesine elvermediğinden delil değerleri tartışmalı hale gelmektedir.

Bunun çözümü olarak, sözlü bilgi isteme yetkisinin, ceza muhakemesi usulünde yer alan yemine tabi tanıklık ve ifade verme zorunluluğuna dönüştürülmesi düşünülebilir. Böylece kriminalizasyon sayesinde, hem usule ilişkin belirsizlik hem de sözlü ifadelerin güvenilirliği ve delil değeri ile ilgili soru işaretleri bir nebze giderilecektir. Ancak bu defa da kriminal rejimde devreye girecek olan savcı ve hâkimle, Rekabet Kurumu ve rekabet uzmanları arasındaki koordinasyonun tasarımı konusunda sorunlar yaşanabilir¹⁴³. Bu tür sorunların tahmin edilenin ötesinde zararlar doğurabileceği göz önünde tutulmalıdır. Zira Avrupa ülkelerinde rekabet hukuku alanında uzmanlığı bulunmayan ve karteli bir suç, kartel üyesi teşebbüs yöneticilerini de suçlu olarak kabul etmeyen yargılama makamlarının, rekabet hukuku uygulamasını geriletmediği kabul edilmektedir (Kalbfleisch 2006, 314)¹⁴⁴.

Konuya ispat standardı açısından baktığımızda, sözlü olarak edinilen bilgileri aktaran tutanakların delil olarak kabul edilebileceği sonucuna varılmaktadır. Çünkü idari rejimde ispat standardı kriminal rejime göre daha düşüktür. Bir diğer deyişle idari rejimde kalındığı sürece sözlü bilgi isteme yetkisinin daha net ve ayrıntılı bir biçimde düzenlenmesi ve sözlü ifadelerin bağlayıcılığını artırmak için tutanağa bağlamanın yanında ses kaydının alınması,

usulündeki ispat vasıtalarına yöneliktir. Yılmaz (2004, 71), HUMK'a yapılan atfın "amaca uyduğu sürece, kıyasen" uygulanabileceğini belirtmektedir. Ancak medeni usul hukukuna ait ispat vasıtalarının, kartel soruşturmalarına uygun düşmediği, bu alanda izlemesi gereken usulün dünya uygulamalarına paralel olarak ceza muhakemesi usulüne yaklaştırılması gerektiği düşünülmektedir. Nitekim 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun aramaya ilişkin hükümlerinin ardından, 147. maddesinde o tarihte yürürlükte olan Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu'nun aramayla ilgili hükümlerine atıf yapılması benzer bir düşüncenin ürünüdür ve kartel soruşturmaları için örnek alınabileceği düşünülmektedir.

¹⁴³ Sözlü bilgi isteme yetkisinin kriminal rejimde tabi tutulacağı bir diğer kısıt da susma hakkı olacaktır. Fakat bu sorun ABD'de ve AB'de olduğu üzere tüzel kişilerin susma hakkının bulunmadığı esas benimsenerek ve tüzel kişiler hakkındaki idari soruşturmanın gerçek kişiler hakkındaki kriminal soruşturmaya paralel olarak yürütülmesiyle giderilebilir.

¹⁴⁴ Wils (2006, 75 vd.) Fransa, Hollanda, Lüksemburg ve Avusturya'nın 1990'ların sonunda kriminal rejimden kısmen veya tamamen idari rejime geçmelerinde hâkimlerin ve savcılarının kartel suçlarını soruşturmak ve cezalandırmak konusundaki isteksizliklerinin payı bulunduğunu belirtmektedir.

imza incelemesi yapılabilmesi gibi ek önlemlere başvurulmasının ötesinde bir revizyona ihtiyaç olmadığı söylenebilir.

Bilgi isteme yetkisinin kapsamına gelince; Kanun, “gerekli görülen her türlü bilgi” ifadesini kullanarak geniş bir sınır çizmiş olmasına rağmen¹⁴⁵ uygulamada, bilgi isteme yetkisi amacına uygun olmayan bir şekilde ve DOJ’dan veya Komisyon’dan daha dar bir çerçevede kullanılmaktadır (Kekevi 2008, 119). Örneğin yapıldığından haberdar olunan bir kartel toplantısına kimlerin katıldığı, toplantı tutanakları veya teşebbüsler arasında koordinasyonu ortaya çıkaracak başka soruların sorulması mümkünken, sadece tutulması zorunlu bazı kayıtlar istenmekte, bu da önemli bir soruşturma yetkisinin değerlendirilememesi sonucunu doğurmaktadır. Bu durumun değiştirilerek bilgi isteme yetkisinin daha etkin bir şekilde kullanılması için, Rekabet Kurumu’nun DOJ ve Komisyon’un uygulamalarını örnek alması önerilebilir. Kanun’un 16. ve 17. maddelerinde 2008’de yapılan değişikliklerle¹⁴⁶ eksik, yanlış ya da yanıltıcı bilgi veya belge verilmesi ya da bilgi veya belgenin belirlenen süre içinde ya da hiç verilmemesi halinde sorumlulara uygulanacak idari para cezasının caydırıcı bir seviyeye¹⁴⁷ yükseltilmesinin, bilgi isteme yetkisinin daha etkin kullanılmasına hizmet edeceği beklenmektedir. Özellikle

4.1.3. Yerinde İnceleme Yetkisi

Kurum, Kanun’un 15. maddesinde düzenlenen yerinde inceleme yetkisini Rekabet Kurulu Uzmanları eliyle kullanmaktadır. Yerinde incelemelere giden meslek personelinin yanında incelemenin konusunu, amacını ve yanlış bilgi verilmesi halinde idarî para cezası uygulanacağını gösteren bir yetki belgesi bulundurması zorunludur. Yetki belgesinde incelemenin konusu ve amacı belirtilerek yapılacak incelemenin sınırları çizilmekte, genel bir keşif araması (*fishing expedition*) yapılmadığı ortaya konulmaktadır. İncelemenin konusu ve amacı, hakkında inceleme yapılan teşebbüsün unvanı ve adresi ile inceleme

¹⁴⁵ Bilgi isteme yetkisinin kullanılabilmesi için konular ve durumlarla ilgili Kanun’un çizdiği geniş sınırların Danıştay kararlarıyla da onaylandığı ifade edilmelidir. Örneğin çimento ve hazır beton soruşturmalarının ardından bu pazarlarda rekabetin devamını kontrol etmek amacıyla Rekabet Kurulu’nun Başkanlığa belirli konularda sektördeki tüm teşebbüslerden periyodik bilgi istenmesine dair yetki veren 19.09.2006 tarih ve 06-66/889-M sayılı kararı, Danıştay’ın 16.12.2008 tarih 2007/379 E., 2008/7692 K. sayılı ve 2007/380 E., 2008/7693 K. sayılı kararlarıyla “serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı sağlanmasına yönelik olarak, re’sen inceleme yetkisi kapsamında alınmış bir karar niteliği taşıdığından” hukuka uygun bulunmuştur.

¹⁴⁶ Anılan değişiklik 5728 sayılı Kanun’un 472. maddesi ile yapılmıştır.

¹⁴⁷ 16. maddeye göre uygulanacak para cezası on bin TL’den az olmamak üzere karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bu saptanamazsa karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan yıllık gayri safi gelirlerin binde biri oranında; 17. maddeye göre uygulanacak süreli para cezası ise istenen bilgi ve belge sağlanıncaya kadar günlük aynı şekilde hesaplanan gayri safi gelirlerin on binde beşi oranındadır.

yapılan iddianın Kanun'un hangi maddesi kapsamında olduğunun belirtilmesi ile somutlaştırılabilir. Bu konuya DOJ ve Komisyon da dikkat etmekte, gerek mahkemeden alınacak arama izninde gerekse Komisyon adına inceleme yapacak kişilerin yetki belgelerinde belirlilik sağlanmaya çalışılmaktadır¹⁴⁸. Türk ceza hukuku bakımından da, arama kararlarında hangi suçla ilgili olarak neyin arandığı, aramanın yapılabileceği süre ve arama yapılacak yer gibi konuların belirtilmesi gerekmektedir¹⁴⁹ (Özbek 2006, 178).

Ancak yukarıda yer verilen standardın kriminal rejime hitap ettiği gözden kaçırılmamalıdır. Bu nedenle idari rejimde yerinde inceleme yapmak için makul şüphe varsa, yetki belgesinde aranması gereken belirlilik seviyesi, somut olayın koşullarına göre ve yerinde incelemenin amacının bizatihi delil ve bilgi toplanmasına yönelik olduğu gözetilerek tayin edilmelidir. Bir diğer deyişle yerinde inceleme öncesinde masa başından anlaşılamayacak hususların yetki belgesine yansıtılmaması normal karşılanmalıdır. Ayrıca yetki belgeleri konusunda gerekli esneklik yargı denetimine tabi tutularak mümkün olduğunca belirlilik sağlanabileceği, böylece keyfi uygulamaların önlenebileceği ve hukuk devletinden uzaklaşmayacağı düşünülmektedir¹⁵⁰. Son olarak yerinde inceleme yapılmasına karar verilen süreçte şikâyetçi iddialarının da bir fren mekanizmasından geçirilmesi, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun¹⁵¹ (VUK) 142. maddesinde¹⁵² benimsenen aramadan sonuç alınamaması halinde ihbarcının kimliğinin talep üzerine açıklanması yöntemiyle sağlanabilecektir.

Kanun'da yerinde incelemelerin teşebbüslerin veya teşebbüs birliklerinin her türlü malvarlığına ilişkin olarak yapılabileceği düzenlendiğinden, sadece işyerlerinde yerinde inceleme yapılabilmektedir.

¹⁴⁸ ABD'nin ve Komisyon'un bu konudaki uygulaması için bkz. yukarıda Bölüm 2, s. 17–18.

¹⁴⁹ Adli aramaları düzenleyen CMK md. 119'da arama kararında yer alması gereken hususlar şöyle sıralanmaktadır: Aramanın nedenini oluşturan fiil, aranacak kişi, aramanın yapılacağı konut veya diğer yerin adresi ya da eşya, karar veya emrin geçerli olacağı zaman süresi.

¹⁵⁰ Yetki belgeleri ve dolayısıyla yerinde incelemeye ilişkin Kurul kararlarının yargısal denetiminin Danıştay tarafından nihai kararın alınmasından sonra yapılabileceğine ilişkin içtihadının (bkz. yukarıda dn. 140) değiştirilmesinin veya bu denetimin ayrıca yapılabileceğine dair kanuni düzenleme yapılmasının bu konuda isabetli bir çözüm olabileceği düşünülmektedir. Diğer yandan yetki belgesinin konusu ve amacı ile ilgili itirazların değerlendirildiği Danıştay 13. Dairesi'nin, 8.4.2008 tarih, E. 2006/4084, K. 2008/3628 sayılı kararında ifade edilen “*yetki belgelerinde Kanun'un tanıdığı inceleme yetkilerinin açıkça yer aldığı bunun dışında incelemenin konusuna ve amacına yer verilmemesinin, incelemenin amacına aykırı ve sonuçlarını etkileyecek türden bir eksiklik olmadığı*” yönündeki görüşe katılmak mümkün görülmemektedir.

¹⁵¹ 213 sayılı Vergi Usul Kanunu 10.01.1961 tarih, 10703-10705 sayılı RG'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹⁵² VUK md. 142: “*İhbar üzerine yapılan aramada ihbar sabit olmazsa nezdinde arama yapılan kimse muhbirin adının bildirilmesini isteyebilir, bu takdirde, vergi dairesi muhbirin ismini bildirmeye mecburdur.*” Bu hükmün amacının, ihbarda bulunacak kişilerin sorumlu tutulacaklarını öngörerek otokontrolde bulunmasını sağlamak ve asılsız ihbarları önlemek olduğu söylenebilir.

