

Uzmanlık Tezleri Serisi No: 110

REKABET KURUMU

KARTELLERDE
BİREYLERE UYGULANACAK
YAPTIRIMLAR



Bilkent Plaza B3 Blok 06800 Bilkent/Ankara
<http://www.rekabet.gov.tr>
ISBN 978-605-5479-03-9



HÜSEYİN ORMAN

**KARTELLERDE
BİREYLERE UYGULANACAK
YAPTIRIMLAR**

HÜSEYİN ORMAN

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.

15/01/2010 tarihinde
Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı Fevzi ÖZKAN Başkanlığında,
2 No'lu Daire Başkan Vekili Ali DEMİRÖZ,
Tarkan ERDOĞAN, Hilmi BOLATOĞLU,
Yrd. Doç. Dr. Kerem Cem SANLI'dan oluşan Tez Değerlendirme Heyeti
önünde savunulan bu tez, Heyetçe yeterli bulunmuş ve Rekabet Kurulu'nun
04/02/2010 tarih ve 10-13/171 sayılı toplantısında
"Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi" olarak kabul edilmiştir.

ISBN 978-605-5479-03-9

YAYIN NO

0261

*Eşim, ZAHİDE'ye ve
Oğlum, AHMET AKİF'e ...*

İÇİNDEKİLER

Sayfa No

SUNUŞ.....	iv
KISALTMALAR	v
GİRİŞ	1

Bölüm 1

KARTEL, BİREY ve YAPTIRIM KAVRAMI

1.1. KARTELİN TANIMI ve ETKİLERİ	4
1.2. KARTELLERDE BİREY KAVRAMI.....	7
1.2.1. Birey Kavramı	7
1.2.2. Bazı Ülkelerin Kartel Mevzuat ve Uygulamalarında Birey Kavramı	8
1.3. KARTELLERDE YAPTIRIMIN AMACI	9
1.3.1. Yaptırımın Amacı	9
1.3.2. Kartellerde Yaptırımın Amaçları.....	11
1.3.2.1. Caydırıcılık İçin Ekonomik Yaklaşım	12
1.3.2.2. Caydırıcılık İçin Etkili Yaptırım	13
1.3.2.3. Caydırıcılık İçin Yaptırımın Uygulanabilir Olması.....	14

Bölüm 2

BİREYLERE YAPTIRIM UYGULANMALI MIDIR?

2.1. BİREYLERE YAPTIRIM UYGULANMAMASI GEREKTİĞİ GÖRÜŞÜ	16
2.2. BİREYLERE YAPTIRIM UYGULANMASI GEREKTİĞİ GÖRÜŞÜ	18
2.2.1. Kartellerden Bireylerin de Sorumlu Olduğu Görüşü	18
2.2.2. Teşebbüslerin İç Denetimlerinin Yeterli Olmayabileceği Görüşü.....	19
2.2.3. Caydırıcılık Açısından Bireylere Yaptırım Uygulanmasının Gerekliliği	22
2.3. Bireylere Yaptırım Uygulanmasının Gerekliliğine İlişkin Değerlendirme	22

Bölüm 3
BİREYLERE UYGULANACAK
YAPTIRIM TÜRLERİ

3.1. PARA CEZASI	25
3.1.1. Bireylere Para Cezası Uygulanmaması Gerektiği Görüşü	26
3.1.2. Bireylere Para Cezası Uygulanması Gerektiği Görüşü	27
3.1.2.1. Kartellerden Bireylerin de Gelir Elde Ettiği Görüşü	27
3.1.2.2. Bireylere Yönelik En Etkili Yaptırımın Para Cezası Olduğu Görüşü	28
3.1.2.3. Teşebbüslere Caydırıcılığı Sağlayıcı Miktarda Para Cezaları Uygulamanın Mümkün Olmadığı Görüşü28	
3.1.2.4. Ekonomik Suça Ekonomik Ceza Görüşü.....	32
3.2. HÜRRİYETİ BAĞLAYICI CEZALAR (HAPİS CEZASI)	33
3.2.1. Bireylere Hapis Cezası Verilmemesi Gerektiği Görüşü	34
3.2.2. Bireylere Hapis Cezası Verilmesi Gerektiği Görüşü	35
3.2.2.1. Bireylere Caydırıcılığı Sağlayıcı Nitelikte Para Cezası Uygulamanın Mümkün Olmadığı Görüşü..	35
3.2.2.2. Bireylere Uygulanacak Para Cezalarının Teşebbüsler Tarafından Ödenebileceği Görüşü	36
3.2.2.3. Hapis Cezalarının Caydırıcı Nitelikte Olduğu Görüşü ..	36
3.2.2.4. Hapis Cezalarının Topluma Yönelik Bir Mesaj Taşıdığı Görüşü	38
3.2.2.5. Hapis Cezalarının Pişmanlık Programlarının Etkinliğini Arttırdığı Görüşü	40
3.2.2.6. Ekonomik Suça Diğer Yaptırımların da Uygulanması Gerektiği Görüşü	41
3.3. YÖNETİCİLİK YAPMAMA CEZASI	43
3.4. BİREYLERE UYGULANACAK YAPTIRIM TÜRLERİNE İLİŞKİN GENEL DEĞERLENDİRME	45

Bölüm 4
KARTELLERDE BİREYLERE UYGULANAN YAPTIRIMLARA
İLİŞKİN ÜLKE MEVZUAT ve UYGULAMALARI

4.1. ABD	47
4.2. İNGİLTERE	51
4.3. FRANSA	53
4.4. HOLLANDA	55
4.5. DİĞER BAZI ÜLKELER	56
4.6. ÜLKE MEVZUAT VE UYGULAMALARINA İLİŞKİN GENEL DEĞERLENDİRME	57

Bölüm 5
TÜRK MEVZUATI AÇISINDAN
KARTELLERDE BİREYLERE YAPTIRIM

5.1. TÜRK MEVZUATINDA KARTELE KATILAN BİREYLER İÇİN ÖNGÖRÜLEN YAPTIRIMLAR.....	59
5.1.1. Adli Yaptırımlar	59
5.1.2. İdari Yaptırımlar	61
5.1.2.1. Bireylere Yönelik Usule İlişkin İdari Yaptırımlar.....	61
5.1.2.2. Bireylere Yönelik Esasa İlişkin İdari Yaptırımlar.....	62
5.1.2.2.1. “Yönetici” ve “Çalışan” Kavramı	63
5.1.2.2.2. Yönetici ve Çalışanların Sorumluluğunun Sınırları	65
5.1.2.2.3. “Belirleyici Etki” Kavramı	68
5.2. YAPTIRIM TEHDİDİ KAŞISINDA BİREYLERİN SAVUNMA HAKKI.....	71
5.2.1. Uluslararası Hukukta Bireylerin Savunma Hakkı	71
5.2.2. Ulusal Hukukta Bireylerin Savunma Hakkı	72
5.2.3. Rekabet Hukuku Bağlamında Bireylerin Savunma Hakkı	74
5.2.3.1. Diğer Bazı Ülke Rekabet Uygulamalarında Savunma Hakkı	74
5.2.3.2. Türk Rekabet Mevzuatında Savunma Hakkı	75
5.3. KARTELLERDE BİREYLERE UYGULANACAK YAPTIRIMLARIN TÜRK MEVZUATINA UYUMU.....	77
SONUÇ	79
ABSTRACT	82
KAYNAKÇA	83

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 mesleki 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

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AT	: Avrupa Topluluğu
AYM	: Türk Anayasa Mahkemesi
bkz.	: Bakınız
DOJ	: Department of Justice (ABD Adalet Bakanlığı)
ECLR	: European Competition Law Review
FTC	: Federal Trade Commission
GCR	: Global Competition Review
ICN	: International Competition Network
No.	: Numara
OECD	: Organisation for Economic Co-operation and Development
OFT	: Office of Fair Trading
par.	: Paragraf
Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik	: Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumunun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik
RDC	: Revue des droits de la concurrence
RKHK	: 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
s.	: Sayfa
TCK	: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
Vol.	: Volume

GİRİŞ

Kartellerde bireylere yaptırım uygulanması, son yıllarda rekabet hukuku uygulamalarına ilişkin tartışma konularından birini oluşturmaktadır. Bazı akademisyenler, kartellerde sadece teşebbüse yaptırım uygulanmasının yeterli caydırıcılığı sağlamadığı, caydırıcı etkisi olmayan yaptırımların ise teşebbüs yöneticilerini ve çalışanlarını kartel konusunda neredeyse teşvik edici bir etki doğurduğunu, bu nedenle kartele katılan bireylere de yaptırım uygulanması gerektiğini dile getirmektedir.

Kartel neticesinde teşebbüsler, rekabetçi bir pazar yapısına kıyasla daha fazla gelir elde etmektedir. Bu nedenle kartele katılan ve teşebbüse bu katılım neticesinde önemli ölçüde gelir sağlayan birey teşebbüs tarafından değil cezalandırmayı, ikramiye, maaş artışı vb. yöntemlerle ödüllendirilebilecektir. Yaptırımın muhatabının sadece teşebbüs olması durumunda, rekabet otoriteleri tarafından kartele katılım konusunda sorumluluğu bulunan bireylere herhangi bir yaptırım uygulanmayacaktır. Bireylere yönelik herhangi bir yaptırım öngörülmediği, ödüllendirilme imkanının yüksek, zarar görme riskinin de az olduğu böyle bir durumda, rasyonel bir yöneticinin kartel oluşumuna katılmak isteyeceği akademisyenler tarafından ifade edilmektedir.

Bu tartışmaların yapıldığı platformlardan biri olan OECD'nin 2003 yılı toplantısında bireylere uygulanabilecek değişik yaptırım türleri ele alınmış, para cezaları dışında hapis cezaları, yöneticilik yapmama cezası vb. yaptırım türleri tartışılmıştır. Toplantı bildirgesinde ise çerçevesi iyi çizilmiş hapis cezası yaptırımının yöneticiler üzerinde caydırıcı bir etkiye sahip olacağı ifade edilmiş ve ülkelerin bireylere karşı yaptırım (hatta hapis cezası) uygulanması konusunda bir eğilimlerinin olduğu vurgulanmıştır. Benzer bir eğilimin neticesi olarak birçok ülke mevzuatında, kartel oluşumlarında bireylere yönelik yaptırımlara yer verildiği gözlemlenmektedir. Bu çerçevede, RKHK'da yapılan değişiklikle kartelde belirleyici etkisi saptanan teşebbüs yöneticilerine ve çalışanlarına idari para cezası öngörülmüştür. Ayrıca karteli de kapsayan rekabet ihlallerinde teşebbüslere ve bireylere verilecek para cezalarının usul ve esaslarını düzenleyen "*Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik*" Rekabet Kurumu tarafından yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Bireylere yaptırım uygulanması gerekliliğini savunanlar, hangi yaptırım türünün uygulanması gerektiği hususunda farklı görüşler ileri sürmektedir. Çalışmada ayrıntılı olarak ele alınacağı üzere, bir takım akademisyenler bireylere para cezası uygulanması taraftarı iken, diğerleri hapis cezası uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir. Ayrıca, bireylere yönelik bir başka yaptırım türü olan “yöneticilik yapmama” yaptırımı bulunmaktadır.

Her ne kadar yukarıda ifade edildiği gibi kartel oluşumuna katılan bireylere yaptırım uygulanmasının gerekliliğine yönelik görüşler mevcutsa da, bireylere yaptırım uygulanmaması gerektiğine yönelik görüşler de bulunmaktadır. “Kartel oluşumunu bireylerin değil, bireylerden bağımsız bir varlığa sahip olan teşebbüslerin gerçekleştirdiği” hususu bu grupta yer alanların temel gerekçesini oluşturmaktadır.

“Kartellerde Bireylere Uygulanacak Yaptırımlar” başlıklı bu çalışmada kartel oluşumuna katılan bireylere yaptırım uygulanmasının (özellikle caydırıcılık açısından gerekli olup olmayacağı, şayet bireylere yaptırım uygulanması gerekiyorsa hangi tür yaptırımların uygulanabileceği konusu incelenecektir. Bu çalışma açısından bireylere yönelik yaptırımların neden kartellerle sınırlı tutulduğu sorusu akla gelebilir. Elbette karteller dışında da (hakim durumun kötüye kullanılması gibi) rekabet düzenini bozan eylemler söz konusudur. Ancak kartellerin rekabet düzeni üzerinde, diğer eylemlerden daha zararlı etkileri olduğu rekabet otoriteleri ve akademisyenler tarafından kabul edilmektedir. Genel olarak da rekabet otoritelerinin üzerinde en fazla yoğunlaştığı alan kartellerle mücadele olup bireylere yönelik yaptırım mekanizmaları da en çok bu amaç için öngörülmektedir. “Birey” sözcüğü ise gerçek kişi (şahıs) olan insanı nitelendirmektedir. Tüzel kişiliği niteleyen “hükmi şahıs” kavramını çağrıştırmaması amacıyla çalışmada kişi yerine birey kavramı tercih edilmiştir.

Çalışma beş bölümden oluşmaktadır. Kartellerde gerek teşebbüslere gerekse bireylere yönelik yaptırımdan bahsedebilmek için öncelikle kartellerin zararlarının ortaya konması gerekmektedir. Zira kamu düzenine yönelik olarak herhangi bir zararlı netice doğurmayan hatta faydalı sonuçları olan bir eylem veya oluşum için yaptırım öngörülmesi mantıksız görünmektedir. Bu nedenle ilk bölümde, kartellerin ekonomik düzen üzerindeki zararlı etkileri irdelenmeye çalışılacak, ayrıca kartellerde birey kavramına ve yaptırımın amacına ilişkin genel bilgiler verilecektir. Çalışmanın ikinci bölümünde, kartele katılan bireylere yaptırım uygulanmasının gerekip gerekmediği tartışılacaktır. Üçüncü bölümde, kartel oluşumuna katılan bireylere ne tür yaptırımların uygulanması gerektiği ele alınacaktır. Elbette, idari ve adli olmak üzere birçok yaptırım türü söz konusudur. Ancak bu bölümde yaptırım türlerinden kartel oluşumuna katılan bireylere yönelik olarak üzerinde en çok görüş ileri sürülen para cezası, hapis

cezası ve yöneticilik yapmama cezasına, dördüncü bölümde ise kartel uygulamalarında bireylere yaptırım öngören bazı ülkelerin uygulamalarına ilişkin bilgilere yer verilecektir. Son bölüm olan beşinci bölümde, ülkemiz mevzuatında kartele katılan bireyler için öngörülen yaptırımlar, anılan bireylerin bu yaptırım tehdidine karşı savunma hakları ve en son olarak da çalışmada ele alınan para cezası, hapis cezası ve yöneticilik yapmama cezasının Türk hukuk düzeni içerisinde nasıl uygulanabileceği tartışılacaktır.

BÖLÜM 1

KARTEL, BİREY ve YAPTIRIM KAVRAMI

İlk bölümde kartellerin ekonomi üzerindeki etkilerine, kartellerde birey kavramına ve yaptırımın amacına ilişkin genel bilgilere yer verilecektir.

1.1. KARTELİN TANIMI ve ETKİLERİ

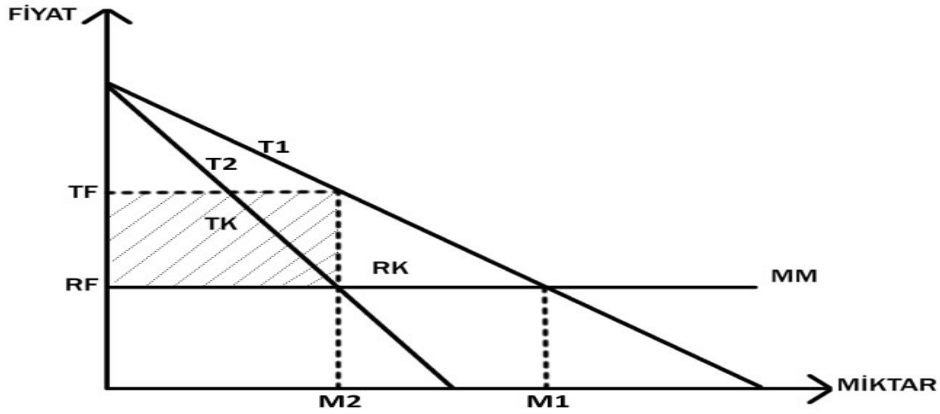
Fransız terminolojisinde “cartel”, Alman terminolojisinde “kartell” ve Amerikan terminolojisinde “trust” olarak ifade edilen (Harding ve Joshua 2003, 1) kartel, Rekabet Kurumu tarafından yayımlanan “*Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik*”in¹ “*Tanımlar*” başlıklı 3. maddesinde ve yine Kurum tarafından hazırlanan “*Rekabet Terimleri Sözlüğü*” (Sözlük 2009, 118)’nde; “*fiyat tespiti, müşterilerin, sağlayıcıların, bölgelerin ya da ticaret kanallarının paylaşılması, arz miktarının kısıtlanması veya kotalar konması, ihalelerde danışıklı hareket konularında, rakipler arasında gerçekleşen, rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve/veya uyumlu eylemleri ifade eder*” şeklinde tanımlanmaktadır.

Karteller birçok ülke mevzuatında yasadışı kabul edilmektedir. Belirli bir davranışı yasadışı ilan etmek için öncelikle onun meydana getirdiği zararın ciddiyetini ortaya koymak gerekmektedir (Whelan 2007, 28). Serbest piyasa sisteminde var olan rekabet ortamının ekonomiye olumlu katkılarda bulunduğu genel kabul görmektedir. Kartel sonucunda rekabet ortamının bozulması ile de bu olumlu neticelerin ortadan kalktığı varsayılmaktadır.

Teşebbüslerin temel amacı mümkün olduğunca çok kâr elde etmektir. Bu hedefin önündeki en önemli engellerden biri rakiplerinin davranışlarındaki belirsizlik olup, bu engeli aşmanın en iyi çözümü teşebbüslerin bir araya gelerek rekabet ortamının ortadan kaldırılması, bir başka deyişle teşebbüslerin kartel oluşturmak suretiyle tekeli bir firma gibi davranmasıdır (Arı 2006, 7).

¹ <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/yonetmelik/yonetmelik9.pdf>, T:10.9.2009

Kartelin ekonomiye etkisinin ortaya konması için tekel konumundaki bir firma ile rekabet ortamındaki bir firmanın ürün satış fiyatları arasındaki farkı incelemek gerekir. Bilindiği gibi tekel ve tam rekabet yapıları, teorik modellerdir (Whish 2005, 6). Rekabetçi bir piyasada çok sayıda üretici ve çok sayıda tüketici vardır. Bu piyasada ürünün satış fiyatı, arz ve talebe göre belirlenmektedir. Bir firmanın fiyatlarını arttırması durumunda rasyonel tüketiciler daha düşük fiyattan satış yapan rakip firmaya yönelecek, sonuçta fiyat arttırmak müşteri ve nihayetinde gelir kaybına sebebiyet vereceği için rasyonel bir firma tarafından tercih edilmeyecektir. “Tam rekabet piyasasındaki bir firma için piyasa fiyatı veri olarak kabul edilirken tekel piyasasında fiyatı tekelci firma belirler ve tüketiciye empoze eder” (Ertek 2005, 241). Aşağıda yer verilen grafik, rekabetçi ve tekelci piyasa yapısının sonucunu göstermektedir.



Şekil 1- Rekabetçi ve Tekelci Piyasa Yapısı

Şekil’de (TF), tekelci fiyatı; (RF), rekabetçi bir piyasa düzenindeki fiyatı ifade etmektedir. Anılan şekilden yola çıkarak rekabet halindeki teşebbüslerin ürünün fiyatını RF’den TF’ye yükseltmek için aralarında anlaşmaya vardıklarını farz edelim. Bunun için üreticiler örneğin, ürünün satış fiyatını arttırmak için üretim miktarını azaltabilirler (Kohler 2007, 24). Bu durumda daha önce (M1) adet satılan ürünün üretim miktarı (M2)’ye gerilemektedir. Ürünün daha az üretilmesi durumunda bazı tüketiciler anılan üründen mahrum kalacak, diğer tüketiciler ise daha fazla fiyat ödeyerek ürüne sahip olabilecektir. (TK) dikörtgeni ise bu durumda yaşanan tüketicilerin maruz kaldığı kaybı, (RK) üçgeni ise ekonomiye verilen zararı göstermektedir. “Deadweight Loss - Dara Kaybı” olarak da adlandırılan bu kayıp, verimlilik seviyesinin altındaki üretimin azalmasından ileri gelen toplam artıştaki düşüşü hesaplamaktadır ve bu kayıp herhangi bir birim tarafından elde edilemeyecektir (Kohler 2007, 25). Ertek (2005, 251)’e göre tekelci bir firmanın tam rekabet ortamına kıyasla daha fazla kar elde etmesi, tekelci firmanın lehine, fakat tüketicilerin aleyhine olmaktadır.

Sonuçta bu durum, gelir dağılımını olumsuz etkilemekte ve ekonomik etkinsizliğe yol açmaktadır.

Kartellerin doğurduğu sonuçları özetlemek gerekirse; ilk olarak karteller etkin biçimde tüketici rantını azaltıp tüketiciden üreticiye varlık transferine neden olurlar; bu transfer, artan fiyatlar ve üretimde düşüş ile kendini gösterir (Landes 1983, 29). İkincisi tahsis verimsizliğine ve etkinlik kaybına neden olur, bu nedenle kıt ekonomik kaynaklar tam potansiyelde kullanılamaz (Katz ve Rosen 1998, 114). Üçüncüsü daha yüksek kartel fiyatları nedeniyle sektörde yer alan diğer teşebbüsler de daha yüksek fiyatlar uygulayabilir² (Connor ve Lande 2005, 518). Dördüncüsü rekabetteki düşüş nedeniyle fiyat dışı etkilerde (kalite, tercih ve yenilik) bir azalma söz konusu olabilir (Connor ve Lande 2005, 518).³

Rekabet Kurumu tarafından yayımlanan “*Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik*”in Genel Gerekeçe’sinin 2. maddesinde kartellerin ekonomiye olan olumsuz etkisi şu cümlelerle ifade edilmektedir:

“En ciddi rekabet hukuku ihlali olduğu kabul edilen kartellerin yol açtığı fiyat artışı, müşterilerden, kartel üyelerine, bir gelir transferine neden olmaktadır. Fiyat artışı neticesinde, bazı kişilerin ilgili ürünü artık satın alamayarak, bu mal veya hizmetten mahrum kalması, kartellerin yol açtığı diğer bir zarardır. Karteller, üyeleri üzerindeki, maliyetleri düşürmek ve yenilikler yapmak yönündeki baskıları azaltmaktadır”.

Kartel nedeniyle fiyatların rekabetçi düzeyden daha yukarı çıkmasına somut olarak şu örnekler verilebilir. *Citric Acid* kartelinde fiyatların %30, *Graphite Electrodes* kartelinde %50 (OECD 2000, 3) oranında arttığı ifade edilmiştir. OECD tarafından 14 adet kartel oluşumuna ilişkin yapılan bir incelemede kartel nedeniyle ortaya çıkan tahmini zarar oranları % 3 ile % 65 arasında değişmektedir. Tahmini zarar, iki olayda % 5 in altında, beş olayda % 5-15 arası, 4 olayda % 20-30 arası ve üç olayda % 50-65 arasındadır (OECD 2002, 9). *Lysine* kartelinde ise ilk altı aydaki fiyat artışının %70 düzeyinde (Griffin

² Örneğin kartel nedeniyle ürünlerin satış fiyatının 130 birimden 150 birime çıktığı durumda kartele katılmayan diğer firma ürünün satış fiyatını 130 birimden 140’a hatta 150 birime çıkarabilir. Ayrıca aynı olayda piyasada etkin olmayan (örneğin 135 birim maliyetle mal üreten) ve bu nedenle aslında bir süre sonra piyasadaki çıkmak zorunda kalacak bir firma kartel nedeniyle artan fiyatlardan yararlanıp piyasada (etkin olmasa bile) faaliyet gösterebilir.

³ Ancak, karteller aynı ekonomik sonucu doğuracak değişik davranışlarda da bulunabilir. Örneğin, müşteri paylaşarak birbirinin müşterisi için rekabet etmeyebilirler. Diğer bir örnek de firmaların üretim seviyesini azaltarak fiyatların yükselmesine sebep olmalarıdır. Ayrıca, firmalar ihalelerde fiyatları yükseltebilir. Yani danışıklı teklifler de kartel biçimi olabilir. OFT, kamu ihalelerinin karteller için önemli bir faaliyet alanı olduğuna inanmaktadır. Bu ise vergi veren vatandaşın parasının haksız bir şekilde kartelci firmalarca alınmasına ve dolayısıyla büyük bir haksızlığa neden olmaktadır. Tüm bu durumların ortak yanı, fiyatların yükselmesi ve tüketicinin daha fazla para ödemek zorunda kalmasıdır.

<http://www.archive.official-documents.co.uk/document/cm52/5233/523310.htm>

2001, 36) olduğu belirtilmektedir. 1991-2004 yılları arasında Avrupa’da yerel kartellerin fiyat artış ortalaması %12 ila 22 aralığındadır (Connor ve Bolotova 2005). Oyuncak ve oyun sektöründe fiyat anlaşması yapan *Argos ve Littlewoods* karteli ile ilgili alınan kararlar 40 milyon Sterlin dolayında ve çatı sektöründe yapılan beş ayrı soruşturmada 20 milyon Sterlin civarında tüketici zararının önüne geçilmiştir (OFT 2005-2006).

Kartelin diğer piyasalar üzerinde de etkileri olabilir. Fransız Rekabet Konseyi “rulman bilyeler” sektöründe yürürlüğe konulan uygulamalarla ilgili bir Kararı’nda⁴, “*rulmanlar tüm makinelerin çalışmasında gerekli olan temel malzemelerdir ve ekonomik faaliyetin çok sayıda dalında kullanılırlar*” açıklamasında bulunmuştur (Kohler 2007, 25). Dolayısıyla rekabete aykırı bir uygulamanın, başka piyasalar üzerinde etkileri olabilir. Kartellerin ekonomiye olumsuz etkileri değerlendirilirken bu husus da göz önüne alınmalıdır. Görüldüğü üzere kartel nedeniyle tüketiciler %70’lere varan oranla fazla para ödemek durumunda kalmakta, birçok tüketici ise fiyat artışları nedeniyle söz konusu ürünlerden mahrum kalabilmektedir.

1.2. KARTELLERDE BİREY KAVRAMI

1.2.1. Birey Kavramı

Hukuk düzeni hakları tanıırken bu hakların süjesini ve bu haklara sahip olacak bireyi (kişiyi) belirlemek zorundadır. Bu bağlamda birey (kişi), kendilerine hukukun hak ve borç sahipliği yetkisini tanıdığı varlıklardır (Yılmaz 1996, 470). Türk hukuk düzeni, gerçek ve tüzel olmak üzere iki tür kişi kabul etmiştir (Zapata 2005, 47).

Kartel eylemi teşebbüsler tarafından gerçekleştirilmektedir. RKHK’nın 3. maddesinde teşebbüs; “*piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan, gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil edebilen birim*” olarak tanımlanmaktadır. Bu bağlamda tanımdaki şartları yerine getiren gerçek kişiler de, gerçek kişi dışında tüzel kişiler de hatta tüzel kişilik sıfatına haiz olmayan adi ortaklıklar da teşebbüs tanımı kapsamındadır. Çalışmanın konusu teşebbüs kavramından bağımsız olarak gerek yönetici gerekse çalışan sıfatıyla kartele katılan bireyler yani gerçek kişiler olduğundan, bu bölümde teşebbüslere ilişkin bir değerlendirmeye yer verilmeyecektir.

⁴ 19 Eylül 2002 tarih ve 02-D-57 sayılı Karar

1.2.2. Bazı Ülkelerin Kartel Mevzuat ve Uygulamalarında Birey Kavramı

ABD’de yürürlükte olan Sherman Yasası’nın 1. maddesi, ticareti kısıtlayıcı her türlü anlaşma, uyumlu eylem ve birliktelikte, rol alan bireyler hakkında para ve/veya hapis cezası öngörmektedir⁵. Söz konusu yasa metni incelendiğinde “her kişi (every person)” ve “diğer kişi (other person)” ifadeleriyle bireyler bakımından bir ayrıma gidilmeksizin bireyin teşebbüsteki konumundan çok eylemi işleyen olmasına vurgu yapıldığı anlaşılmaktadır. Hammond (2004, 12-13), kartel eylemlerinde bulunan, aracılık eden sekreterlerin bile kartel soruşturmalarına konu olmaktan korkarak DOJ’a pişmanlık için başvuruda bulunabileceğini ifade etmekteyse de, DOJ’un yürüttüğü kartel soruşturmalarına konu olan bireylerin şirket genel müdürü gibi teşebbüste üst düzey görev yapan kişiler olduğu görülmektedir. Örneğin, değişik tarih ve olaylarda, şirketin genel müdürleri (yönetim kurulu başkanları), başkan yardımcıları ve bölüm eski başkanları⁶, genel müdür yardımcıları⁷, pazarlama müdürü⁸ ve müdür yardımcıları⁹ karteğe katılımlarından ötürü sorumlu tutulmuştur.

İngiltere’de 2002 tarihli Şirketler Kanunu’nda karteğe katılan bireyler için çeşitli cezalar öngörülmektedir. Bu ülkede, 2008 yılında yürütülen kartel soruşturmasında şirket müdürü, satış müdürü ile bir danışman suçlu bulunmuştur¹⁰ (Scott 2009). Yine 2008 yılında bazı firma yöneticileri fiyat kartelindeki ilişkilerinden dolayı hüküm giymişlerdir (Holmes ve Girardet 2009, 256).

Fransız Ticaret Kanunu’nda¹¹ da karteğe katılan bireyler hakkında para ve hapis cezaları öngörülmektedir. Fransa’da kartel eylemlerinden dolayı teşebbüste üst düzey görev yapan bireylerin sorumlu tutulduğu görülmektedir. Örneğin değişik tarih ve olaylarda şirket yöneticileri¹²; şirket başkanı, başkan yardımcısı ve genel müdürü¹³, ticaret birliği başkanı¹⁴, yönetim kurulu başkan

⁵ Madde de teşebbüsler açısından da para cezası öngörülmektedir. Ancak bu bölümde (gerek ABD gerekse diğer ülkeler bakımından) ülke mevzuat ve uygulamaları ele alınırken sadece bireylere ilişkin bir değerlendirmeye gidilmiş, ceza miktarlarına ilişkin mevzuat ve uygulamalara ise çalışmanın dördüncü bölümünde yer verilmiştir.

⁶ DOJ, 6.4.2000, (202) 514-2007, TDD: (202) 514-1888,

⁷ <http://www.justice.gov/opa/pr/1998/February/081.htm.html>, T: 16.10.2009

⁸ http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/1999/2450.htm, T: 16.10.2009

⁹ http://www.usdoj.gov/atr/public/press_releases/2007/222770.htm, T:16.10.2009

¹⁰ <http://www.oft.gov.uk/news/press/2008/72-08>, T: 8.12.2009

¹¹ Code de Commerce

¹² 3.12.2008 tarihli ve 08-D-29 sayılı Fransız Rekabet Otoritesi Kararı

¹³ 3.8.2004 tarih ve 04-D-39 sayılı Fransız Rekabet Otoritesi Kararı

¹⁴ 11.3.2004 tarih ve 04-D-07 sayılı Fransız Rekabet Otoritesi Kararı

yardımcısı ve bölüm müdürü, teknik müdürü, ithalat sorumlusunu ile yönetim kurulu başkanı kartel eyleminden dolayı sorumlu tutulmuştur (Kohler 2007, 86-95).

İsrail’de de kartel eylemlerinde bulunan bireyler için yaptırım öngörülmekte (Halperin ve Sasson 2009, 115), bu ülkede kişilerin Vergi Kanunu gibi diğer kanunlardan dolayı sorumlu tutulmalarıyla rekabet hukuku hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulmaları arasında bir fark bulunmamaktadır (OECD 2005, 67). Kartel eylemlerinden sorumlu tutulan bireylerin vergi kanunlarına göre sorumluluğuna başvurulabilecek bireyler olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca İsrail’de teşebbüs yöneticilerinin ihlale yönelik sorumlulukları konusunda karine söz konusu olup teşebbüs yöneticileri ancak ihlal konusunda sorumluluklarının bulunmadığını ispat etmeleri halinde para cezasından kurtulabilmektedir (Halperin ve Sasson 2009, 115).

Yunan Kartel Yasası’nda ise, gerçek kişilerin kanunda yer alan yasak durumları ihlal etmesi halinde, bireysel yönetilen işyerlerinde girişimciye, komandit şirketlerde komanditlere, limited şirketlerde veya kooperatiflerde yöneticilere ve anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerine verilecek para cezaları düzenlenmektedir (Dannecker 2005, 345).¹⁵

Sonuç olarak, karteğe ilişkin ülke mevzuatları incelendiğinde kimi ülkelerin (örneğin Yunanistan ve İsrail) teşebbüste belli bir görevi olan kişileri karteğe katılımı nedeniyle sorumlu tuttuğu görülmektedir. Ancak gerek ABD gerekse Fransa gibi bazı ülkelerde ise karteğe katılım konusunda mevzuatlarında bireylere yönelik bir nitelendirilme yapılmamış olsa da ve hatta şirkette görevli olan sekreterin bile sorumluluğuna gidilebileceği (Hammond 2004, 12-13) ifade edilmekteyse de uygulamada karteğe katılımı ilişkin teşebbüslerde belli bir göreve sahip bireylerin (yönetim kurulu başkanı, genel müdür, bölüm müdürü vb) sorumluluğuna gidildiği görülmektedir.

1.3. KARTELLERDE YAPTIRIMIN AMACI

1.3.1. Yaptırımın Amacı

Doktrinde müeyyide (sanction), Roma Hukuku’nda “*sanctio*” olarak da nitelendirilen (Güriz 2009, 46)¹⁶ yaptırım kavramını Gözler (2008, 251); “*Bir hukuk kuralının ihlaline tepki olarak gösterilen ve hukuk düzeni tarafından öngörülen cebir*” olarak tanımlamaktadır.

¹⁵ Türkiye’ye ilişkin bilgilere bu çalışmanın son bölümünde ayrıntılı olarak yer verilecektir.

¹⁶ Güriz’e göre yaptırım, bir kuralın öngördüğü cezayı veya sözü geçen kuralın ihlali halinde uygulanacak zorlamayı ifade etmektedir (2009, 46).

Yukarıdaki tanımdan da anlaşılacağı üzere “yaptırım” bütün tedbirleri kapsayan genel bir ifadedir. Bu bağlamda yaptırım, kamu hukukunun (idari veya adli) konusu olabileceği gibi (ceza vb.) özel hukukun da (tazminat vb) konusu olabilecektir. Kartele ilişkin yaptırımlara ilişkin olarak ise adli nitelikteki yaptırımlar ile idari nitelikteki yaptırımlar bu çalışmada ele alınacağından, idari yaptırımlar ile adli nitelikte yaptırımların açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Uyuşmazlık Mahkemesi 8.5.1998 tarih, 1998/12 sayılı Kararı’nda idari yaptırımları “*kamu düzeninin sağlanması ve korunması, görev ve yükümlülüklerinin yerine getirilmesini sağlama amacına yönelik yaptırımlar*” olarak tanımlamıştır (Oğurlu 2001, 39). İdari yaptırımların amacı ise kişilerin idare karşısındaki borç ve yükümlülüklerini yerine getirmelerini hatırlatmak ve böylece idari düzeni sağlamaktır (Günday 1997, 162)¹⁷.