Günümüzde kartellerin gizlenmek için her türlü yola başvurdukları ve kriminal rejim bir yana, idari rejimde dahi Komisyon'un ve birçok ulusal rekabet otoritesinin konutlarda yerinde inceleme yapma yetkisinin bulunduğu bilgisi karşısında¹⁵³ Rekabet Kurumu'nun konutlarda yerinde inceleme yapma yetkisinin bulunmaması önemli bir eksiklik olarak değerlendirilmektedir (Kekevi, 2008, 120). Ancak konutlarda yapılacak yerinde inceleme, özel hayatın gizliliğine ve konut dokunulmazlığına daha yoğun bir müdahale içerdiğinden bu yetki, delil elde edilebileceğine dair kuvvetli şüphe bulunması halinde ve öncesinde hâkimden izin alınarak kullanılabilirdir. Kartellerin ortaya çıkarılmasında önemli katkıları olan bu yetkinin bir kanun değişikliğiyle soruşturma yetkileri arasına katılması gerektiği düşünülmektedir.

Yerinde incelemelerde teşebbüsün genellikle en üst düzey yetkililerine yapılacak inceleme ve işbirliği yükümlülükleri açıklanmakta, bunlara uyulmaması halinde uygulanacak para cezaları hakkında bilgi verilmektedir¹⁵⁴. Yerinde incelemede hakkında inceleme yapılan teşebbüsün belge ve diğer kayıtlarının yanı sıra, Kanun'da açık bir düzenleme olmamasına rağmen uygulamada bilgisayarlarda ve elektronik bilgi depolayan cihazlarda da arama yapılmaktadır. Kanun Tasarısı'nda önerilen "bilgi sistemlerinde tutulan bilgi ve verinin incelenebileceği, bunların suretlerini ve gerekli görürse asıllarını alınabileceği, bu amaçlarla gereken her türlü işlemin yapabileceği" hükmünün kabul edilmesi halinde bilgisayarlarda yerinde inceleme yapılması konusundaki soru işaretleri giderilecektir.

Diğer yandan ceza muhakemesi usulünde bilgisayarlarda yapılacak aramanın CMK'da ve Arama Yönetmeliği'nde özel düzenlemelere tabi tutulması ve bu yöntemle başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması halinde, hâkimden ayrıca izin alınarak başvurulması, yerinde incelemelerde yapılan bilgisayar aramaları bakımından da bu usulün uygulanması ihtimalini akla

¹⁵³İdari rejimde konutlarda yerinde inceleme yapma yetkisi ve örnekleri konusunda bkz. yukarıda Bölüm 2, s. 27-28.

¹⁵⁴ Yerinde incelemelerde işbirliği yapmama durumunda Kanun'un 16. ve 17. maddelerinde öngörülen idari para cezaları uygulanmaktadır. Ayrıca incelemeye yardımcı olunmamasının (15.2.2009 tarih 27242 sayılı RG'de yayımlanarak yürürlüğe giren) Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik'in 6. maddesinde ihlal sebebiyle verilecek cezayı ağırlaştırıcı unsur olarak değerlendirilebileceği öngörülmüştür. Komisyon uygulaması için de geçerli olan bu durum (bkz. s. 21-22), aynı fiil nedeniyle iki ayrı ceza verilemeyeceğine dair ilke (*ne bis in idem*) ile ilgili sorunları gündeme getirmektedir. Bu doğrultuda Danıştay 13. Dairesi, 14.5.2008 tarih ve E.2006/1113, K.2008/4207 sayılı kararında, yerinde incelemenin engellenmesi fiiline daha önce 17. maddenin (d) bendi gereğince para cezası verilmiş olması nedeniyle aynı fiilin nihai karar aşamasında ağırlaştırıcı unsur olarak değerlendirilmesini hukuka aykırı bulmuştur. Anılan kararlar ilgili temyiz süreci devam etmekle birlikte, Danıştay'ın aynı fiil nedeniyle iki ayrı ceza uygulanamayacağı ilkesini kabul ettiği söylenebilecektir. Dolayısıyla Yönetmelik'te bu unsurun uygulanmasında takdir yetkisine yer verilmesi isabetli bir tercih olarak değerlendirilmektedir.

getirmektedir. Özel hayatın gizliliğine müdahalenin yoğunluğu ve arama konusu ihlal iddiasından çok daha geniş kapsamlı bilgilere ulaşılması nedeniyle yerinde incelemeler sırasında bilgisayarlarda yapılan aramanın, özellikle kartellerin kriminalizasyonu halinde hâkim kararına bağlanması gerektiği düşünülmektedir. Hâkimden izin alınması daha ideal bir yaklaşım olmakla birlikte, mevcut uygulama da kartel soruşturmaları kriminal olmadığından meşru kabul edilmelidir. Nitekim idari rejimin öncüsü konumundaki Komisyon da hâkim kararı almaksızın bilgisayarlarda arama yapabilmektedir.

Kriminal ve idari rejimden çok sayıda rekabet otoritesi bu incelemeler sırasında bilgi teknolojileri uzmanlarından yardım alırken Rekabet Kurumu'nun bu imkândan faydalanabilmesi tartışmalıdır (Kekevi 2008, 117). Zira Kanun'un 15. maddesinde yer alan yerinde incelemenin "*Kurul emrinde çalışan uzmanlar tarafından*" yapılacağı hükmü, geniş yorum yapılarak bilgi teknolojileri uzmanlarına yerinde incelemelerde görev verilmesine uygun değildir. Bu eksiklik Kanun Tasarısı'nın 8. maddesinde fark edilmiş ve "Kurumun, gerekli görülen hallerde, diğer personelini meslek personeline yerinde incelemede teknik destek vermesi amacıyla görevlendirebileceği" düzenlenmiştir. Ayrıca Kanun Tasarısı'nda Kurum personeli dışından kişilerin ve özellikle kolluk kuvvetlerinin yerinde incelemelerde görevlendirilmesine imkân verilerek yerinde inceleme yapılacak mekâna giriş¹⁵⁵, bilgisayarlarda arama yapma ve şifre kırma gibi konularda uzmanlaşmış birimlerden destek alınması amaçlanmıştır.

Kanun Tasarısı'nda dikkati çeken bir diğer husus, 1/2003 sayılı Tüzük ile Komisyon'a yerinde incelemelerde mühürleme yetkisi veren düzenlemenin bir benzerine yer verilmesidir. Kanun Tasarısı'nın yasalaşması halinde yerinde incelemelerde meslek personeli, incelemenin gerektirdiği hallerde büro, dolap ve benzeri yerleri, veri ve bilgi içeren vasıtaları en fazla üç işgünü için mühürleyebilecek ve bilişim sistemlerine erişimi engellemeye yönelik her türlü tedbiri alabilecektir. Mevcut durumda ise mühürleme yetkisi, Kanun'da açıkça tanınmamışsa da bu yönde uygulamalara rastlandığı ifade edilmektedir (Kekevi 2008, 120). Mühürleme yetkisinin kazandırılması, özellikle mesai saatlerini aşan yerinde incelemelere, ertesi gün incelenecek belge ve kayıtların güvenliği endişesi olmaksızın devam edilebilmesine olanak sağlayacaktır.

Yerinde incelemelerle ilgili olarak ele alınması gereken bir diğer husus ise yerinde inceleme öncesinde sulh ceza hâkiminden izin alınmasının gerekip gerekmediğidir. Bilindiği gibi kriminal rejimde yerinde inceleme öncesinde mahkemeden izin alınması zorunludur. Ülkemizin de dâhil olduğu idari rejimde

¹⁵⁵ Rekabet uzmanlarının yerinde inceleme yapılacak mekâna zorla girme yetkileri bulunmadığından bu konuda çözüm üretecek kolluk kuvvetlerinin işbirliği yapmakla yükümlü olduğunun Kanun Tasarısı'nda belirtilmesi isabetlidir.

ise hâkim kararına sadece konutlarda yapılacak yerinde incelemeler ile yerinde incelemenin engellenmesi veya engellenme olasılığının bulunması hallerinde başvurulmaktadır. Bu konuda olması gereken hukuk bakımından karar vermeden önce Türk hukukunda adli ve idari aramalarla ilgili düzenleme ve içtihatların gözden geçirilmesi faydalı olacaktır.

4.2. TÜRK HUKUKUNDA ADLİ VE İDARİ ARAMALAR İLE YERİNDE İNCELEMENİN KARŞILAŞTIRILMASI

4.2.1. Türk Hukukunda Arama

Türk hukukunda arama, adli ve idari olarak iki başlık altında incelenebilir. Adli arama¹⁵⁶ işlenmiş olan suçların aydınlatılmasını, idari arama¹⁵⁷ ise suç işlenmesinin önlenmesini amaçlamaktadır. Rekabet Kurumu tarafından kartel soruşturmalarında yapılan aramalar, her ne kadar idari bir karara dayansa ve idare eliyle gerçekleştirilse de, niteliği itibarıyla adli aramalara benzemektedir. Bu benzerlik Yılmaz (2004, 82) ve Budak (2004, 147) tarafından da tespit edilerek ceza muhakemesindeki aramaya ilişkin hükümlerin yerinde incelemelerde kıyasen uygulanabileceği belirtilmiştir.

Anayasa'nın 20. ve 21. maddeleri¹⁵⁸ ile CMK'nın 119. maddesi, arama kararı verilmesi konusunda hâkimi ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısını yetkilendirmektedir. Arama kararı, kamu menfaati ile özel menfaat arasında denge gözetmek ve bazı temel hak ve özgürlüklerin ihlal

¹⁵⁶ Aramalar bakımından ayrıntılı düzenlemeler yapan 1.6.2005 tarih 25832 sayılı RG'de yayımlanarak yürürlüğe giren Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği (Arama Yönetmeliği)'nin 5. maddesinde yer alan tanıma göre adli arama, bir suç işlemek veya buna iştirak veyahut yataklık etmek makul şüphesi altında bulunan kimsenin, saklananın, şüphelinin, sanığın veya hükümlünün yakalanması ve suçun iz, eser, emare veya delillerinin elde edilmesi için bir kimsenin özel hayatının ve aile hayatının gizliliğinin sınırlandırılarak konutunda, işyerinde, kendisine ait diğer yerlerde, üzerinde, özel kâğıtlarında, eşyasında, aracında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile diğer kanunlara göre yapılan araştırma işlemidir.

¹⁵⁷ Arama Yönetmeliği'nin 19. maddesine göre idari arama (önleme araması); milli güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silah, patlayıcı madde veya eşyanın tespiti amacıyla, kişilerin üstünde, aracında, özel kâğıtlarında ve eşyasında yapılan araştırma işlemidir.

¹⁵⁸ Anayasa md. 20 özel hayatın gizliliğini, md. 21 ise konut dokunulmazlığını güvence altına almaktadır. Özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı haklarının sınırlandırılabilmesi haller ise şöyle belirlenmiştir: "Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz."

edilebilip edilemeyeceğine karar vermek gibi alınması zor bir karar olduğundan, bağımsız ve tarafsız bir mahkemeye bırakılmıştır.

Aramalarda hâkim kararının sağladığı güvencenin, ilgilinin rızası ile ikame edilemeyeceği kabul edilmektedir (Özbek 2006, 178)¹⁵⁹. Bu doğrultuda arama kararı alınmadan rızaya dayalı olarak yapılan adli aramaların hukuka aykırı olduğu Danıştay tarafından tespit edilerek Arama Yönetmeliği'nin buna cevaz veren hükümleri iptal edilmiştir¹⁶⁰.