İdari yaptırımlardan farklı olarak yargı kararını gerektiren adli yaptırımlara dar anlamda “ceza” adı verilmektedir¹⁸. Toroslu (2009, 273) cezayı, “*Kanun tarafından öngörülen ve adli makamlar tarafından ceza muhakemesi adı verilen işlemler bütününe göre kanunun bir emrini ihlal eden kişiye verilen acı*” olarak tanımlamaktadır. Doktrine göre cezanın üç amacı söz konusudur: Öçalma, ıslah ve caydırıcılık (önleme). Öçalma, mağdurun intikam duygularını tatmin etmeyi amaçlamaktadır (İçel vd. 2002, 30)¹⁹. İslah; hükümlünün gerek eğitilerek gerekse cezalandırılmış olmakla duyduğu vicdan azabı sayesinde tekrar suç işlememesini içermektedir²⁰. Caydırıcılık (önleme) ise cezanın örnek olmasının veya tehdit oluşturmasının suçluluğa engel olduğu, suç işleme potansiyeli olan kişilerin cesaretini kırarak suç işlemekten caydırdığı düşüncesidir (İçel vd. 2002, 33). Cezada etki korkutmak, amaç ise (suçun işlenmesini) önlemektir. Cezanın caydırıcılığı ve suçlunun topluma uyum sağlayabilmesi, başka bir deyişle,

¹⁷ Oğurlu (2001, 38) idari yaptırımların amacını, bazı hafif ihlallerin suç olmaktan çıkarılarak mahkemelerin iş yükünün azaltılması ve yaptırımların en kısa sürede uygulanmasıyla etkinliklerinin artırılması olarak belirtmektedir

¹⁸ İdari yaptırımlar için de “ceza” kavramı kullanılmıyorsa da “ceza” deyince ilk akla gelen adli yaptırımlardır.

¹⁹ “Böylece suç nedeniyle mağdurda ve toplumda meydana gelen hınç, öfke suçlunun cezalandırılmasıyla tatmin edilmiş olur. Bu anlayışa göre ceza, önceleri bireye ait olan öç alma hakkının devlete geçmesini ve onun tarafından kullanılmasını ifade eder” (Dönmezer ve Erman 1999, 559).

²⁰ “Ceza, ona çarpılan suçluyu “ıslah” suretiyle yeniden suç işlemesine engel olmalıdır. Suçlu sadece işlediği suç nedeniyle cezalandırılmaz. İlerde suç işlemesini engel olmak için cezalandırılır. Bunun için de mahkûmun ıslah edilmesi lazımdır. Hükümlü ıslah edilince derhal salıverilmelidir” (Erem vd. 1997, 680).

²¹ Alman Ceza ve Ceza İnfaz Hukuku’nda cezanın amacı suçlunun ıslah edilmesi ve topluma yeniden kazandırılmasıdır.

http://berlin.be.mfa.gov.tr/images/TemsilcilikOzel/ic1qsx45qk5va3mlfyymh55Hukuk%20Rehber_i.pdf, T: 24.9.2009

topluma yeniden kazandırılması, ceza politikasının temel ilkesini oluşturur (Saban, 472).

1.3.2. Kartellerde Yaptırımın Amaçları

İdari ve adli yaptırımların amacına yukarıda genel olarak değinilmiştir. Rekabet hukuku açısından ise yaptırımın amacının caydırıcılık, bir diğer deyişle rekabet ihlallerini önlemek olduğu genel olarak kabul edilmektedir (Arı 2006, 5).

Caydırıcılığın iki etkisi bulunmaktadır. Bunlardan ilki kartel eylemine katılan bireyin yaptırımın etkileri (ıstırap, malvarlığı kaybı vb.) ile tekrar kartel faaliyetine katılmasının engellenmesidir (özel caydırıcılık). Bir diğeri ise, yaptırımın varlığını bilen ve daha önce kartel oluşumuna katılan bireylerin bu eylemden dolayı maruz kaldıkları yaptırımın olumsuz etkilerini gözlemleyen bireyin kartel oluşumuna katılmaktan vazgeçmesidir (genel caydırıcılık)²². Rekabet Kurumu tarafından yayımlanan “*Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik*”in Genel Gereğesi’nde para cezalarının özel ve genel caydırıcılığı sağlayacak nitelikte olması; özel caydırıcılığın, cezaya muhatap teşebbüslerin, Kanunu ihlal etmesini önlemek; genel caydırıcılığın ise Kanunu ihlal etmesi muhtemel olan veya halen ortaya çıkarılmamış bir ihlali sürdüren teşebbüslerin caydırılması olduğu ifade edilmektedir.

Rosochowicz (2004, 753), caydırıcılık bağlamında Bentham, Mill ve Beccaria’nın liderliğini yaptığı Faydacılık Teorisi’nin (*utilitarian*) rekabet hukuku açısından temel unsur teşkil edebileceğini ifade etmektedir. Teoriye göre cezalandırmanın esasını, toplumdaki kişileri suç işlemekten caydırmak oluşturmaktadır; cezalandırma ile ihlalin topluma olan maliyetlerinin kaldırılması ve gelecekte işlenebilecek suçların engellenmesi amaçlanmaktadır (Aygün 2008, 3). Nihayetinde teori (model), tüm topluma fayda sağlaması için bir bireyin cezalandırılması düşüncesini desteklemektedir²³. OECD (1998, 3), üye ülkelere kartelleri etkin biçimde durdurmasını ve caydırmasını sağlamak için “*firmaları ve bireyleri* bu türlü kartellerde yer almaktan caydıracak kadar yeterli türde ve düzeyde etkin yaptırımlar” temin etmelerini tavsiye ederek bireylere karşı yaptırımların önemini vurgulamaktadır.

²² Arı (2006, 5)’ya göre RKHK’yı ihlal edene uygulanacak yaptırımın iki tür caydırıcılığı sağlaması gerekir. Bunlardan ilki, yasayı ihlal eden kişi veya teşebbüsün, aynı veya benzer fiili işlemlerini önlemek (özel caydırıcılık), diğeri ve daha önemli olanı ise başkalarının aynı veya benzer fiili işlemlerini önlemektir (genel caydırıcılık). Genel caydırıcılık önemlidir zira tüm ihlallerin takibinin ortaya çıkarılması ve cezalandırılması muhtemelen topluma katlanılması imkansız bir maliyet yükleyecektir. Bunun yerine ortaya çıkarılan ihlallerin uygun yaptırımlarla cezalandırılması yoluyla topluma örnek gösterilmesi çok daha makul bir çözümdür.

²³ “Bu model altında suçların cezalandırılması suç işleme sıklığında azalma sağlıyor ise haklı olabilecektir” (Rosochowicz 2004, 753).

Yukarıda yer verilen bilgilerden kartellere karşı yaptırımın amacının caydırıcılık olduğu anlaşılmaktadır. Caydırıcılığın nasıl sağlanacağına yönelik ise “ekonomik yaklaşım” ve “etkili yaptırım” ile “yaptırımın uygulanabilir olması” görüşleri bulunmaktadır.

1.3.2.1. Caydırıcılık İçin Ekonomik Yaklaşım

Kartel, ekonomik bir faaliyettir²⁴. Kartellerde bireylere uygulanacak yaptırımın amacı olan caydırıcılığın sağlanması için söylemlerden ilki ekonomik yaklaşımdır. Ekonomik yaklaşımda suç fiili, diğer ekonomik faaliyetler gibi değerlendirilmektedir. Kişinin davranışlarının, ekonomik unsurlarla gerçek hayat arasındaki ilişkilere bağlı olduğu kabul edilir ve bu ilişkiler kullanılarak bir model oluşturulur (Akkuş 2003, 4-5). Modelin parametrelerinin değerlerini belirlemek için de ekonomik analize başvurulmaktadır (Dursun 1997, 1). Literatürde ekonomik modelin temel varsayımı, suçlu bireyin suçu işlemesi için yasa dışı davranışın sağlayacağı faydanın, bunun maliyetinden fazla olması gerekmektedir (Akkuş 2003, 4-5).

Ekonomik yaklaşım alanında ilk çalışma Gary Becker’in 1968 yılında yayımladığı “*Suç ve Ceza: Ekonomik Yaklaşım*” adlı makaledir. Becker (1968, 170), makalenin temel amacının bir kanunun uygulanmasında hangi kaynağın ne kadar kullanılacağı ve cezalandırmanın nasıl yapılacağı olduğunu ifade etmiştir. Becker’e göre suç, iktisadi bir olaydır ve yazar bu amaçla trafik ihlalleri, cinayet, hırsızlık, saldırı, vergi kaçırma vb. ihlallerini iktisadi açıdan ele almıştır (1968, 170). Nasıl ki teşebbüsler açısından fayda-maliyet analizi karar vermede önemli bir etken ise ihlalde bulunacak her birey de fayda-maliyet analizi yaparak ihlalde bulunup bulunmama yönünde karara varmaktadır²⁵. Yani ihlalde bulunarak elde edeceği faydaların, yakalanma riskinden doğan maliyetten fazla olup olmayacağına bakmakta ve ona göre karar vermektedir. Şayet suçu işleme sonucunda elde edeceği fayda, yakalanma riskinin gerçekleşmesi halinde katlanacağı maliyetten (alacağı ceza, yargılama masrafları vb.) fazla ise kararı

²⁴ “Ekonomik alanda rasyonellik, her şeyden önce finansaldır. Piyasa hukukunda rasyonellik, yasadışı davranıştan beklenen fayda ile mağdurlar (diğer operatörler, tüketiciler) tarafından katlanılan toplam zarar arasındaki fonksiyondur” (Parleani 2008, 5).

²⁵ “Gary Becker, tüm insan davranışlarının kârlar ve maliyetler arasındaki rasyonel bir hesaplamının konusu olabileceğine ilişkin bir düşünce geliştirmiştir. Cezai alanda varsayım, bir suç işleyen bir kişinin, bu zamanını diğer faaliyetlerde kullanarak elde edeceği yarardan daha üstün olması durumunda bu suçu işleyeceğine dayanmaktadır. Ölçülebilir bazı parametreler istatistiki olarak bir araya getirilebilir: Tahmin edilen gelire karşı ceza miktarı; ortaya çıkarılma olasılığına karşı cezalandırılmayan suçların sayısı. Açık ki, ortaya çıkarılma olasılığı ne kadar yüksekse ve ceza miktarı ne kadar yüksekse cezalandırılmayan her suç da o oranda fazla gelir getirmelidir. Belli bir risk eşliğinden sonra, yasalara uymamak irrasyonel olmaktadır” (Parleani 2008, 4).

suçu işleme yönünde olacaktır²⁶. Bu nedenle suçun önlenmesi için suçun neticesinde katlanılacak maliyetlerin suçun işlenmesinden elde edilecek faydadan büyük olması gerekmektedir. Ancak, bu tek başına yeterli değildir. “Örneğin, 1.000 \$’lık kazanç sağlayan bir suçun caydırılabilmesi için bunun biraz üzerinde bir ceza verilmesi yeterli olmamaktadır. Çünkü rasyonel düşünen suçlu sadece cezayı değil, suçu işlediği zaman yakalanma ve ceza görme olasılığını da hesaba katacaktır” (Türkan 2009, 517). Bundan hareketle Calvani (2004, 7), cezanın caydırıcı olabilmesini “*kartelin devamı süresince topluma verilen zarar x yakalanma olasılığı*” formülüne bağlamıştır. Örneğin yakalanma ve ceza görme olasılığı %10 ise, suçlu verilen cezayı onda bir oranındaymış gibi algılayacağı için bu suçluyu cezalandırabilmek için ceza miktarının kazancının en az on katı olması gerekmektedir (Türkan 2009, 517)²⁷.

Kohler (2007, 23)’e göre teşebbüslerin, rekabete aykırı uygulamaları yürürlüğe koymada maliyet-fayda açısından stratejiler geliştirmeleri kuvvetle muhtemel olup teşebbüsler, uygulamayı düşündükleri yasa dışı eylemler ve elde edecekleri muhtemel kazanç ile rekabet otoriteleri tarafından yakalanmaları durumunda muhtemelen ödemek zorunda kalacakları parasal yaptırımları hesaplamaktadırlar. Kartel üyesi kişiler için ise fayda, kartel nedeniyle elde edilecek kârın bölüşülmesi nedeniyle refah düzeyinin yükselmesi, kariyer vb. iken, maliyet ise maruz kalınacak para cezası nedeniyle refah kaybı, alınacak hapis cezası ile hürriyetinden bir süreliğine mahkûm kalmak ve toplamda kariyer kaybı nedeniyle iş dünyasında yer edinmekte yaşanan güçlüklerdir.

Yukarıda yer verilen açıklamalardan da görüleceği üzere ekonomik yaklaşımın caydırıcı nitelikteki bir yaptırımın rasyonel bir bireyi kartel oluşumuna katılmaktan vazgeçirebileceğini iddia ettiği anlaşılmaktadır. Caydırıcılık için ise yaptırımın maliyetinin bireyin kartel ile elde edeceği faydadan fazla olması ve yakalanma olasılığının dikkate alınması gerekmektedir. Bu açıdan caydırıcılığın sağlanmasının etkili yaptırıma ve yaptırımın uygulanmasına bağlı olduğu ifade edilmektedir.

1.3.2.2. Caydırıcılık İçin Etkili Yaptırım

Bu kavramın temelinde niceliksel olarak yaptırımın ağır olmasının bireyleri kartel oluşumuna katılmaktan vazgeçireceği düşüncesi bulunmaktadır. Uygulanan yaptırımın etkili bir yaptırım olması gerektiği Danıştay tarafından da

²⁶ Söz konusu teoride bireyin rasyonel davranacağını dikkate alınarak bu tür değerlendirmelerde bulunulmuştur. Oysa Türkan (2009, 519)’ın da ifade ettiği gibi “*rekabet hukukunda para cezalarının uygulanmasına ilişkin bir diğer sorun, irrasyonel suçlu sorunudur. İrrasyonel suçlu, suç sayılan fiili işlerken fayda-maliyet analizi yapmayan, dolayısı ile maliyetleri nispeten çok yüksek olsa da suç işleyebilen kişilerdir*”.

²⁷ Yani $1000 \times 10 = 10.000$.

kabul edilmektedir. Örneğin Rekabet Kurulu, 9.3.2006 tarih, 06-18/212-53 sayılı Kararı'nda Antalya ilinde faaliyet gösteren bir eczanenin faaliyetlerini zorlaştırdığı gerekçesiyle üç ecza deposuna asgari para cezasına hükmetmiştir. Danıştay 13. Dairesi, 25.3.2008 tarih, K:2008/3356 sayılı Kararı'nda Kurul'un takdir yetkisi kullanılırken, ilgili teşebbüslerin piyasadaki gücünün, kasıtlı hareketlerinin, uğranan zararın, **cezaların caydırıcılığının ve etkinliğinin** dikkate alınarak ceza tayin edilmesi gerektiğini ifade ederek anılan Karar'ın asgari para cezası uygulanması kısmını bozmuştur.

Kekevi (2008, vii)'ye göre “*kartellerle mücadelede başarı sağlanamamasına, kimi Kurul üyelerinin karşı oy yazularında caydırıcılıktan uzak şekilde nitelendirilen cezalar vermesi başta olmak üzere, çeşitli kararlarıyla Rekabet Kurulu da etkide bulunmuştur*”. Kekevi'nin bahsetmiş olduğu karşı oy yazısında Kurul Üyesi Prof. Dr. Nurettin Kaldırım; rekabeti ihlal ettiklerine hükmedilen diğer teşebbüsler için verilen binde yarım, binde bir gibi çok düşük cezaların, ihlalin sürekliliği ve doğurduğu diğer olumsuzluklar göz önüne alındığında, adil ve caydırıcı olmaktan uzak olduğunu ifade etmiştir²⁸.

Dalkır (2006, 5)'a göre; kartel uygulamalarında yetersiz cezalar ve “boş sözler” kartelin güçlenmesine neden olabileceğinden varlığı kesin olarak saptanan karteller, yasanın elverdiği en ağır şekilde cezalandırılmalıdır. OECD (2002, 3) ve ICN (2005, 51) raporlarında “etkili yaptırım”ın potansiyel kartel üyelerini, karteli oluşturmaktan; karteli oluşturanları da bunun tekrardan caydıracağı ifade edilmektedir. OECD (2002, 13)'nin söz konusu raporunda caydırıcılığın sağlanmasının kartelden elde edilen kârın geri alınması halinde mümkün olabileceği ifade edilmektedir.

Doktrinde ceza miktarının belirlenmesi amacıyla OECD'nin bu görüşüne paralel olarak kartelden elde edilen kârın dikkate alınmasını savunanların yanı sıra, kartel nedeniyle uğranan zararların dikkate alınması gerektiğini ifade edenler de bulunmaktadır²⁹. Ancak, kartel nedeniyle elde edilecek kârın veya uğranılan zararın hesaplanmasının iktisadi bir boyutu olduğu ve hesaplanmasının güç olabileceği de unutulmamalıdır. Çalışmanın konusu kartele katılan bireyler için uygulanması gereken ceza miktarı değil, cezanın kendisidir. Bu nedenle, ceza miktarının hesaplanması konusuna burada yer verilmeyecektir.

1.3.2.3. Caydırıcılık İçin Yaptırımın Uygulanabilir Olması

Yaptırımın uygulanabilirliğinden kasıt, yaptırımın niceliği veya ağırlığından ziyade ihlalde bulunanlar üzerinde etkisi olacak biçimde

²⁸ 14.10.2005 tarih ve 05-68/958-259 sayılı Rekabet Kurulu Kararı

²⁹ Bu konudaki tartışmalar için bkz. (Arı 2006, 18-20)

uygulanabilir olmasıdır. Aksi takdirde cezanın başlı başına varlığı caydırıcılık açısından yeterli değildir. Örneğin, Beccaria (2004, 129)'ya göre caydırıcılık cezanın miktarından çok, onun uygulanabilir olması ile sağlanabilir. Yazara göre, uygulanması muhakkak az bir ceza, af veya benzer sebeplerle uygulanamayacak yüksek miktarlı bir cezadan daha caydırıcı olacaktır.

Ayrıca, cezaların uygulanamamasının af dışında bir başka sebebi ise cezaya hükmeden makamın maddi ve usul hataları yapması sebebiyle kararın yüksek mahkeme tarafından bozulmasıdır. Bu nedenle ceza kararlarının etkinliğini arttırmak amacıyla tüm süreçlerde titizlikle davranılması gerektiği söylenebilir. Bu husus yüksek mahkemeler açısından da geçerlidir³⁰.

³⁰ Nitekim İnan (2007, 164), Rekabet Kurumu'nun 10. Yıl Sempozyumu'nda şunları dile getirmiştir: “İşe acımasız eleştirisel açıdan bakacak olsam, bir top oyununa benzetiyoruz. Rekabet Kurumunun kararı, -top olarak düşünün- Danıştay'a gidiyor. Danıştay, Rekabet Kurumunun hiç beklemediği bir şekilde, -koca bir de saha düşünün- bu topu sahanın öbür ucuna atıyor. Rekabet Kurulu gidiyor, oradan o topu alıyor, Danıştay'a atacak yerde, o da üçüncü uca atıyor. Danıştay'ın verdiği her karar Rekabet Kurumunu, tabir yerindeyse, şaşırtıyor. Bununla kalınmıyor; Rekabet Kurumunun da yaptığı usul yanlışlığını düzeltmek için yaptığı eylem de bu sefer Danıştay'ı şaşırtıyor. Bir ortak yönde anlaşma meselesi bir hayli zor olacak ve yıllarca sürecektir. 97 Aralık'ından beri fiilen avukatlık yapıyorum. Ben, iyi bir hukukçu olduğuma inanan bir insanımdır. Danıştay'ın ortaya çıkardığı usul hatalarının yarıya yakını hiç aklıma bile gelmemişti ve tabirimi mazur görün, pek de mantıklı görmedim. Buna karşılık, Danıştay kararı herkesi bağlar. Rekabet Kurumunun bu kararlara karşı bulduğu çözüm yolu da aynı ölçüde mantıksız geldi bana, aynı. Demek ki, top gidip geliyor. Bunun çözümlenmesi zaman alacak.”

BÖLÜM 2

BİREYLERE YAPTIRIM UYGULANMALI MIDIR?

Bu bölümde kartele katılan bireylere yaptırım uygulanmasının gerekli olup olmadığı incelenecektir.

2.1. BİREYLERE YAPTIRIM UYGULANMAMASI GEREKTİĞİ GÖRÜŞÜ

Kartele katılan teşebbüslere yaptırım uygulanmasının yeterli olduğu, bireylere bu anlamda yaptırım uygulanmaması gerektiği ifade edilmektedir. Bu görüşün iki temel gerekçesi vardır.

İlk gerekçe kartel eylemlerinden teşebbüslerin sorumlu olduğudur. Kartel eylemi çoğu zaman tüzel kişilik sıfatını haiz teşebbüsler tarafından gerçekleştirilmektedir³¹. Tüzel kişilik üzerine ortaya atılan görüşlerden biri “Gerçeklik Teorisi”dir. Söz konusu teoriye göre tüzel kişiler, kendilerini oluşturan gerçek kişilerin dışında ve üstünde kendilerine özgü, bağımsız ve kolektif bir iradeye sahiptir. Organ kişilerin iradeleri gerçekte tüzel kişilerin iradesidir. Tüzel kişinin organ ve temsilcilerinin yaptığı eylem ve işlemler doğrudan tüzel kişiyi bağlar (Özen 2003, 65). Bu görüşe göre tüzel kişiler fiktif bir varlık değil, hukuki bir gerçeklik oluşturdıklarından mensuplarından ayrı, kendine özgü kolektif bir iradeye sahiptir (Kangal 2003, 147). Kartel eylemi de yukarıda ifade edildiği gibi çoğu zaman tüzel kişilik sıfatına haiz teşebbüsler tarafından gerçekleştirilmektedir. Gerçeklik teorisinin kabulü halinde ihlali gerçekleştiren; tüzel kişilik çatısı altında görev alan bireyler değil, tüzel kişinin

³¹ RKHK'nın “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinde teşebbüs, “piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birim” olarak tanımlanmıştır. Tanımdan da anlaşılacağı üzere tüzel kişiler dışında tanımdaki şartları yerine getiren ve tüzel kişiliği bulunmayan ekonomik birimler ile gerçek kişiler de teşebbüs sayılmaktadır. Ancak, Rekabet Kurulu'nun kartele ilişkin vermiş olduğu kararlar incelendiğinde genel olarak bu eylemin tüzel kişiliği haiz ticari şirketler tarafından gerçekleştirildiği görülmektedir.

kendisi olacak, dolayısıyla bireylere değil sadece teşebbüslere yaptırım uygulanabilecektir³².

Bireylere yaptırım uygulanmaması gerektiğine yönelik bir diğer gerekçe de bireylere uygulanacak yaptırımların kamu için bir maliyet teşkil edeceği, teşebbüs içi kontrol veya denetim mekanizmaları yoluyla çalışanların eylemlerinin denetiminin teşebbüsçe sağlanabileceği ve bu yolla kamusal yaptırımların topluma getireceği maliyetlerin azaltılacağı düşüncesidir.

Kobayashi (2001, 736-737); bireylerin doğrudan cezalandırılması yerine, şirketleri dolaylı sorumluluk altına sokan bir sistemin etkin olabileceğinden bahsetmektedir. Şirketi sorumlu tutmak, hissedarların ve yöneticilerin yüksek maliyetli kamu kaynakları yerine daha düşük maliyetli özel kaynakları kullanarak çalışanlarını denetim altında tutmak için bir güdülerini olması halinde etkili olabilir (Landes ve Posner 1975). Söz konusu güdülenmeyi sağlayacak olan, bir teşebbüsün çalışanlarının davranışlarını etkin biçimde kontrol altında tutamamasından kaynaklanan maliyet olan çalışan maliyetidir (Kobayashi 2001, 736)³³. Eğer çalışanlar tarafından işlenen suçlar böyle bir çalışan maliyeti ortaya çıkarıyorsa, o zaman firmaya verilecek ceza firmanın çalışanları tarafından işlenen suçları izleme, gözleme ve engellenmesini sağlamak için bir inisiyatif sahibi olmasını temine dönük olmalıdır (Baysinger 1991, 341-342). Çalışanın davranışından ötürü kartel nedeniyle teşebbüsün ciddi miktarlarda para cezasına mahkum olması elbette teşebbüs açısından bir maliyet teşkil edecek hatta ileride değinileceği üzere anılan maliyet nedeniyle firmaların iflası gündeme gelebilecektir. Nasıl ki teşebbüsler büyük zararlara sebebiyet verdiklerinde kamuoyu genellikle sorumlu bireylerin doğrudan cezalandırılmasını istiyorsa (Polinsky ve Shavell 1993, 239) aynı şekilde, kartel nedeniyle ceza alan teşebbüs, cezada etkisi olan çalışanlarına rücu ederek teşebbüsü ciddi oranda maliyet altına sokan çalışanını işten çıkarma, aylıktan kesme vb. yöntemlerle cezalandırmak isteyecektir. Bu görüşün kabulü halinde, bireylerin kartel eyleminden ötürü teşebbüsler tarafından cezalandırılma tehdidi

³² Kobayashi (2001, 736-737) teşebbüslerin kartel eylemlerinden dolayı sorumluluğunun şirketlerin ceza yaptırımı gerektiren suç işleyemeyeceğinden veya kasta sahip olmayacağından dolayı cezai yükümlülüklerinin *respondeat superior*³² doktrinine göre belirlendiğini ifade etmektedir. Doktrine göre firma, emri altında çalışanların söz konusu işle sınırlı olmak üzere veya bundan doğan otoriteyi kullanarak işledikleri cezayı gerektiren eylemlerinden sorumlu olmakta, bu eylemler firmanın politikalarına aykırı olsa veya firma sahiplerinin bilgisi ve rızası olmaksızın yapılsa bile durum değişmemektedir

³³ “Firmalara uygulanacak optimum yaptırım miktarını belirlerken sorulması gereken soru, ilgili firmanın çalışanlarının suç işlemesini denetleme ve engellemeye yöneltmesi için ne kadar dolaylı cezai yaptırım uygulanması gerektiğidir. Optimal ceza teorisine göre bunun cevabı, şirketin suçun sosyal maliyeti – fark edilmeme ihtimali kadar olmalıdır. Bunun üzerindeki bir ceza denetim ve yaptırımı uymanın özel getirisinin sosyal getiriden daha yüksek olmasını sağlar” (Kobayashi 2001, 736).

ile karşı karşıya kalması, hem bireyleri kartel eylemine katılmaktan caydıracak hem de kartel neticesinde bireyin teşebbüs tarafından cezalandırılıyor olması kamu kaynaklarının bu amaçla kullanılmasından doğacak maliyetleri ortadan kaldıracaktır.

Kartel eyleminin kendini oluşturan üyelerin iradesinden bağımsız bir şekilde teşebbüsler tarafından gerçekleştirildiği, dolayısı ile kartelden sadece teşebbüsün sorumlu olacağı görüşü ile teşebbüs içi denetim mekanizmaları yoluyla çalışanların eylemlerinin denetiminin teşebbüsçe sağlanabileceği ve bu yolla kamusal yaptırımların maliyetlerinin azaltılacağı görüşü kendi içlerinde haklı bazı gerekçeler barındırmakla birlikte, bu görüşlere aşağıda yer verilen gerekçeler çerçevesinde katılmak mümkün gözükmemektedir.

2.2. BİREYLERE YAPTIRIM UYGULANMASI GEREKTİĞİ GÖRÜŞÜ

Kartele katılan teşebbüslere yaptırım uygulanmasının yeterli olmadığı, bu nedenle bireylere de yaptırım uygulanması gerektiği konusunda yer verilen görüşler şunlardır:

2.2.1. Kartellerden Bireylerin de Sorumlu Olduğu Görüşü

Hatırlanacağı üzere tüzel kişilik üzerine ortaya atılan görüşlerden biri olan “Gerçeklik Teorisi”ne göre tüzel kişilerin kendilerini oluşturan bireylerden bağımsız ve üst bir iradeye sahip oldukları ve bu nedenle de eylemlerinden bizzat sorumlu oldukları yukarıda ifade edilmiştir. Tüzel kişilik üzerine ortaya atılan bir diğer görüş ise “Farazilik (Fiksyon-Soyutlama) Teorisi”dir. Teoriye göre tüzel kişiler, hukuk dünyasında (organ kişi olan) temsilcileri aracılığıyla eylemlerini gerçekleştirdikleri için bağımsız iradeleri mevcut değildir. Bu itibarla ihlali oluşturan fiil, tüzel kişinin organ kişisi olan gerçek kişilerin ürünüdür ve sorumluluk da ihlali gerçekleştiren bu konumdaki gerçek kişilere aittir (Özen 2003, 65). Rens’in³⁴ de ifade ettiği gibi “*tüzel kişiler robottur*”.

Karteller de soyut olarak ortaya çıkmamakta, şirketler adına hareket eden bireyler tarafından gerçekleştirilmektedir (OECD 2005, 16). Bu bağlamda teşebbüsler, gerçek kişiler olan temsilcileri vasıtasıyla kartel eylemine katılırlar (ICN 2008, 11)³⁵. Gerçekten de teşebbüsler soyut varlıklardır. Ancak sahip oldukları yetkili organlar, hukuki işlemleri ve diğer fiilleriyle tüzel kişiyi borç altına sokar (Zapata 2005, 71). Teşebbüsün sahip olduğu organlar ise bireylerden oluşmakta ve bu bireylerin aldığı kararlar doğrultusunda teşebbüs, lehine haklara

³⁴ <http://www.unige.ch/sebes/textes/1993/93IRens.html#suite32>, T:16.11.2009

³⁵ Barnett (2009, 1)’e göre de şirketler, kartel suçlarını şirket çalışanları aracılığıyla işlemektedir.

ve aleyhine borçlara sahip olmaktadır. Özetle, kartel somut olarak teşebbüs tarafından değil, teşebbüs adına yönetici veya çalışan konumundaki bireyler tarafından gerçekleştirilmektedir. Bu bağlamda sadece teşebbüse yaptırım uygulanması ve teşebbüs yönetici veya çalışanına yaptırım uygulanmaması söz konusu kişilerin keyfi davranışına sebebiyet verebilecektir. Kamuya karşı sorumluluğun sadece teşebbüste olduğu, bireyler için sadece işten atılma veya aylıktan kesme gibi yaptırımların var olduğu bir sistemde, kartelden elde edilen kazancın büyüklüğü de dikkate alındığında kartele katılım konusunda bireyler açısından caydırıcı değil, teşvik edici bir sonuç doğuracaktır³⁶.

Sorumluluğun teşebbüste mi olduğu yoksa yönetici veya çalışanlarınca da paylaşılması mı gerektiği hususu özel mülkiyet teorisiyle de benzerlik göstermektedir. Hanke (1985, 4); Adam Smith'in özel mülkiyet haklarını konu edinen "*Milletlerin Zenginliği*" adlı eserinde dile getirdiği "*hükümdar ve tacirden daha çok birbirine benzemez, bağdaşmaz hiçbir karakter yoktur*" ifadesine atıfta bulunarak, Smith'in insanların diğer insanların malvarlıklarını kendilerinkinden çok daha fazla müsrifçe harcamakta olduğunu gözlemlediğini ifade etmektedir. Bu durumda teşebbüs çalışanı veya yöneticisi doğrudan sorumluluğu olmadığı bir konuda teşebbüs adına keyfi hareket edebilecektir.

Hukuk düzenimizde teşebbüslerin yanında bireylere sorumluluk yükleyen kanunlar bulunmaktadır. Örneğin, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 10. ve 333. maddelerinde tüzel kişilerin mükellef veya vergi sorumlusu olmaları halinde bunlara düşen ödevlerin kanuni temsilciler tarafından yerine getirileceği; 359. madde de yazılı fiillerin işlenmesi halinde 359. ve 360. maddelerde öngörülen cezaların, bu fiilleri işleyenler hakkında hükmolunacağı belirtilmiştir. Kanun'un 359. ve 360. maddelerinde belirtilen eylemler için çeşitli süreler dahilinde hapis cezasına hükmolunacağı ifade edilmektedir. Yine 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda tüzel kişiliği haiz banka yönetim kurulu üyeleri için de sorumluluk esasları düzenlenmektedir (Poroy vd. 2003, 353-355). Sonuç olarak, kamuyu ilgilendiren hususlarda tüzel kişilikle birlikte yönetici, çalışan, temsilci vs. konumundaki gerçek kişilere de sorumluluk yüklendiği ve bu konuda bireylerin de yaptırımlara tabi tutulduğu görülmektedir.

2.2.2. Teşebbüslerin İç Denetimlerinin Yeterli Olmayabileceği Görüşü

Yukarıda bireylere uygulanacak yaptırımların kamu için ayrı bir maliyet gerektirdiği, bireylere şirket içi kontrol ve denetim mekanizmaları ile kamusal

³⁶ Her ne kadar kartel eylemlerinden elde edilen kâr, doğrudan teşebbüsün kasasına gidiyorsa da teşebbüsün kârlılığının artması nedeniyle bireyler de prim, ikramiye, maaş artışı, sahip oldukları teşebbüs hisselerinin değerlendirilmesi vb. yollarla dolaylı olarak kâr elde etmektedirler.

maliyet yaratılmaksızın aynı amaca ulaşılacağı ifade edilmiştir. Ancak, şirketler, kanuna riayet etme noktasında iyi niyetli olsalar bile zaman zaman çalışanlarının faaliyetlerinden haberdar olamayabilmektedir (Kekevi 2008. 87). Hammond (2001a, 4) “Lysine” kartelini kast ederek, bazı yöneticilerin ceza gerektiren faaliyetleri hakkında bağlı bulunduğu şirketin hukuk müşavirliğinin bilgi edinmemesi için her önlemini alacak kadar ileri gidebileceğini ifade etmektedir. Hammond (2001a, 4) ayrıca, vitamin karteline atıfta bulunarak, kartellerin genellikle üst düzey yöneticiler tarafından gerçekleştirildiği ve bu yöneticilerin aslında yoğun bir biçimde antitröst uyum danışmanlığı eğitimi almış ve firmanın antitröst uyum programlarında önemli görevler üstlenmiş kimseler olduklarından bahsetmektedir³⁷.

Teşebbüslerin iç denetimlerinin yeterli olmayabileceğine ilişkin bir diğer gerekçe de şirketlerin çalışanlarını denetlemesinin çok zor olduğudur (Calvani 2004, 10)³⁸. OECD (2005, 17)’ye göre hisse sahiplerinin yönetimi kontrol etme kabiliyetleri hisselerin ne kadar kişinin elinde olduğu ile alakalıdır. Örneğin teşebbüsün ortaklarının sayısının artması ile ters orantılı olarak ortakların şirketi denetleme imkanı azalacaktır. Üstelik firmalar, çalışanlarına yaptırım uygulamak konusunda sınırlı kapasiteleri nedeniyle çalışanlarını disipline etme konusunda yeterince ikna edici olamayabilir (Polinsky ve Shavell 1993, 240). Örneğin çalışanını işten atma tehdidinin etkisi çalışanlarının iş alternatiflerinin kısıtlılığı ile, çalışanlarına yönelik dava açma tehdidinin etkisi ise çalışanlarının malvarlığı ile sınırlıdır.