4.2.2. Arama Yetkisi Kullanan Diğer İdari Otoritelerin Uygulamaları

Rekabet Kurumu ile benzer bir statüde bulunan BDDK ve SPK gibi bağımsız idari otoritelere de bilgi isteme ve yerinde inceleme yapma yetkileri verilmiş; denetimlerde uyulması gereken bazı yükümlülüklerin ihlal edilmesi ve denetlenen alanlara özgü suçlar ve kovuşturma usulleri öngörülmüştür. Örneğin BDDK'nın denetim yetkileri, Bankacılık Kanunu'nun¹⁶¹ “Yerinde Denetim ve Gözetim” başlıklı 95. ve “Bilgi ve Belge İsteme” başlıklı 96. maddelerinde düzenlenmiştir. Bankacılık düzenine karşı işlenen suçlar Bankacılık Kanunu'nun 150-160. maddeleri arasında¹⁶² düzenlenerek bu suçlara ilişkin soruşturma ve kovuşturma yapılması, BDDK veya TMSF tarafından Cumhuriyet Başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlanmıştır. Bankacılık

¹⁵⁹ Ülkemizde durum böyle olmakla birlikte ABD, İngiltere ve Almanya gibi ülkelerde ilgilinin rızası, aramalarda hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmektedir.

¹⁶⁰ Danıştay 10. Dairesinin 13/03/2007 tarih ve 2005/6392 E.,2007/948 K. sayılı iptal kararının gerekçesinde aramalarda, rızanın hukuka uygunluk sebebi olamayacağı şöyle açıklanmıştır: *“Anayasanın “Temel Haklar ve Ödevler” kısmında yer verilen “özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı hakkı” dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez kişiliğe bağlı temel haklardandır. Anayasa'nın 20. ve 21. maddelerinde bu hakkın hangi hallerde ve nasıl sınırlanabileceği belirtilirken, anılan hakların “vazgeçilmez” niteliği nedeniyle sınırlama usulleri içinde ilgilinin rızasına yer verilmemiştir. Gerek Anayasanın ilgili maddelerinde gerek 5271 sayılı Yasada, özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı hakkı ile kamu güvenliği arasında bir denge kurulmaya çalışılırken, birey ile kolluk arasındaki güç dengesizliğinin, ilgilinin rızasını sakatlayabileceği düşüncesiyle, bu hakların mümkün olduğunca yargı yerlerince verilen kararlarla sınırlanması esası benimsenmiştir. Anayasanın sıkı bir şekilde korumakla yetinmeyip, sınırlama ölçütlerini de sıkı kurallara bağladığı temel haklardan olan “özel hayatın gizliliği” ve “konut dokunulmazlığı” hakkından tümüyle vazgeçilmesi anlamına gelen “rıza” müessesesinin bu hakların ihlalini kolaylaştıracağı ve Anayasa ile getirilen korumayı işlevsiz kılabileceği açıktır.”*

¹⁶¹ 5411 sayılı Bankacılık Kanunu 1.11.2005 tarih, 25983 (Mükerrer) sayılı RG'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹⁶² Bankacılık düzenine karşı işlenen suçlar izinsiz bankacılık faaliyeti, denetim sonucu alınması istenen tedbirleri almama, bilgi ve belge vermeme, denetim görevlilerine engel olma, belge ve yazışmaları saklamama, işlemleri kayıt dışı bırakma, hesap uygunluğunu sağlamadan bilanço kapatma, mevduat ve katılım fonu sahiplerinin haklarını engelleme, gerçeğe aykırı beyanda bulunma, sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme ve zimmet olarak düzenlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, 2006.

düzenine karşı işlenen suçlar için özel görevli mahkemeler belirlenmiş¹⁶³, soruşturmaların Cumhuriyet Başsavcısı veya onun görevlendireceği Cumhuriyet Savcısı tarafından bizzat yürütüleceği, soruşturmada telefon dinlenebileceği¹⁶⁴, elkoyma yetkisi kullanılabilirliği, talepleri halinde BDDK'nın ve TMSF'nin müdahil sıfatıyla davaya katılabileceği düzenlenmiştir¹⁶⁵.

Sermaye Piyasası Kanunu'nun¹⁶⁶ 45. maddesine göre ise, SPK uzman ve uzman yardımcılarını denetledikleri kurum ve kuruluşlar ile diğer gerçek ve tüzel kişilerden yazılı ve sözlü olarak bilgi istemeye, bunların tüm kayıtlarını incelemeye ve örnek almaya yetkilidirler. Denetimle görevlendirilen uzmanların isteyeceği kayıt ve belgelerin verilmemesi halinde ilgililer nezdinde arama yapılabilir. Arama, Sermaye Piyasası Kurulu'nun gerekçeli bir yazı ile talepte bulunması üzerine, sulh ceza hâkiminden izin alınması halinde yapılabilir. Sermaye Piyasası Kanunu'nun 47. maddesinde ise sermaye piyasalarına özgü suçların soruşturulması, Sermaye Piyasası Kurulu tarafından Cumhuriyet Savcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlanmış, anılan başvuru ile birlikte SPK'ya müdahil sıfatı verileceği düzenlenmiştir. Ayrıca kovuşturmayla yer olmadığına karar verilmesi halinde, Sermaye Piyasası Kurulu'na itiraz yetkisi de verilmiştir. Cumhuriyet Savcıları da Sermaye Piyasası Kanunu'na aykırı fiillerin işlendiğini öğrenirlerse konunun incelenmesini SPK'dan isteyebilmektedir¹⁶⁷.

Mali Suçları Araştırma Kurulu (MASAK) ise Maliye Bakanı'na bağlı olarak suç gelirlerinin aklanması¹⁶⁸ ve terörün finansmanının önlenmesi amacıyla faaliyet göstermektedir¹⁶⁹. MASAK tarafından görevlendirilen denetim

¹⁶³ Bu özel görevli mahkemeler Bankacılık Kanunu md. 164 gereğince fiilin işlendiği yerin bağlı olduğu ilin adıyla anılan (1) numaralı ağır ceza mahkemeleridir.

¹⁶⁴ Bankacılık Kanunu md. 166'da CMK'nın Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesini düzenleyen hükümlerine yapılan atıfla telefon dinleme yetkisi verilmiştir.

¹⁶⁵ Bankacılık Kanunu md. 160 ve 166.

¹⁶⁶ 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu 30.7.1981 tarih ve 17416 sayılı RG'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹⁶⁷ Sermaye Piyasası Kanunu md. 49.

¹⁶⁸ TCK'nın 282. maddesinde yer alan suç gelirlerinin aklanması (veya kara para aklama), yasadışı yollardan elde edilen kazançların kaynağının gizlenmesi ve niteliğinin değiştirilmesi suretiyle yasal görüntü kazandırılarak ekonomik sisteme sokulması olarak tanımlanmaktadır. Ayrıca yolsuzluk suçları olarak sınıflandırılan zimmet, irtikâp, rüşvet ve ihaleye fesat karıştırma suçları da MASAK tarafından incelenmektedir. İhaleye fesat karıştırma aynı zamanda bir kartel türü olarak Rekabet Kurumu'nun da görev tanımında olmasına karşın, MASAK geniş soruşturma yetkileri nedeniyle bu alanda daha etkin çalışmaktadır.

¹⁶⁹ MASAK, 19.11.1996 tarih 22822 sayılı RG'de yayımlanarak yürürlüğe giren 4208 sayılı Kararın Aklanmasının Önlenmesine Dair Kanun ile kurulmuş, 17 Şubat 1997 tarihinde faaliyetine başlamıştır. MASAK'ın görev ve yetkileri 18.10.2006 tarih, 26323 sayılı RG'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun ile yeniden belirlenmiştir (MASAK 2007 yılı Faaliyet Raporu).

elemanları,¹⁷⁰ kamu kurum ve kuruluşları, gerçek ve tüzel kişiler ile tüzel kişiliği olmayan kuruluşlardan her türlü bilgi ve belgeyi istemek ve yerinde denetimler yapmak konusunda yetkilendirilmiştir¹⁷¹. Denetim elemanları, aklama suçunun işlendiği hususunda olguların varlığını tespit ederse, Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunmaktadır. Ayrıca MASAK, Cumhuriyet Savcıları tarafından iletilen konuları incelemektedir.

MASAK ile Cumhuriyet Savcıları arasında kurulan koordinasyonun ayrıntıları Aklama Suçu İncelemesi Hakkında Yönetmelik'te¹⁷² düzenlenmiştir. Anılan Yönetmelik'te Cumhuriyet Savcısı tarafından gerek görülmesi halinde, denetim elemanı görevlendirilerek incelemelerin Cumhuriyet Savcısının koordinasyonunda yürütüleceği ve bu şekilde gerçekleştirilen çalışma sonucunda düzenlenecek aklama suçu inceleme raporunun bir örneğinin Cumhuriyet Savcılığına teslim edileceği belirtilmiştir. MASAK Başkanlığı da koordinasyon içinde yürütülmesi gerektiğini düşündüğü dosyaları Cumhuriyet Savcılığına iletebilmektedir. Yönetmelik'in 12. maddesine göre denetim personeli, Cumhuriyet Savcılığından CMK'da öngörülen usule uygun olarak elkoyma, iletişimin denetlenmesi, teknik araçlarla izleme ve tutuklama gibi diğer koruma tedbirlerine başvurulmasını isteyebilir¹⁷³.

Arama yetkisi bakımından değerlendirildiğinde BDDK, SPK ve MASAK'tan sadece SPK'nın hâkim izni almasının zorunlu olduğu, bu kurumlarının aramalarının niteliğinin, somut olaya göre adli veya idari olabileceği anlaşılmaktadır. Diğer yandan MASAK'ın incelemelerinde İngiltere örneğindeki SFO-OFT işbirliğine benzer şekilde Cumhuriyet Savcıları ile birlikte çalışılmasını öngören bir sistem kurulması dikkati çeken olumlu bir uygulama olarak hatırdta tutulmalıdır.

4.2.3. Yerinde İnceleme Öncesinde Arama İzni Alınması

Rekabet Kurumu tarafından kartel soruşturmalarında yapılan yerinde incelemelerin adli aramalara benzemesi, soruşturma yetkilerinin kapsamı ve

¹⁷⁰ MASAK tarafından görevlendirilebilecek denetim elemanları kendi bünyesinde çalışan Mali Suçları Araştırma Uzmanlarının yanı sıra Maliye Müfettişi, Hesap Uzmanı, Gümrük Müfettişi, Gelirler Kontrolörü, Bankalar Yeminli Murakıbi, Hazine Kontrolörü, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu Uzmanı ve Sermaye Piyasası Kurulu Uzmanı da olabilir. İnceleme konusuna göre farklı alanlardan uzmanların görevlendirilebileceği bir düzenleme yapılmıştır.

¹⁷¹ 5549 sayılı Kanun md. 7. ve 19.

¹⁷² Anılan Yönetmelik 4.8.2007 tarih 26603 sayılı RG'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹⁷³ 5549 sayılı Kanun'un 17. maddesinde elkoyma koruma tedbirinin uygulanmasına dair hüküm bulunmakla birlikte diğer koruma tedbirleri için yasal dayanak bulunmamaktadır, dolayısıyla elkoyma tedbiri dışında, idarenin yapacağı denetimlerde yönetmelikte uygulanmasına imkân tanıyan koruma tedbirlerinin Kanun'un çizdiği sınırları aştığı ve bu nedenle ilgili hükmün iptal edilmesinin gerektiği düşünülmektedir.

verilen cezaların ağırlığı nedenleriyle yerinde inceleme öncesinde mahkemeden izin alınmasının, yapılan incelemenin meşruiyetini güçlendireceği düşünülmektedir. Ayrıca kartellerin kriminalize edilmesi durumunda mahkeme izni alınmasının zorunluluğa dönüşeceği de belirtilmelidir. Arama izninin hangi mahkemeden alınacağına gelince; mevcut yasal düzenleme, yerinde inceleme yapılacak teşebbüsün bulunduğu yer sulh ceza mahkemesini işaret etmektedir. Ancak çok sayıda teşebbüs nezdinde yerinde inceleme yapılan durumlarda, koordinasyonun ve zamanlamanın delillerin tahrip edilmemesi için taşıdığı hayati önem nedeniyle, birden çok mahkemeden karar almaya çalışmak etkinliğe engel olabilmektedir. Dolayısıyla VUK'nın 142. maddesinde öngörülen usul¹⁷⁴ benimsenerek bütün teşebbüsler için aynı mahkemeden izin alınmasına yönelik olarak Kanun'da değişiklik yapılmasının bu konuda çözüm olabilecektir. Ülkemizde henüz bunun için erken olduğu ileri sürülebilirse de, nihai aşamada en etkin yol ise, bu konuların kurulacak bir Rekabet İhtisas Mahkemesi'nde değerlendirilmesi olarak görülmektedir.

Yerinde inceleme bakımından ilgilinin rızasının hukuka uygunluk sebebi sayılıp sayılmayacağına gelince; ilgilinin rızası ABD, İngiltere ve Almanya gibi ülkelerde hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmektedir. Ancak yukarıda belirtildiği üzere ülkemizde adli aramalarda ilgilinin rızasını hukuka uygunluk sebebi sayan Arama Yönetmeliği hükmü, Danıştay tarafından Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmiştir¹⁷⁵. Danıştay'ın bu kararı adli aramalarla ilgili olsa da, yerinde incelemelerin adli aramalarla olan benzerliği nedeniyle kararın dikkate alınması gerektiği düşünülmektedir¹⁷⁶.

Bugüne kadar Rekabet Kurulu kararıyla yapılan yerinde incelemelerin durumuna gelince, Kanun'da açıkça engellenme hali veya ihtimali olmadıkça mahkeme iznine başvurulmasına gerek olmadığı düzenlendiğinden (kanunilik ve öngörülebilirlik şartları böylece sağlandığından) ve bunun Anayasa'ya aykırılığına dair bir tespit bulunmadığından,¹⁷⁷ mevcut uygulama hukuka

¹⁷⁴ VUK md. 142: "İrtibatları sebebiyle muhtelif şahıslar nezdinde ve mahallerde yapılmasına lüzum gösterilen aramalardan birine karar vermeye yetkili olan sulh yargıcı bunlardan diğer sulh yargıçlarının salahiyetine dâhil bulunanlar hakkında da karar vermeye yetkilidir."

¹⁷⁵ Bkz. yukarıda Bölüm 4, s. 72, dn.159.

¹⁷⁶ Badur ve Ertem (2008, 29) Kurul kararıyla yerinde inceleme yapılmasının Anayasa ile uyumlu olmadığı görüşünü taşımakta ancak rızanın bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilebileceğini belirtmektedir. Bununla birlikte yerinde inceleme kararına uyulmaması halinde verilecek cezaların ağırlığına dikkat çeken yazarlar, bu nedenle rızanın özgürce oluşturulamayacağına işaret etmişlerdir.

¹⁷⁷ Danıştay 13. Dairesi'nin 13.12.2006 tarih, 2005/8957 E., 2006/4722 K. sayılı kararında davacının, Kanun'un 15. maddenin 1. ve 3. fıkraları ile 17/d maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğu yönündeki iddiası ciddi bulunmamıştır. Buna rağmen yerinde inceleme öncesinde mahkemeden izin alınmamasının ve yerinde incelemenin engellenmesi halinde para cezası verilmesinin

uygundur. Ayrıca Anayasa'nın 21. maddesi kamu düzeninin korunmasını arama yapılmasında hukuka uygunluk sebebi olarak öngördüğünden ve yerinde incelemeler de ekonomik kamu düzenini sağlama amacına yönelik olduğundan, mevcut uygulamanın en azından dayandığı temel bakımından hukuka aykırı bir yönü olmadığı düşünülmektedir.

Kartellerin kriminalize edilmesiyle veya mevcut rejimde, yerinde inceleme öncesinde mahkemeden izin alınmasının zorunlu tutulması halinde ilk akla gelen bu iznin sulh ceza hâkiminden alınmasıdır. Ancak yerinde incelemenin önemi ve gerekliliği konusunda rekabet hukukunda uzmanlığı olmayan ülkenin değişik yerlerindeki çok sayıdaki hâkimi ikna etmek zor olabilmektedir. Bu sebeple yerinde inceleme öncesinde mahkeme izni ya özel görevli bir mahkemeden ya da Rekabet Mahkemesi gibi bir isim altında kurulacak bir ihtisas mahkemesinden alınmalıdır¹⁷⁸.

4.3. TÜRK REKABET HUKUKUNDA KARTELLERLE MÜCADELEDE KRİMİNAL SORUŞTURMA YETKİLERİNİN YERİ VE OLMASI GEREKEN HUKUK BAKIMINDAN ÖNERİLER

Rekabet Kurumu'nun bilgi isteme ve yerinde incelemeden ibaret olan soruşturma yetkileri, yakalanma riskini ortadan kaldırmak için "yaratıcı" önlemler alan kartellerin ortaya çıkarılması için yeterli gelmemektedir. Bu durum çimento ve demir çelik gibi kartel kurmakta sabıkalı olan ve fiyat politikaları bakımından halen kartel şüphesi duyulan pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüslerle ilgili olarak son yıllarda yapılan incelemelerden delil elde edilememesinden anlaşılabilir¹⁷⁹. Bu örneklerin daha somut ve çarpıcı olanları ise, Rekabet Kurumu'nun mevcut yetkileri ile konu hakkında delil elde edememesi sonucunda soruşturma açılmasına gerek görmediği tıbbi sarf malzemeleri ve Ankara ekmek dosyaları hakkında, sonradan Cumhuriyet Savcılıklarının iletişimin denetlenmesi yetkisini kullanarak elde ettiği delillerin kartelleri açıkça ortaya çıkarmasıdır. Savcılık kanalıyla elde edilen delillerin

Anayasa'ya aykırılık yönünden incelenmesi gereken hususlar olduğu düşünülmektedir (Aynı yönde Eğerci 2005, 173).

¹⁷⁸ Rekabet hukuku alanında uzmanlaşmış özel mahkemelere İngiltere (*Competition Appeal Tribunal*), Finlandiya ve İsveç (*Market Court*) gibi ülkelerde rastlanmaktadır. Ayrıca AB çapında bir rekabet ihtisas mahkemesi kurulabileceği yönünde fikirler bulunmaktadır (Ayrıntılı bilgi için bkz. Özsunay 2008, 59; Messina 2007, 200).

¹⁷⁹ Anılan pazarlarda ihlal yönünde yeterli bilgiye ulaşılamadığına dair bkz. Rekabet Kurulu'nun 3.7.2008 tarih, 08-43/584-217 sayılı ve 11.9.2008 tarih, 08-52/790-319 sayılı kararları.

Rekabet Kurumu'na gönderilmesinin ardından anılan dosyalar tekrar incelenmiş ve soruşturma yapılarak para cezası uygulanmıştır¹⁸⁰.

Kartellerin ortaya çıkarılmasındaki zorluk ve verdikleri büyük zararlar düşünüldüğünde, kartellerle mücadelede iletişimin denetlenmesi, teknik araçlarla izleme ve uluslararası işbirliği yapma gibi yetkilerin getirilmesinin, gerçek bir mücadele için zorunlu birer ihtiyaca dönüştüğü düşünülmektedir. Bu tür kriminal yetkileri kullanmanın maliyetlerinin yüksek olduğu veya ayrıntılı usul kurallarına bağlı olduğundan zaman aldığı yönündeki eleştirilerin ise haklı bulunması mümkün görülmemektedir. Çünkü kartellerin verdiği zararlarla karşılaştırıldığında bu maliyetler cüzi kalmaktadır.

Ne var ki, özel hayata ağır müdahaleler içeren iletişimin denetlenmesi ve teknik araçlarla izleme yetkilerinin kullanılması ancak kartellerin kriminalize edilmesi halinde mümkün olabilecektir. Zira CMK'nın iletişimin denetlenmesi ve teknik araçlarla izleme yetkisini düzenleyen 135. ve 140. maddeleri bu yetkilerin kullanılmasında liste usulünü benimseyerek sadece kanunda açıkça öngörülen suçlar¹⁸¹ için bu tedbirlerin uygulanabilmesine imkân tanımıştır. Aynı şekilde uluslararası işbirlikleri yoluyla gerek delil değişimi, gerekse suçluların iadesi gibi yöntemlere başvurulabilmesi için, bu anlaşmaları uygulamaya yetkili olan Adalet Bakanlığı'nın sürece dâhil edilmesi, dolayısıyla da kriminalizasyona geçilmesi gerekmektedir¹⁸².

İletişimin denetlenmesi ve teknik araçlarla izleme tedbirine başka şekilde delil elde edilememesi¹⁸³ ve suç işlendiği dair kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması halinde hâkim kararı ile başvurulabilmektedir. Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine en fazla 3 ay; teknik araçlarla izleme tedbiri ise en fazla 4 hafta için verilmekte, bu süreler gerektiğinde bir defaya mahsus olarak bir katına kadar uzatılabilmektedir.

¹⁸⁰ Rekabet Kurulu'nun 18.1.2005 tarih, 05-06/52-21 sayılı Ankara ekmek II kararı ve 16.3.2007 tarih, 07-24/236-76 sayılı tıbbi sarf malzemeleri II kararı.

¹⁸¹ Kanunda açıkça öngörülen suçlar ifadesi hem CMK'yı hem de Bankacılık Kanunu örneğinde olduğu gibi diğer kanunlarda CMK'nın ilgili hükümlerine atf yapan düzenlemeleri kapsamaktadır.

¹⁸² Kanun'un 27. maddesi (h) bendinde Kurulun görevleri arasında rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve kararlarla ilgili olarak diğer ülkelerin mevzuat, uygulama, politika ve tedbirlerini izlemek sayılmıştır. Kurum gerek OECD ve ICN gibi çok taraflı platformlarda gerekse Kore, Romanya ve Bulgaristan rekabet otoriteleri ile kurulan işbirliği protokolleri ile uluslararası işbirliği alanında etkin faaliyetlerde bulunmaktadır. Ancak Kanun'da, Kurum'a MASAK örneğinde olduğu gibi uluslararası anlaşmalara taraf olma yetkisi verilmemesinden ve bağlayıcı sonuç doğuracak anlaşmaların Adalet Bakanlıkları kanalıyla yürütülmesinden dolayı Rekabet Kurumu'nun uluslararası işbirliğine yönelik çabaları delil değişimi gibi pratik sonuçlar doğurmamaktadır.

¹⁸³ Başka şekilde delil elde edilememesi diğer yöntemlerin tüketilmiş olmasını gerektirmez, somut olaya göre ön tahmin ve değerlendirme yapılarak diğer yollardan delil elde edilemeyeceği kanaati oluşuyorsa bu tedbirlere başvurulabilir (Malçoç ve Yüksektepe 2008, 650).

İletişimin taraflarından birinin kayıt altına aldığı görüşmelerin delil değerine gelince; Bu şekilde elde edilen kayıtlar (consensual-wiretapping) İngiltere ve ABD’de hukuka uygun sayılmakta, ancak ülkemizde TCK 132-134 ve CMK 135/7’de yer alan hükümler¹⁸⁴ nedeniyle hukuka aykırı yoldan elde edilmiş delil sayılmaktadır. Hukuka aykırı olarak elde edilmiş deliller ise karar verilirken dikkate alınmamaktadır. Konuyla ilgili Yargıtay içtihadı ise istikrarlı değildir¹⁸⁵. Doktrinde örneğin Şen (2007, 114) kişinin rızasıyla iletişimin dinlenip kayda alınmasının CMK 135’in bertaraf edilmesi için bir gerekçe olamayacağını düşünmektedir. Sonuç olarak taraflardan birinin kendi iletişimi kayıt altına almasının hukuka uygun delil niteliği ve bunun tek başına ispata yeterli olup olmadığı kesin olarak belirlenmiş değildir.