Firmaların çalışanları üzerinde denetim ve kontrol imkanlarının varlığı aynı zamanda bu konuda teknik imkanlara sahip olmayı da gerektirebilir. Söz konusu teknik imkanlara sahip olmak hem firmalar açısından ayrı bir maliyet

³⁷ Ayrıca Hammond (2001a, 4), La Roche, şirketinin sitrik asit karteline katılımı dolayısı ile suçlu bulunup ceza öderken bile vitamin karteline devam ettiğini çarpıcı bir biçimde vurgulamaktadır. “Kartel üyeleri yalnızca müşterileri ve kanun uygulayıcıları küçümsemekle kalmayıp bazıları onları ve şirketlerini kanuni tedbirlerden korumak amacıyla getirilmiş şirket kurallarına bile karşı gelmektedirler”.

³⁸ “Yöneticiler kendi stratejilerini daha iyi gerçekleştirmek için iki bağımsızlık derecesinden yararlanabilecektir. Bunlar, asimetrik bilgi ve ahlaki tehlikedir. Diğer bir deyişle, bilgilerin bir kısmını kendilerinden saklayan hissedarlar yüzünden yöneticiler, teşebbüsün faaliyetlerini optimal olmayan bir şekilde geliştireceklerdir. Bu, yeni pazar payları elde etmek ve böylece şirketin karını dolayısıyla gelirlerini artırmak amacıyla rekabete aykırı uygulamaların gerçekleşmesi örneğiyle somutlaştırılabilir. Hissedarlara ödenen temettülerin daha fazla olması boşuna değildir. Zira hissedarlardan habersizce, yöneticiler firmanın gelişiminde ödenmemiş nakit akımlarını yatırıma dönüştürmek için hissedarlara temettülerin gecikmeli olarak ödenmesine devam ederek bandajlama stratejisini uygulayacaklar. Bu nedenle nakit akımları rekabete aykırı uygulamaları finanse etmek için kullanılabilir. Bu nedenlerle, rekabet otoritelerince uygulanan önemli para cezası tehdidine rağmen, suçlu olan gerçek kişiler değil de teşebbüsün kendisi cezalandırıldığından, teşebbüslerin kendi yöneticilerinin faaliyetlerini kontrol etmekte zorlandıkları açıktır” (Berle ve Means / zikr. Kohler 2007, 26-27).

teşkil etmekte, hem de bu imkanların varlığı çalışanların ruh sağlığı açısından olumsuz etkilere neden olabilmektedir. Calkins (1997, 60)'e göre firmalar işten çıkarma dışında çalışanlar üzerinde denetimi ve kontrolü sağlamak açısından gözetleme, tetkik vb. imkanlar kullanmakta, ancak bu uygulama sadece maddi anlamda değil, firmada itimatsızlık tohumları ekebileceğinden manevi anlamda da maliyetli olmaktadır.

Teşebbüslerin kendi çalışanlarına yaptırım uygulamasına yönelik yaşanabilecek bir diğer sorun; bir rekabet suçunun tespit edilmesi ve işleme alınması arasında önemli bir zaman aralığının bulunması ve çalışan yöneticilerin bu süre zarfında işten ayrılmış olabilesidir (Wils 2001, 20). ABD'de fiyat kartellerinin ortalama ömrünün altı yıl olduğu tespit edilmiştir (Werden ve Simon 1987, 917). Bu süre dahilinde kartele katılan yönetici veya çalışanın firmadan ayrıldığı düşünüldüğünde firmanın bu şahıs üzerinde yaptırım uygulama imkanının çok kısıtlı olacağı söylenebilecektir. Ayrıca firmalar böyle bir imkana sahip olsalar bile, görevine son vermek istedikleri çalışanları için bunu kullanmak istemeyebilir ve böylece kartele katılım, teşebbüs açısından yöneticinin işine son verebilmek için bir fırsat olarak ortaya çıkabilir (OECD 2005, 17).

Kobayashi'nin (2001, 736-737) de bahsettiği teşebbüs içi kontrol veya denetim mekanizmaları yoluyla çalışanların eylemlerinin denetiminin teşebbüsçe sağlanabileceği ve bu yolla kamusal yaptırımların topluma getireceği maliyetlerin azaltılacağı düşüncesini dikkate aldığımızda, teşebbüslerin kartel eylemine katılan yöneticilerini gerçekten cezalandırma meyillerinin olup olmayacağı sorusu da aklımıza gelebilecektir. Feinberg (1985, 379), 1980'lerin ilk yarısında bu soruyu yirmi bir kişiye sormuştur. İki kişi kesinlikle olmak üzere on dört kişi, firmaların böyle bir cezalandırma konusunda meyilleri olabileceği görüşüne katılmadığını ifade etmiş, yedi kişi de bu soruya görüş bildirmemiştir. Firmaların çalışanlarını cezalandırma konusunda meyilli olabileceklerini ifade eden bir kişinin bile olmaması ilginçtir. Ayrıca firmalar görevine son vermek istedikleri çalışanları için böyle bir kontrol ve denetim faaliyetinde bulunmak istemeyebilir ve böylece kartele katılım teşebbüs açısından yöneticinin işine son verebilmek için bir imkan sunabilir (OECD 2005, 17). Wils (2005a, 142-172)'e göre, teşebbüslere yeterince yüksek mali yaptırımların uygulanması halinde firmalar kendi üyelerini yasaya uyma konusunda teşvik edebilecektir. Zira OECD (2005, 16-17)'ye göre, teşebbüslerin çalışanları üzerinde gerekli denetimi uygulaması konusunda teşvik edici olması için teşebbüse uygulanacak para cezasının etkin ve caydırıcı nitelikte olması gerekir. Bununla birlikte genellikle teşebbüsler aleyhine hükmedilen para cezalarının caydırıcı nitelikten uzak olduğu ilerde ayrıntılı olarak açıklanmaktadır. Bu nedenle şirket, eğer bir kartelin kârlı olacağını umuyorsa -yaptırım riskine rağmen- çalışanlarını yasadışı bir kartel düzenlemesinden alıkoymada yeterli teşvike sahip olmayabilecektir.

Son olarak genelde kamu düzeninin, özelde ise ekonomik sisteme olan güvenin tesisi konusundaki yarar, bireylere yaptırım uygulanması halinde ortaya çıkabilecek maliyetten daha önemlidir. Teşebbüslerin kendi iç denetimleri ve yaptırımları yoluyla çalışanlarına yaptırım uygulamasının ve bunu hakkaniyet ölçüsünde yerine getireceğinin garantisi yoktur. Oysa kartel eylemi nedeniyle ekonomik düzene olan güvenin zedelendiği, bu eylemin sorumlularının ise teşebbüslerle birlikte teşebbüs adına hareket eden gerçek kişiler olduğu söylenebilir.

2.2.3. Caydırıcılık Açısından Bireylere Yaptırım Uygulanmasının Gerekliliği

Whelan (2007, 30), Avrupa Birliği'nin kartel eylemine katılan bireylere yaptırım uygulamayıp yalnızca teşebbüslere yaptırım uyguladığını, bu yüzden Avrupa Birliği'nin kartellere ilişkin mevzuatının yeterince caydırıcı olmadığını ifade etmektedir.

Bireysel yaptırımların insanları yasaya bağlılıklarını artırma konusundaki etkileri yadsınamayacaktır. Bu konuda Wils (2001, 25), bireysel cezaların toplumu eğitmek için bir araç olarak kullanılabilmesini, ceza mahkûmiyetinin ihlale karşı utanma duygusunun gelişmesinde ve toplumun manevi standartlarının takviyesinde anlamlı rol oynadığını ifade etmektedir. Lynch (1997, 46-47)'e göre cezalandırma mesajı, sadece caydırıcılığı etkileme girişimi yapan ahlaksız kişilere değil, aynı zamanda adalet anlayışını ve yasaya saygıyı kötü aktörleri utandırarak iyi aktörlere de sorumluluk vererek desteklemeye yöneliktir. OECD (2005, 16)'ye göre, bireylere uygulanan yaptırımlar yasa dışı davranıştan caydırılmasının yanında, kartelin araştırılmasında kullanışlı bir araç olabilecektir.

2.3. Bireylere Yaptırım Uygulanmasının Gerekliliğine İlişkin Değerlendirme

Her ne kadar teşebbüslerin tüzel kişilikleri nedeniyle kendilerini oluşturan bireylerden bağımsız iradeleri olduğu dile getirilse de, söz konusu irade bizzat bireyler tarafından oluşturulmaktadır. Ayrıca tüzel kişiliği haiz olmayan şahıs şirketlerinin mevcudiyeti ve anılan şirketlerin kartel eylemlerinden tüzel kişiliği haiz şirketler gibi sorumlu tutuldukları göz ardı edilmemelidir.

Kamu güvenliğinin tesisinin ve buna duyulan güvenin, bireyleri cezalandırmaktan doğacak olan kamu maliyetinden daha önemli olduğu söylenebilecektir. Kaldı ki kamusal maliyetlerin (harcamalarının) bir amacı da kamu güvenliğinin tesisi ve muhafazasıdır. Aksi takdirde, hırsızlık gibi pek çok

fiil için yargılama ve nihayetinde hapis cezası yerine tazminat davasıyla kamusal maliyetlerin azaltılabileceği söylenebilecektir. Şirket içi denetim mekanizmalarının her zaman sağlıklı bir biçimde işlemeyebileceği ve arzu edilen neticelerin alınmasını sağlamayacağına ilişkin bilgi ve görüşlere yukarıda yer verilmiştir.

Bireylere yaptırım uygulanmasının bir diğer gerekçesi ve caydırıcılığı sağlamanın bir diğer yolu da herkesin yaptığı davranışın sorumluluğunu üstlenmesidir. Adam Smith'in de vurguladığı gibi sorumluluğu başkasında olan bir yetki kötü niyetle kullanılmaya her zaman elverişli olacaktır. Bu nedenle, görevlerini kanuna uygun şekilde yerine getirmesinin tesisi ve teşviki amacıyla teşebbüste görev alan kişilerin eylemlerinden bizzat kendilerinin de sorumlu tutulmaları gerekmektedir.

Kartel eylemi nedeniyle hem teşebbüse hem de teşebbüsün yönetici veya çalışanlarına yaptırım uygulamak (aynı eylem nedeniyle iki farklı hukuki kişiliğe cezaya hükmetmek), acaba "non bis in idem" ilkesinin ihlali anlamına gelebilir mi sorusunu akıllara getirebilir. "Non bis in idem" ilkesinin uygulanması için, (eylemin yanı sıra) süjelerin de aynı olması gerektiğinden, hem kişiye hem de teşebbüse ceza verilmesi durumunda bu ilkeye aykırılık söz konusu olmayacaktır. AİHM, Isaksenn/Norveç davasında³⁹, sahibi olduğu sınırlı sorumlu şirket hakkında hükmedilen vergi dolandırıcılığı ve vergi ziyayı cezalarından dolayı başvuru sahibinin mahkumiyetinin AİHS'nin 7 No'lu Ek Protokolü'nün 4. maddesini⁴⁰ ihlal edip etmediğini incelemiş ve iddiaları kabul edilemez bulmuştur. Mahkeme, cezanın iki ayrı hukuki kişilik olan başvurucuya ve tüzelkişiliğe kesilmesi sebebiyle çifte ceza yasağının (non bis in idem) ihlalinin söz konusu olamayacağını ifade etmiştir (Soygüt 2006, 262).

Değişik kanunlarda (örneğin Bankacılık Kanunu ve Vergi Usul Kanunu) teşebbüsler yanında teşebbüs sorumlusu (örneğin kanuni temsilcileri) bireyler için de idari ve adli yaptırımlar öngörülmektedir. Dolayısıyla ekonomik düzene zarar verici diğer eylemlerde bireylere de yaptırım uygulanabildiği göz önüne alındığında, kartele katılan bireylere yaptırım uygulanması gerektiği

³⁹ Geir Isaeksenn/Norveç Kabul Edilebilirlik Kararı, Basvuru No. 13596/02, 2.10.2003

⁴⁰ AİHS'nin 7 No'lu Ek Protokolü'nün "Aynı suçtan iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama hakkı" başlıklı 4. maddesi: 1) Hiç kimse bir devletin ceza yargılaması usulüne ve yasaya uygun olarak kesin bir hükümle mahkum edildiği ya da beraat ettiği bir suçtan dolayı aynı devletin yargısal yetkisi altındaki yargılama usulleri çerçevesinde yeniden yargılanamaz veya mahkum edilemez.

2) Yukarıdaki fıkra hükümleri, yeni veya yakın zamanda ortaya çıkarılan delillerin veya önceki muamelelerde davanın sonucunu etkileyebilecek esaslı bir kusurun varlığı durumunda, ilgili devletin ceza yargılaması usulü ve yasasına uygun olanak davanın yeniden açılmasını engellemez.

3) Sözleşmenin 15. maddesi çerçevesinde bu madde ile denmiş olunan yükümlülüklerle aykırı hiçbir tedbir alınmaz.

söylenilecektir. Ayrıca 1982 tarihli T.C. Anayasası'nın 38. maddesinde yer verilen “*ceza sorumluluğu şahsidir*” hükmü uyarınca her birey yaptığı eylemin hukuki sonuçlarından sorumlu olacak ve teşebbüsten farklı ve şahsi olarak yaptırma tabi tutulabilecektir. Parleani (2008, 6)'nin de vurguladığı gibi “*Cezanın bireyselleştirilmesi sadece ahlaki bir gereklilik değil ayrıca caydırıcı olması için de bir gerekliliktir*”.

BÖLÜM 3

BİREYLERE UYGULANACAK YAPTIRIM TÜRLERİ

Bu bölümde kartel eylemlerine katılan bireylere uygulanabilecek yaptırım türlerinden son zamanlarda üzerinde çok durulan para cezası⁴¹ ve hürriyeti bağlayıcı cezalar (hapis cezası) ile yöneticilik yapmama cezalarına ilişkin görüşler ele alınacak, son olarak da hangi bireylere yönelik hangi cezanın uygulanması gerektiği yönünde değerlendirmelere yer verilecektir.

3.1. PARA CEZASI

Para cezaları idari ve adli nitelikte para cezaları olarak ikiye ayrılmaktadır. İdari para cezaları, idari düzene aykırılık nedeniyle, doğrudan doğruya idari mercilerce hükmedilen ve cezanın muhatabından bir miktar paranın alınmasını içermektedir (Oğurlu 2001, 90). Adli para cezası ise suç karşılığı olarak, yasada öngörülen sınırlar arasında belirlenerek, hükümlüden alınan bir miktar paranın, yasanın belirlediği yere (devlet hazinesine) ödenmesidir (Çınar, 2005, 74). Ancak, bu bölümde idari ve adli para cezası ayırımına gitmeden bireylere para cezası uygulanıp uygulanmaması gerektiği yönündeki görüşlere yer verilecektir.

⁴¹ Para ve hapis cezaları en çok uygulanan yaptırımlar olmasına rağmen farklı yargılarda pek çok farklı yaptırım türü bulunmaktadır. Örneğin, Brezilya'da mahkeme kararıyla kartel eylemine katılanlar aleyhine bir gazetede yarım sayfa olarak karar özetini yayımlama veya bu kişilerin bir fiyat (teklif) verme sürecinde yer almaya uygun görülmemesi; kartel iştirakçilerinin vadesi geçmiş federal borçlarının taksitlerle ödeme olasılığını reddetme veya vergi teşviklerinin veya kamu sübvansiyonlarının toplu veya kısmi olarak iptali gibi değişik türde idari cezalar bulunmaktadır. Fransa'da da, rekabeti desteklediği ve caydırıcılığı geliştirdiği için bir mahkemenin verdiği ihlal kararının özetinin yayımlanmasını emreden mahkeme kararları mevcuttur ve bugüne kadar artarak kullanılmıştır. (ICN 2008, 10).

3.1.1. Bireylere Para Cezası Uygulanmaması Gerektiği Görüşü

Bireylere para cezası uygulanmaması yönündeki görüşün gerekçelerden ilki, cezaların bireylerin ödeme kabiliyetini aşacağı dolayısıyla bireyler tarafından ödenemeyeceği endişesidir. Calvani (2004, 9), bireylere sorumluluğu ölçüsünde ne kadar para cezasına hükmedilmesi gerektiğinin tespitinin zor olacağını, böyle bir tespit yapılsa bile çok sayıda bireyin etkili derecede caydırıcı orandaki para cezalarını ödemesinin mümkün olmayacağını belirtmektedir. Ödeme kapasitesi sorununun ise bireylerle şirketler açısından aynı olduğu ifade edilmektedir (ICN 2005, 65). Gerçekten ileride yer verileceği üzere kartellerin ekonomiye verdikleri zararların telafisi ve caydırıcılığın sağlanması amacıyla teşebbüslere ilgili cirolarının %150'si oranında para cezası verilmesi gerektiği, böyle bir durumda şirketlerin anılan para cezasını ödeyemeyerek iflas edebileceği ifade edilmektedir. Şirketlerin bile ödemekte zorlanacağı para cezalarının bireylerin ödeme gücünü aşması da kuvvetle muhtemeldir⁴².

Bireylere para cezası uygulanmamasına yönelik görüşlerin bir diğer gerekçesi de bireyler aleyhine hükmedilen para cezalarının daha sonra bağlı buldukları teşebbüsler tarafından ödenebileceği (zararın teşebbüslerce telafi edilmesi), dolayısı ile anılan para cezalarının bireyler açısından caydırıcı bir etkiye sahip olmayacağıdır (ICN 2005, 65). Örneğin Baker (2000-2001, 705) konuya ilişkin olarak çok üst düzey bir yöneticinin kendisine “*sadece para söz konusu olduğunda şirketinin kendisini koruyabileceğini*” ifade ettiğini belirtmektedir. Baker (2000-2001, 705)'in örnek olarak sunduğu yöneticiler aleyhine hükmedilen para cezalarının, üyesi oldukları teşebbüslerce ödenmesini önlemek adına, bireylerin (yöneticilerin) para cezasından kişisel ve münhasır olarak sorumlu tutulması gerektiği, ancak, hiçbir ülkenin (kurum) yöneticilere hükmedilen para cezasının teşebbüsler tarafından telafi edilmesini (tazmin edilmesini) önleyecek bir yöntemi önermediği ifade edilmektedir (ICN 2005, 65). Örneğin Fransa'da her ne kadar para cezası bireyler için hükmedilebilse de, böyle bir para cezasını ödeyen bireyin bağlı bulunduğu teşebbüsten tazminat alması mümkündür (Assadi-Tardif ve Cohen 2009). Yine İngiltere'de, (Holmes ve Girardet 2009), Almanya'da (Rinne ve Siebert 2009), Hollanda'da (Dekker ve Belhadj 2009) bireyler aleyhine hükmedilen para cezalarının teşebbüsler tarafından ödenmesini engelleyecek mevzuat bulunmamaktadır. ABD'de de teşebbüslerin kartel soruşturmasına maruz kalan çalışanlarının mahkeme masraflarını telafi etmesi alışlagelmiş bir durum olup, telafi edilen para

⁴² Elbette ki bireylerin teşebbüslerle aynı cezayı ödemesi gerektiği burada kastedilmemektedir. Teşebbüsler aleyhine hükmedilen para cezasının belli bir oranı kadarı da bireyler aleyhine hükmedilebilmesi mümkündür. Ancak cirosunun büyüklüğü nedeniyle teşebbüsler aleyhine hükmedilen cezaların belli bir oranı bile teşebbüste görev alan bireylerin maaş, ikramiye vb. yollarla sahip olduğu gelirin üzerinde olması ihtimali kuvvetle muhtemeldir.

cezalarının teşebbüsçe mahkûmiyet sonrasında ödenip ödenmeyeceği zorunluluğu şirket sözleşmesindeki maddelere, şirket iç tüzüğüne ve şirket yasasına uygulanabilirliğine bağlıdır (Lazerwitz ve Miller 2009). Ödeme ülke mevzuatlarında yasaklanmış olsa bile bir şirket, yöneticiler için riski azaltmanın veya yok etmenin yollarını, riski telafi için avans olarak prim ödemesi veya ücretlerde artış veya diğer yasal yollara giderek çözüm bulabilir (OECD 2005, 17).

Yukarıda yer verildiği üzere para cezalarının bireylerin ödeme kabiliyetini aşacağı dolayısıyla bireyler tarafından ödenemeyeceği endişesi ile bireyler aleyhine hükmedilen para cezasının teşebbüsler tarafından ödenmesi ihtimali nedeniyle kartele katılan bireye para cezası uygulanmaması görüşüne katılmak mümkün değildir. Her ne kadar kartel nedeniyle uğranılan zararın bireyler tarafından karşılanması birçok olayda mümkün değilse de nihayetinde para cezaları bireylerin mal varlıkları üzerinde önemli tesirde bulunmakta, bu tesir de mal varlığı kısıtlı bireyler açısından caydırıcı etki yaratmaktadır. Bireyler aleyhine hükmedilen para cezalarının teşebbüsler tarafından ödenebilecek olması bireylere para cezası uygulanmamasını gerektirmemektedir. Neticede bu yolla kartel nedeniyle kamunun uğradığı zararın bir kısmı telafi edilebilecek, ayrıca bireyin maruz kaldığı para cezası teşebbüs açısından ayrı bir maliyet oluşturacağından küçük sermayeli teşebbüsler bu para cezasını ödemek istemeyebilecektir.

3.1.2. Bireylere Para Cezası Uygulanması Gerektiği Görüşü

Kartele katılan bireylere para cezası uygulanmasının gerekliliğine ilişkin çok çeşitli gerekçeler ileri sürülmektedir. Bu konudaki görüşler ana hatları ile şunlardır:

3.1.2.1. Kartellerden Bireylerin de Gelir Elde Ettiği Görüşü

Her ne kadar kartel eylemlerinden elde edilen kâr, doğrudan teşebbüsün kasasına gidiyorsa da teşebbüsün kârlılığının artması nedeniyle bireyler de prim, ikramiye, maaş artışı, sahip oldukları teşebbüs hisselerin değerlendirilmesi vb. yollarla dolaylı olarak kâr elde etmektedirler.

Bireylere yaptırım uygulanması gerekliliğine yönelik olarak Hammond (2001c, 6-7), İngiltere’de kartel üyelerine hapis cezası öngören yasa tasarısına ilişkin olarak Britanya Ticaret Odası Başkanı’nın 2.11.2001 tarihinde Financial Times’da yayımlanan mektubuna atıfta bulunmaktadır. Söz konusu mektupta Başkan, çalıştıkları şirketler yüksek kar elde ettiğinde yöneticilerin de, yönetici primleri ve kar payı yoluyla önemli düzeyde kazanç elde etmeleri sebebiyle

yöneticilerin de yaptırma tabi olmaları gerektiğini ifade etmiştir. Britanya Ticaret Odası Başkanı'nın bu görüşüne katılmamak mümkün gözükmemektedir.

3.1.2.2. Bireylere Yönelik En Etkili Yaptırımın Para Cezası Olduğu Görüşü

Kartellerde bireylere para cezası verilmesi gerektiği yönündeki görüşlerin ikincisi de bireylere karşı en etkili yaptırımın para cezası olduğudur. Becker (1968, 40) ekonomik bir perspektiften bakıldığında, hapis cezalarının ancak makul olduğunda kullanılması gerektiğini, bu alanda en etkili yaptırımın para cezası olduğunu dile getirmektedir. Posner (1980, 409) de bu konuda Becker (1968, 40) ile aynı görüşü savunmaktadır. Ancak Becker ve Posner, para cezalarının ödenmesinin mümkün olmaması halinde hapis cezalarının uygulanmasını kabul etmektedirler.

Para cezasının tahsilatının sorun yaratıp yaratmayacağına ilişkin olarak da şunlar söylenebilecektir. Cezaların tahsilâtı meselesi, uygulanacak para cezalarının meblağı ile ilgilidir. Bu nedenle, bireylere verilmesi düşünülen para cezalarının meblağı elbette kartel nedeniyle bireylerin elde etmesi muhtemel kârdan veya bireyin ödeme gücünden yüksek olmamalıdır. Tahsilât sorunu nedeniyle bireylere yaptırım uygulamaktan kaçınmak yerine bireylerin gelir düzeyi veya kartelden elde etmesi muhtemel kâr oranında para cezası uygulanması suretiyle tahsilât sorununun aşılabileceği söylenebilir. Aksi takdirde, sırf bu sebeple bireylerin yaptığı eylemler karşısında hukukun suskun kalması bireyleri firmalarından bağımsız olarak kartel anlaşması yapma konusunda teşvik edici olabilecektir.

Her ne kadar Becker (1968, 40) ve Posner (1980, 409) para cezalarının en etkili yaptırım türü olduğunu iddia etmekteyse de bu iddianın ancak ödeme kabiliyeti kısıtlı bireyler açısından geçerli olabileceği düşünülmektedir. Ödeme kabiliyeti konusunda sıkıntı yaşamayan ya da maruz kaldığı para cezasını kısa sürede telafi etme imkanına sahip bireyler açısından para cezaları caydırıcı olmayacaktır.

3.1.2.3. Teşebbüslere Caydırıcılığı Sağlayıcı Miktarda Para Cezaları Uygulamanın Mümkün Olmadığı Görüşü

Teşebbüsler, gerçek kişiler olan temsilcileri vasıtasıyla kartel eylemine katılırlar. Bu nedenle bireylere uygulanan para cezaları teşebbüslere uygulanan para cezalarını tamamlayacak ve caydırıcılığı güçlendirecektir (ICN 2008, 11)⁴³.

⁴³ Şirket yöneticileri eğer davranışın potansiyel maliyetinin beklenen getirisinden yüksek olacağını fark ederlerse kartel suçu işlemekten vazgeçeceklerdir. Brezilya, Kanada, AB ve ABD, ideal

Bireylere de para cezaları uygulanması gerekliliğine ilişkin olarak teşebbüslere uygulanan para cezalarının caydırıcılığı sağlamada yetersiz kaldığı ifade edilmektedir. Kohler (2007, 23) birçok durumda, teşebbüslere uygulanan parasal yaptırımların teşebbüslerin hukuka aykırı uygulamalarından elde ettiği kazançların ve aynı zamanda ekonomiye verilen zararların altında olacağını; bu durumda bazı teşebbüslerin, ceza miktarının hukuka aykırı uygulamalar neticesinde elde edecekleri faydanın altında olacağını tahmin ettiklerinde, birtakım rekabete aykırı uygulamalar gerçekleştirmeye kalkışabileceğini belirtmektedir⁴⁴. Kohler (2007, 23), konuya ilişkin değerlendirmesinde şu örneğe yer vermektedir:

“12 Aralık 2006'da Paris İstinaf Mahkemesi, üç telefon operatörü (Orange, SFR ve Bouygues Télécoms) aleyhine hükmedilen toplam 534 milyon Avro rekor para cezasını onadı. Para cezalarının miktarı, her operatörün ana şirketleri tarafından gerçekleştirilen ciro rakamına göre hesaplanmıştı. Haziran 2007'de Yargıtay, Rekabet Konseyi tarafından bildirilen para cezasını onadı, fakat bilgi değişimi nedeniyle anılan operatörlerinin 90 milyon Avro para cezası ile cezalandırılmasına hükmederek istinaf mahkemesinin kararını kısmen bozdu. Ancak UFC,⁴⁵ üç yıl boyunca tüketiciler tarafından katlanılan zararın 1,2 milyar Avro olacağını hesaplamaktadır. Bu son olayda teşebbüsler aleyhine hükmedilen para cezalarının, teşebbüslerin rekabete aykırı uygulamalarından elde ettikleri kazancın ve aynı zamanda rekabete ve ekonomiye verilen zararın da çok altında olduğunu ortaya çıkmaktadır. Öyleyse para cezalarının caydırıcı etkisi sorgulanabilir”.

DOJ'un 1980'lerde takip ettiği birden fazla “ihaleye fesat karıştırma” olayında, kartel nedeniyle ürünlerin satış fiyatlarının %10 arttığının tespit edildiği Wils (2001, 12) tarafından belirtilmektedir. Amerikan Cezalandırma Komisyonu⁴⁶ da Cezalandırma Rehberi'ni⁴⁷ oluştururken söz konusu %10'luk fiyat artışını baz almıştır (Froeb vd.1993, 42). ABD'de fiyat anlaşmalarına ilişkin kartellerin ömrünün ise altı yıl olduğu tespit edilmiştir (Werden ve Simon 1987, 917). Konuya ilişkin olarak Wils (2001, 12-13) şunları ifade etmektedir.

caydırıcılığın bir dizi katı yaptırımlar ve ciddi yakalanma korkusuyla sağlanabileceği görüşünü kabul etmektedirler. Yeterli yüksek yaptırımların mevcut bulunduğu bu tür ülkelerde para cezalarının belirlenmesinde kesinlik arttıkça, şirketlerin ve onların yöneticilerinin kartel davranışına eğilimleri azalacak ve bu davranış gerçekleştikten sonra yüzleşebilecekleri potansiyel ceza hakkında bilgileri daha tahmin edilebilir olacağından kendileri bu davranışı ilgili mercilere rapor (pişmanlık başvurusu) edeceklerdir (ICN 2008, 12).

⁴⁴ Mevcut seviyeleri ile para cezalarının karteller için yeterli olmadığı da gerçektir. Eğer firmaların ve yöneticilerinin kartelden caydırılması hedefleniyor ise cezalar bekledikleri kazançtan yüksek tutulmalıdır. <http://www.archive.official-documents.co.uk/document/cm52/5233/523310.htm>, T:25.10.2009

⁴⁵ Fransız Tüketiciler Birliği (Union français des Consommateurs)

⁴⁶ US Sentencing Commission.

⁴⁷ Sentencing Guidelines.

“Sıfır ücret esnekliği olduğunu varsaydığımızda beş yıllık zaman diliminde fiyat kartelinin ortalama kârı, ihlali ilgilendiren ürünlerde %50 olacaktır. Buna rağmen fiyat esnekliği sıfır olmayacaktır. Kartellerin yol açtığı fiyat artışları, kartel üyelerinin ürünlerinin fiyatının %10 arttırılması, ciroda %10'dan daha az bir gelir getirecektir. Fiyatın %10 artmasının, ciroda %5'lik bir gelir artışı sağlayacağını farz edersek, beş yıl içinde fiyat kartelinden elde edilen, ihlali ilgilendiren ürünlerde %25'lik bir ciro artışı sağlayacaktır. Fiyat karteli anlaşmalarının keşfedilme ve cezalandırma olasılığı olan %16'luluk⁴⁸ oran ile birlikte fiyat kartelinin fark edilememesi ve para cezası almaması durumunda beş yıllık süre içinde teşebbüsün ilgili ürün bağlamında %150 oranında ciro artışı olacaktır.”⁴⁹

Bugün AB ve Türk mevzuatlarına baktığımızda teşebbüslere cirosunun maksimum %10'u oranında para cezası uygulanmaktadır. Fransız Ticaret Kanunu'nun L.464-2 maddesi de, Fransız Rekabet Konseyi'nin teşebbüslere uygulayacağı azami ceza miktarının, söz konusu teşebbüsün dünya genelindeki vergiler çıkarıldıktan sonraki toplam cirosunun %10'unu geçemeyeceğini öngörmektedir. Kohler (2007, 24-25) de Fransız Ticaret Kanununun L.464-2 maddesince öngörülen %10'luk tavanının katlanılan zararlarla hiçbir ilgisinin olmadığı ve keyfi bir niteliğinin olduğunu ifade etmektedir.

Konuya ilişkin olarak Fingleton vd. (2006, 6), teşebbüslere uygulanan para cezalarının, karteli cezalandırmak için yeterli olmayabileceğini, mevzuatlardaki sınırlar nedeniyle (örneğin Avrupa Birliği'nde teşebbüsün yıllık cirosunun %10'u) ve temyiz mahkemeleri tarafından alınan kararlar (örneğin para cezasının düzeyi beklenen karın altında olmalı) gibi bir çok faktörün para cezalarını belirlemede etkili olduğunu, örneğin *Replica Kits* kartelinde OFT'nin 18 milyon Sterlin para cezası öngörmesine rağmen, temyiz yoluyla nihai miktarın 14,5 milyon Sterlin olarak belirlendiğini ifade etmektedir.

⁴⁸ Bryant ve Eckart (1991, 531), 1961 ve 1988 yılları arasında ABD'de 184 örnek fiyat karteli olayını istatistiki başlangıç ve bitiş modelleri kullanarak incelemiş ve fiyat karteli anlaşmalarından %13-17 arasında başarılı hükümet takibi sağlandığı istatistiğini elde etmiştir. Avrupa uygulamalarında ABD'deki kadar başarı sağlanmadığı göze alınırsa, Avrupa'da bu yüzdenin daha düşük olduğu söylenebilir (Wils, 2001, 13). “2002 yılında Ekonomik İşbirliği Ve Kalkınma Teşkilatı tarafından 1961-1988 yılları arasında ABD'de deki karteller üzerine yapılan bir çalışma yakalanma oranının %13 ila %17 arasında olduğunu göstermiştir.” (Kohler 2007, 28)

⁴⁹ ABD verilerine göre karteller ürünlerin fiyatlarını %10 arttırmaktadır. Fiyat artışı ise talepte düşmeye neden olmaktadır. Dolayısıyla, kartelci firmanın kârında beklenen artış daha az olacaktır. Bu da yaklaşık % 5 artış olarak tahmin edilmektedir. Bir kartelin de 6 yıl sürdürüldüğü (ABD ortalaması) hesaba katıldığında zarar %30 olmaktadır. Ayrıca, tüm karteller yakalanmamaktadır. Bir kartelci firma için beklenen ceza da yakalanma olasılığı ile kazancın çarpılması sonucu bulunan %5'tir. Dolayısıyla, yüksek kazanç beklentisi var ise düşük cezalar caydırıcı olmayacaktır. Bu açıklamalar çerçevesinde, İngiliz hükümeti, mevcut ceza oranlarının aynı kalmasını ancak bireylere ayrı özel cezaların verilmesi gerektiğine inanmaktadır. <http://www.archive.official-documents.co.uk/document/cm52/5233/523310.htm>, T:25.10.2009

Böyle bir olasılıkta fiyat karteli içerisinde olmaları teşebbüsler için daha kârlı bir durum olacaktır. Teşebbüslere de daha fazla oranda para cezası uygulamasına gerek mevzuatça müsaade edilmemekte gerekse de daha yüksek bir oranda verilen para cezaları karşılığında teşebbüslerin iflası söz konusu olabilmektedir. Craycraft vd. (1997, 171-183), 1955-1993 yılları arasında ABD’de bulunan 386 teşebbüs nezdinde yaptığı incelemenin sonucunda, söz konusu firmalara caydırıcılığı sağlayıcı nitelikte para cezalarına hükmedilmesi halinde anılan firmalarının %58’inin iflas edeceği tespitine varmıştır⁵⁰. Calvani (2004, 8-9) de söz konusu çalışmaya atıfta bulunarak firmaların % 60’a yakınının böyle caydırıcı bir cezadan sonra iflas edebileceklerini ifade ederek, iflasın üçüncü şahıslara önemli maliyetler getirebileceğini, örneğin çalışanların isteksiz hale gelebileceğini, vergi gelirlerinde bir azalma görülebileceğini belirtmektedir. Wehmhörner (2005, 19-20) ise para cezalarının firmanın sermayesinden büyük olması durumunda firmaların teknik olarak iflas edeceğini, iflas eden firmanın ise, işsizliğe neden olması ve vergi gelirlerini azaltması nedeniyle daha büyük bir sosyal maliyete neden olacağını vurgulamaktadır⁵¹.