Kriminalizasyona gidilmesi halinde soruşturma taraflarının nasıl belirleneceği de tartışılmalıdır. Zira kartellerin kriminalize edilmesi halinde kullanılacak soruşturma yetkileri gerçek kişilere yöneliktir, oysa kartelin hem gerçek kişilerden hem de teşebbüslerden oluşan üyeleri bulunmaktadır¹⁸⁶. Bu durumda İngiltere’de olduğu gibi, kriminal soruşturmalarda failin gerçek kişiler olarak belirlenmesi, teşebbüsler içinse idari soruşturmaların devam ettirilmesi çözüm olacaktır. Zira hukukumuzda bazı spesifik alanlarda¹⁸⁷ tüzel kişilerin fail olarak kabul edildiği örnekler varsa da TCK 20’de tüzel kişiler hakkında ceza uygulanamayacağı, sadece güvenlik tedbirlerinin söz konusu olacağı düzenlenmiştir. Diğer yandan idari soruşturmalar neticesinde teşebbüslere verilecek para cezası ile “ekonomik suça ekonomik ceza” ilkesi de bir taraftan korunacak böylece caydırıcılık yükseltilmiş olacaktır.

¹⁸⁴ TCK 132 Haberleşmenin gizliliğini ihlal, TCK 133 Kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması, TCK 134 ise Özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarını düzenlemektedir. TCK 132/3’te yer alan “*Kendisiyle yapılan haberleşmenin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın alenen ifşa eden kişi ... hapis ve para cezası ile cezalandırılır.*” hükmü nedeniyle bu kayıtları elde etmek takibi şikâyete bağlı bir suç oluşturmaktadır. CMK 135/7’de ise “*Bu maddede belirlenen esas ve usuller dışında hiç kimse, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemez ve kayda alamaz.*” denilerek iletişimin denetlenmesinde tek meşru yol CMK’da öngörülen yol olarak belirlenmiştir.

¹⁸⁵ Örneğin Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun (13.06.2006 tarih, 2006/4-122 E., 2006/162 K. sayılı) bir kararında haklarında dinleme kararı olmayanlar arasındaki telefon kayıtları hukuka aykırı delil sayılmış, diğer yandan Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin (20.10.2008 tarih, 2007/17220 E., 2008/13614 K. sayılı) bir kararında bu tür kayıtların delil olarak kullanılabileceği kararlaştırılmıştır.

¹⁸⁶ Kartellerin gerçek kişilerin müzakereleri sonucunda ortaya çıkması için doğası gereğidir. Karteller şirket yapısı içinde bulunan gerçek kişiler tarafından planlanmakta ve organize edilmekte; ancak teşebbüslerin davranışlarında somutlaşmaktadır. Ceza hukuku terminolojisiyle söylenecek olursa, kartel suçunun manevi unsuru (*mens rea*) bireylerin davranışlarında bulunmakta, diğer yandan suçun maddi unsuru teşebbüsün faaliyetleriyle ortaya çıkmaktadır (Harding ve Joshua 2003, 254).

¹⁸⁷ Sermaye Piyasası Kanunu ve Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun gibi.

Kriminalizasyon halinde kriminal soruşturmaların kartel üyesi gerçek kişilere, Rekabet Kurumu'nun idari soruşturmalarının ise aynı kartelin teşebbüslerden oluşan üyelerine yönelik olması iki soruşturma arasında sıkı bir bağ kurulmasını gerektirmektedir. Çünkü esasında iki ayrı soruşturma mevcut olsa da, aynı kartel soruşturulmaktadır. Soruşturmalar arasındaki bağın doğru kurulamaması iki soruşturmada da sonuca ulaşılmasına yol açabilir. Bu etkileşim şöyle açıklanabilir; kriminal soruşturmalarda gerçek kişilere tanınan susma hakkı idari soruşturmalarda teşebbüsler için çok daha sınırlıdır, diğer yandan kriminal soruşturmalarda geniş yetkilerle elde edilecek deliller, idari soruşturmaların da daha kolay sonuçlanmasına yardımcı olabilecektir. Sonuç olarak kriminalizasyon halinde idari ve kriminal soruşturmaların birbirini besleyeceği göz önünde tutulmalıdır.

Kartellerin kriminal yöntemlerle soruşturulmasının küresel olarak yaygınlaştığı yukarıdaki bölümlerde aktarılmıştı. Aslında bu fikrin ülkemiz açısından da yeni olmadığı vurgulanmalıdır. Zira 4422 sayılı (mülga) Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'nda karteller, çıkar amaçlı suç örgütleri arasında sayılmış ve soruşturulmalarında iletişimin denetlenmesi, teknik araçlarla izleme, gizli tanık ve soruşturmacı kullanılması gibi son derece geniş yetkilere yer verilmiştir. Bu Kanun'un yürürlüğü döneminde Ankara Cumhuriyet Savcılığı ve Emniyet Müdürlüğü'nün telefon dinleme yöntemiyle elde ettiği deliller sayesinde Rekabet Kurumu da soruşturma açarak ikinci Ankara ekmek kararı¹⁸⁸ alabilmiştir. 4422 sayılı Kanun'un kartellerle ilgili olarak eleştirilmesi gereken yönü, Rekabet Kurumu ile hiçbir bağ kurmamış olmasıdır. 4422 sayılı Kanun'da düzenlenen suçlar ve yargılama usulleri ceza hukuku reformu sırasında TCK'nın¹⁸⁹ ve CMK'nın çeşitli maddelerine dağıtılarak 4422 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmıştır¹⁹⁰. Ancak çıkar amaçlı suç örgütleri TCK'da (md.220) düzenlenirken karteller her nasılsa kapsama alınmamıştır.

Diğer yandan bir kartel türü olan ihaleye fesat karıştırılması suçu, iletişimin denetlenmesi ve teknik araçlarla izleme yetkilerinin kullanılabilirdiği bir suçtur. TCK md. 235/2'de (d) bendinde yer alan "*İhaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma yapmaları*" şeklinde ifade edilen ve 5 yıldan 12 yıla kadar hapis cezasına bağlanan suç, açık karteller arasında bulunan ihalelerde danışıklı hareket edilmesinden farklı değildir. Ancak ihaleye fesat karıştırma suçu *kamu*

¹⁸⁸ Rekabet Kurulu'nun 18.1.2005 tarih 05-06/53-21 sayılı kararı.

¹⁸⁹ 12.10.2004 tarih 25611 sayılı RG'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu.

¹⁹⁰ 4422 sayılı Kanun, 31.3.2005 tarih 25722 Mükerrer sayılı RG'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 18. maddesi ile 1 Haziran 2005 tarihi itibarıyla yürürlükten kaldırılmıştır.

kurum veya kuruluşları adına yapılan ihaleler bakımından işlenebilmektedir. Oysa aynı ürün için bir özel ihalenin düzenlenmesi durumunda bu defa suç ortaya çıkmayacak, yetersiz soruşturma yetkilerine rağmen ihlal ispat edilebilirse, Rekabet Kurumu'nun vereceği para cezası ile yetinilecektir. Bu çelişkinin kamu kaynaklarının korunması gerekçesiyle savunulması mümkün değildir, zira kamu kaynakları ödenen vergilerden ibarettir ve toplumun vergi ödemediği önce doğrudan zarara uğratılmasıyla vergi ödedikten sonra dolaylı olarak zarara uğratılması arasında bir fark bulunmamaktadır (Arı 2008, 39). Kartellerle etkin mücadele edilebilmesi için bu parçalı görünümün terk edilerek açık kartellerin tümü için iletişimin denetlenmesi ve teknik araçlarla izleme yetkilerinin kullanılabilmesini sağlayacak kanun değişikliğinin bir an önce yapılmasının faydalı olacağı düşünülmektedir.

Kartellerin kriminalizasyonu halinde kriminal soruşturmanın kim tarafından nasıl yürütüleceği ve kararı kimin vereceği de etkinlik bakımından son derece önemlidir. Bu konuda ilk akla gelen Rekabet Kurumu'nun kartel suçuna dair bulgular tespit etmesi durumunda suç duyurusunda bulunmasıdır. Faaliyetlerinin teknik yönü ağırlıklı olan BDDK, SPK ve MASAK gibi kurumlara kendi alanlarıyla ilgili olarak suç işlenmiş olabileceği sonucuna varmaları halinde, Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunabilme ve açılan soruşturma ve kovuşturmalarda müdahil olabilme imkânının tanındığı yukarıda aktarılmıştı. Bu sistem bir taraftan kamu yararına yönelik olarak alanında uzmanlaşmış idari kurumlara değerlendirme yetkisini verilmekte, diğer taraftan da Cumhuriyet Savcılarında, uzmanlarca incelenmiş ve rapora bağlanmış olayların ulaştırılmasını böylece de yargılama sürecinin hızlı ve etkin yürütülmesini sağlamaktadır. Bu nedenle kartellerin kriminalizasyonunda başlangıç noktası olarak düşünülebilir.

Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, BDDK ve SPK'nın denetimlerinin "*yapılması gereken ve öngörülmüş olan eylemleri kontrol etmeye yönelik*" olmasıdır. Oysa Rekabet Kurumu'nun kartel soruşturmalarında ortaya çıkarmaya çalıştığı gerçek, yapılmaması gereken dolayısıyla da kayıtlara geçmemiş, gizlenmiş eylemlere ilişkindir. Bu farklılık nedeniyle anılan kurumların denetimlerinde suç duyurusunda bulunmak yeterli görülebilir¹⁹¹.

¹⁹¹ Kaldı ki, BDDK, SPK ve MASAK'ın ceza hukuku alanında gerçekleşen faaliyetlerine bakıldığında şöyle bir tablo ile karşılaşmaktadır: BDDK (Faaliyet Raporu 2007, 45) 2007'de 5 suç duyurusunda bulunmuş ve taraf olunan toplam ceza davası sayısı 162'ye yükselmiştir (Suç duyurularının ve davaların sonucu hakkında bilgi verilmediğinden BDDK'nın ceza hukuku alanındaki faaliyetleri yorumlanamamaktadır.). SPK (Faaliyet Raporu 2007, 76-78) 2007 yılında 42, son üç yılda toplam 170 suç duyurusunda bulunmuş, bunlardan 43'ü karara bağlanmıştır, 103'ünün yargılması, 24'ünün de savcılık incelemesi devam etmektedir. Karara bağlanan dosyalardan 16'sı beraat, 16'sı mahkûmiyet, 1'i önödeme, 8'i takipsizlik ve 2'si zaman aşımı ile sonuçlanmıştır. MASAK'ın ise (Faaliyet Raporu 2007, 27-31) 2003-2007 yılları arasında toplam 211 adet suç duyurusunda bulunduğu, 1997-2007 yılları arasında ise açılan toplam 231 davadan

Buna karşılık kartellerin ortaya çıkarılmasında bu sistemin ötesine geçen bir tasarıma ihtiyaç duyulacağı düşünülmektedir.

Kartelin rekabet hukukuna özgü bir suç olarak tanımlanması halinde belirlenecek soruşturma ve kovuşturma usulünde, öncelikle rekabet hukukunun teknik bilgi ve uzmanlık gerektiren bir alan olduğu göz önüne alınmalı ve süreçte Rekabet Kurumu'nun aktif bir biçimde katılımı sağlanmalıdır. Örneğin yerinde incelemenin icrasında savcının ve kolluk güçlerinin yanında rekabet uzmanlarının da görev almaya devam etmesi, konunun uzmanlık ve tecrübe gerektirmesi nedeniyle önem arz etmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin, Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu ile ilgili bir dosyada aramalarda uzmanlaşmış personelin önemine yaptığı vurgu, bu görüşü desteklemektedir¹⁹². Rekabet Kurumu ile adli makamlar arasında kurulacak işbirliğinde MASAK'ın incelemelerinin Cumhuriyet savcıları ile koordinasyon içinde yürütülmesi ve yetkileri ile uzmanlıkları bakımından birbirini tamamlayan bir ekibin görev yapmasına olanak tanınması örnek alınabilir. Bu çalışma yöntemi kriminal kartel soruşturmasında İngiltere'nin OFT ve SFO arasında kurduğu işbirliğini anımsatmaktadır.