Bazı durumlarda Avrupa Birliği Komisyonu, para cezasının miktarını belirlerken teşebbüsün içinde bulunduğu finansal durumu da göz önünde bulundurmaktadır (Wils 2001, 15). Amerikan Adalet Bakanlığı ise ödeme gücünü ciddi bir problem olarak görmekte ve teşebbüslerin kısıtlı ödeme güçlerinden dolayı genellikle düşük para cezaları uygulanmasını tavsiye etmektedir (Werden ve Simon 1987, 927). Bu durum teşebbüs aleyhine hükmedilen para cezaları ile teşebbüsün kartel nedeniyle elde ettiği ciro arasındaki marjın yüksek olması sonucunu doğurmaktadır. Böyle bir olasılık, teşebbüsten bağımsız olarak bireylere de yaptırım uygulanması para cezası ile teşebbüsün elde ettiği gelir arasındaki marjın azalması ve böylece kartel nedeniyle kamunun uğradığı kayıpların bir bölümünün daha telafisini mümkün kılacaktır⁵².

Teşebbüse yüksek oranda para cezası verilmesi aynı zamanda kartel eyleminden haberi olmayan teşebbüs ortakları ile hisse senedi sahiplerini olumsuz etkileyecektir (Wils 2001, 16). Eğer firma eksik rekabet olan bir

⁵⁰ ABD’de yapılan çalışmalar göstermektedir ki firmaların yarısı, optimal cezayı öderlerse tasfiye sürecine gireceklerdir. Bu ise adil görülmemektedir. <http://www.archive.official-documents.co.uk/document/cm52/5233/523310.htm>, T:26.10.2009

⁵¹ Arı (2006, 32) da teşebbüslerin iflas etmesinin iktisadi ve sosyal yönden önemli etkilerinin olacağını, özellikle iflas eden bir şirketin pazardan çekilmesinin, özellikle yoğunlaşmış pazarlarda rekabetin daha da azalmasına sebebiyet verebileceğini belirtmektedir.

⁵² Whelan (2007, 32), caydırıcılık amacıyla da olsa bireylere para cezası uygulanması gerektiğini ifade etmektedir.

piyasada faaliyet gösteriyorsa para cezalarının bir kısmı satış fiyatlarının arttırılması yoluyla tüketiciden tahsil edilebilecektir (Coffee 1981, 401-402)⁵³.

Sonuç olarak, teşebbüsler aleyhine hükmedilen para cezalarının miktarı kanuni ve ekonomik gerekçelerle caydırıcılığı sağlamaktan kimi zaman uzak olacak, para cezası miktarı yüksek olsa bile anılan cezanın bir kısmı teşebbüs tarafından tüketiciden tahsil edilebilecektir. Her iki durumda da para cezaları teşebbüs açısından caydırıcı bir etkiye sahip olamayabileceğinden kartele katılan bireylere de para cezası uygulanması caydırıcılık sorununu kısmen giderebilecektir.

3.1.2.4. Ekonomik Suça Ekonomik Ceza Görüşü

Karteller doktrinde ekonomik suç olarak kabul edilmektedir⁵⁴. Toplumdaki üretim, tüketim, bölüşüm, değişim ilişkilerini düzenleyen, başka bir anlatımla ülkedeki ekonomik yapının işleyişini ve bütünlüğünü korumayı amaçlayan kuralları ihlal eden eylemler olarak tanımlanan (Mahmutoğlu 2003, 39) ekonomik suçlara yönelik olarak doktrinde “ekonomik ceza” ilkesinden bahsedilmektedir. Ekonomik suça ekonomik ceza verilmesinin gerekçelerinden ilki, suç olgusunun artmasıyla beraber devletin iş yükünün artacağı, ekonominin aktörlerinden olan iş adamlarının sürekli “acaba yaptığım suç mu?” tedirginliği içerisinde ekonomik hayatın gerektirdiği cesur ve gerekli adımları atmaktan çekineceği düşüncesidir⁵⁵. Konuya ilişkin olarak Sancar (2002, 15) cezanın kuşkusuz suçluluğun artışına karşı bir fren olduğunu ama her derde deva olmadığını, ekonomik suçluluğu önlemek amacıyla her şeyin suç sayılması halinde, devletin bunları takip etmesinin güçleşeceği gibi suç işlenmeksizin ekonomik bir faaliyet yapılamazmış gibi bir durumun ortaya çıkacağını vurgulamaktadır.

Ekonomik suça ekonomik ceza görüşünün gerekçelerinden bir diğeri de ekonomik cezanın etkinliği ve ekonomik suç nedeniyle oluşan ekonomik zararları ödetme yoluyla telafi edilmesi düşüncesidir. Özellikle kazanç amacına yönelik ekonomik suçlarda, hürriyeti bağlayıcı cezalara değil de, mesleki ve ticari faaliyetten men veya para cezalarına ve bu bağlamda nispi para cezalarına üstünlük tanımak gerekir (Erman 1992, 22). Bu düşüncenin temelinde, para

⁵³ Calvani (2004, 9) ise teşebbüse yönelik öngörülen cezaların yeterince caydırıcı olamayacağını, üstelik giriş engelleri bulunan ve yoğunlaşmış piyasalardaki firmaların cezaların bir kısmını veya tamamını müşterilere yansıtabileceğini vurgulamaktadır.

⁵⁴ “Rekabet ihlallerinin esas itibarıyla ekonomik kazanç sağlamak amacı ve beklentisiyle yapıldığı ve sonuçlarının da ekonomik nitelikli olduğu konusunda bir tereddüt söz konusu değildir” (Türkkan 2009, 515)

⁵⁵ “Paraşüt, Balina, Kasırga, Buffalo vb. operasyonlar bir zamanlar basında yer almıştı. Bu tür operasyonların sıklaştığı dönemde bürokratların suç endişesiyle evraklara imza atmaktan kaçındığı, görevlerini yapamaz durumuna düştüğü basında dile getirilmişti” (Sancar 2002, 17).

cezasının hürriyeti bağlayıcı cezadan daha etkili olacağı inancı vardır (Sancar 2002, 17). Ensari (2005, 57), gelişmiş ülkelerde genel olarak ekonomik suçta ekonomik ceza verildiğini, bu genel kuralın istisnasının az olduğunu, Türkiye'nin geleceğinin, gelişen sermaye piyasaları ile gerçekleşeceğini, sermaye piyasaları suçlarının ekonomik olduğu ve asla hapis cezası uygulanmaması gerektiğini, ekonomik suçta ekonomik ceza uygulanması gerektiğini ifade etmektedir.

Türkkan (2009, 514-515), ekonomik suçta ekonomik ceza ilkesini beş önemli işlev çerçevesinde değerlendirmenin mümkün olacağını ifade etmektedir. Türkkan'a göre bu işlevler şunlardır:

- İlk olarak ekonomik suçta ekonomik ceza ilkesi, hukuk sisteminde cezalandırmaktan çok caydırıcılığın sağlanmasına ve suçtan zarar görenin zararının mümkün olduğu ölçüde telafi edilmesine imkan vermektedir.
- İkinci olarak bu ilke, suçluların cezalandırılmasını kamuya bir yük olmaktan çıkarma ve aksine yakalanan suçlunun kamu maliyesine katkıda bulunmasını sağlama imkanı verir.
- Üçüncü olarak bu ilke, verilen cezaların yıkıcı etkileri nedeniyle, adaletin çözüldüğünden daha fazla sorun yaratmaması ilkesinin uygulanabilirliğini arttırmaktadır.
- Dördüncü olarak bu ilke, cezaların suçla orantılı ve ilişkili olmasını ve bu bağlamda daha adil olmasını sağlama imkanı vermektedir.
- Son olarak bu ilke, adli hataların yarattığı tahribatı azaltma ve geriye dönülebilirliği sağlama imkanını yaratmaktadır.

Ekonomik suçta ekonomik cezanın yukarıda yer verilen birçok olumlu etkisine rağmen bu tür cezaların ödeme gücüne etkisi oranında bireyler açısından caydırıcı olabileceği gözden uzak tutulmamalıdır.

3.2. HÜRRİYETİ BAĞLAYICI CEZALAR (HAPİS CEZASI)

Hürriyeti bağlayıcı ceza deyince, bundan mahkumun bir yere kapatılması suretiyle hürriyetini kısıtlayan hapis cezaları anlaşılmaktadır (Dönmezer ve Erman 1999, 619). Tanım olarak hapis cezası ise; suçlarda (cürümlerde) uygulanan ve mahkumu belli bir yerde (hapishanede) tutmaya yönelik olan özgürlüğü bağlayıcı cezalardır (Yılmaz, 1996, 314). Bu bölümde kartel eylemine katılan bireylere hapis cezası verilmesinin gerekli olup olmadığına ilişkin görüşlere yer verilecektir.

3.2.1. Bireylere Hapis Cezası Verilmemesi Gerektiği Görüşü

Kartellerde bireylere hapis cezası yerine para cezası verilmesi gerektiğine ilişkin görüşlere yukarıda yer verilmiştir. Bu bölümde ise hapis cezalarının ekonomik olmadığına ve kamu için maliyet teşkil edeceğine ilişkin görüşlere yer verilecektir.

Kartel eylemine katılan kişiler genellikle belli bir iş birikimi olan, eğitim görmüş ve birçok işçi çalıştıran firmaların ya sahibi ya da bu firmalara yön veren kişiler konumundadır. Bu kişilerin hapis cezası suretiyle işten el çektilirip hapisaneye konulması öncelikle iş gücü kaybı anlamına gelmektedir. Ayrıca, bu kişilerin işlerinin başında olmaması, doğrudan firmalarına ve çalışanlarına, dolaylı olarak da ülke ekonomisine zarar verecektir. Daha verimli amaçlar için kullanılabilecek bu nitelikteki yöneticileri hapse atmaktansa bu kişilere para cezası vermek suretiyle toplumun uğradığı refah kaybı telafi edilebilir (OECD 2005, 23).

Hapis cezaları doğrudan firma, dolaylı olarak ülke ekonomisine hizmet edecek şirket yönetici ve çalışanlarını verimsiz kılmakla kalmamakta aynı zamanda bu tür kişilerin hapisanede kalması kamu için ayrı bir maliyet teşkil etmektedir.⁵⁶ Gerçekten de hapisanenin varlığı ve işleyişi için gerekli personel kamu için ayrı bir maliyet oluşturmaktadır⁵⁷. Breit ve Elzinga (1973, 86) ya göre hapis cezaları yerine para cezalarının tercih edilmesinin en büyük nedeni, hapis cezalarında bina, nöbetçi, suçlunun şahsi zamanı gibi kaynakların hepsinin birden kullanılmasıdır. Para cezalarında ise sadece ödeme transferi yapılmaktadır (Wils 2001, 26). Lynch (1997, 26), piyasa suçlarının çoğu zaman şiddet eğilimli suçlular sınıfına girmediğini ve suçluların toplumdan tecrit edilmesinin gerekmediğini ifade etmektedir.

Hapis cezalarının yukarıda yer verildiği üzere özellikle iş gücü kaybı ve kamu için bir maliyet oluşturması gibi olumsuz özelliklerine rağmen aşağıda yer

⁵⁶ “Kartellerin yasadışı ilan edilmesiyle alakalı bir diğer mesele, hapis cezasını da içeren cezai yaptırımların bir toplum için cezalandırmanın pahalı bir türü olması ve diğer yaptırımların daha az maliyetli ve etkin olabilmesidir. Bazı ekonomistlere göre maliyet/kâr rasyolarının öngördüğüne göre örneğin, para cezaları (tercihen sivil para cezaları) sadece bireysel sanıklara uygulanmalıdır. Sanığın para cezasını ödeyebilme kabiliyeti olması şartıyla bu, hapis cezası tehdidiyle aynı caydırıcılık etkisine sahiptir.” (OECD 2005, 21)

⁵⁷ Hürriyeti bağlayıcı cezaların infazı devletin masraf yapmasını gerektirmektedir. Mahkumların çoğu çalışma gücü olanlardır. Cezaevine girince işgücü ve enerji kaybı olmaktadır. Özellikle meslek ve zanaat sahibi olanların uzun süre cezaevinde kalması maharetlerini köreltmektedir (Avcı 1998, 8). Yücel (1986, 217)’e göre Adalet Bakanlığı bütçesine genel bütçeden ayrılan miktarın çoğu, cezaların infazı için harcanmaktadır. Çok sayıda cezaevi inşası, infaz personeli ordusunun maaşları, mahkumlara verilen gıda ve giyecek bedeli, cezaevlerinin amortismanı, yakıt, araç ve kira giderleri hesaplandığında bir mahkumun cezası, devlet için büyük masraflar gerektirmektedir.

verileceği üzere caydırıcılık açısından bireyler üzerinde derin etkilere sebep olduğu görülmektedir.

3.2.2. Bireylere Hapis Cezası Verilmesi Gerektiği Görüşü

Kartel eylemlerine yönelik kamusal nitelikteki yaptırımlar on yıllık süreçte büyük bir büyüme ve gelişme göstermiştir (Fingleton vd. 2006, 1). Özellikle son yıllarda kartellere karşı yaklaşım giderek sertleşmiş ve para cezalarının yeterli olmadığı ve bu nedenle hapis cezası gibi ağır cezaların uygulanması gerektiği ileri sürülmeye başlanmıştır (Arı 2006, 30-31). Bu yöndeki görüşlere aşağıda yer verilmektedir.

3.2.2.1. Bireylere Caydırıcılığı Sağlayıcı Nitelikte Para Cezası Uygulamanın Mümkün Olmadığı Görüşü

Bir önceki bölümde, Becker (1968, 40) ve Posner (1980, 409)'in bireyler için en etkili yaptırımın para cezası olduğu, para cezalarının ödenmesinin mümkün olmadığı hallerde hapis cezasının uygulanması gerektiği görüşlerine yer verilmiştir. Hatırlanacağı üzere daha önceki bölümlerde de kartellerin verdikleri zararların telafisi ve caydırıcılığın sağlanması için teşebbüslere ilgili cirolarının %150'si oranında para cezası verilmesi gerektiği, ancak böyle bir cezanın birçok şirketi iflasa sürükleyip daha çok zarara sebebiyet verebileceği belirtilmektedir.

Benzer bir problem bireylere uygulanacak para cezalarında da yaşanabilecektir. Teşebbüslerin yanında bireylere de para cezası uygulanırsa bile caydırıcılığın sağlanması ve bir nebze de olsa kartelden doğan zararın giderilmesi açısından bu cezaların bireylerin ödeme güçlerini aşması büyük olasılıktır⁵⁸. Werden ve Simon (1987, 929), bu durumdan yola çıkarak hapis cezasının para cezasına oranla daha caydırıcı bir etkiye sahip olacağını ifade etmektedir. İngiltere'de Parlamento'ya sunulan bir raporda, caydırıcı etkiyi doğurabilmesi için kartellere verilecek cezanın mevcut cezaların altı-on katına kadar artırılması gerektiği ve böyle bir cezanın da ihlalle ilgisi olmayan çalışanlar, ortaklar gibi üçüncü kişileri zarara uğratacağı, bu nedenle caydırıcılık sorununun ancak kartele katılan kişilere hürriyeti bağlayıcı ceza vermekle çözümlenebileceği belirtilmektedir.⁵⁹

⁵⁸ “Tespit ve cezalandırma olasılığı (en iyimser haliyle) %16 olarak varsayılırsa efektif caydırıcılık için öngörülen para cezası düzeyi en az yöneticinin ihlalden kazandığının altı katı olacaktır. Bu tür para cezaları ise bireylerin ödeme gücünü aşar” (Wils 2001, 27).

⁵⁹ Bkz. (Arı 2007, 32).

3.2.2.2. Bireylere Uygulanacak Para Cezalarının Teşebbüsler Tarafından Ödenebileceği Görüşü

Hatırlanacağı üzere çalışmanın “*Caydırıcılık İçin Ekonomik Yaklaşım*” kısmında ekonomik modelin temel varsayımının, suçlu bireyin suçu işlemesi için yasa dışı davranışlardan elde ettiği faydanın diğer yasaya uygun davranışlardan elde ettiği faydayı ve engellemeden kaynaklanan maliyeti aşması gerektiği ifade edilmiştir. Şayet hukuka uygun yollardan ve engellemelerden kaynaklanan maliyet hukuka aykırı davranışlardan elde edeceği faydadan büyükse rasyonel bir birey suç işleme yoluna gitmeyecektir. Bu açıdan rasyonel bir teşebbüs kartelden elde edeceği gelir ile kartelin ortaya çıkması sonucunda teşebbüsün veya yöneticilerinin ödemek zorunda kalacağı para cezaları arasında bir gelir-maliyet karşılaştırması yapacaktır. Kartellerden elde elden gelire bakıldığında teşebbüslere cirolarının %150'lerine varan oranlarda para cezasına hükmedilmesi gerektiği, ancak hukuki ve ekonomik açıdan bunun mümkün olmadığı, kişilere de gelirleri oranında para cezası verilse bile bunun bir nebze olsa kartelden doğan zararı karşılamaya yetmediği yukarıda açıklanmaktadır. Böyle bir durumda rasyonel bir teşebbüs kartel eylemiyle elde edeceği geliri teşebbüsün ve yöneticisinin aldığı para cezalarına tercih edebilecektir.

Çalışmanın “*Bireylere Para Cezası Uygulanmaması Gerektiği Görüşü*” başlıklı bölümünde özetle; kartellerde sorumluluğu bulunan bireyler aleyhine hükmedilen para cezalarının teşebbüsler tarafından ödenmesi ihtimalinden ve bu durumu engelleyecek yasal düzenlemelerin olmadığından bahsedilmiştir. Ayrıca, böyle bir yasak olsa bile bu tür yasal düzenlemelerin arkasından dolanılarak prim vb. yollarla bireylerin ödemiş olacağı para cezasının teşebbüsler tarafından telafi edilebileceği daha önce ifade edilmiştir. Böyle bir durumda bireyler açısından para cezalarının caydırıcı bir etkisi olmayacaktır. Oysa bireylere yönelik cezalar öngörmenin en önemli sebeplerinden biri, yöneticilerin firmadaki herhangi bir rekabet ihlalini gerçekleştirmek için oluşturulmuş bir baskıya direnç göstermesi için teşvik oluşturmalarıdır (Wils 2001, 27).

3.2.2.3. Hapis Cezalarının Caydırıcı Nitelikte Olduğu Görüşü

Caydırıcılık açısından ölüm cezası bir yana bırakılırsa suçlulara uygulanacak cezalar içinde en korkutucu olanı onu özgürlüğünden yoksun bırakmaktır (Avcı 1997, 9). Hapis cezasıyla suçlu üstün bir otoritenin emir ve isteğine bağlı kılınabilir, arzu ve ihtiraslarına sınır getirilebilir. Bu bağlamda, hürriyeti bağlayıcı ceza, bastırıcı (tenkil edici) niteliktedir (Dönmezer ve Erman 1999, 128). Yukarıda, kartel eyleminin ekonomik suç olarak nitelendirildiği ifade edilmiştir. “*Suç Siyaseti’ adlı eserinde Dönmezer, hapis cezasının süresi ne olursa olsun özellikle ekonomik suçlarda tek etkin yaptırım olduğunu ifade*

etmektedir” (Avcı 1997, 12). Bu bağlamda kartel eylemine katılmanın yaptırımının hapis cezası olarak öngörülmesinin, kişi üzerindeki korkutucu özelliği nedeniyle kartele katılma konusunda caydırıcı bir etkiye sahip olacağı söylenebilir. Wils (2001, 27), bu konuda şu ifadeyi kullanmaktadır: “Eğer gerçekten fiyat sabitlemesi veya benzer rekabet suçlarını önlemek istiyorsak, hapis cezalarından daha uygun bir alternatifimiz yoktur”.

ICN (2008, 9) tarafından düzenlenen bir toplantıda, hapis cezasını bir yaptırım olarak ortaya koyan yargılarda temel gerekçenin, şirket yöneticilerinin kartellere katılmasının kişisel uç (aşırı) sonuçlarına odaklanmalarını sağlayarak etkin caydırıcılığı sağlamak olduğu ifade edilmektedir. Hapishanede zaman geçirmek kartel düzenlemesine girmeyi düşünen şirket yöneticileri için en güçlü caydırıcıdır (OECD 2005, 17). Wils (2001)’e göre, bireylere karşı uygulanan para cezaları ve bireylerin bir kamu kuruluşunda memur olarak çalışmasını yasaklamak, iş yapmak için gerekli olan lisanslarını kaybetmek gibi diğer yaptırımlar, hapis cezasına oranla daha az caydırıcıdır.

Bireylere uygulanan yatırımların (özellikle hapis cezasının) önemli rolü DOJ’un kartellerle mücadelesi sayesinde fark edilmiştir (OECD 2005, 18). ABD yetkilisi OECD (2005, 105) platformunda özetle şunları ifade etmektedir:

“Diğer cezai müeyyidelerde olduğu gibi insan tabiatı gereği kartel anlaşmalarının tamamen ortadan kaldırılması mümkün değildir. Karteli önleme konusunda ise hapis cezalarının caydırıcılığı arttırdığını kanıtlayan olgusal veriler üretmek de mümkün olmamaktadır. Buna karşılık ceza öngören yasaların şahıslar üzerinde etkisini ortaya koyabilecek belli sayıda deneyim söz konusudur. Örneğin, kartel eyleminde hapis cezası öngören Amerikan Kamunu’nun etkisiyle suç işleyeceğini düşünerek kartele katılan bireylerin Kuzey Amerika’da tutuklanmaktan çekindiklerini gözlemlemek mümkün olmuştur.”

Calvani (2004, 6 ve 11-14) de, teşebbüs yöneticilerinin kartellerin cezalandırıldığı şehirlerde kartel oluşumu içerisine girmediklerini ve bugün ABD’de cezalandırma öncesine oranla daha az kartelin var olduğunu, sanık avukatlığı döneminde müvekkillerinin ceza davalarına diğer davalardan daha fazla önem verdiğini belirtmektedir. DOJ’un Antitröst Bölümü Yöneticisi Hammond (2004, 8-9), DOJ olarak ABD’deki kriminal takip tehdidinin önemli sayıdaki uluslararası kartellerin ABD’ye yayılmasını engellediğini birinci elden gözlemlediklerini, ABD dışındaki karlı bir şekilde işleyen kartellerin ABD pazarının en kârlı pazar olmasına rağmen bu ülkedeki yaptırımları göze alamayarak kartel faaliyetlerini ABD’ye yayamadıklarını gördüklerini ve bunun nedenin ise şirket yöneticilerinin ABD’de hapishaneye girmek istememesi olduğunu vurgulamaktadır.

Kolasky (2004, 11-12) de Hammond (2004, 8-9)’un yukarıdaki görüşlerine paralel olarak DOJ’un uluslararası kartelleri soruşturarak çökertmeye

başladığında beri bu tür kartellerin ABD'den uzak durmaya çalıştığını, hatta bazı kartel üyelerinin kartelin fiyat ve miktar konusundaki talimatlarını yürütmekte görevli olanların bile dahil olmak üzere ABD'deki çalışanlarına kartelden hiç haberdar etmeyecek kadar dikkatli davrandıklarını ifade etmektedir.

Barnett (2009, 1) ise kartel aktivitelerini ABD'de genişletmek isteyenler için hapis cezalarının caydırıcı uygulamalar olduğunu bildikleri ifade etmiştir. Barnett ifadesinin devamında, çoğu olayda, dünyanın diğer bölgelerinde ve ABD'de ürün satan kartelcilerin gizlice anlaştıklarını fakat kartel aktivitelerini ABD satışlarına taşımadıklarını keşfettiklerini, bu olaylardan ABD pazarının kartelciler için en geniş ve potansiyel olarak en karlı pazar olmasına rağmen işbirliği içerisinde olamamalarını bu ülkedeki hapis cezasının varlığına bağladıklarını ifade etmektedir.

Baker (2001, 705) ise, yöneticilik yapan bir arkadaşının kendisine *“1970'lerin sonlarında, sizin için sadece para söz konusu olduğunda, şirket beni koruyabilirdi, fakat siz bir kez benim özgürlüğümü elimden almaktan bahsetmeye başladığınızda, şirketin benim için yapabileceği hiçbir şey yoktur.”* dediğini ifade etmektedir. Liman (1977, 86) hapis cezasının caydırıcı özelliğine ilişkin şunları ifade etmektedir: *“Bir kapkaççı için ıslahevinde yatmak orduda eğitim almak gibidir. Bir işadamı için hapishane cehennem gibidir ve hapse atıldığında geleneksel risk - ödül analizi alt üst olur. Bundan dolayı, hapis cezası tehdidi, rekabet ihlallerinde en anlamlı caydırıcıdır”*. Barnett (2009, 1) ise idarecilerin genellikle hapis cezasında indirim gitmek için daha yüksek para cezaları ödemeyi teklif ettiklerini fakat hiçbir zaman cezaların düşürülmesi için hapiste daha fazla zaman geçirmeyi teklif etmediklerini ifade etmektedir.

Yukarıda yer verilen görüş ve deneyimler hapis cezasının bireyler açısından ne derecede caydırıcı etki yarattığının bir göstergesidir. Ancak, hapis cezası ödeme gücü konusunda sıkıntı yaşayan ve hayata dair umudu olmayan bireyler açısından para cezası kadar caydırıcı etkiye sahip olmayacağı söylenebilecektir.

3.2.2.4. Hapis Cezalarının Topluma Yönelik Bir Mesaj Taşıdığı Görüşü

Hapis cezaları, hapis cezası öngören kanunları ihlal eden veya etmeyi düşünen bireyler ve o bireyin içinde yaşadığı toplum nezdinde güçlü bir mesaj taşımaktadır. İlk mesaj, kanunu ihlal eden veya etmeyi düşünen bireylere yöneliktir. Ball ve Friedman (1964-1965, 210)'a göre ceza hukuku, sadece ceza hükümlerinden oluşmamakta; aynı zamanda hakimleri, mübaşirleri, şerifleri, polisleri, savcılarını, hapishaneleri, ıslah evlerini, mahkeme salonlarını, dosyaları ve parmak izlerini de içermekte, bu hukuku ihlal eden bireyleri de bu karmaşık

ve zor prosedür beklemektedir. Gerçekten de kısa bir süre önce şirketi yöneten, talimatlar veren bir yöneticinin kelepçeli bir halde karakoldan savcılığa götürülmesi, sorgulanması ve birçok soruya muhatap olması ve bu prosedürler devam ederken hapis cezasına mahkum olacağı ve adi suçlular gibi hapisanede kalacağı endişesinin en başta kartel eylemini gerçekleştiren bireyi derinden etkileyeceği muhakkaktır⁶⁰. Ceza yaptırımlarının uygulanmasına yönelik gerçekçi herhangi bir tartışma, hukukun en etkin yaptırımlarının suçlanan kişi üzerindeki etkisini dikkate almalıdır (Ball ve Friedman, 1964-1965, 210)⁶¹.

Halkın kartelin kötülüğü ve hukuk kurallarına aykırılığı konusunda daha da bilinçli olması aynı zamanda kartel eyleminden haberdar olan (ya da şüphelenilen) kişilerin bu durumu ilgili mercilere iletmesini kolaylaştıracaktır.

En etkin yaptırımlarının suçlanan kişi üzerindeki etkisini dikkate almalıdır (Ball ve Friedman 1964-1965, 210)⁶².

Hapis cezalarının topluma vereceği mesaj ise çeşitli biçimlerde ortaya çıkacaktır. Suç, genel itibarıyla toplum tarafından tepkiyle karşılanan, kötü olarak algılanan eylemdir. Kartelin hırsızlık, dolandırıcılık gibi suç olarak nitelendirilmesi, toplumun geneli nazarında kartellerin kötü olarak algılanması yönünde bir mesaj içerecektir. Kartel eylemi (daha da genişletirsek ekonomik suçlara konu eylemler) genel olarak ekonomik geliri yüksek bireyler tarafından gerçekleştirilmektedir. Bu fiilleri işleyen bireylerin yargılanması ve nihayetinde diğer adi suçlarda olduğu gibi hapse atılması, toplum gözünde devletin gücünü zengin-fakir herkese adil ölçüde gösterdiği izlenimini verecektir.⁶³

⁶⁰ “Özellikle genel olarak toplumun elit kesimine mensup yöneticilerin çok kısa bir süre için bile olsa hapis cezasına mahkum edilmelerinin, itibar kaybına ve psikolojik olarak çöküntüye neden olması yüksek olasılıktır. Bir hırsız veya tecavüzcü ile aynı ortamı paylaşmanın ve daha da önemlisi özgürlüğünden yoksun kalmanın, beyaz yakalı olarak adlandırılan bu kişiler için her türlü fayda maliyet analizinin ötesine geçebilecek nitelikte bir tehdit içerdiğini tahmin etmek çok zor olmayacaktır” (Arı 2006, 35).

⁶¹ Şirketlerin yöneticileri hakkında verilen hapis cezaları istisnadır ve idari yaptırımlar veya para cezalarına göre çok daha güçlü ve medyatik bir mesaj yayar. Şirket çalışanları için çok kısa süreli bir hapis cezası dahi son derece maliyetlidir ve hiç arzu edilmez. Hapis cezası ne olursa olsun, derin izler bırakır ve itibar kaybına neden olur. Bu nedenle de sembolik olmaktan çıkar (Kohler 2007, 31).

⁶² “Şirketlerin yöneticileri hakkında verilen hapis cezaları istisnadır ve idari yaptırımlar veya para cezalarına göre çok daha güçlü ve medyatik bir mesaj yayar. Şirket çalışanları için çok kısa süreli bir hapis cezası dahi son derece maliyetlidir ve hiç arzu edilmez. Hapis cezası ne olursa olsun, derin izler bırakır ve itibar kaybına neden olur. Bu nedenle de sembolik olmaktan çıkar” (Kohler 2007, 31).

⁶³ “Ceza mahkumiyeti yalnızca caydırıcılığı sağlamakla kalmaz, aynı zamanda toplumu temel davranış standartları konusunda eğitir, adalet duygusunu destekler ve kanunlara sadakat göstermeyi sağlar” (Wils 2001, 28)

Toplum nezdinde tanınan bu kişilerin yargılanması veya hapse gönderilmesi, medya yoluyla yine toplum tarafından ilgiyle takip edilecektir. Toplum, böyle bir yargılama sürecini takip ederken aynı zamanda kartelin zararları konusunda da fikir sahibi olabilecektir. Örneğin, her ne kadar Hollywood'da filmi yapılmasa da Archer Daniels Midland Company'nin ve diğer firmaların da içinde bulunduğu Lysine kartelinden bahseden kitap⁶⁴ en çok satanlar listesine girmiştir. (Hammond 2001c, 2).

3.2.2.5. Hapis Cezalarının Pişmanlık Programlarının Etkinliğini Arttırdığı Görüşü

Bireylere uygulanan yaptırımların diğer bir yararlı etkisi, onları işverenleri aleyhine bile olsa kartel soruşturmalarında işbirliğine yönlendirmesidir (OECD 2002, 16). Kartellerin gizli olması, varlığının ortaya çıkarılması hususunda bir takım zorlukları beraberinde getirmektedir. Kartelleri ortaya çıkartmanın ve bu amaçla en güvenilir delilleri elde etmenin en önemli yolu, pişmanlık uygulamaları yoluyla kartel eylemine katılanların ilgili mercilere karteli haberdar etmesi ve bu mercilerle aktif işbirliği yapmasıdır. Hammond (2004, 12-14), bireysel pişmanlık programının gerçek değerinin başvuru sayısında değil, bunların sebep olduğu şirket başvuruların sayısında aranması gerektiğini, zira çalışanlardan birinin kartel eyleminden haberi olduğu müddetçe, şirketin büyük risk altında olacağını, eğer şirketin teşebbüslere uygulanan pişmanlık programı çerçevesinde eylemi kendisi rapor ederse hem şirketin hem de eyleme katılan yöneticilerin ceza almaktan kurtulacağını, şirketin böyle bir bildirimde bulunmaması halinde bu durumda şirket çalışanlarının kendileri korumak adına bildirimde / ihbarda bulunabileceğini vurgulamaktadır.

Hammond'un (2004, 12-14) ayrıca makalesinin "*Şirket ve Çalışan Arasında Bir Yarış Başlatmak*" başlıklı kısmında bir senaryoya yer verilmektedir. Bahse konu senaryoya göre teşebbüste görev yapan sekreter, yöneticisinin emriyle diğer rakiplerden gelen telefonlara bakmakta, fiyat listelerinin (ücret kâğıtlarının) bir örneğini rakibe göndermekte ve patronunun bu şüpheli işlerini daha sonra genel kurula itiraf etmektedir. Bu durumda ya şirket pişmanlık başvurusunda bulunacak ve cezai müeyyideden kurtulacak, ya da şirket böyle bir başvuruyu erteler ya da vazgeçerse o zaman başlarına geleceklerden korkan sekreter (veya diğer çalışanlar) pişmanlık programına başvuracaktır⁶⁵. Baker (2001, 708) de; (Hammond (2004, 12-14)'un yukarıda yer verilen görüşlerinin paralelinde) aynı işlemin farklı firmalardaki bireyler arasında da cereyan edeceğinden, rakip firmalardaki çalışanlar arasında

⁶⁴ "The Informant" (Muhbir) kastedilmektedir.

⁶⁵ "Ayrıca kartelden çıkan şirket bu eylemi ile pişmanlık programına başvuracağı yönünde diğer kartel üyelerine sinyal göndermiş olacaktır" (Hammond 2004, 12-14).

pişmanlık programına başvuru konusunda bir yarış yaşanacağından bahsetmektedir⁶⁶.

“*Caydırıcılık İçin Ekonomik Yaklaşım*” başlıklı kısımda hukuka aykırı bir eylem söz konusu olduğunda, rasyonel bir bireyin kartel neticesinde elde edeceği prim, ikramiye vb. maddi imkanlar (fayda) ile özgürlüğünden yoksun kalma maliyetini karşılaştırarak bu riski alıp almama konusunda bir tercihte bulunacağı ifade edilmiştir. Özgürlük söz konusu olduğunda, (özellikle hapis cezasının bireyler üzerindeki korkutucu mesajı da dikkate alındığında) bireyler ve teşebbüs arasında pişmanlık programına katılmak konusunda bir yarış başlayacak, teşebbüs böyle bir başvuruda bulunmasa bile hapis cezası tehdidinden korkan bireyler bu tehditten korunma adına anılan programa başvuru yapacaklardır. Çalışanlarından birinin pişmanlık programına başvurma ve sonrasında da kartelin ortaya çıkma ihtimalinin olması, şirketleri büyük bir olasılıkla ya kartelden kaçınmaya ya da pişmanlık programlarına başvuru yapmaya zorlayacaktır. Ancak pişmanlık programının etkin olarak işlemesi amacıyla bu programa başvuran kişilere, cezalandırılmayacağını garantisinin verilmesi gerekir (Parleani 2008, 9)⁶⁷.