Diğer yandan bankacılık suçları bakımından özel görevli mahkeme belirlenmesi de örnek alınabilecek bir yöntem olarak görülebilir. Aksi halde rekabet hukukunda uzmanlığı ve teknik bilgisi olmayan ülke çapındaki sulh ceza hâkimlerinin ikna edilememesi, verilen kriminal soruşturma yetkilerini kullanılamaz hale getirerek mevcut durumdan daha da geri gidilmesine yol açabilir. Kartel soruşturmasında özel görevli mahkeme kurulması, hızlı ve koordineli hareket etme zorunluluğunun da bir sonucudur. Diğer yandan özel görevli mahkeme fikri kartellerin de dâhil olduğu suç grubu bakımından yeni bir fikir değildir, 4422 sayılı Kanun'un uygulandığı dönemde çıkar amaçlı suç örgütleri önce Devlet Güvenlik Mahkemelerinde, bu mahkemelerin kaldırılmasının ardından özel görevli Ağır Ceza Mahkemelerinde yargılanmıştır.

10'unun mahkûmiyet kararı ile 58'inin beraat kararı ile sonuçlandığı, diğer davaların devam ettiği açıklanmıştır. MASAK'ın ve SPK'nın son üç yılda yaptıkları suç duyurularının toplamı 381, verilen mahkûmiyet kararlarının toplamı ise 26'dır, buna göre suç duyurularından sadece %6,8'i mahkûmiyet kararıyla sonuçlanmaktadır. Cumhuriyet Savcıları ile kurulan iletişimin yetersizliğinin bu oranın düşük olmasında rol oynadığı düşünülmektedir. Bu veriler çok sağlıklı bir analize elverişli olmamakla beraber, *kovuşturma ve mahkûmiyet kararlarının sayısı ile suç duyurularının sayısı arasındaki orantısızlıktan suç duyurusunda bulunma ve davaya müdahil sıfatıyla katılmanın yargı aşamasına yeterli katkıyı sağlamadığı* anlaşılmaktadır.

¹⁹² Anayasa Mahkemesi 18.9.2008 tarih 2005/43 E., 2008/143 K. sayılı kararında, aramanın gümrük müfettişleri ve diğer idari personel eliyle yapılmasını değerlendirmiş ve "...aramaların uzmanlık ve tecrübe gerektirdiği, özellikle kaçakçılık suçlarında yapılacak aramaların Yasa'nın 16. maddesinde belirtilen ve bu konuda gerekli eğitimi almış, bilgi ve tecrübeye sahip kolluk güçlerinin yerine getirilmesine ilişkin yetkiyi içeren kuralın Anayasaya aykırı bir yönü olmadığına..." karar vermiştir.

Bu bakımdan kartelerde kriminalizasyona gidilmesi durumunda ihtisas mahkemesine ihtiyaç duyulacağı, bu ihtiyacın özel görevli ceza mahkemesi belirlenerek veya daha ideali Rekabet İhtisas Mahkemesi kurularak giderilebileceği düşünülmektedir. Kriminalize edilen kartelerin soruşturulması ve kovuşturulması, Rekabet Kurumu'nun katılımıyla yürütülen bir adli yargı sürecine aktarılınca temyiz makamı da Yargıtay olarak değişmektedir¹⁹³.

Kartellerin kriminalize edilmesi durumunda, iletişimin denetlenmesi ve teknik araçlarla izleme yetkilerinin yanında bilgi isteme yetkisi de güçlendirilebilecektir. Şöyle ki DOJ'nin kartel suçlamasıyla birlikte ileri sürdüğü adaletin yanıtılması başlığı altında toplanabilecek suçlamalar kriminalizasyonla birlikte, ülkemizde de yöneltilebilecektir. TCK'nın Adliyeye Karşı Suçlar bölümünde düzenlenen yalan tanıklık (TCK 272) ve suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme (TCK 281) suçları, kriminal kartel soruşturmalarında soruşturmacının elini güçlendirebilecek ve karşı tarafı işbirliğine yöneltecek bir araca dönüştürülebilecektir.

Kartellerle mücadelede kriminalizasyondan bağımsız olarak getirilebilecek son öneri ise ihbarda bulunanların ödüllendirilmesi programının Kanun'da yapılacak bir değişiklik ile sisteme kazandırılmasıdır. Ülkemizde vergi kaçakçılığını ihbar edenlere Maliye Bakanlığı'nın veya akaryakıt kaçakçılığını ihbar edenlere EPDK'nın verdiği ödüller bu yöntemin rekabet hukuku alanında da uygulanabileceğini göstermektedir.

¹⁹³ Böylece Rekabet Kurulu kararlarının nitelikleri itibarıyla Yargıtay'da yargısal denetime tabi tutulması gerektiğini savunan Yılmaz (2007, 251) ve Gürzumar (2007, 102)'in bu konudaki görüşleri karteller açısından dolaylı da olsa hayata geçirilmiş olacaktır.

SONUÇ

Rekabet hukuku, piyasalarda rekabetçi yapının tesis edilmesini ve korunmasını, böylece toplumun düşük fiyatla yüksek kalitede ürüne ve hizmete ulaşmasını amaçlamaktadır. İşleyen bir rekabet sürecinin toplum için doğurduğu fayda, rekabeti bozanların kişisel faydalarından çok daha yüksektir. Diğer yandan en büyük zararları doğuran ve hiçbir haklı gerekçesi bulunmayan karteller için bu durum çok daha net biçimde anlaşılmıştır. Bu nedenle rekabet otoritelerinin öncelikli amacı, piyasa oyuncularının rekabeti kontrol ederek ortak ekonomik çıkarlarını yükseltmek amacıyla kartel kurmalarını önlemek ve mevcut kartelleri ortaya çıkarmaktır.

Bu amacın gerçekleştirilebilmesi, kartel üyelerinde ciddi bir yakalanma ve ağır biçimde cezalandırma korkusu uyandırılmasına bağlıdır. Bu noktada devreye kartellerle mücadele yöntemleri girmektedir. Kartellerle mücadele konusunda ABD'nin temsil ettiği kriminal rejim, Komisyon'un temsil ettiği idari rejime göre çok daha geniş imkânlar sağlamaktadır. Ayrıca pişmanlık, uzlaşma ve ihbar programlarının etkinlik düzeyi kriminal rejimde daha yüksektir. İhlalin ispatında aranan delil standardı ise, idari rejimde olasılıklar dengesine göre belirlenebilmekteyken, kriminal rejimde makul şüpheye yer bırakmayacak kesinliğe ulaşılması gerekmektedir. Kriminal ve idari rejimin avantajları-dezavantajları ve rekabet otoritelerinin kartellerle mücadelede hangi yöntemleri kullanmasının gerektiği, 1990'lı yıllarda ABD'nin uluslararası kartellere karşı başlattığı mücadele ve elde ettiği başarılı sonuçlar ışığında sorgulanmaktadır. Tartışmaların odağında olan bu konuda, kriminal rejim bir adım önde gitmektedir. İngiltere, Meksika, Brezilya, Japonya, Güney Kore ve İsrail gibi dünyanın dört bir yanındaki ülkelerde kartellerin kriminalize edilmesi bu sonucu pekiştirmektedir. Kriminalizasyon akımı olarak adlandırabileceğimiz bu süreç desteklenmelidir. Çünkü kartellerin arsız doğası ve sebep oldukları zararların büyüklüğü en sert şekilde soruşturulmayı ve cezalandırılmayı haklı çıkarmaktadır.

Bu tezde kartellerle mücadelede başarılı sonuçlara ulaşmak için kriminal ve idari soruşturma yetkilerinin gerekliliğine ve nasıl kullanılacağına dair tartışmalara yer verilmiştir. Böylece idari rejimi benimsemiş olan Rekabet Kurumu'nun soruşturma yetkileri bakımından izlemesi gereken politikaya dair

çıkarmalara ulaşılmaya çalışılmıştır. Sonuçta kartellerin yeraltına inme çabaları karşısında, kartelleri ortaya çıkarmakla görevli olan Rekabet Kurumu'nun veya öngörülecek yargılama makamının, iletişimin denetlenmesi gibi kriminal soruşturma yetkilerini kullanmasının gerektiği kanaatine varılmıştır. Bu yetkileri desteklemek üzere, pişmanlık programı, ilave af ve ilave ceza gibi araçlarla güçlendirilmelidir. Bunun yanında uzlaşma ve ihbarcıların ödüllendirilmesi programları tasarlanmalı, uluslararası işbirliği yapma yetkisi getirilmeli ve (kriminalizasyon projesinin başarısı sadece yeni düzenlemeler yapmakla elde edilemeyeceğinden) kartellerin toplumda "suç" olarak kabul edilmesi için rekabet savunuculuğu ihmal edilmemelidir.

Kartellerin kriminalizasyonu, 4422 sayılı Kanun'un uygulandığı dönem ve kamu ihalelerine fesat karıştırılması suçu düşünülürse, Türkiye için yeni bir olgu değildir. Ancak Rekabet Kurumu'nun kartellerin kriminal yöntemlere göre soruşturulmasında aktif görev alması ilk defa sistematize edilecektir. Burada SPK, BDDK veya MASAK gibi idari otoritelerin kanunlarında öngörülen, suçların soruşturulmasında Cumhuriyet Savcısına suç duyurusunda bulunma ve dava açılırsa müdahil sıfatıyla davaya katılma usulü, başlangıç aşaması için bir çözüm olabilir. Ne var ki; kartellerin ortaya çıkarılması anılan idari otoritelerin denetimleri ile benzerliği olmayan, aksine çok daha fazla uzmanlık ve teknik bilgi gerektiren bir alandır. Bu sebeple kartellerin kriminalize edilmesi halinde özel görevli savcılar tarafından kriminal soruşturma yöntemleri kullanılarak soruşturulmalarının gerektiği düşünülmektedir. Yargılama aşamasıysa özel görevli mahkemelerde veya daha ideali kurulacak bir Rekabet İhtisas Mahkemesi'nde, ceza muhakemesi usulüne göre yürütülmelidir. Kartellerin kriminalizasyonu halinde tasarlanacak bu adli sürece Rekabet Kurumu'nun katkıda bulunması iki sebeple elzemdir: Birincisi tecrübe aktarımının ve uzmanlaşmanın böylece kullanılabilir olması, ikincisiyse kartel üyesi teşebbüslere karşı idari soruşturmaların bir taraftan sürdürülmesinin caydırıcılığa katkı sağlayacak olmasıdır.

ABSTRACT

The impact of competition law is based on how it is likely to detect, prosecute and punish wrongdoers. The choice of measures to enforce the law is just as significant as the definition of what the law forbids. The measures to detect and deter violations of competition laws that forbid cartels are one of the major debates in international dimension. There are two alternatives in this area: criminal enforcement and administrative enforcement. Criminalisation of cartel laws around the world shows that criminal enforcement has more advantages especially with wire tapping, surveillance and international cooperation tools. Also leniency, settlement and bounty programmes work more efficiently under criminal enforcement.

The aim of this thesis is to identify the effective detection techniques for the the most egregious violations of competition law. To achieve this purpose, taking into consideration the debates of doctrine, the principles of relevant legislation in effect in US, EC, UK and Turkish jurisdiction and judgments will be analyzed in a comparative manner and inferences will be made in order to give a perspective for Turkish competition policy.

In this context, it is important for Turkish Competition Authority to criminalize cartels and have criminal enforcement tools for fighting cartels efficiently. It could be inferred that, without effective investigation tools, competition law will be like a tiger without teeth.