3.2.2.6. Ekonomik Suça Diğer Yaptırımların da Uygulanması Gerektiği Görüşü

Kartellerin ekonomik suç olarak nitelendirilebileceğine ve ekonomik suçlar açısından “ekonomik ceza” dışında yaptırımların uygulanabileceğine ilişkin görüşlerin de ifade edildiğine daha önce yer verilmiştir. Bu bağlamda Özgenç (2005, 76), “*ekonomik suça ekonomik ceza*” formülünün ceza hukuku disiplininin kabul ettiği bir kural olmadığını, “*ekonomik suça ekonomik ceza*” tekerlemesine, hiçbir ceza hukukçusunun taraftar olmadığını ifade etmektedir⁶⁸.

⁶⁶ “Doğrusu, kartel üyelerini pişmanlık programlarını kullanmaya teşvik etmek ve güvensizlik oluşturmak cezai yaptırımın basit tehdididir. Yaptırımlar ne kadar ciddi olursa, ceza indiriminden faydalanma o kadar güçlü olur ve kartel üyelerinin rekabet otoritelerine karteli açıklamak için birinci olma konusunda o kadar çıkarları olur. Bu nedenle, cezai yaptırımlar pişmanlık programlarının başarısına ve dolaylı olarak rekabete aykırı uygulamalara karşı mücadeleye katkıda bulunur” (Kohler 2007, 29)

⁶⁷ Parleani (2008, 9) bu konuda ayrıca şunları ifade etmektedir: “En ciddi rekabete aykırı uygulamaların engellenmesinde etkinlik istiyorsak, Becker çalışmalarının takip edilmesi yeterli olacaktır. O halde, özellikle pişmanlık programlarından yararlananlara cezalandırılmayacağını garantisinin verilmesi gerekir. Becker’in çalışmalarında rasyonel bir bakış açısıyla, suçun failleri pişmanlık programını kabul etmeden önce rasyonel bir bilanço yapar. Bilançonun aktifinde yer alanlar, elbette cezai yaptırımdan kaçınmayı oluşturacaktır. Başka açık bir avantaj, mağdurların kovuşturmalarını önlemek olacaktır. Birinci avantajın sağlanması ikinciden çok daha kolaydır”

⁶⁸ “Suç, hiçbir zaman ekonomik çıkar elde etme yolu olarak görülmemelidir. Bundan çıkan sonuç da şudur: Bir suç işlemek suretiyle elde edilmiş olan bir kazanç varsa, bu kazancın, kişinin yanında kâr olarak kalmasının önüne geçecek bir yaptırım sistemi geliştirmemiz gerekir. Özellikle

Üzeltürk (2005, 208-209) ise, ekonomik düzeni bozucu nitelikli kurallara aykırılıkların cezai yaptırımlara tabi tutulmaları gerektiğini, zira cezai olmayan yaptırımların caydırıcılıklarının daha zayıf olacağını, bu durumun da ekonomik nitelikli suçların gelirlerinden faydalananlar bakımından teşvik edici mahiyette olacağını belirtmektedir⁶⁹.

Sancar (2002, 18-19) da, her suçun ihlal ettiği hukuksal değer ve yarattığı zararın farklı olduğunu, “*ekonomik suça, ekonomik ceza*” parolasının, tüm ekonomik suçlar için geçerli olamayacağını, bu esasa dayalı bir suç politikasının güdülemeyeceğini, böyle bir suç politikasının, yani ekonomik suç işleyen faile sadece ekonomik ceza vererek onu suç işleyerek elde ettiği kazançtan mahrum bırakmanın, failin kafasında bu paranın daha sonraki hukuka aykırı faaliyetlerle giderilmesi gereken bir zarar olduğu fikri yaratıp cesaret kazanmasına bile yol açabileceğini ifade etmektedir. Sancar (2002, 18-19) ayrıca günümüzde ekonomi alanında ortaya çıkan hukuka aykırılıkları sadece özel hukuk sorunu gibi görmenin ve bu alandaki müeyyidelerle yetinmenin mümkün olmadığını, nihayetinde bir ekonomik suça mutlaka ekonomik ceza verilmesi şeklindeki anlayışın gerçeliliğini yitirdiğini belirtmektedir.

Türkkan (2009, 515) ise haklı olarak, rekabet ihlaline teşebbüs edilmesine karşın ihlalin fiilen gerçekleşmemiş olması veya sadece bir niyetin tespit edilmiş olması halinde ekonomik kazanç veya kaybın söz konusu olmayacağını, dolayısıyla söz konusu olayda birey aleyhine ne kadar para cezasına (ekonomik yaptırıma) hükmetmek gerektiğinin anlaşılamayacağını vurgulamaktadır.

Tezel (1987, 52) ise ekonomik suçlarda uygulanacak yaptırımlarda kademeli bir yaklaşım benimsenmesi, bu kapsamda ağır nitelikli ve ülke ekonomisine ve fertlerin haklarına büyük zararlar veren fiillerin suç sayılması, diğerlerinin ise idari müeyyidelerle karşılanması gerektiğini ifade etmektedir. Mahmutoğlu (2003, 40-41), ekonomik cezaların (olası) enflasyon karşısında yetersizliğinin “*ekonomik suça ekonomik ceza*” görüşünü uygulanamaz hale getirdiğini, netice olarak bu anlayışın terk edilerek ekonomik suçlara ilişkin

ekonomik çıkar amacına yönelik olarak işlenen suçlarda, suçun işlenmesi suretiyle kişinin kazanç elde ettiği muhakkak olarak görülmekle beraber, elde edilen kazancın miktarı çoğu zaman tespit edilememektedir. Bu gibi durumlarda kazanç müsadereesine ilişkin hükmü işletemiyoruz; çünkü suçtan elde edilmiş olan kazancın miktarı tespit edilmelidir ki, onunla ilgili olarak müsadere yaptırımına hükmedebilelim. Kazanç miktarının tespit edilemediği durumlarda mahkemeye, hapis cezasının yanında yaptırım olarak adli para cezası öngörülmektedir” (Özgenç 2005, 73-74-75).

⁶⁹ “Cezai yaptırımlar, ekonomik alanda, özellikle ağır ihlallerde mücadele etmek için oluşturulmuşlardır. Örneğin, Fransa’da icra iflas mevzuatı ve rekabet mevzuatında ceza hükümlerine büyük yer ayrılmaktayken, 1985 ve 1986 tarihlerinde yapılan reformlarla ceza hükümlerinde önemli bir azalma olmuştur. Fakat ticaret şirketlerine ilişkin 24 Temmuz 1966 tarihli yasa da birçok ceza hükmü yer almaktadır” (Üzeltürk 2005, 209).

diğer ceza hukuku ilkeleri dikkate alınarak hürriyeti bağlayıcı cezalara yer verilmesi gerektiğini dile getirmektedir. Mahmutoglu (2003, 39) ayrıca, ekonomik suçlarla mücadelede kullanılan aracın elverişli olması ve bu mücadelede diğer araçların (hukuk normlarının) yetersiz kalması halinde son çare olarak cezaya başvurulmasının yerinde bir yaklaşım olacağını savunmaktadır.

Mahmutoglu'nun bu yaklaşımının özellikle kartele katılan bireylerin cezalandırılması amacıyla izlenecek yöntem bakımından makul olduğu düşünülmektedir.

3.3. YÖNETİCİLİK YAPMAMA CEZASI

İngiltere kartel yasalarının ilginç bir özelliği bireyler üzerinde uygulanan “yöneticilik yapmama” cezasını da içermesidir (Fingleton vd. 2006, 8)⁷⁰.

İngiltere’de Kasım 2002’de yasalaşan ve Haziran 2003’de yürürlüğe giren Şirketler Kanunu ile OFT’nin başvurusu üzerine mahkemeler tarafından, rekabet kurallarını ihlal eden yöneticilere on beş yıla kadar yöneticilik yapmama cezası verilebilmesi uygulaması getirilmiştir. Bu uygulama sadece kartele katılan bireyler için değil, var olan diğer rekabet kurallarını ihlal eden yöneticiler için de geçerlidir. Anılan yaptırım, on beş yıla kadar bir şirkette yönetici olamama; bir şirketin malvarlığına sahip olamama ve doğrudan veya dolaylı olarak bir şirketin kuruluşunda, desteklenmesinde veya yönetiminde yer alamama ve bir şirket ile ilgili olarak iflas memurluğu görevinde bulunamama gibi çok geniş kapsamlı bir yaptırım türüdür.

OFT’nin başvurusu üzerine mahkeme, yapacağı değerlendirme sonucunda kişinin yönetici olarak bulunduğu teşebbüsün rekabet yasalarını ihlal ettiğine karar verir ve bu kişinin yönetici olarak sergilediği tavrı yönetim standartlarına uygun bulmazsa o kişi hakkında on beş yıla kadar yöneticilik yapmama cezası verebilmektedir. Ancak, bu yaptırım ile ilgili dikkati çeken husus; anılan yaptırımın yalnızca teşebbüs üst düzey yöneticileri ile sınırlı olması ve orta kademedeki yöneticilere uygulanmamasıdır (Fingleton vd. 2007, 9).

Yöneticilik yapmama yaptırımının yöneticiler üzerinde kartele katılmama konusunda caydırıcı etkisinin olup olmadığına ilişkin değişik görüşler mevcuttur. Kohler (2007, 35)’e göre yöneticilerin görevinden tamamen uzaklaştırılması sadece haklarını kaybetmek istemeyen yöneticiler için değil aynı zamanda şirketler için de teşvik edici olabilir. Kohler konuya ilişkin şu örneği vermektedir;

⁷⁰ Avustralya’da da “yöneticilik yapmama cezası” söz konusudur (Peter ve Crosbie 2009, 16).

Williamson (1979) tarafından ifade edilen “belirli varlıklar teorisi” ne göre yönetici, özel bir varlık olarak algılanabilir. Özel varlıklar, şirketler için stratejik ve çok risklidirler, çünkü bunlar tahsil edilemez maliyetlerde yatırımlardır. Bu yüzden onların kaybı şirketin faaliyetine ağır hasar verecektir. Şirketlerin ünü, başarısı genellikle yöneticilerinin tecrübeleri, yetenekleri ve kişiliği nedeniyle olur. Uzman basın tarafından Nissan’ın kurtarıcısı olarak nitelendirilen Carlos Ghosn’un haklarını ve “işadamı” kişiliğini kaybetmesinin Nissan’ın durumu üzerindeki sonuçları nelerdir? Carlos Ghosn gerçektende sadece 3 yılda 22 milyar dolar borcu %80 azaltarak ve net %7,9 ciro artışı ile Nissan’ı kurtardı (2007, 35).

Wils (2001, 29) ise yöneticilik yapmama yaptırımının alternatif bir yaptırım olabileceğini, ancak topluma bir mesaj vermesi açısından anılan yaptırımın hapis cezasının alternatifi olduğuna inanmadığını, teşebbüste yöneticilik yapmış bir bireyin aynı teşebbüs tarafından danışman olarak kiralanabileceğini ve yöneticinin gelirindeki herhangi bir kaybın telafi edebileceğini belirtmektedir. Wils (2005b, 301-302) bir başka çalışmada ise; yöneticilik yapmama yaptırımının; hapis cezası kadar caydırıcı bir önlem olmadığını, ilgili şahsın yaşına bağlı olarak, rahat bir emeklilik fırsatı olabileceğini belirtmektedir. Wils (2005b, 301-302) ayrıca; yaptırımın orta sınıf yöneticiler için uygulanamayacağını, ancak yöneticiye bu yaptırımın uygulanabilmesi halinde bireyler açısından anılan yaptırımın para cezasından daha etkili olacağını, eğer söz konusu şahıs emekliliğe hazır değilse, yöneticilikten ayrılmanın zararının, şirketin kendisi için tazmin edeceği mali bedelden daha büyük olabileceğini vurgulamaktadır. Yazar, son olarak yöneticilik yapmama yaptırımının hapis cezasına tam bir alternatif olmasa da, tamamlayıcı bir seçenek olacağını ifade etmektedir. Fingleton vd. (2007, 9) ise yöneticilik yapmama yaptırımının rekabet kurumları için cezai işlemler adına hızlı ve uygun bir alternatif olabileceğini, ancak yöneticiliğin iş uzmanlığı ve deneyim gerektirdiğini ve bu birikime sahip kişilerin yöneticilikten el çektilmesinin ekonominin zararına olacağını ifade etmektedir. Ayrıca OECD’nin Raporu (2005, 17)’nda da belirtildiği gibi yöneticilik yapmama yaptırımı teşebbüsler açısından verimli çalışmayan yöneticileri işten çıkarma konusunda bir yol olarak da kullanılabilir (Kohler 2007, 35). Böylece teşebbüsler tazminat vb. ödeme zorunluluğuna maruz kalmayabilecektir.

Gerçekten de yöneticilik yapmama cezasının sadece üst düzey yöneticileri kapsayıp, orta kademedeki yöneticileri veya çalışanları kapsamaması, bu yaptırımın eksik yönüdür. Zira karteller sadece üst düzey yöneticiler tarafından değil, teşebbüsün büyüklüğüne ve birimlerinin çeşitliliğine göre alt kademedeki yöneticiler (örneğin satış müdürü) veya çalışanlar tarafından da gerçekleştirilebilmektedir. Rekabet ihlalini gerçekleştiren üst düzey yöneticiler için 15 yıla kadar yöneticilik yapmama cezasının uygulanması, buna karşın aynı fiili gerçekleştiren kişinin alt düzey yönetici olması halinde

aynı yaptırıma tabi tutulamaması bu yaptırım için bir eksiklik olarak algılanabilir.

Ayrıca Wils (2001, 29)'in de ifade ettiği gibi her ne kadar yöneticilik yapmama cezası alan bir kişi aynı teşebbüste imza yetkisini haiz olmadan veya resmi olarak yönetici kadrosu içerisinde yer almadan pekâlâ teşebbüs politikalarına yön verebilir. Her ne kadar yasa teşebbüste yönetici olmayı, teşebbüsün malvarlığına sahip olmayı ve doğrudan ve dolaylı olarak teşebbüsün oluşumunda, kuruluşunda ve yönetiminde bulunmayı yasaklasa da yukarıda ifade edilen riski ortadan kaldırmayabilecektir.

Yöneticilik yapmama yaptırımı ile ilgili olarak belirtilebilecek diğer bir husus bu yaptırımın sektör farkı gözetmeksizin ve çalışma hürriyetini kısıtlayabilecek bir biçimde diğer tüm sektörlerde faaliyet gösteren tüm teşebbüslerde yöneticilik yapmayı yasaklamasıdır. Oysa daha makul olanı önce yöneticinin ihlali gerçekleştirdiği sektördeki teşebbüslerde yönetici olmasının yasaklanması, ikinci bir kez aynı eylemi gerçekleştirmesi halinde bu yaptırımın uygulanması, dolayısıyla iki aşamalı bir yöntem izlenmesidir. Örneğin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 58. maddesinde gerçek ve tüzel kişiler için belli bir süre müddetince "*ihalelere katılmaktan yasaklanma*" cezasına yer verilmektedir. Yasaklanan birey teşebbüs ile ilgili diğer faaliyetlerini devam ettirebilirken sadece kamu ihalelerine katılamamaktadır.

Her ne kadar eksik yanları bulunsa da söz konusu yaptırımın doğrudan bireylerin çalışma hayatına ve yıllardır elde ettikleri iş kariyerlerine yönelik bir tehdit oluşturduğu için para cezalarından daha güçlü bir mesaj taşıdığı söylenebilir.

3.4. BİREYLERE UYGULANACAK YAPTIRIM TÜRLERİNE İLİŞKİN GENEL DEĞERLENDİRME

Bireylere yaptırımın gerekliliğine ilişkin olarak bir önceki bölümde kartel eylemine katılan bireylere de yaptırım uygulanmasının gerekli olduğu belirtilmiştir. Bu bölümde ise bireylere hangi yaptırım türünün uygulanması gerektiğine ilişkin olarak para cezası, hapis cezası ve yöneticilik yapmama cezası ele alınmıştır. Her üç yaptırım türünün olumlu ve olumsuz özelliklerine yukarıda yer verilmiştir. Bu olumlu ve olumsuz özellikleri nedeniyle anılan cezalar olay ve birey bazında farklı tesirlere yol açabilecektir. Örneğin ödeme gücü konusunda sıkıntı yaşayan birey açısından para cezaları daha caydırıcı olabilecekken anılan ceza ödeme gücü konusunda sıkıntı yaşamayan, hatta bu cezayı kısa zamanda tahsil edebilme imkanı olan bireyler açısından caydırıcı olmayabilecektir. Ödeme gücü konusunda sıkıntı yaşamayan bireyler için hapis cezası caydırıcı olabilecekken, ödeme gücü konusunda sıkıntı yaşayan, daha

önceleri hapisle tanışmış bireyler açısından bu ceza caydırıcı olmayacak, söz konusu bireyler açısından para cezası caydırıcı olabilecektir. Çok değerli bir yönetici için yöneticilik yapmama cezası, teşebbüs açısından iş gücü kaybına sebebiyet vereceğinden bu ceza diğer cezalara oranla daha caydırıcı olacak, ancak emekliliğine yakın bireyler açısından anılan ceza diğer cezalara oranla caydırıcı olmayabilecektir. Bu nedenle her üç ceza türü arasında bir tercihte bulunmanın doğru bir yöntem olmadığı düşünülmektedir. Bu nedenle her üç ceza türü de mevzuatta öngörülmesi, olayın ve bireyin özelliğine göre hangi ceza türü caydırıcılığı sağlayacaksa karar verici makam, karteğe katılan birey için o cezaya hükmetmelidir.

Ceza hükmü içeren yasalarda zaman zaman aynı eylem için seçimlik cezalar öngörülmekte⁷¹, hakim de eylemin ağırlığına, yol açtığı zararlara ve failin kastına ve en önemlisi olayın şartlarına bağlı olarak seçimlik cezalardan fail için uygun olanına veya her ikisine birden⁷² hükmedebilmektedir. Benzer bir durum kartelerde bireylere uygulanacak yaptırımlar için de söz konusu olabilir. Ancak, ilke olarak Mahmutoglu (2003, 39)' nun yukarıda yer verilen görüşü doğrultusunda para cezasının yetersiz kalması halinde diğer cezalara başvurulmasının yerinde bir yaklaşım olacağı düşünülmektedir.

⁷¹ Örneğin TCK m. 170: ... üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.

⁷² TCK m.157: ... bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası verilir.

BÖLÜM 4

KARTELLERDE BİREYLERE UYGULANAN YAPTIRIMLARA İLİŞKİN ÜLKE MEVZUAT ve UYGULAMALARI

Bu bölümde kartel uygulamalarında bireylere yaptırım öngören bazı ülkelere ve bu ülkelerin uygulamalarına ilişkin bilgilere yer verilecektir.

4.1. ABD

ABD’de Sherman Yasası’nın (Sherman Act) 1890 yılında kabulüyle kartele katılan bireyler için cezai sorumluluk öngörülmüştür (Bright ve Olive 2008). Yasa’nın 1. maddesinde ticareti kısıtlayıcı her türlü anlaşma, uyumlu eylem ve birlikteliğin hukuk dışı olduğu ilan edilmektedir. Maddenin devamında ise bu tür anlaşma, uyumlu eylem ve birliktelikte rolü olan herkesin suçlu kabul edileceği ifade edilmektedir.

Sherman Yasası’nın anılan hükmü uyarınca kartele katılan bireylere uygulanması öngörülen para ve hapis cezaları zaman içerisinde nicelik olarak yükselme eğiliminde olmuştur. Yasanın ilk halinde kartele katılan bireyler aleyhine 5.000 ABD dolarına kadar para ve bir yıla kadar hapis cezasına hükmedileceği belirtilmektedir. Anılan para cezası 1955 yılında 50.000, 1974 yılında 100.000, 1984 yılında 250.000, 1990’da 350.000 ABD dolarına yükselmiş, 1890 yılında bir yıl olan hapis cezası ise 1974 yılında üç yıla çıkarılmıştır. (Calkins 1997, 131). 1984 tarihli Para Cezaları İnfaz Yasası⁷³ ile 18 U.S.C. & 3571(d) sayılı yasa yapılan değişiklikle bireylerin kartel nedeniyle verdikleri zararın ya da elde ettikleri kazancın iki katına kadar para cezası ile cezalandırılabilmesi hüküm altına alınmıştır (Hauberg 1999, 10). Son olarak 22.6.2004 tarihinde yürürlüğe giren yasa değişikliği ile kartel eylemlerine katılan bireylere uygulanan para cezasının üst sınırı 1.000.000 ABD dolarına, hapis

⁷³ The Criminal Fine Enforcement Act.

cezası da on yıla kadar yükseltilmiştir. Amerikan Cezalandırma Rehberi'ne⁷⁴ göre, cezanın belirlenmesinde mahkeme suçlunun rolü, ihlalden elde ettiği gelir-avantaj gibi unsurları dikkate almaktadır. Mahkeme, suçlunun ödeme yeterliliğinin olmadığı durumlarda kamu hizmeti verme yükümlülüğü yükleyebilmektedir.

ABD'de kartele katılan bireyler için hükmedilecek hapis cezası miktarı ve temel ceza düzeyi Amerikan Cezalandırma Rehberi ile düzenlenmektedir (Cot 2008, 12). Rehber'de hapis aralıklarını belirleyen tablo, en düşük 0-6 ay arasında, en yüksek 360 ay-müebbet arasında bir seviye içermektedir⁷⁵.

Kartel ihlallerinde gerek teşebbüslerin gerekse bireylerin soruşturulması ve kovuşturulması DOJ Antitröst Bölümü'nün öncelikli görevidir (Lazerwitz ve Miller 2009, 261) ve söz konusu bölüm, Ocak 2001 den bu yana, 120'den fazla şirkete ve 160 bireye toplam 3.5 milyar ABD Doları'ndan fazla ceza vermiştir.⁷⁶ Lazerwitz ve Miller (2009, 261)'e göre Antitröst Bölümü, antitröst kanunlarının ihlal edildiğini gösteren önemli derece şüphenin ya da inandırıcı kanıtların bulunduğu durumlarda dava açma politikası izlemektedir⁷⁷. DOJ, soruşturmaları Federal Jüri (Federal Grand Jury) ile beraber yürütür ve kartel ihlaline ilişkin delilleri jüriye sunar. Jüri konuya ilişkin suçlamaları izah eden bir iddianame hazırlar. Mahkûmiyet kararı çıkması için DOJ'un iddiasını kesin delillerle ispatlaması gerekir. Davalı da dava sırasında aleyhindeki iddiaları çürütmek adına delil sunabilir. Nihayetinde de yargıç konuya ilişkin hükmünü verir. Bütün bu sürece rağmen kartel ihlaline ilişkin olarak pek az vaka mahkemeye intikal etmiş, vakaların çoğu DOJ ve davalı arasında ceza indirimini ve bunun karşılığında davalının DOJ ile işbirliği yapmasını içeren anlaşmayla neticelenmiştir.

Bright ve Olive (2008), hapis cezasının varlığına rağmen, aradan geçen 80 yıl boyunca bireyler açısından bu cezanın bir risk oluşturmadığını ifade

⁷⁴ United States Sentencing Commission Guidelines Manual.

⁷⁵ "Ceza miktarlarının belirlenmesi, somut bir örnekle daha kolay anlaşılabilir. Bir anlaşmaya katılan Koreli şirket yöneticisi Bay Kim örneğini ele alalım. Uygulamalar 2004 öncesinde oldu, Cezalandırma Rehberi'ndeki tablo da başlangıç noktası olarak 10 puana, yani 6 aydan 12 aya kadar bir hapis cezasına tekabül ediyor. İlgili rekabete aykırı uygulamadan etkilenen faaliyetlerin miktarının 100 milyon avroyu aşmış olması 7 puanlık artışa neden olmuştur. 17 puan seviyesindeki bir suç ile ceza 24 aydan 30 aya indi. Anlaşmada M. Kim'in anahtar rolü ona yarıca 3 puanlık bir artışa mal oldu. Fakat bu son artış uygulamaları kabul etmesi ve soruşturmada işbirliği yapması nedeniyle ile uygulanmadı. Bu durumda Yönergeler kılavuzuna göre M. Kim 2 ile 2 buçuk yıl hapis cezasıyla karşı karşıya idi. Bu yüzden DoJ ile bir anlaşmaya varmayı tercih etti, bu şekilde cezasını miktarı 14 ay ile sınırlandırıldı." (Cot 2008, 13)

⁷⁶ <http://www.justice.gov/opa/documents/doj-accomplishments.pdf>, T: 21.10.2009

⁷⁷ Aynı şekilde, olası bir ihlalin önemli ölçüde, etkilenen ticaretin hacmi, etkilenen coğrafi bölge, soruşturmanın başka sektörlere yayılması ve soruşturmanın caydırıcı etkisinin görülebilirliği gibi subjektif temellerin tespitine dayanır (Lazerwitz ve Miller 2009, 261).

etmektedir. Uzun yıllar boyunca kartele katılan bireylere hapis cezalarının uygulanmamış olmasının nedenleri arasında yargıçların kartele katılan bireylere hapis cezası vermede isteksiz davranması ve alternatif kamu hizmeti cezalarına hükmetmesidir (Baker ve Reeves 1976-1977, 86). Baker (2001, 706)'a göre yargıçların bu isteksizliğin nedeni kartele katılan bireylerin genelde toplumu ayakta tutan, hayır ve yardım faaliyetlerini destekleyen, toplumun diğer bireyelerine fiziksel bir tehdit oluşturmayan kişiler olmasıdır. Yazara göre ayrıca bu kişiler, yargıçların taleplerini hemen yerine getirmesi sebebiyle yargıçlar üzerinde bu suçu bir kez daha tekrarlayamayacakları izlenimi doğurmaktadır.⁷⁸ DOJ ise hapis cezalarına yönelik uygulamada görülen bu olumsuzluklara rağmen söz konusu cezanın kartellere karşı en etkili ceza olduğunu savunmuştur (Baker 2001, 694). DOJ'un uzun yıllar izlemiş olduğu bu politika neticesinde son yıllarda kartele katılan bireylere uygulanan hapis cezası miktarı aşağıda yer verileceği üzere büyük bir artış göstermiştir. Ayrıca DOJ'un kartellere ilişkin bir diğer başarısı ABD'yi etkileyen uluslararası kartelleri soruşturma ve sorumlularını cezalandırma kabiliyetidir. Barnett (2009, 2)'in de ifade ettiği üzere yabancı millete mensup iş adamlarının mesleklerini ifa etmeleri için ABD'ye seyahat etmeye ihtiyaçları vardı ve DOJ, iş adamlarının kendileriyle işbirliği içerisinde olabilmeleri amacıyla ABD'ye seyahat iznini düzenleyen Göçmenlik ve Vatandaşlık Bürosu⁷⁹ ile 1996 yılında mutabakat belgesi⁸⁰ imzaladı⁸¹. Bu alanda düzenlenen mutabakat belgesi davalılar için DOJ ile işbirliği yapma konusunda teşvik edici bir rol oynamıştır.⁸²

ABD'de kartele katılan bireylerin cezalandırılmasına ilişkin şu örnekleri vermek mümkündür: 2001 tarihinde "grafit elektrodu" üreticileri arasındaki fiyat tespitindeki rolü nedeniyle üç yönetim kurulu başkanı (CEO) toplamda 26 ay hapis cezasına ve 12,25 milyon ABD Doları para cezasına mahkûm olmuştur⁸³. 2005 yılında ise Indianapolis eyaletinde hazır beton fiyatlarını tespit etmekten yerel (eyalet seviyesinde) bir kartel olayında üç şirket yöneticisi 8 ay hapis cezasına ve 70 bin ABD doları para cezasına mahkûm olmuştur⁸⁴. Ayrıca hafıza

⁷⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz: (Arı 2008), (Kekevi 2006) ve (OECD 2005).

⁷⁹ Immigration and Naturalization Service

⁸⁰ Memorandum of Understanding

⁸¹ Mutabakat metniyle ABD'de seyahat etme izni yasaklanmış bulunan kartele katılan bireylerin DOJ ile işbirliği yapmaları halinde anılan yasağın kaldırılması amaçlanmaktaydı (Barnett 2009, 2)

⁸² "Örneğin bir Alman vatandaşı olan M. Wolfgang K. 2005'in Mayıs ayında Kaliforniya, San Francisco'ya gitmişti. Bu yolculuk işle ilgili bir seyahat değildi, tatil de söz konusu değildi. Gerçekten de Wolfgang K., DOJ ile bir anlaşma yapmak için San Francisco'daydı. Wolfgang K. ile DOJ arasında yapılan anlaşmanın temel unsurları şöyleydi; öncelikle Wolfgang K., kauçuğun işlenmesinde kullanılan kimyasal ürünler sektöründeki bir kartelle ilgili yürütülen bir soruşturmada DOJ'a yardım etmeyi kabul etti. Bay K. aynı zamanda 50.000 USD para cezasını ödemeyi ve Kaliforniya'daki bir hapisanede 4 ay hapis cezası çekmeyi kabul etti" (Cot 2008, 10).

⁸³ http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/2001/8186.pdf, T:16.10.2009

⁸⁴ http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/2005/209816.htm, T:16.10.2009

çipleri alanında faaliyet gösteren Samsung firmasının hafıza kartları bölümü pazarlamadan sorumlu müdür yardımcısı, RAM ürünün satış fiyatlarını sabitlediğini kabul etmiş ve nihayetinde de 14 ay hapis cezasına mahkûm olmuştur⁸⁵. Daha öncesinde ise Samsung'un biri eski çalışan olmak üzere iki pazarlama müdür yardımcısı toplam beş yöneticisi hapis ve para cezalarına mahkum olmuştur. Olayda Hynix firmasının hafıza kartları bölümü satış ve pazarlama kıdemli (üst düzey) müdür yardımcısı suçlu bulunmuştur⁸⁶. 1998 yılında ise kimya alanında faaliyet gösteren Fujisawa'nın kimya bölümünden sorumlu genel müdür yardımcısı uluslararası sodyum kartelindeki rolü nedeniyle 200 bin ABD Doları para cezasına mahkum olmuştur⁸⁷. 2009 yılında LG'nin monitör satışlarından sorumlu başkan yardımcılarında üç kişi 2001-2006 yılları arası TFT⁸⁸-LCD⁸⁹ panellerinin fiyatlarını sabitlediklerini kabul etmiş ve 6 ay - 9 ay arası hapis cezası ile 25 bin ila 50 bin ABD Doları arasında para cezasına mahkum olmuştur. Yine aynı olayda şirketin genel müdürü (yönetim kurulu başkanı) ise 9 ay hapis cezası ile 50 bin ABD Doları para cezasına mahkum olmuştur. Vitamin kartelinde ise BASF Grup şirketinin eski başkan yardımcısı ile kimya bölümü eski başkanları ve Hoffman-La Roche şirketinin vitamin bölümü eski pazarlama müdürü suçlu bulunmuş ve değişik oranlarda hapis ve para cezalarına mahkum olmuştur⁹⁰. Kartel eylemlerinden ötürü Hoffman-La Roche şirketinin eski pazarlama müdürü 1999 yılında suçlu bulunmuş, hapis ve para cezasına mahkûm olmuştur.⁹¹ ABD'de kartele katılan bireyler hakkında hükmedilen hapis cezalarının toplamına ilişkin tabloya ve şekle aşağıda yer verilmektedir.

⁸⁵ http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/2007/222770.htm, T:16.10.2009

⁸⁶ http://www.usdoj.gov/atr/public/press_releases/2007/222770.htm, T:16.10.2009

⁸⁷ <http://www.usdoj.gov/opa/pr/1998/February/081.htm.html>, T:16.10.2009

⁸⁸ Thin Film Transistor.

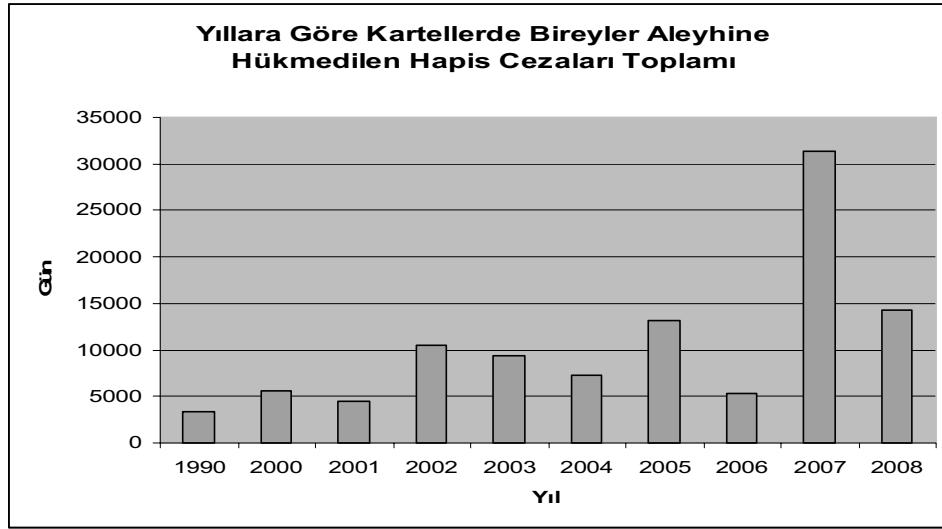
⁸⁹ Liqid Crystal Display.

⁹⁰ http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/2000/4494.htm, T:16.10.2009

⁹¹ http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/1999/2450.htm, T:16.10.2009

Tablo 1- ABD’de Kartele Katılan Bireyler Aleyhine Hükmedilen Hapis Cezası Miktarı⁹²

Yıllar	1990	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
Ay ⁹³	8	10	15	18	21	12	24	9	31	25
Gün	3313	5584	4500	10501	9341	7334	13157	5383	31391	14331

**Şekil 2 - ABD’de Kartellerde Bireyler Aleyhine Hükmedilen Hapis Cezalarının Yıllara Göre Toplamı**

Tablo 1 ve Şekil 3’de görüleceği üzere 1990’lı yıllarda ortalama 8 ay olan hapis cezası miktarı 2007 yılında ortalama 31 ay gibi rekor bir seviyeye yükselmiştir. Hapis cezalarında görülen bu artışta yukarıda da yer verildiği üzere Amerikan Adalet Bakanlığı’nın kartellere yönelik izlemiş olduğu kararlı politikaları etkili olmuştur.

4.2. İNGİLTERE

İngiliz Rekabet Kanunu’nun 2. Bölümü rekabete aykırı veya rekabeti kısıtlayıcı teşebbüsler arası anlaşma veya teşebbüs birliği kararlarını yasaklamakta (Holmes ve Girardet 2009, 254), İngiliz 2002 tarihli Şirketler Hukuku’nun 188. ve 190. maddeleri ise⁹⁴ fiyat sabitlemesi, pazar ve ihale

⁹² ABD Adalet Bakanlığı 2001-2009 Raporu

<http://www.justice.gov/opa/documents/doj-accomplishments.pdf>

⁹³ Ortalama olarak.