KAYNAKÇA

ANDERSSON, H.ve E. LEGNERFALT (2008), Dawn Raids in Sector Inquiries-Fishing Expeditions in Disguise, *E.C.L.R.*, 29(8), s. 439-445.

ARI, M. H., Kartellere Karşı Yaptırımlar: Hukuk ve İktisat Perspektifinden Bir Çerçeve Çalışması, (2006) *Rekabet Dergisi* Sayı 28, s. 3-54.

AYDIN, D., (2002) Uluslararası Ceza Hukukunun Gelişimi, *AÜHFD* Cilt 51, Sayı 4, s. 131-167.

BACAKSIZ, P. (2008), İddianame Pazarlığı (Plea Bargaining), *Ceza Hukuku Dergisi*, Sayı 7.

BADUR, E. ve B. Ertem, (2008), Rekabeti Sınırlayıcı Uygulamalara İlişkin İnceleme ve Araştırma Usulü, *Rekabet Dergisi* Sayı 33, s. 3-59.

BAKER, D. I. (2001), The Use of Criminal Law Remedies to Deter and Punish Cartels and Bid-Rigging, *69 George Washington Law Review*, s.693-714.

BAKER, J. B. (2001), New Horizons in Cartel Detection, *69 George Washington Law Review*, s. 824-828.

BARNETT, T. O. (2006), Criminal Enforcement of Antitrust Laws: The United States Model, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/218336.htm> .

BARNETT, T. O. (2006), Seven Steps to Better Cartel Enforcement, *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels*, s. 141-152.

BEATON-WELLS, C. (2008), The Politics of Cartel Criminalisation: A Pessimistic View from Australia, *E.C.L.R.*, 29(3), s. 185-195.

BLOOM, M. (2006), Despite Its Success, The EC Leniency Program Faces Great Challenges, *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels* içinde s. 543- 570.

BORREL, J. R. (2005), Choosing among American, European, or No Antitrust at All, <http://ssrn.com/abstract=669282>.

BRODER, D. F. ve S.J. Katze, (2008), United States: Anti-Competitive Agreements- Marine Hose, *E.C.L.R.* 29(11), N184-185.

BUDAK, A. C. (2004), AT Konsey ve Komisyonunun Yeni Rekabet Tüzükleri ve Rekabet Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Işığında Delillerin Toplanması ve İspat, *Perşembe Konferansları* 18, s. 135-182.

CALVANI, T. (2006), Cartel Penalties and Damages in Ireland: Criminalization and the Case for Custodial Sentences, *Criminalization of Competition Law Enforcement* içinde, s. 270-289.

CAMATSOS, S. G. ve A. FOER (2007), Cartel Investigations in the U.S.A.: A Primer, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1103624 .

CHAVEZ, J. A. (2008), International Cartels: The Enforcers Are Hunting In Packs, Practising Law Institute, *Corporate Law and Practice Course Handbook Series*, 1671 PLI/Corp 795.

CINI, M. (2003), The Europeanization of British Competition Policy, *ESRC Seminar Series*, 2 May 2003, <http://aei.pitt.edu/1726/01/cini.pdf> .

COLLINS, P.(2008), Current Issues and Future Challenges, http://www.ofc.gov.uk/shared_ofc/speeches/sp0308.pdf .

COLLINS, P.(2006), Some Background Notes on the Investigative Powers of the Competition Authorities, *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels* içinde s. 153- 161.

CONNOR, J. M. ve R. H. Lande (2004), How High Do Cartels Raise Prices? Implications for Reform of the Antitrust Sentencing Guidelines, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=787907 .

CONNOR, J. M (2008), The United States Department of Justice Antitrust Division's Cartel Enforcement: Appraisal and Proposals, <http://ssrn.com/abstract=1130204> .

CSERES, K.J., M. P. SCHINKEL, ve F. VOGELAAR (2006), Law and Economics of Criminal Antitrust Enforcement, An Introduction, *Criminalization of Competition Law Enforcement* içinde, s. 1-29.

DELRAHIM, M. (2004), The Basics of a Successful Anticartel Enforcement Program, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/203626.htm> .

DUNPHY, P. (2007), Variable Geometry Europe- Patching Together What Works in the Fight Against Hard-Core Cartels: Carrots, Sticks, Custody and Leniency, www.ssrn.com/abstract=1024983 .

DURŞUN, S. (2006), Bankacılık Düzenine Karşı İşlenen Suçlar, Ankara.

EĞERCİ, A. (2005), Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi, *Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi* No:12.

EHLERMANN, C. D. (2006), Criminal Competition Law Enforcement: Taking Stock on the Debate, *Criminalization of Competition Law Enforcement* içinde, s. 30-37.

FINGLETON, J., M. GIRARD ve S. WILLIAMS (2006), The Fight Against Cartels: Is a Mixed Approach to Enforcement the Answer?, *33th Annual Fordham Competition Law Institute Conference on Int'l Antitrust Law and Policy*, s. 9-23.

FISSE, B. (2006), The Proposed Australian Cartel Offence: The Problematic and Unnecessary Element of Dishonesty, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=946288 .

FORRESTER, I. S. (2006), Searches Beneath the Cherry Tree in the Garden: European Thoughts on How to Enhance the Task of Uncovering and Thereby Detering Cartels, *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels*, s. 161-211.

GARZANITI, L., J. GUDOFKY, ve J. MOFFAT (2004), Dawn of a New Era? Powers of Investigation and Enforcement Under Regulation 1/2003, *77 Antitrust Law Journal*, s. 159-207.

GERADIN, D. ve D. HENRY (2005), The EC Fining Policy for Violations of Competition Law: An Empirical Review of the Commission Decisional Practice and the Community Courts' Judgements, *The Global Competition Law Centre Working Papers Series*, 03/05.

GHOSAL, V.(2008), Rewarding Whistleblowers, *GCR*, Vol. 11, Issue 2, s. 31-33.

GILBOA, M.(2002), Investigative Tools in Cartel Investigations, *A lecture in the 4th International Workshop of Cartel Investigations*, Rio De Janeiro, Brazil, 2002,
www.geocities.com/meirgilboa/files/investigative_tools_in_cartel_investigations.doc

GIPPINI-FOURNIER, E. (2005) , Legal Professional Privilege in Competition Proceedings, *Fordham J. Int'l Law*, Vol. 28, Book 4.

GLG-The International Comparative Legal Guide to Cartels and Leniency, 2008.

GRIFFIN J.M. (2000), An Inside Look at a Cartel Work: Common Characteristics Of International Cartels, *Fighting Cartels- Why and How* içinde s. 29-55.

GUSTAFSON, L. K., B. COLLINS ve B. McKAY (2004), Criminal Consequences of Anticompetitive Conduct, *45 South Texas Law Review* 2003-2004, s.89-110.

GUY, D. (2006), The UK's Experience with Criminal Law Sanctions, *Criminalization of Competition Law Enforcement* içinde, s. 248-256.

GÜRKAYNAK, G. ve B. İKİLER (2007), Avukat İle Müvekkili Arasındaki Yazışmaların Yerinde İncelemelerde İncelenmesi ve Rekabet Hukuku Soruşturmasında Kullanılması Meselesi, *Rekabet Forumu Sayı: 35*, s. 3-11.

GÜRZUMAR, O. B.(2007), Rekabet Hukuku'nun 10. yılı, *Rekabet Kanunundan Rekabet Hukukuna, 2007, Rekabet Kurumu 10. Yıl Sempozyumu* içinde s. 81-112.

HAMMOND, S. D.(2008), Recent Developments, Trends and Milestones in The Antitrust Division's Criminal Enforcement Program, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/232716.htm> .

HAMMOND, S. D.(2006), Charting New Waters in International Cartel Prosecutions, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/214861.htm> .

HAMMOND, S. D.(2006a), The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For All, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.pdf>.

HAMMOND, S. D.(2004), Cornerstones of an Effective Leniency Programme, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/206611.htm> .

HAMMOND, S. D.(2000), Lessons Common to Detecting and Deterring Cartel Activity, *Fighting Cartels- Why and How* içinde, s. 191-199.

HARDING, C.(2006), Business Collusion as a Criminological Phenomenon, *Critical Criminology*, Vol.14, s.181–205.

HARDING, C. ve J. JOSHUA, *Regulating Cartels in Europe A Study of Legal Control of Corporate Delinquency*, Oxford, 2003.

HARRINGTON, J. E., *Corporate Leniency Programs and the Role of the Antitrust Authority in Detecting Collusion*, <http://www.econ.jhu.edu/People/Harrington/Tokyo.pdf> .

ICN Anti-Cartel Enforcement Manual, Cartel Working Group, Subgroup 2: Enforcement Techniques, Chapter 3: Digital Evidence Gathering, April 2006.

ICN Anti-Cartel Enforcement Manual, Cartel Working Group, Subgroup 2: Enforcement Techniques, Chapter 1: Searches/Raids/Inspections, April 2005.

ICN Anti-Cartel Enforcement Manual, Cartel Working Group, Subgroup

1: General Lagal Framework, Cartel Settlements, April 2008.

ICN Anti-Cartel Enforcement Manual, Cartel Working Group, Subgroup 1: General Lagal Framework, Obstruction of Justice in Cartel Investigations, May 2006 (2006a).

ICN Anti-Cartel Enforcement Manual, Cartel Working Group, Subgroup 2: Enforcement Techniques, Chapter 6: Interviewing Techniques, April 2008a.

ICN Cartel Working Group, Subgroup 1: General Lagal Framework, Cartel Settlements, April 2008.

JAKOBS, L. W.(2006), Criminal Enforcement of Antitrust Laws- Problems with the U.S. Model, 33. *Annual Fordham Competition Law Conference on International Antitrust Law and Policy*, s. 25-50.

JONES, A. ve B. SUFRIN, EC Competition Law, New York, 2008.

JOSHUA, J. (2002), A Sherman Act Bridgehead in Europe, or a Ghost Ship in mid-Atlantic? A Close Look at the UK Proposals to Criminalize Hardcore Cartel Conduct, *E.C.L.R.* 2002, 23(5), s. 231-245.

JOSHUA, J., P CAMESASCA ve Y. JUNG (2008), Extradition and Mutual Legal Assistance Treaties: Cartel Enforcement's Global Reach, *Antitrust Law Journal*, Vol.: 75, Issue: 2, 2008.

KALBFLEISCH, P.(2006), Criminal Competition Sanctions in the Netherlands, *Criminalization of Competition Law Enforcement* içinde, s. 312-318.

KEKEVİ, H. G.(2008), ABD, AB ve Türk Tekabet Hukukunda Kartellerle Mücadele, *Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi* No: 15.

KEKEVİ, H. G.(2008a), Pişmanlık Programları: Muharebeyi Kaybetmek, Savaşı Kazanmak, *Rekabet Dergisi* Sayı 34, 2008, s. 3-49.

KERSE, C. ve N. KHAN (2005), EC Antitrust Procedure, Sweet & Maxwell, Londra.

KOCAER, Ş.(2005), Kartellerle Mücadelede Pişmanlık Programlarının Uygulanması, Rekabet Uzmanlığı Tezi, Ankara.

KOVACIC, W. E.(2006), Bounties as Inducements to Identify Cartels, *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels* içinde s. 571- 595.

KOVACIC, W. E.(2006a), Competition Policy and Cartels, *Criminalization of Competition Law Enforcement* içinde, s. 41-59.

KOVACIC, W. E.(2001), Private Monitoring and Antitrust Enforcement: Paying Informants to Reveal Cartel, *69 George Washington Law Review*,s. 766-797.