⁹⁴ http://www.offt.gov.uk/shared_offt/business_leaflets/enterprise_act/offt513.pdf, Tarih:16.11.2009

paylaşımı gibi *hard core* olarak nitelendirilen kartele dürüst / ahlaki olmayan bir biçimde (*dishonestly*) katılan bireyler için 5 yıla kadar hapis, sınırsız para cezası veya hem hapis hem de para cezası öngörmektedir (Bright ve Olive 2008). Buna göre bir birey, dürüst olmayan bir biçimde bir ya da daha fazla kişiyle fiyat tespiti, arz ya da üretim kısıtlaması, pazar paylaşımı, ihaleye fesat karıştırma anlaşmalarından birini ya da daha fazlasını gerçekleştirirse cezai olarak sorumlu olacaktır. Dürüst olmayan bir biçimde hareket etmek kartel suçunun manevi unsurudur ve mahkemelerce bunun varlığının araştırılması gerekmektedir (Idot 2008, 18). 1982 yılında “R.v. Ghosh” davasında “*dishonestly*” kavramı mahkeme tarafından⁹⁵ ortalama makul insan standartlarına göre sanığın bu standardı bilebilmesi olarak yorumlanmıştır (Idot 2008, 18). Kartel suçunun gerçekleşmesi için teşebbüsün bu anlaşmayı fiilen uygulayıp uygulamadığına ya da bu anlaşmayı yapanların anlaşma tarihinde teşebbüs adına hareket etmeye yetkili olup olmadığına bakılmamaktadır⁹⁶. Kartele katılım nedeniyle ceza mahkemesi huzurunda suçlu bulunan bir birey şayet sulh ceza mahkemesinde yargılanmışsa altı aya kadar hapis ve 5.000 İngiliz Sterlinine kadar para cezasına çarptırılabilir. Buna ek olarak, bir şirketin rekabet yasasını ihlal etmesi durumunda; bu ihlal sırasında yönetimden sorumlu olan yönetici, 15 yıla kadar herhangi bir şirkette yöneticilik yapmama cezasına mahkûm edilebilmektedir (Holmes ve Girardet 2009, 256).

İngiltere’de kartel ihlalini de içine alan Rekabet Kanunu’nu uygulamakla görevli makam OFT’dir⁹⁷. OFT ya da SFO⁹⁸ (ya da İskoçya’daki Crown Ofis), dava için yeterli kanıt olduğuna inandığında, cezai işlemleri başlatmaktadır. Kartel ihlallerine ilişkin davalar sulh ceza mahkemesinde ya da Kraliyet Mahkemesinde görülebilmektedir (Holmes ve Girardet 2009, 255).

İngiltere’de uygulanan ilk hapis cezası 2008 yılında yürütülen Marine Hose⁹⁹ (Deniz Hortumları) kartelidir (Scott 2009). Tankerden kıyıya akaryakıt aktarımı yapan hortumları imal eden Dunlop Oil and Marine Limited firmasının iki yöneticisi ile bu yöneticilere yardım eden bir danışman suçlu bulunarak¹⁰⁰ iki buçuk ila üç yıl arasında hapis, ayrıca beş ila 7 yıl arasında yöneticilik yapmama cezasına mahkûm olmuştur (Scott, 2009). Yine 2008 yılında ise British Airways’in dört yöneticisi British Airways ile Virgin Atlantic Airways firması

⁹⁵ http://www.of.gov.uk/shared_of/business_leaflets/enterprise_act/of513.pdf, Tarih:16.11.2009

⁹⁶ http://www.of.gov.uk/shared_of/business_leaflets/enterprise_act/of513.pdf, Tarih:16.11.2009

⁹⁷ Kuzey İrlanda ve İngiltere’de kriminal düzeydeki kartel ihlallerine ilişkin soruşturmalar OFT ve Serious Fraud Office (SFO), İskoçya’da da Crown Office tarafından yürütülmektedir (Holmes ve Girardet 2009, 254)

⁹⁸ Serious Fraud Office.

⁹⁹ Tankerlerden kıyıya akaryakıt aktarımı yapan hortum.

¹⁰⁰ <http://www.of.gov.uk/news/press/2008/72-08>, T:1.11.2009

arasında “fuel surcharges” fiyat kartelindeki ilişkilerinden dolayı suçlanmıştır (Holmes ve Girardet 2009, 256).

4.3. FRANSA

Fransız Ticaret Kanununun L.420-1. maddesi rekabete aykırı davranışları yasaklamakta, anılan yasağın teşebbüsler ve bireyler için geçerli olduğunu ifade etmektedir (Assadi-Tardif ve Cohen 2009, 81). Kanun’un L.420-6. maddesi L.420-1 ve L.420-2¹⁰¹ maddelerinde yer alan uygulamaların tasarlanmasında, organizasyonunda veya yürürlüğe konmasında, hukuka aykırı bir şekilde bireysel (part personelle) ve belirleyici (déterminante) pay sahibi olan bireyler için, 4 yıl hapis cezası ve 75 000 Avro para cezası ile cezalandırılacağı belirtilmektedir.¹⁰²

Rekabet, Tüketim ve Haksız Rekabetin Önlenmesi Genel Müdürlüğü¹⁰³ (DGCCRF), Ekonomi, Endüstri ve İstihdam Bakanlığının bir birimidir. 13 Kasım 2008 tarihinde yapılan değişiklik öncesinde, DGCCRF’in rekabetle ilgili temel görevleri, rekabet ihlalleri ile ilgili olarak ilk tespitleri yaparak hazırladığı dosyaları işlem yapılmak üzere Rekabet Konseyi’ne sunmak ve birleşme devralmalara yönelik karar vermek idi. Ancak 13 Kasım 2008 tarihinde yapılan değişiklik ile DGCCRF, bu fonksiyonlarını Rekabet Konseyi’nin yerini alan Rekabet Otoritesi’ne (Autorité de la Concurrence - FRO) devretmiş, ancak küçük ölçekli rekabet ihlalleri ile ilgili olarak uzlaşma prosedürü uygulama yetkisine sahip olmuştur¹⁰⁴. FRO, Fransız Ticaret Kanunu’nun 420-1. maddesinde bahsi geçen rekabete aykırı uygulamaları araştırma ve soruşturmakla görevlidir. FRO, söz konusu soruşturma neticesinde rekabet ihlaline karar verdiğinde teşebbüsler aleyhine para cezasına hükmetmekte; aynı soruşturma esnasında söz konusu ihlalin tasarlanmasında, organizasyonunda veya yürürlüğe konmasında, bireysel ve belirleyici pay sahibi olan kişilerin varlığını tespit etmesi halinde anılan kişiler hakkında Kanunun L.462-6. maddesi uyarınca cumhuriyet savcılığına ilgili dosyayı göndermektedir¹⁰⁵.

Bireyler aleyhine cezaya Fransa’da mahkemeler hükmedebilmektedir. Kanunun L.462-3. maddesi “*L.420-1 ve L.420-2 maddelerinde ve Avrupa Topluluğunu oluşturan Anlaşmanın 81 ve 82 maddelerinde tanımlanan rekabete*

¹⁰¹ Hakim durumun kötüye kullanılmasını düzenlemektedir.

¹⁰² http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionid=21EDC77E59DBDD629F443FF26C6E4FAE.tpdjo11v_3?idSectionTA=LEGISCTA000006133184&cidTexte=LEGITEXT000005634379&dateTexte=20091116, Tarih:16.11.2009

¹⁰³ Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes

¹⁰⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. (Ünlü 2008).

¹⁰⁵ http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionid=21EDC77E59DBDD629F443FF26C6E4FAE.tpdjo11v_3?idSectionTA=LEGISCTA000006133184&cidTexte=LEGITEXT000005634379&dateTexte=20091116, Tarih:16.11.2009

aykırı uygulamalarla ilgili olarak mahkemeler tarafından rekabet konseyine danışılabilir” düzenlemesine yer vermiştir¹⁰⁶. Ceza yargıcı kararı erteleyebilir ve rekabet konseyinin rekabete aykırı uygulamalarla ilgili görüşünü, pazarın işleyişi ile ilgili analizini, bir anlaşmanın veya hâkim durumun kötüye kullanılmasının varlığını ortaya koyabilecek delilleri, kendisine verilmesi için Rekabet Konseyi’ne danışabilir. Bununla birlikte ceza yargıcı, Rekabet Konseyi’nin görüşüne uymak zorunda değildir (Kohler 2007, 50).

Yukarıda da yer verildiği üzere bireylerin kartel eylemlerinden ötürü sorumlu tutulabilmeleri için bireylerin söz konusu ihlalin tasarlanmasında, organizasyonunda ve uygulanmasında hukuka aykırı bir biçimde bireysel (part personelle) ve belirleyici (déterminante) pay sahibi olması gerekir. FRO’nun 11 Mart 2004 tarih ve 04-D-07, 11 Mart 2004 Kararı’nda söz konusu kriterler ortaya konmuştur (Assadi-Tardif ve Cohen 2009, 83). Karar’a göre bu kriterler şunlardır:

Şahsi Katılım: Bireyin ilgili kartelin yöneticisi olması yeterli değildir. Kartelin plan ve uygulama aşamasında şahsi ya da olayın bir bölümünde aktif rolü olması gereklidir.

Belirleyici Etki: Bireyin tavrı belirleyici olmalıdır ve neden sonuç ilişkisi kurulup rekabete aykırı davranışı dikkate alınmalıdır.¹⁰⁷

Hileli Katılım: Birey ilgili rekabet kurallarını bilerek ihlal etme yoluna gitmiş olmalıdır ki diğer cezai uygulamaların bir sonucu olarak güveni sarsma ve yolsuzluk gibi bir sonuca ulaşılsın.

FRO’nca kartele katıldığı için işlem dosyası cumhuriyet savcılığına gönderilen bireylere ilişkin şu örnekleri vermek mümkündür. FRO’nun, 3 Aralık 2008 tarihli Kararı’nda,¹⁰⁸ Métallerie d’Art et de Bâtiment (SMAB) ve Girod Père et Fils (Girod) şirketlerinin yöneticilerini (Directeur) kartel eylemlerinden ötürü sorumlu tutarak dosyanın cumhuriyet savcılığına gönderilmesine karar verilmiştir. FRO’nun 3 Ağustos 2004 tarihli Kararı’nda¹⁰⁹ kasaplık hayvanların ticareti ve kesimi alanında faaliyet gösteren STAL ve Mayenne Viande şirketlerinin başkanları ile CAL şirketinin başkan yardımcısı ve genel müdürü kartel eylemlerinden ötürü sorumlu tutularak dosyanın cumhuriyet savcılığına gönderilmesini kararlaştırılmıştır. FRO’nun 11 Mart 2004 tarihli Kararı’nda¹¹⁰

¹⁰⁶ http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?jsessionid=21EDC77E59DBDD629F443FF26C6E4FAE.tpdjo11v_3?idSectionTA=LEGISCTA000006133184&cidTexte=LEGITEXT000005634379&dateTexte=20091116, Tarih:16.11.2009

¹⁰⁷ Belirleyici etki ile ilgili tartışmalara bu çalışmanın son bölümünde ayrıntılı olarak yer verilecektir.

¹⁰⁸ Decision No: 08-D-29

¹⁰⁹ Decision No: 04-D-39

¹¹⁰ Decision No: 04-D-07

ise Marna Bölgesi Fırıncılar Ticaret Birliği Başkanı kartel eylemlerinden ötürü sorumlu tutulmuştur. Ayrıca, Saint-Bon-Courchevel Belediyesi tarafından temizlik ve su sistemlerini güçlendirmeyi gerçekleştirmek için açılmış ihalede 4 teşebbüsün benzer teklifler sunması üzerine DGCCRF konuyu incelemeye almıştır (Kohler (2007, 55). Nihayetinde DGCCRF sanıkların, fiyatların serbest rekabet piyasası tarafından belirlenmesine engel olduğu, piyasaların bölüşülmesi ve suni teklifleri ihale komisyonuna göndermek için yaklaşık maliyetlerin karşılıklı değişimi ile ilgili uyumlu davranışta bulunma konusunda belirleyici ve kişisel bir rol aldıkları iddiası ile dosyayı cumhuriyet savcısına intikal ettirmiştir. Kartele katılımlarından dolayı 13 Kasım 1997 tarihinde Grenoble Mahkemesi, yönetim kurulu başkan yardımcısı ve diğer üç bölüm müdürünü aleyhine hapis ve para cezasına hükmetmiş, ancak ceza ertelenmiş, 22 Ocak 1999 tarihinde Grasse Mahkemesi iki teşebbüs Başkanı ile teşebbüs yöneticileri aleyhine 20.000 Fransız Frangı para cezasına, 20 Ocak 2001'de Havre Mahkemesi iki ithalat sorumlusu ile birlikte beş şef aleyhine toplam 10 ay hapis cezasına ve 30.000 Fransız Frangı para cezasına hükmetmiş, ancak hapis cezaları ertelenmiş, Albertville Asliye Ceza Mahkemesi ise 23 Ekim 2000 tarihinde aldığı karar ile sanıklardan biri aleyhine 50.000, diğer 3 yönetici aleyhine de 20.000 Fransız Frangı para cezasına hükmetmiştir (Kohler 2007, 86-95).

4.4. HOLLANDA

Hollanda'da Rekabet Kanunu'nun 6(1) ve 24 (1) maddelerinin¹¹¹ ihlali halinde bireyler aleyhine 450.000 Avro'ya kadar para cezası öngörülmektedir¹¹². Hollanda Cezalandırma Kanunu uyarınca para cezası, kişinin para cezası kararından önceki yıla ait gelirine ve malvarlığına dayalı olarak ve ihlalin ciddiyeti, süresine, ağırlaştırıcı, hafifletici nedenlerin varlığı göz önünde bulundurularak belirlenir (Dekker ve Belhadj 2009, 165).

Hollanda Rekabet Otoritesi (NMa), yasanın genel olarak uygulanması ve özellikle kartel yasağının uygulanması hususunda idari yürütme ile birlikte görevlendirilmiştir. NMa bağımsız bir idari otoritedir (zelfstandig bestuursorgaan) ve Ekonomiden Sorumlu Bakanlıkça atanan üç kurul üyesi tarafından yönetilir. Pişmanlık Bölümü dışında NMa'in rekabet yasasını uygulayan iki bölümü daha vardır: Rekabet Bölümü ve Hukuk Bölümü. NMa, Kanunun ihlal edilip edilmediğinin araştırılması için, kendi girişimleri ile bir soruşturma açabilir. Eğer, bu soruşturmadan sonra NMa, Kanun'un 6(1) no'lu maddesinin ihlaline ilişkin makul bir şüphe duyar ve bir yaptırım uygulanmasına karar verirse, NMa'nın ilgili bölümü bir rapor düzenler. Bu rapor ilgili işletmeye veya bireye gönderilmek zorundadır. Rapor aynı zamanda NMa'nın Hukuk Bölümü'ne de gönderilir ve anılan bölüm yaptırım uygulanıp uygulanmayacağına karar verir. Yaptırımın uygulanması hususundaki kararın hazırlanması, ilgili tarafların

¹¹¹ Söz konusu maddeler Avrupa Topluluğu Anlaşması'nın 81. ve 82. maddesinin eşdeğeridir.

¹¹² <http://www.nmanet.nl/>, T:18.11.2009

duruşması da dahil olmak üzere, raporların hazırlanması sırasında ve öncesindeki soruşturma safhasında görev almayan yetkililer tarafından, yerine getirilir. Bütün ilgili taraflara rapora ilişkin fikirlerini sunmaları için olanak tanınır ve bu bağlamda rapor ve rapora ilişkin tüm belgeler, en az dört haftalık bir dönem süresince, ilgilenen taraflarca incelemeye açık tutulur (Dekker ve Belhadj 2009, 165).

1 Ekim 2007'den itibaren Hollanda Rekabet Otoritesi (NMa) gerçek kişilere yaptırım uygulama yetkisine sahipse de şimdiye kadar NMa ilgili maddelerin ihlali nedeniyle herhangi bir gerçek kişiye ceza vermiş değildir.

4.5. DİĞER BAZI ÜLKELER

Brezilya'da Rekabet Kanunu'nun 23. maddesi kartel ihlallerinde doğrudan ya da dolaylı olarak sorumlu bireyler için teşebbüse uygulanan para cezasının %10'u ile %50'si oranında idari para cezası uygulanmasını öngörmekte (23 madde, I, Law 8.884/94), kartellere dâhil olan bireyler için aynı zamanda belirli cezai prosedürlerle birlikte beş yıla kadar hapis cezası ya da para cezası uygulayabilmektedir (4 madde, Law 8.137/90) (Magalhaes ve Dias 2009, 30). Brezilya Adalet Bakanlığı'nın Ekonomi Hukuku Bölümü hazırlatmış olduğu pişmanlık başvuru broşürlerinde 100 kadar yöneticiye cezai soruşturmanın yapıldığını ve bu yöneticilerden 10 tanesinin 6 aydan 5 yıla kadar hapis cezası verildiğini duyurmuştur (Barnett 2009, 6).

Yunanistan'da ise 703/77 sayılı Kanunun 1. Maddesi uyarınca kartel ihlalinde bulunan her bir kişinin 3,000-30,000 Avro arası para cezası ile cezalandırılacağı, suçun tekrarı durumunda bu cezaların bir misli arttırılacağı ifade edilmektedir (Stergiou 2009, 96).

Almanya'da ise kartele katılan bireyler için cezalar ihlalin ciddi olması durumunda¹¹³ 500,000 Avro'dan 1 milyon Avro'ya, ihlalin hafif olması durumunda ise 25.000 Avro'dan 100.000 Avro'ya kadar para cezası; kartel ihlalinin ihaleye fesat karıştırma biçiminde gerçekleşmesi halinde ise Alman Ceza Kanunu uyarınca 5 yıla kadar hapis cezasıdır (Rinne ve Siebert 2009, 90).

İrlanda hükümeti yağ endüstrisindeki fiyat anlaşması dolayısıyla Avrupa'da ilk hapis cezasını uygulayan ülke olmuş, ancak ceza ertelenmiştir (Barnett 2009, 7).

İsrail'de ise bireylere para cezası veya günlük para cezası (Halperin ve Sason 2009, 114) ve üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası öngörülmektedir (OECD 2005). İsrail'de birçok yönetici kartel ihlali nedeniyle hapis cezasına mahkûm edilmiştir (Barnett 2009, 115)

¹¹³ Fiyat anlaşması, ihaleye fesat karıştırma, kota, müşteri veya bölge paylaşımı gibi temel kartel hareketleri.

Japonya’da ise 5.000.000 Yen’e kadar para cezası ve üç yıla kadar hapis hane de çalışma (labour in prison) cezası söz konusudur (Watanabe 2009, 128). OECD (2005, 76-77)’nin verilerine göre bu ülkede; 1974 yılında petrol üreticileri arasında tespit edilen fiyat anlaşması kartelinde 12 birey dört aydan on aya, 1991 yılında streç film sektörüne ilişkin fiyat tespitinde 22 birey altı aydan on iki aya, 1995 yılında elektrik sektörüne ilişkin ihalelerde danışıklı teklifte bulunmak nedeniyle 19 birey sekiz aydan on aya, 1997 yılında su sektörüne ilişkin ihalelerde danışıklı teklifte bulunmaktan 34 birey altı aydan dokuz aya, 1999 yılında demir boru sektörüne ilişkin kartelde ise altı aydan on aya kadar hapis hane de çalışma cezasına çarptırılmıştır.

Avustralya’da Kartel Yasasını ihlal eden bireyler hakkında 10 yıla kadar hapis cezası öngörüle bilmektedir (Peter ve Crosbie 2009, 14). Macaristan ve İrlanda’da beş yıla; Kore’de üç yıla kadar hapis cezası öngörülmektedir. (ICN 2008, 11). Kanada’da kartele katılan bireyler için beş yıla kadar olan hapis cezası (ICN 2008, 11) 12 Mart 2009 tarihinde yürürlüğe giren yasa değişikliği ile ihaleye fesat karıştırma ihlallerinde 14 yıla kadar hapis cezasıdır (Barnett 2009, 8). Belçika’da Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun’da¹¹⁴ gerçek kişilere karşı ceza hukukuna ilişkin cezalar öngörülmektedir (Dannecker 2005, 345).

4.6. ÜLKE MEVZUAT VE UYGULAMALARINA İLİŞKİN GENEL DEĞERLENDİRME

Ülke mevzuat ve uygulamalarına bakıldığında kartel eylemine katılan bireylere yönelik kamusal nitelikteki yaptırımların başta para cezası, hapis cezası ve yöneticilik yapmama cezası olmak üzere çeşitlilik gösterdiği gözlemlenmektedir. Ancak mevzuattaki yaptırım hükümlerine rağmen bu hükümlerin uygulanması son yıllarda artma eğilimi göstermiştir. Bireylere yaptırım konusunda hapis cezası gibi ağır bir yaptırımı 1890 yılında yasalaştıran ABD’de bile bu ceza uzun yıllar uygulanamamıştır. Bunun sebepleri ABD bölümünde açıklanmaya çalışılmıştır. Ancak son on yıllık süreç göz önüne alındığında gerek ABD’de DOJ’un gerekse akademisyenlerin kartele katılan bireylerin de cezalandırılmasına yönelik çalışmaları sayesinde başta ABD olmak üzere diğer ülkelerde bireylere yönelik yaptırımlar uygulanmaya başlanmıştır.

OECD’nin 2003 yılı toplantı bildirgesinde ülkelerin bireylere karşı yaptırım (hatta hapis cezası) uygulanması konusunda bir eğilimlerinin olduğu vurgulanmıştır. Benzer bir eğilimin neticesi olarak birçok ülke mevzuatında, kartel oluşumlarında bireylere yönelik yaptırımlara yer verildiğinin gözlemlendiği ifade edilmiştir (OECD 2005, 7). Bu çerçevede, RKHK’da 2008

¹¹⁴ Loi Sur Protection de La Canoncurrence.

yılında yapılan değişlikle kartelde belirleyici etkisi saptanan teşebbüs yöneticilerine veya çalışanlarına idari para cezası öngörölmüştür. RKHK'da yer verilen anılan ceza çalışmanın son bölümünde ayrıntılı olarak ele alınmaktadır.

BÖLÜM 5

TÜRK MEVZUATI AÇISINDAN KARTELERDE BİREYLERE YAPTIRIM

Bu bölümde kartele katılan bireyler için ülkemiz mevzuatında ne tür adli ve idari yaptırımların öngörüldüğü, bu yaptırımlara karşı bireylerin ne tür savunma haklarına sahip olduğu ve son olarak da kartele katılan bireyler açısından bu çalışmada yer verilen diğer yaptırımların öngörülmesi halinde bu yaptırımların Türk mevzuat sistemi içerisinde nasıl uygulanabileceği irdelenmeye çalışılacaktır.

5.1. TÜRK MEVZUATINDA KARTELE KATILAN BİREYLER İÇİN ÖNGÖRÜLEN YAPTIRIMLAR

5.1.1. Adli Yaptırımlar

TCK'nın "*İhaleye Fesat Karıştırma*" başlıklı 235. maddesinin 1. bendinde kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına veya kiralamalarına ilişkin ihalelere fesat karıştıran kişinin beş yıldan on iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı ifade edilmektedir. Anılan maddenin 2. bendinin (d) fıkrasına göre; ihaleye katılmak isteyen ve katılan kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma yapmaları ihaleye fesat karıştırma olarak değerlendirilmektedir. Maddenin gerekçesinde, ihalenin 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'na tabi olması şart koşulmamakta, ihalenin kamu kurum ve kuruluşları adına yapılmasının yeterli olduğu ifade edilmektedir. Maddenin 2. fıkrasının (d) bendine ilişkin madde gerekçesinde ise bu fıkra ile ilişkili fiillerin ihalenin objektif ve serbest rekabet şartlarında yapılmasını engellediği belirtilmektedir.

TCK'nın "*Fiyatları Etkileme*" başlıklı 237. maddesinde işçi ücretlerinin veya besin veya malların değerlerinin artıp eksilmesi sonucunu doğurabilecek bir şekilde ve bu maksatla yalan haber veya havadis yayan ve sair hileli yollara başvuran kimseye üç aydan iki yıla kadar hapis ve adli para cezası verileceği

ifade edilmektedir. Anılan maddenin gerekçesinde ise söz konusu hükümle korunmak istenen hukuki yararın, serbest rekabet koşulları çerçevesinde fiyatların belirlenmesini ihlal edici hareketleri engellemek olduğu belirtilmektedir.

TCK'da yer alan ve gerekçelerinde serbest rekabet koşullarının korunmasının hedeflendiği belirtilen söz konusu iki maddenin kartel kavramı kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Rekabet hukuku bağlamında kartelden bahsedebilmek için teşebbüsler arası anlaşmanın ekonomik nitelikte bir eylemi içermesi gerektiği açıktır. Örneğin, silah zoruyla bir firmanın pazarda faaliyetinin engellenmesi de serbest rekabet düzenini ihlal etmektedir ama bu eylem, rekabet hukukunun değil ceza hukukunun konusudur. Bu açıdan TCK'nın 237. maddesi incelendiğinde, maddede yer verilen eylemlerin her ne kadar sonuç olarak rekabeti kısıtlama amaç ve etkisi görülse de bu eylemlerin teşebbüsler arası bir anlaşma yoluyla değil, bir kişi veya birbiriyle ilişki içerisinde olmayan birden çok kişi tarafından da gerçekleştirilebilen eylemler olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca maddede rekabeti kısıtlayan eylemlerin yalan haber, havadis ve sair hileli yollar gibi ekonomik nitelikte olmayan yöntemlerle yerine getirilmesi şartı aranmaktadır. Bu gerekçelerle maddede yer verilen suçun kartel niteliği taşımadığı düşünülmektedir.

TCK'nın "*İhaleye Fesat Karıştırma*" başlıklı 235. maddesinin 2. fıkrasının (d) bendinde, ihaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını, özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma yapmaları suç sayılmakta ve bu eylemi işleyen kişiler için hapis cezası öngörülmektedir. Teşebbüslerin kamu tarafından gerçekleştirilen alım ihalelerinde mümkün olduğunca yüksek fiyattan mal veya hizmet satmak, satım ihalelerinde ise mümkün olduğunca düşük fiyatla ürün ve hizmet almak amacıyla aralarında fiyat vb. anlaşmalar yapmaları sıklıkla rastlanan bir durumdur¹¹⁵. Bu eylemlerin kartel tanımı ile birebir örtüştüğü görülmektedir. Nitekim RKKHK, ihalelere ilişkin de olsa teşebbüsler arası rekabeti kısıtlama amacı veya etkisi doğuran anlaşmaları Kanun'un 4. maddesi çerçevesinde yasaklamaktadır. Örneğin, Rekabet Kurulu, 19.1.2004 tarihli, 04-05/54-15 sayılı Kararı'nda, Başbakanlık Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonu tarafından düzenlenen ilköğretim okullarına süt temini ve dağıtımına yönelik olarak düzenlenen ihaleye katılan teşebbüslerin danışıklı fiyat teklifinde bulunarak, toplam ihale miktarını ve bedelini aralarında eşit şekilde paylaşmak amacıyla kendi aralarında anlaşma yapmalarını Kanun'un 4. maddesi kapsamında ihlal olarak değerlendirmiştir.

¹¹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. (Bilir 2004).

Yukarıda ifade edildiği üzere iki teşebbüsün ihaleye ilişkin olarak aralarında fiyat anlaşması yoluyla kartel kurmasına TCK kapsamında hapis cezası öngörülürken aynı eylemin bir özel teşebbüsün mal alım ihalesinde söz konusu olması halinde ise karşılığının hapis cezası olmaması eleştiri konusu olmaktadır¹¹⁶. Kamu ihalelerinde kamu kaynaklarının zarara uğratılmasının söz konusu olduğu görüşü ileri sürülse de, kartellerin de benzer etkilere sahip olduğu yani kartel sonucunda nihai olarak kamu kaynaklarının zarara uğradığı, “*Kartellerin Etkileri*” başlıklı bölümde dile getirilmiştir.

5.1.2. İdari Yaptırımlar

5.1.2.1. Bireylere Yönelik Usule İlişkin İdari Yaptırımlar

RKHK'nın değişiklik öncesi¹¹⁷ 16. maddesinin ilk fıkrasında; Kurul'un teşebbüs niteliğindeki gerçek ve tüzel kişiler ile teşebbüs birlikleri ve/veya bu birliklerin üyelerine usule ilişkin çeşitli (örneğin yanlış veya yanıltıcı bilgi vermek) maktu para cezaları öngörülmekteydi. Mezkur maddenin üçüncü fıkrasında ise, tüzel kişiliği olan teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin anılan cezaya çarptırılmaları halinde bu tüzel kişiliğin yönetim organlarında görev alan gerçek kişilere de şahsen verilen cezanın %10'una kadar para cezası uygulanacağı ifade edilmekteydi. Rekabet Kurulu herhangi bir değerlendirmeye girmeksizin bahsi geçen usule ilişkin sebeplerle teşebbüse idari para cezası vermesi halinde aynı teşebbüsün Yönetim Kurulu Üyeleri aleyhine Kanun uyarınca idari para cezasına hükmetmekteydi. Yönetim Kurulu ve bu kurulun kimlerden oluştuğu Ticaret Sicil Gazeteleri'nde veya şirketlerin ana sözleşmelerinde yer aldığı için bu konuda herhangi bir tartışma da söz konusu değildi. Kanun yönetim organlarında görev yapan bireyler arasında bir ayırım getirmediğinden söz konusu idari para cezası tüm Yönetim Kurulu üyeleri hakkında tatbik edilmekteydi.

Örneğin Kurul, 17.4.2006 tarihli Kararı'nda¹¹⁸ hükümlü ve tutukluların ilaçlarını temin eden Cezaevi Müdürlüklerinin eczanelerden indirim teklifleri alması aşamasında eczacı meslek örgütlerinin karar ve uygulamaları sonucunda eczanelerin birlikte hareket ettiği iddiasına ilişkin olarak yürütülen önaraştırma çerçevesinde Kurum raportörlerince istenilen bilgi ve belgelerin verilmemesi gerekçesiyle TEB Merkez Heyeti Üyeleri ile Adana ve Çorum Eczacı Odaları Yönetim Kurulu Üyeleri'ne para cezası verilmesine hükmetmiştir. Yine 21.4.2008 tarihli Kararı'nda¹¹⁹ Kurul, devralma işlemi esnasında yanıltıcı bilgi verdikleri ve Kurul'dan izin almaksızın devralma işlemini gerçekleştirdikleri

¹¹⁶ Bkz. Arı (2006, 39)'nın “okul sütü” örneği.

¹¹⁷ 23.1.2008 tarihinde 5728 sayılı Kanun'la maddede değişikliğe gidilmiştir.

¹¹⁸ 06-28/347-82 Sayılı Karar

¹¹⁹ 08-08/92-32 Sayılı Karar

gerekçesiyle Fresenius şirketi ve bu şirketin yöneticileri aleyhine çeşitli miktarlarda para cezası verilmesine hükmetmiştir¹²⁰.

Aslan (2008, 6)'a göre yukarıda yer verilen RKHK'nın 16. maddesinin üçüncü fıkrası, tüzel kişiliği olmayan teşebbüs birlikleri açısından ayrımcı ve lehe bir sonuç doğurmaktaydı. 23.1.2008 tarihinde 5728 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle bu hüküm kaldırılmıştır.

5.1.2.2. Bireylere Yönelik Esasa İlişkin İdari Yaptırımlar

RKHK'nın 4. maddesi, rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararları yasaklamaktadır. Kanun'un 16. maddesinde ise 4, 6 ve 7. maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunan teşebbüsler ile teşebbüs veya teşebbüs birliğine idari para cezası verilmesi halinde ihlalde belirleyici etkisi olan teşebbüs veya teşebbüs birliği yöneticileri ve çalışanlarına, bu cezanın yüzde beşine kadar idari para cezası verileceği belirtilmektedir. Maddede kanuna aykırılığın ortaya çıkarılması amacıyla Kurumla aktif işbirliği yapan teşebbüs veya teşebbüs birliği yönetici ve çalışanlarına işbirliğinin niteliği, etkinliği ve zamanlaması da dikkate alınarak ceza verilmeyebileceği veya cezalarda indirim yapılabileceği ifade edilmektedir.

RKHK'nın 4. ve 6. maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunan teşebbüs veya teşebbüs birlikleri ile bunların yönetici ve çalışanlarına, aynı Kanun'un 16. maddesi gereğince verilebilecek para cezasının usul ve esaslarını düzenleyen "*Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik*", Rekabet Kurumu tarafından yayımlanmıştır¹²¹. Yönetmelik'in "*Yöneticilere ve Çalışanlarına Verilecek Para Cezası*" başlıklı 8. maddesinde; kartelde belirleyici etkisi saptanan teşebbüs yöneticileri ve çalışanlarının her birine ayrı ayrı, aktif işbirliği gibi hususlar dikkate alınarak, teşebbüse verilen cezanın yüzde üçü ile yüzde beşi arasında bir oranda para cezası verileceği; kartellerin ortaya çıkarılması amacıyla Kurumla aktif işbirliği yapan teşebbüs yöneticileri ve çalışanlarına, "*Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik*" hükümleri çerçevesinde para cezası verilmeyeceği veya verilecek cezalarda indirim yapılacağı belirtilmektedir.

Yukarıda yer verilen hükümler incelendiğinde kartele katılan bireylere (teşebbüs yönetici veya çalışanlarına) idari para cezası verilebilmesinin ilk

¹²⁰ ICLG 2009 verilerine göre Türkiye gibi bireylere yönelik usule ilişkin ceza öngören ülke uygulamaları mevcuttur. Örneğin Fransa, yerinde incelemenin engellenmesi, belirli belgelerin reddi, belgelerin tahrifatı ya da yanlış ve eksik bilgi verilmesi halinde bireyler için 7.500 Euro'ya kadar para cezası ve 6 aya kadar hapis cezası öngörmektedir. Yine İngiltere'de, Hollanda'da, Yunanistan'da bireylere yönelik usule ilişkin benzer cezalar söz konusudur.

http://www.iclg.co.uk/index.php?area=4&kh_publications_id=92, T:15.11.2009

¹²¹ <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/yonetmelik/yonetmelik9.pdf>

koşulunun kartel nedeniyle teşebbüse idari para cezası verilmesi olduğu anlaşılmaktadır. Yani bireye uygulanacak ceza teşebbüse ceza uygulanmasına bağlıdır. Oysa olması gereken teşebbüs ve bireyi ayrı ayrı değerlendirip duruma göre idari para cezası uygulanmasıdır. Teşebbüsten bağımsız olarak kanuna aykırı davranışta bulunan bireyler hem teşebbüse hem de kamuya zarar verebilmektedir. Örneğin, bölümü ile ilgili icrai faaliyette bulunma yetkisine sahip bir satış müdürünün, diğer teşebbüslerdeki satış müdürleri ile fiyat anlaşması yaptığını, daha sonra durumdan teşebbüsün yönetim kurulu üyelerinin haberdar olarak kartelin ortaya çıkarılması amacıyla Rekabet Kurumu ile aktif işbirliği yaptığını düşünelim. Bu durumda mevzuat gereği teşebbüse ceza verilmemesi halinde satış müdürüne de idari para cezası verilemeyecektir. Böyle bir örnekte ise satış müdürünün kanuna aykırı davranışı cezasız kalmış olacaktır.

Karteleten katılan bireylere idari para cezası verilebilmesinin diğer iki koşulu karteleten katılan kişilerin “yönetici” veya “çalışan” sıfatını haiz olması ve bu kişilerin kartelde belirleyici etkilerinin saptanmasıdır. Bu nedenle Kanun’un 16. maddesinde bahsi geçen gerek “yönetici” ve “çalışan” gerekse “belirleyici etki” kavramlarının irdelenmesi gerekmektedir. “Belirleyici etki” kavramı öncesi irdelenmesi gereken bir diğer husus da yönetici ve çalışanlarının sorumluluğunun sınırlarıdır. Nihayetinde de idari yaptırıma maruz kalacak bireylerin (yönetici ve çalışanların) ne tür savunma hakkına sahip olduğunun incelenmesi yerinde olacaktır.