- LAWRENCE, J. ve J. MOFFAT (2004), A Dangerous New World-Practical Implications of the Enterprise Act, *E.C.L.R.*, Vol. 25, Issue 1, January 2004.
- LEE, K. J.(2008), Culture and Competition: National and Regional Levels, *Loyola Consumer Law Review*, Vol. 21:I, s. 33-55.
- LENAERTS, K.(2007), Some Thoughts on Evidence and Procedure in European Community Competition Law, *30 Fordham Int'l Law Journal*, s. 1463-1495.
- LISTER, C.(1991) Dawn Raids an Other Nightmares: The European Comission's Investigatory Powers in Competition Matters, *24 George Washington Journal of International Law & Economics*, 1990-1991, s. 45-88.
- LOWE, P., Preventing and Sanctioning Anticompetitive Conduct: Effective Use of Administrative and Criminal Sanctions, Leniency Programmes and Private Action in the EU, *33 th Annual Fordham Competition Law Institute Conference on International Antitrust Law and Policy*, s. 87-102.
- MacCULLOCH, A.(2007), Honesty, Morality and The Cartel Offence, *E.C.L.R.* 28(6), s. 355-363.
- MacCULLOCH, A.(2003), The Cartel Offence and The Criminalisation of United Kingdom Competition Law, *Journal of Business Law*, 2003, Nov, s. 616-627.
- MacNEIL, I.(2003), Criminal Investigations in Competition Law, *E.C.L.R.*, 24(4), s. 151-157.
- MALKOÇ, İ. ve M. YÜKSEKTEPE (2008), Açıklamalara ve Yorumlarla 5271 sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, 1. Cilt, Ankara.
- MASSEY, P. (2006), Criminalization and Leniency: Will the Combination Favourably Affect Cartel Stability, *Criminalization of Competition Law Enforcement* içinde, s. 176-195.
- McELWEE, D (2004), Should the European Commission Adopt "Amnesty Plus" In Its Fight Against Hard-Core Cartels, *E.C.L.R.* 25(5), s. 558-565.
- McGRATH, B.(2007), A Tale of Two Regimes, *GCR*, Vol:10, Issue: 2, Feb. 2007 s.34-35.
- MESSINA M. (2007), The Protection of the Right to Private Life, Home and Correspondence v. the Efficient Enforcement of Competition Law: Is a New EC Competition Court the Way Forward?, *European Competition Journal*, Vol: 3, No: 1,

- MONTI, M. (2000), Fighting Cartels Why and How? Why Should We Be Concerned With Cartels And Collusive Behaviour?, *Fighting Cartels- Why and How* içinde, s. 14-22.
- NORGREN, C. (2006) Criminal Enforcement of Antitrust Laws, *33th Annual Fordham Competition Law Institute, Conference on Int'l. Antitrust Law and Policy*, s. 51-56.
- O'BRIEN, A(2008), Cartel Settlements in the U.S. and EU: Similarities, Differences & Remaining Questions, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/235598.htm> .
- OECD, European Commission-Peer Review of Competition Law and Policy, 2005, <http://www.oecd.org/dataoecd/7/41/35908641.pdf> .
- OECD, Recommendation of the Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels, 1998, <http://www.oecd.org/dataoecd/39/4/2350130.pdf> .
- OECD, Hard Core Cartels, 2000, <http://www.oecd.org/dataoecd/39/63/2752129.pdf> .
- ÖZBEK, V. ve P. BACAKSIZ (2006), Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama, *Ceza Hukuku Dergisi*, Sayı:3, Eylül 2006, s. 145-206.
- ÖZSUNAY, E.(2008), Bir AB Rekabet Mahkemesi Kurulması Üzerine Düşünceler, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu VI*, s. 59-75.
- REINDL, A. P.(2006), How Strong is the case for criminal sanctions in cartel cases?, *Criminalization of Competition Law Enforcement* içinde, s. 110-132.
- REYNOLDS, M. J. ve D. G. ANDERSON (2006), Immunity And Leniency In Eu Cartel Cases: Current Issues, *E.C.L.R.*, 27(2), s. 82-90.
- ROTH Q.C.P. (2006), Ensuring that Effectiveness of Enforcement Does Not Prejudice Legal Protection, Rights of Defence, Fundamental Rights Concerns, *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels* içinde s. 627-660.
- SCHINKEL, M.P. (2007), Effective Cartel Enforcement in Europe, *30 World Competition: Law and Economics Review*, s. 539-572.
- SLATER, D., S. THOMAS ve D. WAELBROECK (2008), Competition Law Proceedings Before the European Commission and The Right to a Fair Trial: No Need For Reform?, *The Global Competition Law Centre Working Papers Series 04/08*.

- SPAGNOLO, G.(2006), Criminalization of Cartels and Their Internal Organization, *Criminalization of Competition Law Enforcement* içinde, s. 133-149.
- SPRATLING, G. R.(1999), Negotiating The Waters of International Cartel Prosecutions, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/2275.pdf> .
- SPRATLING, G. R.(2001), Detection and Deterrence: Rewarding Informants for Reporting Violations, *69 George Washington Law Review*, 2000-2001, s. 798-823.
- STANLEY, A.(2008), The Continuing Evolution of Consent and Authority in Digital Search and Seizure, *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, Vol. XIX, Autumn 2008, Number 1, s. 179-218.
- STEPHAN, A. (2007), Survey of Public Attitudes to Price-Fixing and Cartel Enforcement in Britain, CCP Working Paper 07-12.
- STEPHAN, A. (2008), The UK Cartel Offence: Lame Duck or Black Mamba?, November 2008, CCP Working Paper 08-19.
- ŞEN, E.(2007), İletişimin Denetlenmesi Tedbiri, *Ceza Hukuku Dergisi*, Aralık 2007, Sayı 5, s. 97-135.
- ULUGÖL, H. (2002), Suçluların Geri Verilmesi ve Siyasi Suç, Ankara.
- UYANIK, P.(2003), Rekabet Hukuku Açısından Delil, Rekabet Uzmanlığı Tezi, Ankara.
- VENIT, J. S.(2002), Brave New World: The Modernization and Decentralization of Enforcement Under Articles 81 and 82 of the EC Treaty, *Common Market Law Review* Vol: 40, No:3 (June-July 2003), s. 545-580.
- WERDEN, G. J.(2008), Sanctioning Cartel Activity: Let the Punishment Fit the Crime, 2008, <http://www.usdoj.gov/atr/public/articles/240611.htm> .
- WHALLEY, J.(1988), Priorities And Practices-The Antitrust Division's Criminal Enforcement Program, *57 Antitrust Law Journal*, s. 569-575.
- WILS, W. P. J. (2001), Does the effective enforcement of Articles 81 and 82 Require not only fines on Undertakings but also Individual Penalties, in particular Imprisonment?, <http://www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/2001/Wils.pdf> .
- WILS, W. P. J. (2007), Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice, *30 World Competition* No:1, 2007, www.ssrn.com/sol2/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=456087 .

WILS, W. P. J. (2006a), Powers of Investigation and Procedural Rights and Guaranties in EU Antitrust Enforcement, *29(1) World Competition*, s 3-24.

WILS, W. P. J. (2006), Is Criminalization of EU Competition Law the Answer, *Criminalization of Competition Law Enforcement* içinde, s. 60-109.

WILS, W. P. J. (2003), Principles of European Antitrust Enforcement, Oxford, 2005.

WILS, W.P.J. (2003), Self İncrimination in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis, *26 World Competition*, No: 4, s. 567-588.

WILS, W. P. J. (2004), The Combination of the Investigative and Prosecutorial Function and the Adjudicative Function in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis, *27 World Competition*, No: 2, s. 201-224.

WILS, W. P. J. (2004), The Use of Settlements in Public Antitrust Enforcement: Objectives and Principles, *Journal of International Economic Law*, Vol. 10, Issue 2, s. 397-403.

WILS, W. P. J. (2003), The Principle of 'Ne Bis in Idem' in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis, *26 World Competition: Law and Economics Review*, No. 2.

YILMAZ, E.(2005), 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak'ın Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, *BTHAE Yay. No:426*, s. 207-218.

YILMAZ, E.(2004), Rekabet Hukukunda Deliller, Delillerin Toplanması ve Değerlendirilmesi Üzerine Düşünceler, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu II*, s. 67-89.

YILMAZ, E.(2006), *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu IV*, Soru ve Cevaplar Bölümü s. 251.

AB Komisyonu, İDM, ATAD ve AİHM Kararları

Akzo Nobel Chemicals Ltd. v. Commission, Cases: T-125/03 ve T-253/03

AM&S Europe Ltd. v. Commission, Case 155/79 [1982]E.C.R. 1575

Commission v. Council, Case C-176/03 [2005] ECR I-7879

Hoechst AG v. Commission, Case 46/87 ve 227/88, [1989], E.C.R. 2859

Hüls v. Commission, Case C-199/92P [1999], ECR 4287

JFE Engineering Corp. v. Commission, Case T- 67/00, ECR (2004) p.II- 2501.

Limburgse Vinyl Maatschappij and Others v. Commission (“PVC II”), Cases C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P to C-252/99 P and C-254/99 P [2002], E.C.R. I-8375

Mannesmannröhren-Werke v. Commission, Case T-112/98 [2001], E.C.R. II-729

National Panasonic v. Commission, Case 136/79 [1980] ECR 2033

Orkem SA v. Commission, Case 374/87, [1991], E.C.R. 502

Roquette Frères v. Commission, Case C-94/00 [2002] ECR I-9011

SEP v. Commission, Case C-36/92 P, [1994] ECR I-1911

Solvay v. Commission, Case 27/88 [1989], E.C.R. 3355

Tokai Carbon Co. Ltd and others v. Commission (“Graphite Electrodes”), Cases T-71/03, T-74/03, T-7/03 and T- 91/03 2005, E.C.R. II-10

AİHM, 23.6.1981, Le Compte, Van Leuven ve De Meyere v. Belçika, A/43

AİHM, 1.2.1983, Albert ve Le Compte v. Belçika A/58

AİHM, 21.2.1984, Öztürk v. Almanya, A/73

AİHM, 16.12.1992, Niemietz v. Almaya, Ser A no. 251-B

AİHM, 24.2.1994, Bendenoun v. Fransa, A/284

AİHM, 16.4.2002, Colas Est v. Fransa, Applic. No. 37971/97

Rekabet Kurulu, Danıştay, Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi Kararları

Ankara ekmek II, 18.1.2005 tarih, 05-06/52-21 sayılı karar

Tıbbi sarf malzemeleri II, 16.3.2007 tarih, 07-24/236-76 sayılı karar

ABC Türkiye, 24.4.2007 tarih, 07-34/347-127 sayılı karar

Konya Çimento Öneraştırma 11.9.2008 tarih, 08-52/790-319 sayılı karar

Demir Çelik Öneraştırma 3.7.2008 tarih, 08-43/584-217 sayılı karar

Rekabet Kurulu’nun Başkanlığa belirli konularda sektördeki tüm teşebbüslerden periyodik bilgi isteme yetkisi veren 19.09.2006 tarih ve 06-66/889-M sayılı karar

Danıştay 13. Dairesi’nin 24.6.3008 tarih 2006/2143 E., 2008/5037 K. sayılı kararı

Danıştay 13. Dairesi’nin, 8.4.2008 tarih, E. 2006/4084, K. 2008/3628 sayılı kararı

Danıştay 13. Dairesi'nin 13.12.2006 tarih, 2005/8957 E., 2006/4722 K. sayılı kararı

Danıştay 10. Dairesi'nin 16.1.2004 tarih, 2003/6039 E., 2004/203 K. ve 2003/6050E., 2004/205 K., 25.11.2002 tarih ve 2000/5591 E., 2002/4505 K., 2000/5592 E., 2002/4506 K. sayılı kararları

Danıştay 10. Dairesinin 13/03/2007 tarih ve 2005/6392 E.,2007/948 K. sayılı kararı

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 13.06.2006 tarih, 2006/4-122 E., 2006/162 K. sayılı kararı

Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 20.10.2008 tarih, 2007/17220 E., 2008/13614 K. sayılı kararı

Anayasa Mahkemesi'nin 18.9.2008 tarih 2005/43 E., 2008/143 K. sayılı kararı.