5.1.2.2.1. “Yönetici” ve “Çalışan” Kavramı

Dünya uygulamalarına bakıldığında ABD gibi bazı ülkelerin mevzuatlarında yönetici veya çalışan gibi bir görev ayırımına gitmediğine daha önce yer verilmiştir¹²². Her ne kadar görev tanımı yapılmısa da ABD uygulamaları incelendiğinde kartel eylemine katılımlarından ötürü cezaya mahkûm edilen kişilerin ya şirketin genel politikalarına yön veren yönetici konumundaki (yönetim kurulu başkanı veya üyesi, genel müdür vb) ya da kendi alanına ilişkin (satış müdürü) icrai yetkilere sahip bireyler olduğu görülmektedir. Fransa’da ise ya genel müdür ya da satış, ithalat vb. bölüm müdürleri olduğu, İngiltere’de yine şirket müdürlerinin cezalandırıldığı, özetle uygulamada kartel eyleminden ötürü yönetici veya çalışanların cezalandırıldığı görülmektedir¹²³.

RKHK çerçevesinde konu değerlendirildiğinde, 2008 yılındaki değişiklik öncesi RKHK’nın 16. maddesi usule ilişkin çeşitli sebeplerle tüzel kişiliği olan teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin yönetim organlarında görev alan

¹²² Hatta Hammond (2004, 12-14), karteleten katılımı nedeniyle şirkette görev alan sekreterin bile kartel soruşturmasına konu olabileceğinden korkarak pişmanlık başvurusunda bulunabileceğinden bahsetmektedir.

¹²³ Ayrıntılı bilgi için bkz. “1.2. Kartellerde Birey Kavramı”

kişilere idari para cezası öngördüğüne ve Rekabet Kurulu'nun anılan cezayı nasıl uyguladığına yukarıda yer verildiğinden burada konu tekrar edilmeyecektir.

Ancak, 2008 yılındaki değişiklik sonrası esasa ilişkin olarak RKHK'nun 16. maddesinde Kanunun 4, 6 ve 7. maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunan teşebbüsler ile teşebbüs veya teşebbüs birliğine idari para cezası verilmesi halinde ihlalde belirleyici etkisi olan teşebbüs veya teşebbüs birliği yöneticileri ve çalışanlarına, bu cezanın yüzde beşine kadar idari para cezası verileceği belirtilmektedir. Ancak gerek anılan maddede gerekse de "*Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik*"in 8. maddesinde ve söz konusu maddelerin gerekçelerinde "yönetici" ve "çalışan" kavramının tanımlanmadığı, yönetici ve çalışan sıfatına teşebbüste kimlerin haiz olabileceği ve bu kişiler arasında sorumluluğun ne şekilde belirleneceğinin Rekabet Kurulu'nun yorumlarına bırakıldığı görülmektedir. Bugüne kadar Rekabet Kurulu'nun "yönetici" ve "çalışan" kavramının irdelendiği bir kararı bulunmamaktadır. Bu nedenle anılan kavramlar yorumuna tabidir.

Karacehennem (2008, 15)'e göre, genel müdür dahil birim yöneticileri ve diğer personel "çalışan" kapsamında değerlendirilmeli, teşebbüsün "yöneticileri" kapsamına ise yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile yönetim kurulu üyesi olup da murahhas üye gibi şirket yönetimi ile görevlendirilen yönetim kurulu üyeleri girmelidir. Karacehennem (2008, 15), genel müdürün de "yönetici" kapsamında ele alınması gerektiğini ifade etmektedir. Zira genel müdür teşebbüsün genel politikalarına yön veren bir konumdadır. Sonuç olarak, dünya genelindeki uygulamalar da dikkate alındığında RKHK'da ve Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik'de kastedilen, teşebbüs yöneticilerinin teşebbüsün sahipleri, yönetim kurulu üyeleri ve murahhas azalar gibi teşebbüsün genel politikalarına yön veren kişiler olduğu; teşebbüs çalışanlarının ise satış müdürü gibi kendi alanlarında icrai olarak teşebbüsü borç altına sokma yetkisine sahip bireyler olduğu düşünülmektedir. Ayrıca gerek RKHK gerekse Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik'de yönetici ve çalışan arasında bir ceza farklılaştırmasına gidilmediği görülmektedir. Bu nedenle, Yönetmelik bağlamında kartellerde belirleyici etkisi olan teşebbüs yöneticisi veya çalışan kim olursa olsun aralarında bir ayrıma tabi tutulmaksızın para cezası verileceği anlaşılmaktadır.

Aslan (2008, 6), RKHK'nın 16. maddesinin 4. fıkrasında "yöneticilerine ya da çalışanları" ifadesinin "ya da" bağlacı nedeniyle teşebbüsün hem yöneticilerine hem de çalışanlarına ceza verilemeyeceğini ifade etmektedir. Ancak, Aslan'ın bu yorumuna katılmak mümkün değildir. Zira kartele katılım, yönetici veya çalışanın birlikteliğini gerektirmemektedir. Tek bir çalışanın veya tek bir yönetici eylemi ile teşebbüsün kartele katılımı mümkün olmaktadır. Kanun koyucu duruma göre kartele katılan bireyi cezalandırabilmek amacıyla "ya da" ifadesini kullanmıştır. Şayet kartele katılım bir teşebbüs açısından hem

yönetici hem de çalışanın eylemleri ile sağlanmışsa Kurul'un bu durumda anılan kişilere yaptırım uygulamamasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Kurul aşağıda yer verilen yönetici ve çalışanların sorumluluğunun sınırlarını da dikkate almak kaydıyla olayın şartlarına göre hem yöneticiye hem de çalışana idari para cezası uygulayabilir.

5.1.2.2.2. Yönetici ve Çalışanların Sorumluluğunun Sınırları

RKHK'nın ifadesiyle her ne kadar kartel eylemine katılanlardan teşebbüs yöneticisi veya çalışanı sorumlu tutulabilmekteyse de Kanun'da böyle bir görev tanımına gidilmemesi daha uygun olurdu. Zira yönetici veya çalışan dışında daha alt kademedekilerin katılımıyla da kartel oluşturulabilir. Örneğin müdür olmasa bile satış bölümünde kıdemli olarak çalışan bir bireyin müdürünün bilgisi dışında ancak müdürüne kabul ettirebileceği saikiyle rakip şirketin satış müdürü ile fiyat anlaşması yapması halinde kartel teşkil etmiş olacaktır. Rekabet Kurumu görevlilerinin olay yerine gelmeleri ve anlaşma metnini ele geçirmeleri neticesinde elbette bu anlaşma fiyat karteli olarak değerlendirilecektir. Ancak bu halde teşebbüs kartel nedeniyle cezalandırılırken bu anlaşmaya imza atmış birey, yönetici veya çalışan olmaması sebebiyle cezalandırılmayacaktır. Oysa bir anlaşmanın hazırlanmasına katılmış her çalışan yönetici olmasa bile cezai sorumluluğa sahiptir (Kohler 2007, 54). Bu nedenle daha doğru olan ABD örneğinde olduğu gibi birey bağlamında görev tanımında bulunmamak ya da çalışan kavramını geniş tutmak olacaktır.

Çalışan kavramının geniş yorumlanması halinde ise kartel eyleminden ötürü sorumluluğun teşebbüs nezdinde kime kadar indirgenebileceği tartışması gündeme gelecektir. Birçok rekabete aykırı uygulamanın hiyerarşik emirler sonrasında hareket eden çalışanlar tarafından gerçekleştirildiği düşünüldüğünde, bu kişilerin hiyerarşik bağ ile oluşan yasadışı uygulamaların gerçekleşmesinde cezai sorumluluğunun olup olmayacağını tartışılması gerekmektedir (Kohler 2007, 54). Yazara göre bu soruya cevap vermek için yasal, finansal ve ticari sorumluluk içeren delilleri incelemeye odaklanmak gerekir. Amaç, söz konusu uygulamaları gerçekleştirebilmek için yeterli derecede özgürlük sahibi kişileri en iyi şekilde arayabilmek ve "başkasının suçunu üstlenen kişiler" e karşı cezai yaptırımları ayırmak olmalıdır. Bu bağlamda Fransız yargısının konuya ilişkin aşağıda yer verilen içtihadı dikkat çekicidir. Saint-Bon- Couchevel Belediyesi tarafından başlatılan bir ihalede dört şirketin benzer teklifler sunması sonucu, piyasanın bölüşülmesi vb. sebepler sanıkların yargılandığı davada Albertville Asliye Ceza Mahkemesi yöneticilere çeşitli miktarlarda para cezası verirken bir çalışan hakkında da "şirketinin yöneticisi olmayıp çalışanı olduğu ve hiyerarşi

dâhilinde hareket etmiş olduğu, bunun da sorumluluğu ortadan kaldırdığı veya en azından hafiflettiği” gerekçesiyle cezasını ertelemiştir (Kohler 2007, 55-56).

Hollanda Rekabet Kanunu kapsamında bireylere yönelik hapis cezasına ancak ilgili şahsın Ceza Kanunu 51. maddesi anlamında kartel kurulması için talimat vermesi ya da kartel uygulamalarında fiili liderliği elinde tutması halinde hükmedilebilmektedir. Fiili liderliğin aktif olarak sürdürülmesi şart değildir. Bir şahsın ihlal hakkında bilgilendirildiği ya da bilgilendirilmesi halinde bunu engellemek için bir şey yapmaması da fiili liderlik sayılmaktadır. Bu bağlamda anılan bireyin teşebbüste çalışıyor olması, toplantılara katılmış olması, kartelde aktif rol oynamış olması şart değilse de bunların varlığı fiili liderlik için karine teşkil etmektedir¹²⁴.

Karacehennem (2008, 16), konuya ilişkin olarak şunları ifade etmektedir:

“Mutlaka bir yöneticinin talimatı ile çalışanların işlem yapacağı açıktır. O halde ve her durumda “çalışanların” ihlalde belirleyici etkisinin bulunmayacağı açıktır. Her durumda ve mutlaka “yöneticiler” ihlalde belirleyici etkide bulunabilir. Bu bakımdan ihlalde belirleyici etkisi bulunan çalışanların değil yöneticilerin saptanması gerekir. Yöneticiler, rekabet kurallarına aykırı davranılmaması bakımından yazılı talimatlar yayınlamış olabilirler. Bu gibi durumlar dahi çalışanları sorumlu kılarak yöneticileri sorumluluktan kurtaramaz. Çünkü Türk Ticaret Kanunu’nun yönetim kurulu üyelerine getirdiği şirketleri yönetme, çalışmalarını denetleme görevleri bulunmaktadır. Bu hükümler dolayısıyla da esas sorumluluk yöneticilere ait bulunmaktadır. Dolayısıyla Kanunun çalışanlara ait hükmü belki de işlemeyecek, işlese bile çok nadir hallerde inhisar edecektir. Bu bakımdan yapılan soruşturmalarda ihlalde belirleyici etkisi olan “çalışanların” değil “yöneticilerin” saptanması gerekmektedir”.

Yönetici ve çalışanların sorumluluğunun sınırları tartışmalarına Yargıtay’ın iki kararı ışık tutmaktadır. Yargıtay, 1991 yılında verdiği bir Karar’da¹²⁵; cezanın suçu bilfiil işleyen kişiye çektirilmesinin, cezada şahsılık prensibinin bir gereği olup esas amacın suçun şekil sorumlusu olan kanuni temsilcinin değil, suçun ayrıntılarını bilen ve oluşumunda rolü olan temsilcileri cezalandırmak olduğunu, bu nedenle cezaya muhatap olacak kanuni temsilcinin suç ve suçlu arasındaki illiyet bağının dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Yargıtay 2001 yılında verdiği Karar’da¹²⁶ ise şunları ifade etmektedir:

“...Asıl olan tüzel kişilerin istihdam ettiği personelin kanuni temsilcinin emir ve talimatıyla hareket edip iş görmesidir. İdari yönden hiyerarşi piramidinin en üst noktasında kanuni temsilciler yer alırlar; diğerleri emir ve talimatı uygularlar. Bu uygulama sırasında işlenen fiillerden kanuni temsilcilerin cezai sorumluluğunu kabul

¹²⁴ <http://www.nmanet.nl/>, T: 15.10.2009

¹²⁵ Yargıtay 9. CD, T: 25.1.1991, E.1990/4303, K. 1991/238

¹²⁶ Yargıtay 11. CD., T:27.9.2001, E. 2001/5007, K. 2001/8710

etmek gerekir. Personelin fiillerin işlenmesinden doğrudan bir çıkarları yoktur. Örneğin mal ve hizmet alımı olmadığı halde alım belgesi olarak gideri arttırıp matrahın düşürülmesinde ya da komisyon karşılığında fatura düzenlenip verilmesinde personelin kişisel çıkarı olduğu düşünülemez. İstisnai de olsa, emir ve talimata karşı gelerek bu fiillerin personel tarafından işlenmesi mümkündür, bu durumda fiili işleyen cezai sorumluluğunu kabul etmek gerekecektir. Ama her durumda; kanuni temsilcilerin, personelin fiillerini işlendiği sırada bilmediği, işledikten sonra da bilmeyerek kullandığı savunma ve olgusunun geçerliliği tüzel kişinin iş ve yer yönünden faaliyet alanı, iletişim yoğunluğu ve olanağı, örgütlenme biçimi ve yapısı, büyüklüğü ve ölçeği, personel sayısı, görev dağılımı, iş hacmi ve kapasitesi, bağımsız hareket etme olasılığı, mali bünyesi, mal varlıkları, kasa ve banka mevcudu, fiilin mahiyeti ve konusu gibi unsurlar dikkate alınarak değerlendirilmesi yapıp sonuca varılmalıdır. Böylece isabetli ve adil sonuç elde edilir; cezaların şahsiliği ilkesine de uygunluk sağlanır. Değişik amaçlarla, örneğin kişisel çıkar sağlamakta, tüzel kişi ve kanuni temsilcisini zorda bırakmak için fiili işleyen personel, fiilin sonucuna katlanmalıdır. Personelin, temsilcinin istek, irade ve onayı olmadan işlediği fiillerden temsilcinin cezai sorumluluğu kabul edilemez.”

Yukarıda yer verildiği üzere Yargıtay teşebbüslerde ilkesel (kural) olarak cezai sorumluluğu kanuni temsilcilere yüklemekte, alt düzeydeki personelin sorumluluğuna ise fiili kanuni temsilcinin bilemeyecek olduğu durumlarda ya da personelin kötü niyetli (kişisel çıkar elde etme amaçlı) davranışları halinde gitmektedir. Dolayısı ile Yargıtay anılan kararı ile cezai sorumluluğu sadece kanuni temsilci bağlamında değerlendirmemekte, istisnai durumlarda da olsa cezai sorumluluk alanını genişletmektedir.

Fransa’da ise “suçta ve cezada şahsilik” prensibini düzenleyen Ceza Kanunu’nun 121-1. maddesinde “herkes kendi eyleminden cezai olarak sorumludur” denilmektedir ve anılan hüküm nedeniyle Fransız Ticaret Kanunu’nun 420-6. maddesi, bir kişinin şirket içerisinde işgal ettiği hukuki konumu nedeniyle yasal sorumluluk yüklememektedir¹²⁷. Özellikle 11 Mart 1993 tarihindeki bir davada mahkeme, “yasada aksine bir hüküm bulunması durumu hariç olmak üzere, suçun meydana gelmesinde kişisel bir rol almamış şirket başkanı, yetkili, otorite ve gerekli olan vasıflara sahip bir kişiye kendi yetkilerini devretmiş olduğunu kanıtlarsa cezai sorumluluktan muaf olabilir” ifadeleriyle yöneticilerin masumiyet karinesi onaylanmıştır. (Kohler 2007, 54)

Kartel eylemlerine katılımlarından ötürü bireylerin cezai sorumluluğu gerek Türk gerekse Fransız Yargıtayı’nın yukarıda yer verdiği kriterler doğrultusunda değerlendirilmelidir. Buna göre kartel eylemine ilişkin sorumluluk kural olarak yönetici veya çalışanda olmalıdır. Ancak yönetici veya çalışanın bilgisi dışında veya bu kişilerin olayı bilemeyecek durumda olması ya

¹²⁷ Kohler (2007, 54), rekabete aykırı uygulamalar gerçekleştirdiğinden şüphelenilen şirketlerin yöneticilerinin, yöneticilik statüleri nedeniyle cezai olarak sorumlu tutulamayacağını ifade etmektedir.

da alt düzey personelin kötü niyetle (tamamen teşebbüse zarara uğratma ya da kişisel menfaat elde etme amaçlı) kartele katılımı halinde alt düzey personel cezalandırılmalı, bu hallerde yönetici veya çalışanın sorumluluğuna gidilmemelidir.

5.1.2.2.3. “Belirleyici Etki” Kavramı

RKHK'nın 16. maddesinde Kanununun 4, 6 ve 7. maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunan teşebbüsler ile teşebbüs veya teşebbüs birliğine idari para cezası verilmesi halinde ihlalde belirleyici etkisi olan teşebbüs veya teşebbüs birliği yöneticileri ve çalışanlarına, bu cezanın yüzde beşine kadar idari para cezası verileceği belirtilmektedir.

RKHK'nın ve Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik'in ilgili maddelerinde ve madde gerekçelerinde “belirleyici etki” kavramından ne anlaşılması gerektiği belirtilmemiştir. Bu nedenle kavramdan ne anlaşılacağına Rekabet Kurulu'nun yorumlarına bırakıldığı görülmektedir. Rekabet Kurulu'nun bugüne kadar “belirleyici etki” kavramının anılan madde çerçevesinde irdelendiği bir kararı söz konusu değildir. Ancak Rekabet Kurulu tarafından çıkarılan “1998/2, 1998/6 ve 2000/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliği ile Değişik, Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ”in (1997/1 sayılı Tebliğ) 2. maddesinde “*bu Tebliğ bakımından kontrol, ayrı ayrı ya da birlikte, fiilen ya da hukuken bir teşebbüs üzerine belirleyici etki uygulama olanağını sağlayan haklar, sözleşmeler veya başka araçlara ve özellikle bir teşebbüsün malvarlığının tamamını veya bir kısmı üzerinde mülkiyet veya işletilmeye müsait bir kullanma hakkıyla veya bir teşebbüsün organlarının oluşumunda veya kararları üzerinde belirleyici etki sağlayan haklar veya sözleşmelerle meydana getirebilir.*” denmektedir. Söz konusu maddede belirleyici etki devir işlemine konu olan haklar, sözleşme ve araçların devralınan şirketin kontrolünde devralan lehine bir değişiklik yaratıp yaratmadığı kabiliyetini ifade ettiği anlaşılmaktadır. Örneğin Rekabet Kurulu konuya ilişkin bir Kararı'nda¹²⁸ Yedoy'un ortaklarının fırınlar üzerindeki pay sahiplikleri incelenmiştir. Karar'da; Yedoy'un ortaklık yapısı incelendiğinde, ortaklar arasında imtiyazlı pay sahibinin bulunmadığı ve teşebbüsün yönetiminin değişken yapıda olduğu, mevcut durumda iki yönlü olarak da kontrol unsurunun bulunmadığı, fırın sahiplerinin doğrudan ya da dolaylı olarak Yedoy üzerinde belirleyici etkilerinin ve bunlar arasında bir ekonomik bütünlüğün olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Kurul bir diğer Kararı'nda¹²⁹; üst düzey yöneticilerin atanmasına yönelik kararların bir bütün olarak ele alındığında devralınan şirket üzerinde belirleyici etki uygulama olanağı sağlanması için yeterli olduğu

¹²⁸ 6.8.2009 tarihli ve 09-35/890-213 sayılı Rekabet Kurulu Kararı

¹²⁹ 5.8.2009 tarihli ve 09-34/839-204 sayılı Rekabet Kurulu Kararı

kanaatine ulaşmıştır. Bir başka Kararı'nda¹³⁰ Kurul; Avrupa Birliği'nde yayımlanan Yoğunlaşmalara İlişkin Komisyon Duyurusu'na göre bir hissedarın veto hakları sayesinde çözümsüzlük durumu yaratabilme imkanının bulunmasının, o hissedara belirleyici etkide bulunabilme olanağı sağladığını ve böyle bir işlemin tek başına kontrol olarak değerlendirildiğini ifade etmektedir.

4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun 10. maddesi ve Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu tarafından çıkarılan ve 20 Kasım 2008 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan "Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik" in 1. maddesinde kontrol; "bir tüzel kişi üzerinde ayrı ayrı ya da birlikte, fiilen ya da hukuken belirleyici etki uygulama olanağını sağlayan hakları, sözleşmeler veya başka araçlarla ve özellikle bir tüzel kişinin malvarlığının tamamı veya bir kısmı üzerinde mülkiyet veya işletilmeye müsait bir kullanma hakkıyla veya bir tüzel kişinin organlarının oluşumunda veya kararları üzerinde belirleyici etki sağlayan hakları veya sözleşmelerle meydana getirilen hakları" olarak tanımlamaktadır.

Ancak yukarıda "belirleyici etki"ye ilişkin yer verilen mevzuat ve kararlar devralma işlemlerine ilişkin olup RKHK'nın 16. maddesinde belirtilen ve çalışmanın konusunu oluşturan "belirleyici etki" kavramı rekabet ihlaline (özellikle de kartellere) ilişkindir. Dolayısıyla söz konusu mevzuat ve o çerçevedeki uygulamanın konumuz bakımından açıklayıcı olamamaktadır.

Rekabet ihlallerine ilişkin olarak anılan kavram Fransız Ticaret Kanunu'nun 420-6. maddesinde "part déterminante" olarak ifade edilmiştir. Konu ile ilgili olarak 26.7.2004 tarihli Saint-Etienne Asliye Ceza Mahkemesinin Kararı ile "belirleyici" pay sahibi olmaya açıklık getirilmiştir (Kohler 2007, 57). Bir ihalede danışıklı teklif verilmesiyle ilgili olan bu davada, ihalede danışıklı teklif verilmesi için, rakipleri ile ilk olarak temasa geçek teşebbüs yöneticisinin ihlalde "bireysel ve belirleyici" payının olduğu ve anlaşmanın lideri olarak kabul edilebileceği belirtilmiştir. Anlaşmanın liderinin davetine yanıt vermiş olan kişilerle ilgili olarak ise mahkeme şunu söylemiştir: "*Lideri takip ederek ihaledeki danışıklı teklife katılım konusunda iradelerini ortaya koymuşlardır. Dolayısıyla bu kişiler 'bireysel ve belirleyici pay' şartını yerine getirmektedirler*".

Yukarıda yer verilen mahkeme kararı ışığında anlaşılmaktadır ki kartel kurma amacıyla rakipleriyle iletişime geçen kişi kartelin lideri olarak nitelendirilebilecekken, diğer kişiler liderin teklifine katılma konusunda iradelerini ortaya koydukları andan itibaren (lideri takip eden olarak) kartelden sorumlu olacaklardır. Alman rekabet mevzuatında ise bireyin kartel içinde **aktif rol** oynaması ağırlaştırıcı neden kabul edilmektedir. 15 Eylül 2006 tarihli

¹³⁰ 1.7.2009 tarihli ve 09-31/678-159 sayılı Rekabet Kurulu Kararı

38/2006 sayılı Duyuru'nun¹³¹ 17. maddesinde aktif rol; kartel lideri, kartelin kurucusu, kartelde başkaca **etkin pozisyon** olarak örneklendirilmektedir.

Rekabet Kurulu'nun ise bugüne kadar RKHK'nın 16. maddesinin 4. fıkrası bağlamında "belirleyici etki"ye ilişkin bir kararı henüz söz konusu olmadığından konu Türk Rekabet Hukuku açısından yoruma açıktır. Anılan fıkrada "ihlalde belirleyici etkisi saptanan teşebbüs birlikleri veya bu birliğin yöneticilerine ya da çalışanlarına" denilmektedir. Bu ifadenin belirleyici etkide bulunması gerekenin teşebbüs veya teşebbüs birlikleriymiş gibi anlaşılması muhtemeldir. Ancak hükümde "ihlalde belirleyici etkisi saptanan teşebbüsün veya teşebbüs birliklerinin" denseydi böyle bir yorum doğru kabul edilecektir. Oysa hükmün lafzı gayet açıktır ve "belirleyici etki" bir isim tamlaması olan "teşebbüs veya teşebbüs birliği yöneticisi ya da çalışanları" nı tamlamaktadır.

"Belirleyici etki" kavramına ilişkin yukarıda yer verilen Saint Etienne Asliye Ceza Mahkemesi'nin yorumuna katılmak da mümkün değildir. Zira mahkemenin yorumuna göre kartel konusunda davette bulunan "belirleyici etki"de bulunmuş sayılırken diğerleri de bu daveti kabul etmeleri halinde yine "belirleyici etki"de bulunmuş kabul edilmektedir. Böyle bir yorum kartele katılan tüm bireylerin belirleyici etkide bulunduğu sonucuna çıkarmaktadır ki bu durum RKHK'nın 16. maddesinin lafzına ve amacına uygun değildir. Zira madde metninde her kartele katılanı değil, kartelde belirleyici etkide bulunanları sorumlu tutmak amaçlanmıştır. Her ne kadar "belirleyici etki" kavramının içeriğinin nihai olarak Kurul tarafından doldurulacağı aşikarsa da "belirleyici etki"den anlaşılan; kartel amacıyla davette bulunmak, bu amaçla görüşmeler yapmak, organizasyon içerisinde olmak, kartele katılım konusunda ikna edici faaliyetlerde bulunmak gibi dar yorumlanması gerekmektedir. Örneğin bir sektörde yer alan yedi teşebbüs yetkilisinin bir toplantıda bir araya geldiğini ve yetkililerden birinin rakiplerine "bölge paylaşımı" konusunda davette bulunduğunu farz edelim. Toplantı esnasında diğer teşebbüs yetkilisinin bu daveti desteklediği ve diğer yetkililer nezdinde teşvik edici konuşma yapmış, diğer teşebbüs yetkilisi de bölge paylaşımı konusunda planlama ve organizasyona katılmıştır. Netice de diğer iki teşebbüs yetkilisi bir şey söylememiş, ancak kartel davetine olumlu cevap vermiş, diğer iki yetkili ise bu bölge paylaşımı davetini kabul etmemiştir. Bu durumda daveti kabul etmeyen iki teşebbüs zaten kartele katılmadıklarından ötürü bu teşebbüsler aleyhine ceza hükmedilemeyecektir. Diğer iki teşebbüs yetkilisi ise sadece kartele katılmadan ötürü mensubu olduğu teşebbüs cezalandırılacak, ancak teşebbüs yetkilileri belirleyici etkide bulunmadıkları için cezalandırılmayacaktır. Kartel davetini yapan, bu daveti destekleyen ve organizasyonuna katılan üç teşebbüs yetkisi

¹³¹ <http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/download/pdf/Bussgeldleitlinien-E.pdf>, T:20.11.2009

belirleyici etki de buldukları için, mensubu bunduğu teşebbüsler de kartele katılımlarından ötürü cezalandırılacaktır.

RKHK'nın 16. maddesinde ve "Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik"de değinilmeyen diğer bir husus da kartele katılmayan ancak kartele katılım konusunda uzlaşmacı veya teşvik edici bir rol üstlenen üçüncü kişilerin durumudur. Örneğin, alt pazarda faaliyet gösteren bir teşebbüs, fiyat politikasını belirli kılmak amacıyla mal tedarik ettiği üst pazardaki teşebbüslerden fiyatlarını ortak olarak belirlemesini isteyebilir veya bu konuda teşvik edici olabilir. Mevcut düzen içerisinde gerçekte kartelin oluşumu konusunda öncü rol üstlenen bu teşebbüs ve yöneticileri, kartele katılmadıkları için cezalandırılmayacaklardır. Oysa kartele katılımın bireyler açısından suç kabul edilebilmesi ve bu suça ilişkin adli yaptırımlar öngörülmesi halinde ceza hukukunun konularından olan suça teşvik, azmettirme, iştirak vb. ilkeleri bu tür durumlarda uygulanabilecektir.

5.2. YAPTIRIM TEHDİDİ KAŞISINDA BİREYLERİN SAVUNMA HAKKI

5.2.1. Uluslararası Hukukta Bireylerin Savunma Hakkı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 6. maddesi "adil yargılanma hakkı"nı düzenlemektedir¹³². Maddenin ilk fıkrasına göre "*Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir.*" Maddenin üçüncü fıkrasında ise savunma hakkının asgari sınırlarına yer verilmektedir. Buna göre her sanık; "*kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek; savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak; kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir savunmacının yardımından yararlanmak ve eğer savunmacı tutmak için mali olanaklardan yoksun bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek; iddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağırılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek; duruşmada kullanılan dili anlama dışı veya konuşma dışı takdirde bir tercümanın yardımından para ödemeksizin yararlanmak*" haklarına sahiptir.

¹³² http://www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/aihs_01.html, T:20.11.2009

Her ne kadar AİHS'nin anılan maddesinde “cezai alanda” ve “mahkeme” ifadesi yer alıyorsa da Engel davasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), isnadın ceza hukukuna ait bir suça dair olmadığını hükme bağlarken, suçu düzenleyen hukuk kurallarının iç hukuktaki yeri, suçun niteliği ve sanığın maruz kalacağı cezanın ağırlığı gibi kriterleri esas almıştır (Feyzioğlu 146-147). Weber kararında ise AİHM, iç hukukta disiplin kuralı olarak öngörülmuş bir kuralın eğer soruşturma veya mahkemeyeyle ilgili kişi gruplarının dışındaki çok geniş kesime hitap ediyorsa, artık disiplin kuralı ile değil, gerçek anlamda ceza kuralı ile karşı karşıya olduğunu belirtmektedir (Feyzioğlu 147). Ulusoy (2000, 277-278)'a göre, AİHM, bir kamu otoritesinin AİHS'nin 6. maddesi bağlamında “mahkeme” olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine kendisinin karar verebileceğini ve bazen idari otoritelerin de anılan madde bağlamında “mahkeme” olarak varsayılabilceğini kararlaştırmaktadır. Dolayısı ile AİHM, idari yaptırımları da AİHS'nin “adil yargılanma hakkı”nı düzenleyen 6. maddesi çerçevesinde görmeye başlamıştır (Karabulut 2008, 62).

AİHM'nin gerek Engel gerekse Weber davalarında içtihatları sonrası ortaya çıkmaktadır ki her ne kadar ulusal hukukta “mahkeme” olarak nitelendirilmese de geniş kesimlere hitap eden, hitap ettiği kesim için ağır yaptırımlar öngören hukuk kuralları ve bu kuralları uygulayan idari kurumlar AİHS'nin 6. maddesi hükmü ile bağlıdır. Bu anlamda anılan idari kurumlar nezdinde yaptırım riski ile karşı karşıya kalan bireylerin de AİHS'nin 6. maddesinde asgari sınırları çizilen “savunma hakkı”na sahip olmaları gerekir.

5.2.2. Ulusal Hukukta Bireylerin Savunma Hakkı

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 36. maddesine göre herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Anayasa'nın 38. maddesine göre hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz ve kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez. Anayasa Mahkemesi (AYM) bir Kararı'nda¹³³ savunma hakkının Anayasa'nın Kişinin Hakları ve Ödevleri'ni belirleyen bölümünde yer alan temel haklardan olduğunu ve yargılama işlevinin de ayrılmaz bir parçası olduğunu ifade etmektedir. Karar'da ayrıca, sanığın suçlu bile olsa yasa da gösterilen cezadan daha fazla cezalandırılmaması gerektiği ve bu çerçevede savunma hakkının adil yargılanmanın vazgeçilmez bir koşulu olduğu vurgulanmaktadır.

Genel İdari Usul Kanunu Tasarısı'nın “*Dinlenilme Hakkı ve Kullandırılması*” başlıklı 25. maddesi; dinlenilme hakkının ilgililerin, bir idari

¹³³ Anayasa Mahkemesi, T. 1.7.2004, 2004/11 E., 2004/93 K.

işlemin yapılmasından önce haklarını, özgürlüklerini ya da hukukî yararlarını savunmak üzere kendi tercihleri doğrultusunda yazılı veya idarece düzenlenecek görüşme toplantısında sözlü açıklama yapmalarını, tanık dinletebilmelerini, idareye her türlü bilgi ve belge sunmalarını, bilirkişi incelemesi yapılması isteğinde bulunmalarını kapsadığını ifade etmektedir. Maddenin devamında ise araştırma, inceleme ve soruşturma yapılacak olaylarda, bu olaylarla ilgili yapılan başvurularda ve Tasarı'da sayılan idarî yaptırımların uygulanmasında, idarece ilgililere dinlenilme hakkı tanınmasının zorunlu olduğu belirtilmektedir.

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun "*Savunma Hakkı ve Kapatma Kararı*" başlıklı 149. maddesinde ilgili kişilere idari para cezası uygulanıp uygulanmayacağına ilgilinin savunması alındıktan sonra karar verileceği, savunma istendiğine ilişkin yazının ilgiliye tebliğinden itibaren bir ay içerisinde ilgilinin savunmasını yapmaması halinde ilgilinin savunma hakkından feragat ettiği kabul edileceği ifade edilmektedir. Aras ve Yüksel (2008, 284), anılan hükme ilişkin olarak savunma istemli yazının, verilmesi söz konusu olan idari para cezası ile ilgili bilgi ve bulguların esaslı unsurları içermesi gerektiğini ifade etmektedir. Bu bağlamda, ilgilinin savunma hakkını gereğince kullanabilmesi bakımından, ilgili hakkındaki tespitin ne olduğu, idari para cezası konusu edilebilecek ihlalin ne şekilde oluştuğu, karar vermek için kullanılacak bilgi ve belgelerin neler olduğu gibi bilgileri içermesi gerekir (Aras ve Yüksel 2008, 284)

Danıştay disiplin suçuna ilişkin olarak vermiş olduğu bir Karar'da¹³⁴ uluslararası hukuk kurallarına atıfta bulunmuş ve "*Davacıya verilen disiplin cezalarının disiplin suçu kapsamında olduğu ve bu maddeler uyarınca cezalandırılmaları gerekmesine rağmen idarece bir belirlemede bulunulmadan ceza verilmiş olması nedeniyle davacının işlediği iddia edilen eylemlerinin karşılığında haklılığını ortaya koyabilecek, disiplin suçunu işlemediğini kanıtlayacak, eylemlerinin karşılığında verilen cezaların eylemle örtüşmediğini ortaya koyacak savunma hakkından yoksun bırakılmış olması ve disiplin cezasının hukuka uygunluk denetimini yerine getirecek yargı yerinin hakkaniyete uygun etkin bir şekilde bu denetimi yerine getirmesi imkanının ortadan kaldırılmış olması*" gerekçesiyle davacı aleyhine verilen disiplin cezasını hukuka uygun bulmamıştır. Bilgin'e göre kural olarak idare tarafından ilgiliye disiplin cezası verilmesi gereken veya idari müeyyide uygulanacağı durumlarda, ilgilinin savunmasının alınması ve dinlenilmesi gerekmektedir¹³⁵. Danıştay'ın disiplin cezasına ilişkin olarak vermiş olduğu bir Karar'da¹³⁶ "*hakkında kimi suçlamalar*

¹³⁴ Danıştay 12. Dairesi, K.T. 22.2.2006, E: 2005/6353, K: 2006/540

¹³⁵ http://www.yayin.adalet.gov.tr/31_sayi%20i%C3%A7erik/H%C3%BCseyin%20Bilgin.htm,

T: 20.11.2009

¹³⁶ Danıştay 5. Dairesi, E. 90/4297, K. 91/1099

nedeniyle ve bu suçlamalara dayanılarak özlük haklarını ihlal edecek biçimde işlem tesis edilecek ilgiliden açıkça bildirerek savunmasının alınmasının idâri işlemlere (disiplin cezalarına) güveni ve hukuka uygunluk yönünden isabet oranını artıracığı kuşkusuzdur” denilmektedir.

Ulusal mevzuat ve uygulamalarda özetle, disiplin suçlarında bile ilgilinin savunmasının alınmaması hukuka aykırı bulunmakta, savunma hakkının kişinin hak ve özgürlüklerinin ayrılmaz bir parçası ve adil yargılanmanın bir unsuru olduğu ifade edilmektedir.

5.2.3. Rekabet Hukuku Bağlamında Bireylerin Savunma Hakkı

5.2.3.1. Diğer Bazı Ülke Rekabet Uygulamalarında Savunma Hakkı

Lazerwitz ve Miller (2009, 263)’e göre ABD Anayasası’nın 5. maddesi, işlenen suçtan dolayı bireyleri aleyhinde kullanılacak ifadelerin zorla alınmasına karşı korumaktadır. Kartel soruşturmasının hedefinde bulunan bireyler soruşturma sırasında bu haklarına başvurabilir ve tahkikat heyetinin (büyük jürinin) ifade verilmesi için gönderdiği mahkeme celbine karşı çıkabilir. Söz konusu madde teşebbüslere uygulanmamaktadır. Halperin ve Sasson (2009, 115)’a göre İsrail’de bireyler için kendi aleyhinde beyanda bulunmaya karşı, kişi tutukluysen avukat tutma hakkı, suçlu 24 saatten fazla gözaltındaysa konu Adli Sulh Mahkemesine intikal etmeden önce duruşma yapılması hakkı gibi haklar söz konusudur. Hollanda’da eğer soruşturmayı yöneten yetkililer işletmenin/taahhüdün ya da taahhüt ortaklığının ihlal işlediğine dair şüphe teşkil eden bir nedene sahip olsa bile bu işletme ya da taahhüt ortaklığını kendileri aleyhine açıklama yapmaya zorunlu tutulamaz (Dekker ve Belhadj 2009, 167). Hollanda Rekabet Otoritesi (NMa) yetkilileri bu haklar hakkında tarafları bilgilendirmekle yükümlüdür. Konut içi araştırma yapılabilmesi için ise Rotterdam Bölge Mahkemesi hakiminin incelemeye ilişkin kararının alınması, hatta konut araştırmasının o hakimin gözetimi altında yapılması gerekmektedir. Fransa’da kartel soruşturması esnasında bireyler kendi aleyhinde beyanda bulunmaya zorlanamazlar (Assadi-Tardif ve Cohen 2009, 82).

Yukarıda yer verilen ülke örneklerinden anlaşılacağı üzere kartel soruşturmalarında kendi aleyhinde beyanda bulunmaya zorlanmama/ kendini suçlamaya zorlanmama kuralı en çok gözetilen ilkedir ve bu ilke AİHS’nin “adil yargılanma” ilkesinin bir parçası olarak kabul edilir (Roth 2007, 638)¹³⁷. Ancak

¹³⁷ 1989 yılına ait Orkem davasında Avrupa Topluluğu Adalet Divanı o zamanki 12 üye devletin hukuk içtihadına göre kendini suçlamaya zorlanmama hakkının tüzel kişiler için geçerli olmadığı kararını vermiştir (Roth 2007, 638)

AİHS bağlamında “adil yargılanma” ilkesi sadece kendi aleyhinde beyanda bulunmaya zorlanmama¹³⁸ ilkesini değil, bu ilke dışında yukarıda yer verildiği üzere birçok ilkeyi de içermektedir.

5.2.3.2. Türk Rekabet Mevzuatında Savunma Hakkı

RKHK'nın 44. maddesinde düzenlenen savunma haklarına göre soruşturma safhasında, Kanunu ihlal ettiği iddia edilen kişi veya kişiler, kararı etkileyebilecek her türlü bilgi ve delili Kurul'a sunabilecektir. Maddenin devamında ise haklarında soruşturmaya başlandığı bildirilen tarafların sözlü savunma hakkını kullanma taleplerine kadar Kurum bünyesinde kendileri ile ilgili düzenlenmiş her türlü evrakın ve mümkünse elde edilmiş olan her türlü delilin bir nüshasının kendilerine verilmesini isteyebileceği, Kurul'un tarafları bilgilendirmediği ve savunma hakkı vermediği konuları kararlarına dayanak yapamayacağı belirtilmektedir. Kanun'un 45. maddesinde göre soruşturma safhası sonunda hazırlanan rapor, tüm Kurul üyeleri ile ilgili taraflara tebliğ olunacak ve Kanunu ihlal ettiği belirlenenlere yazılı savunmalarını 30 gün içinde Kurula göndermeleri için tebliğ edilecektir. Maddeye göre tarafların gönderecekleri savunmalarına karşı soruşturmayı yürütmekle görevlendirilenler 15 gün içinde ek yazılı görüş bildirir ve bu da tüm Kurul üyeleri ile ilgili taraflara bildirilir. Taraflar 30 gün içinde bu görüşe cevap verebilirler. Tarafların haklı gerekçeler göstermesi halinde bu süreler bir kereye mahsus olmak üzere ve en çok bir katına kadar uzatılabilir. Tarafların süresi içinde verilmeyen savunmaları dikkate alınmaz. Kanun'un 46. maddesinde ise haklarında soruşturma açılmış olan kişi veya kişiler sözlü savunma hakkını kullanmak

¹³⁸ Türk AYM ise Anayasa'nın 38. maddesinin beşinci fıkrasında, “Hiç kimse kendisini ve kanununda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz” hükmünü ele aldığı bir Kararı'nda şunları ifade etmektedir: “İnsan hakları arasında yer alan, manevi işkenceyi meneden, insan haysiyetinin ve kişi dokunulmazlığının teminatı olan bu düzenlemeye, ceza yasalarında sanığın “susma hakkı” olarak yer verilmiştir. Bu hak, suçlanmayla başlayan bir haktır. Kovuşturma ve soruşturmanın her aşaması için geçerlidir. Kamu hizmetlerinin finansmanına, vergiler aracılığıyla katılmak bireylere yüklenen Anayasal bir ödevdir. Yasalar ile yükümlülerin ve onlarla hukuki ilişkide bulunan üçüncü kişilerin vergi ile ilgili kayıtlarının denetlenmesi amacıyla kimi defter, kayıt ve belgeleri tutmak, saklamak ve istenildiğinde yetkililere ibraz etmek zorunluluğuna uyulmamasının suç olarak kabul edilmesi ile suçla itham edilme birbirinden farklı durumlardır. Vergi ile ilgili defter tutma, saklama ve ibraz etme zorunluluğu yasalarla yükümlülere verilen bir görevdir. Bu görevler yerine getirilmediği takdirde suç oluşmaktadır. İtiraz konusu kural ile herkesin geliri oranında vergiye katılımının sağlanması ve ödenmesi gereken vergi miktarının tespiti için, Vergi Yasası'nda öngörülen defterlerin tutulmasının ve bu defterlerin istendiğinde ibraz edilmesinin zorunlu kılınması, mükellefin Anayasa'nın 38. maddesinin beşinci fıkrasında öngörülen, kendisini suçlama ve bu yolda delil göstermeye zorlanma olarak nitelendirilemez. Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural Anayasa'nın 38. maddesine aykırı değildir” denilmektedir. (K.T.:31.1.2007, E: 2004/31, K: 2007/11)

istediklerini bildirmeleri üzerine veya Kurul'un, kendiliğinden sözlü savunma toplantısı yapılmasına karar vermesi halinde sözlü savunma toplantısında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun İkinci Babının Sekizinci Faslında düzenlenen her türlü delil ve ispat vasıtasından yararlanabilirler.

Yukarıda yer verildiği üzere her ne kadar Kanun'da "Kanun'u ihlal ettiği iddia edilen kişi veya kişiler" denmekteyse de söz konusu maddeler şu ana kadar haklarında soruşturma açılan teşebbüslere uygulanmış, bu tür soruşturmalarda bireyler (gerçek kişiler) teşebbüsleri adına savunmada bulunmuşlardır. Üstelik söz konusu maddeler Kanun'un 16. maddesinde bireylere (yönetici veya çalışan) de idari para cezası verilebilmesini öngören 2008 yılı değişikliği öncesinde de mevcut olup, anılan değişiklik sonrası yani bireylere usule ilişkin cezalar dışında idari para cezası öngören kanun değişikliği sonrası bireylere ilişkin ayrıca savunma hakları anılan Kanun'da ayrıca düzenlenmemiştir.

RKHK'nın teşebbüslere ilişkin savunma hakkı konusunda yeterince imkanlara yer verdiği ve disiplin suçlarında bile bu suçlamaya maruz kalan bireylerin savunmasının alınmadan hüküm verilmesinin hukuka aykırı olduğunun mahkemelerce hükme bağlandığı dikkate alındığında, karteğe katılan ve bu nedenle ciddi oranlarda idari para cezası tehdidi ile karşı karşıya kalan bireylerin de AİHS ve ulusal mevzuat doğrultusunda savunma haklarını kullanma konusunda azami imkanlar tanınmalı, hiç değilse teşebbüse tanınan haklardan bireyler de aynı şekilde faydalanabilmelidir. Bu amaçla, haklarında yürütülen soruşturmaya ilişkin bireyler yeterince bilgilendirilmeli, yazılı ve sözlü ifadelerine başvurulmalıdır. Bu bağlamda Aras ve Yüksel (2008, 284)'in yukarıda ifade ettiği gibi ilgilinin savunma hakkını gereğince kullanabilmesi bakımından, ilgili hakkındaki tespitin ne olduğu, idari para cezası konusu edilebilecek ihlalin ne şekilde oluştuğu, karar vermek için kullanılacak bilgi ve belgelerin neler olduğu gibi bilgileri içermesi gerekir.

Birey hakkında karteğe katılımından ötürü soruşturma açılabilmesi bu yönde Rekabet Kurulu kararını gerekli kılmaktadır. Bu amaçla Kurul, teşebbüslere ilişkin soruşturma açılması kararına hükmederken aynı zamanda haklarında soruşturma açılan teşebbüslerin yönetici ve çalışanlarına kararında yer vermesi uygun olacaktır. Soruşturma esnasında hakkında soruşturma açılması kararı verilmemiş olan ancak soruşturma sırasında kartelde belirleyici etkisi olduğu şüphesi saptanan bireyin soruşturulması ve savunma hakkını kullanabilmesi için Kurul'un ayrıca bu yönde bir Karar alması gerektiği düşünülmektedir.

5.3. KARTELLERDE BİREYLERE UYGULANACAK YAPTIRIMLARIN TÜRK MEVZUATINA UYUMU

Kartellerde bireye uygulanacak yaptırımlar bağlamında para cezaları, hapis cezaları ve yöneticilik yapmama cezaları incelenmiştir. İncelenenler arasında idari para cezaları dışındaki yaptırımlar, kişi hürriyeti ile yakın ilişkisi nedeniyle adli yaptırımlar kapsamında olup, bu tür cezalar için karar verici organ adli mahkemelerdir.

Bireylere uygulanacak yaptırımları uygulayacak makamların yeknesaklığını sağlamak adına idari para cezaları yerine adli para cezaları öngörülebilecek ve kartel nedeniyle bireylere uygulanacak yaptırımlarda görev tümünden adli mahkemelere bırakılabilecektir. Ayrıca adli mahkemeler tarafından konunun ele alınması kartellere yönelik delil standardını da yükseltecektir. Doktrinde mahkemeler tarafından hükmedilen hapis cezalarına ilişkin değerlendirmelerde bu konu gündeme gelmiştir. Zira hapis cezası ceza hukukunun konusu olduğundan bu alanda yürütülen soruşturmalarda ceza hukuku ilkelerinin uygulanmasını gerekli kılacaktır. Böylece idari soruşturmalar açısından yeterli görülen delillerden daha fazla ve kesin delillerin ortaya konması, bu amaçla gerekli teknik imkânların kullanılması (OECD 2005, 102) mümkün olabilecektir. Kartel eylemlerinde delil standardının yükseltilmesi, masum kişilerin hatalı bir şekilde cezalandırılmasını da önleyecektir (Pate 2004, 8). Örneğin tıbbi sarf malzemeleri ve laboratuvar hizmetlerine ilişkin Rekabet Kurulu Kararı'nda¹³⁹; önaraştırma sürecinde yerinde inceleme yapılan teşebbüslerde önaraştırma konusuna ilişkin herhangi bir bilgi ve belge bulunamadığı ancak Sinop Cumhuriyet Savcılığı tarafından hazırlanan Fezleke'de haklarında soruşturma yürütülen teşebbüs yetkililerinin, tıbbi cihaz ve sarf malzemeleri ihalelerinde ortak fiyat belirleme, ihaleleri kimin alması gerektiği gibi konularda yaptıkları telefon görüşmelerinin bant kayıtları yer aldığı ve anılan Fezleke'deki bilgiler doğrultusunda soruşturmanın açıldığı ifade edilmiştir.

Gerçekten de kartel şikâyeti üzerine Rekabet Kurumu ile adli merciler arasında işbirliğinin sağlanması ve adli mercilerin sahip olduğu teknik imkânların seferber edilmesi, hem yeterli delil elde edilmesine hem de kartellerin ortaya çıkartılmasına imkân tanıyacaktır. Böyle bir imkanın sağlanması amacıyla yapılabilecek kanuni düzenleme ile Rekabet Kurulu'na takdiri olarak önaraştırma veya soruşturma açılması kararı esnasında adli mercilerden kartele katıldığı şüphesi bulunan teşebbüs veya bireyler hakkında teknik takip yapılmasını talep etme hakkı verilebilir. Kurul böyle bir yöntemle

¹³⁹ Rekabet Kurulu'nun 19.12.2008 tarih ve 08-74/1180-455 sayılı Kararı

başvurduğu takdirde önaraştırma veya soruşturmalarda teknik takiplerin neticesini bekletici mesele yapabilir.

Adli mahkemeler tarafından uygulanacak bir prosedürde yargılamanın nasıl olacağı ve bu hususta Rekabet Kurumu'nun fonksiyonunun ne olacağı ilk akla gelen sorudur. Bu konuda makul olan Fransız Rekabet Otoritesi örneğinde olduğu gibi, kartel değerlendirmesinin neticesinde bireylerin sorumluluğunun (ya da bu konuda şüphenin) varlığı halinde Rekabet Kurulu'nun bu kişiler hakkında ilgili adli mercilere suç duyurusunda bulunmasıdır. Böyle bir durumda Rekabet Kurumu, dosya bağlamında kartel değerlendirmesi yaparak bir karara varacak, kartelin varlığının tespiti halinde teşebbüslere idari para cezası uygulanması yönünde karar tesis ederken, aynı zamanda kartel eylemine katılan bireyler hakkında da ilgili adli mercilere suç duyurusunda bulunacaktır. Ancak, ekonomik suçların ortaya çıkarılması ve bu amaçla yeterli delil elde edilebilmesi, nihayetinde de soruşturulması (veya yargılanması) teknik donanım ve yeterli bilgi birikimine sahip mercilerin varlığına bağlıdır. Sermaye Piyasası Kanunu, Bankacılık Kanunu, RKHK gibi ekonomik düzenin tesisi ve muhafazası amacını taşıyan ve içerisinde ekonomi politikalarına ilişkin teknik mevzuların yer aldığı kanunların değerlendirilmesi için ekonomi alanında teknik bilgiyi haiz adli ve idari makamların gerekliliğine ihtiyaç vardır. Bu nedenle, ekonomik suçlara ilişkin ihtisas mahkemelerinin kurulmasının bu tür suçların ortaya çıkarılmasına büyük katkıda bulunacaktır. Yıllardır "*adam öldürme*" gibi adi suçlar üzerinde yoğunlaşmış bir hakimden ekonomi ve sektörün işleyişi hakkında ciddi bir bilgi birikimi ile ortaya çıkarılabilecek karteller için sağlıklı bir karar vermesi beklenmeyeceği tabidir.

Kartele katılan bireyler için öngörülen yaptırımların uygulanabilmesi için öncelikle kanuni düzenleme gereklidir. Ancak, bu amaçla kanun yapılırken sadece yaptırım öngörülmemeli, yukarıda yer verildiği gibi bu yaptırımların etkili biçimde uygulanması ve caydırıcılığın sağlanması için gereken tedbirler alınmalıdır.

SONUÇ

Kartellerin serbest piyasa sistemi üzerinde önemli ölçüde olumsuz etkileri bulunmaktadır. Bu olumsuzlukların en başında, kartel nedeniyle fiyatların yükselmesi ve bunun sonucunda talepte yaşanan düşüş neticesinde daha az ürünün üretilmesi gelmektedir. Piyasada daha az ürünün üretilmesi ise kaynakların etkin kullanılmamasına, üretim kaybına, daha az istihdama, dolayısıyla sosyal refah kaybına ve iktisadi etkinsizliğe sebep olmaktadır. Fiyatların yükselmesi sebebiyle daha yüksek bir bedelle ürünün tedarik edilmesi tüketiciler nezdinde gelir kaybı oluşturmakta, tüketiciden kartele katılan teşebbüslere aktarılan bu gelir transferi, toplumsal planda gelir dağılımında adaletsizliğe neden olmaktadır. Kartellerin gerek ekonomik gerekse sosyal düzen üzerindeki bu neticeleri, ülkenin iktisadi gelişimine ve toplumsal barışın tesisine menfi tesir etmektedir.

Bu olumsuz etkileri nedeniyle caydırıcılığın sağlanması ve kartele katılımların önlenmesi adına teşebbüslerle birlikte, kartele katılan bireylere de yaptırım uygulanması gerektiğini dile getiren görüşler bulunmaktadır. Bu görüşlerin temel gerekçesi, kartel eyleminin teşebbüslerin temsilcileri tarafından gerçekleştirildiği, dolayısı ile kartellerden bireylerin de sorumlu olduğudur. Bireylere yaptırımın gerekliliği, hangi tür yaptırımların uygulanması gerektiğine ilişkin tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Dünya genelinde kartele katılan bireylere genel olarak üç tür yaptırımın uygulandığı görülmektedir. Bunlar para cezaları, hapis cezaları ve yöneticilik yapmama cezalarıdır.

Bireylere yönelik para cezalarını savunanların temel gerekçeleri, teşebbüslere caydırıcılığı sağlayacak nitelikte para cezası uygulanamayacağı, dolayısıyla kamunun uğradığı zararın telafi edilemeyeceği, kartele katılan bireylere de para cezası uygulanması ile uğranılan zararın bir kısmının daha telafi edilebileceği ve bireyleri kartele katılmaktan caydıracak en etkili yaptırımın kendilerine de para cezası verilmesi olduğu görüşüdür.

Kartele katılan bireylere para cezası yerine hapis cezası uygulanması gerektiğine ilişkin olarak, bireylere caydırıcılığı sağlayacak nitelikte para cezasının uygulanmasının mümkün olmadığı, para cezalarının teşebbüsler tarafından ödenme riskinin olması nedeniyle bu cezanın bireyler nezdinde

caydırıcı etkisi olamayacağı, oysa caydırıcılık anlamında en etkili yaptırımın hapis cezası olduğu, bu ceza ile kartellerin zararlı etkilerine yönelik topluma bir mesaj verileceği gibi görüşler yer almaktadır. Hapishane koşullarının ağırlığı ve hapis cezasının bireyin onur ve itibarına ciddi anlamda zarar vermesi nedeniyle, bu cezaya muhatap olmak istemeyen bireyler kartele katılmak istemeyecek ya da kartele katılmışsa pişmanlık programlarından faydalanarak hapis cezasından kurtulmak isteyeceklerdir. Pişmanlık programları sayesinde karteller rahatça ortaya çıkarılarak uygulanan yaptırımlar neticesinde hem kamunun zararı telafi edilecek hem de kartele katılım konusunda genel caydırıcılık sağlanacaktır.

Yöneticilik yapmama cezası konusunda ise üst düzey teşebbüs yöneticilerinin on beş yıla kadar herhangi bir teşebbüsün yöneticisi veya hissedarı olamama gibi bireyin çalışma hürriyetini geniş anlamda etkileyen bu yaptırımın caydırıcılık açısından emekliliğine yakın bir birey için etkili olamayacağı ifade edilmektedir.

Sonuç olarak, teşebbüslerin kartele katılmaları konusunda bireylerin de sorumluluğunun bulunduğu, caydırıcılığı sağlamak amacıyla bireylere de yaptırım uygulanması gerekmektedir. Bireylere hangi yaptırım türünün uygulanması gerektiğine ilişkin olarak her yaptırım türünün kendine has özellikleri olması nedeniyle bu konuda bir tercihte bulunmak doğru gözükmemektedir. Bu noktada, ceza hükmü içeren yasalarda zaman zaman aynı eylem için seçimlik cezalar öngörülmekte, hakim de eylemin ağırlığına, yol açtığı zararlara ve failin kastına ve en önemlisi olayın şartlarına bağlı olarak seçimlik cezalardan fail için uygun olanına veya birden fazlasına hükmedebilmektedir. Bu nedenle, karteller için de karar verici mercilerin, kartelin muhtemel zararları, bireyin kartele katılım konusundaki etkinliği, daha önce kartele katılıp katılmadığı ve bireyin sosyal, ekonomik konumuna göre caydırıcılığın sağlanması açısından bir değerlendirme yaparak karar vermeleri uygun olacaktır.

Çalışmada öngörülen ceza türleri kişi hürriyeti ile yakın ilişkisi nedeniyle bu cezaların uygulanması adli mercilere bırakılmalıdır. Bu amaçla Rekabet Kurulu teşebbüslere yönelik kartel soruşturması neticesinde bireylerin de kartelde belirleyici etkide bulunduğu kanaatine varırsa Fransa örneğinde olduğu gibi ilgili dosyayı işlem yapılmak üzere adli makamlara göndermesi uygun olacaktır. Ancak söz konusu ceza türleri ve uygulamanın nasıl yapılacağına ilişkin kanuni düzenlemelere gerek olduğu aşikardır.

Mevcut mevzuat çerçevesinde RKHK'da 2008 yılında yapılan değişiklikle Rekabet Kurulu'nun kartelde belirleyici etkisi saptanan teşebbüs veya teşebbüs birliği yönetici ya da çalışanlarına idari para cezası uygulayabilmesi imkanı getirilmiştir. Ancak mevzuatta, "yönetici", "çalışan", "belirleyici etki" kavramları açıklanmamış, bu kavramlar Kurul'un ve bu konuda

çalışma yapanların yorumuna bırakılmıştır. Oysa hukuki belirlilik açısından bu kavramların gerek Kanun gerekse Yönetmelik çerçevesinde tanımlanması daha uygun bir yoldur. Ancak, anılan mevzuat kapsamında “yönetici”den anlaşılması gerekenin teşebbüs genel politikalarına yön veren teşebbüs sahipleri, yönetim kurulu üyeleri, genel müdür gibi birey olduğu, “çalışan”dan anlaşılması gerekenin ise teşebbüsün genel politikaları üzerinde olmasa bile kendi bulunduğu bölümle ilgili icrai faaliyette bulunma yetkisine sahip satış müdürü gibi kişiler olduğu düşünülmektedir. “Belirleyici etki”den ise anlaşılması gerekenin kartele katılan her birey değil, kartele katılım konusunda davette bulunmak, teşvik ve ikna edici rol oynamak ve kartelin organizasyonunda görev almak gibi faaliyetler olduğu düşünülmektedir.

ABSTRACT

Since cartels are the most harmful violations of competition law, the matter how they should be deterred and punished is a critical point for enforcement. It is frequently argued that beside undertakings individuals should also be penalized in order to deter cartels. Indeed, sanctions against individuals involved in cartels have recently gained importance. For example, in an OECD roundtable different types of such sanctions were discussed. In practice, fines, imprisonment and director disqualification are widely accepted and imposed sanctions against individuals.

This study attempts to explain, in the light of recent debates, the role of the sanctions against individuals in antitrust enforcement by taking theoretical as well as practical dimensions into consideration. For this purpose, first the harmful effects of cartels are discussed. Secondly, legal dimensions of cartel formation are evaluated. The rest of the study deals with different types of sanctions and evaluation of the ongoing practice in Turkey in that respect.

KAYNAKÇA

- AKKUŞ, Y. (2003), “Suçun Ekonomik Modelleri”, EKEV Akademi Dergisi, Yıl: 7, Sayı: 15, Bahar 2003, syf: 293- 312
<http://www.econturk.org/Turkiyeekonomisi/suc.doc>
- ARAS, E. ve Ö. YÜKSEL (2008), “5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nda İdari Para Cezaları ve Suçlar”, 2008
- ARI, H. (2006), “Kartellere Karşı Yaptırımlar Hukuk ve İktisat Perspektifinden Bir Çerçeve Çalışması” *Rekabet Dergisi*, Sayı: 28, syf: 3-55
- ASLAN, Y. (2008), “ 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da ‘5278 Sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’ ile Yapılan Değişiklikler Hakkında Toplu Genel Değerlendirmeler (II)”, *Rekabet Forumu*, Mayıs 2008, Sayı 41
- ASSADI-TARDIF N. ve D. COHEN (2009), “France”, *Cartels & Leniency 2009*, ICLG 2009
<http://www.iclg.co.uk/khadmin/Publications/pdf/2609.pdf>
- AVCI, M. (1998), “1997 Türk Ceza Kanunu Tasarısında Yer Alan Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar”
http://www.akader.net/KHUKA/6_2000_subat/1997_turk_ceza.htm
- AYGÜN, E. (2008), “Rekabet Hukukunda Para Cezaları: Teori ve Uygulama”, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, 2009
- BAKER (2001), “The Use of Criminal Law Remedies to Deter and Punish Cartels and Big-Rigging” *69 The George Washington Law Review*
- BAKER D.I. ve B.A. REEVES (1977), “The Paper Label Sentences: Critiques”, *86 Yale Law Journal*, 622
- BALL, H.V. ve L.M. FRIEDMAN (1964-1965), “The Use of Criminal Sanctions in the Enforcement of Economic Legislation: A Sociological View”, *17 Stan. L. Rev.* 197, 1964-1965
- BARNETT, B.A. (2009), “Criminalization of Cartel Conduct–The Changing Landscape”, *Joint Federal Court of Australia / Law Council of Australia (Business Law Section) Workshop*, 2009

<http://www.justice.gov/atr/public/speeches/247824.htm>

BAYSINGER, B. D. (1991), "Organization Theory and the Criminal Liability of Organizations", *B.U.L. Rev.*, (1991)

BECCARÍA, C. (2004), "Suçlar ve Cezalar Hakkında", Çev.: Sami SELÇUK, İmge Kitabevi, Ankara, 2004

BECKER, G.S. (1968), "Crime and Punishment: An Economic Approach", *Journal of Political Economy*, Columbia University, 1968
<http://www.wv.uni-magdeburg.de/bizecon/material/becke.1968.pdf>

BİLİR, H. (2004), "İhale Piyasalarında Rekabet Politikaları Rekabetin Sağlanması ve Korunması", Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi: 50, Ankara

BREIT, W. ve K.G. ELZINGA (1973), "Antitrust Penalties and Attitudes Toward Risk: An Economic Analysis", *86 Harvard Law Rev.*, syf: 693

BRIGHT, S. ve A. OLIVE (2008), "Up close and personal: criminal sanctions and cartel activity", *Global Competition Review Vol:11 ISS:10*
<http://www.globalcompetitionreview.com/features/article/12011/up-close-personal-criminal-sanctions-cartel-activity/>

BRYANT, P.G. ve K.G. ECKARD (1991), "Price Fixing: The Probability of Getting Caught", *The Review of Economics and Statistics*, syf: 531-536

CALKINS, S. (1997), " 'Corporate Compliance and Antitrust Agencies' Bi-Modal Penalties", *Law and Contemporary Problems*, Vol: 60, No: 3, syf: 127-167

CALVANI, T. (2004), "Competition Penalties & Damages in a Cartel Context: Criminalisation & the Case for Custodial Sentences", *Remedies and Sanctions in Competition Policy*, Amsterdam Centre for Law and Economics, Amsterdam, Holland,

COFFEE, J.C. (1981), "No Soul to Damm: No Body to Kick: An Unscandalized Inquiry in to the Problem of Corporate Punishment", *Michigan Law Review*, Vol: 79, syf: 386-459

CONNOR J.M. ve R.H. LANDE (2005), "How High Do Cartels Raise Prices? Implications for Optimal Cartel Fines" *80 Tulane Law Review*, 513

CONNOR J.M. ve Y. BOLOTOVA (2005), "Cartel overcharges: survey and meta-analysis", Perdue University working paper, 2005

COT, J.M. (2008), "Les enseignements du droit américain", *RDC*, No:1-2008

- CRAYCRAFT, C.; J.L. CRAYCRAFT ve J.C. GALLO (1997), “Antitrust Sanctions and a Firm’s ability to Pay”, *Review of Industrial Organsation*, Vol: 12, syf:171-183
- ÇINAR, A.R. (2005), “Türk Ceza Hukukunda Cezalar”, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005
- DALKIR, S. (2006), “Sonuçsuz Tespit Girişimleri ve Yetersiz Cezalar Kartelleri Zayıflatacağına Güçlendirebilir”, *İktisat İşletme ve Finans Dergisi*, C: 21, S: 242, 2006, syf: 5-22
- DANNECKER, G. (2005), “Avrupa Birliğinde Topluluk Hukuku Kapsamındaki Kartel Hukuku İhlallerinin 1/2003 s. Tüzük (AT) Uyarınca Yaptırıma Bağlanması”, Çev.: Araş. Gör. Şirin AYDINCIK, *Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku: 5, Suç Politikası*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005, syf: 335-353
- DEKKER C. ve E. BELHADJ 82009), “Netherlands”, *Cartels & Leniency 2009*, ICLG, Chapter 29
<http://www.iclg.co.uk/khadmin/Publications/pdf/2594.pdf>
- DÖNMEZER, S., “Suç Siyaseti”, İHFM, Ayrı Bası
- DÖNMEZER, S. ve S. Erman (1999), “Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku” Cilt :1, Beta Yayınevi, 1999.
- DURŞUN, H. (1997), “Suçun Ekonomik Modelleri”, DPT Yayınları, Ankara, 1997
- DURŞUN, S. (2006), “Ekonomik Suçlar ve Bankacılık Suçları Bağlamında Bankacılık Düzenine Karşı İşlenen Suçlar”, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006
- ENSARİ, B. (2005), “ Şirketlerin Ekonomik Suçlara Yönelim Önlemleri”, *Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumu (30 Nisan-1 Mayıs 2005)*, TOBB Yayınları, Ankara, 2005, syf:57-65
- EREM, F.; A. DANIŞMAN ve E. ARTUK (1997), “Ceza Hukuku Genel Hükümler”, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1997
- ERTEK, T. (2005), “Mikroekonomiye Giriş”, Beta Yayınevi, İstanbul, 2005
- FEINBERG, R.M. (1985), “The Enforcement and Effects of European Competition Policy: Results of a Survey of Legal Opinion”, *Jounal of Common Market Studies*, Vol: XXIII, No: 4, syf: 373-384
- FEYZİOĞLU, M., “Suçsuzluk Karinesi:Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”
<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/293/2671.pdf>

FINGLETON, J.; M. B.GIRARD ve S. WILLIAMS (2006), “The Fight Against Cartels: Is a ‘Mixed’ Approach to Enforcement the Answer?” *Fordham*, 2006
http://www.konkurransetilsynet.no/iKnowBase/Content/425815/070222_SIMON_WILLIAMS_MIXED_APPROACH.PDF

FISSE, B. (2008), “Cartel Offences Under the Trade Practices Act 1974 (Cth) Definitional Issues” *Federal Criminal Law Conference, 5 Semtember 2008, Sydney*
<http://www.nswbar.asn.au/docs/resources/lectures/cartel.pdf>

FROEB, L.M.; R.A. KOYAK ve G.J. WERDEN (1993), “What is the effect of bid-rigging on prices?”, *Economics Letters*, Vol: 42, syf: 419-423

GÖZLER, K. (2008), “Hukuka Giriş”, Ekin Kitabevi, Bursa, 2008

GRIFFIN, J.M. (2001), “An Inside View of a Cartel at Work: Common Characteristics of International Cartels”, *Fighting Cartels-Why and How?* içinde Swedish Competition Authority, 2001, Konkurrensverket, Sweden, syf: 29-55

GÜRİZ, A. (2009), “Hukuk Başlangıcı”, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2009

GÜNDAY, M. (1997), “İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları”, *Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesinin 35. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler*, Ankara, 1997

HALPERİN M. ve Y. SASSON (2009), “Israel”, *Cartels & Leniency 2009*, ICLG, Chapter 20
<http://www.iclg.co.uk/khadmin/Publications/pdf/2604.pdf>

HAMMOND, S.D. (2001a), “The Fly on the Wall Has Been Bugged-Catching an International Cartel in the Act”, *International Law Congress 2001, EU Competition Law*, Dublin, Ireland, UK
<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/8280.htm>

HAMMOND, S.D. (2001b), “From Hollywood to Hong Kong-Criminal Antitrust Enforcement Is Coming to a City near You”, *Antitrust Beyond Borders*, Chicago, Illionis
<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/9891.htm>

HAMMOND, S.D. (2004), “Cornerstones of an Effective Leniency Program”, *ICN Workshop on Cartels*, 2004, Sydney, Australia

HANKE, S. (1985), “Özelleştirme Teorisi”, Çev.: Prof. Dr. Fevzi Devrim
<http://www.canaktan.org/ekonomi/ozellestirme/kamu-ekonomisi-genisleme/devrim-ozellestirme-teorisi.htm>

HARDING C. ve J. JOSHUA (2003), “Regulating Cartels in Europe, A Study of Legal Control of Corporate Deinquency”, Oxford University Press, 2003

- HAUBERG, R.E. (1999), “Sentencing Guidelines in Antitrust”, American Bar Association, 1999
- HOLMES S. ve P. GİRARDET (2009), “United Kingdom”, *Cartels & Leniency 2009, ICLG*, Chapter 43
<http://www.iclg.co.uk/khadmin/Publications/pdf/2578.pdf>
- ICN (2005), “Defining Hard Core Cartel Conduct Effective Institutions Effective Penalties-Building Blocks for Effective Anti-Cartel Regimes”, *Report Prepared by the ICN Working Group on Cartels, ICN 4th Annual Conference, Bonn, Germany*
- ICN (2008), “Setting of Fines for Cartel in ICN Jurisdictions”, *Report to the 7th ICN Annual Conference, Kyoto, April 2008*
<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/Cartels/Fines%20report%20-%20FINAL.pdf>
- IDOT, L. (2008), “Les droit des états membres de L’union européenne”, *RDC*, No:1-2008
- İÇEL, K.; F. AKINCI; İ. ÖZGENÇ; A. SÖZÜER; F. MAHMUTOĞLU ve Y. ÜNVER (2002), “Yaptırım Teorisi”, Beta Yayınevi, İstanbul, 2002
- İNAN, N. (2007), Rekabet Kurumu 10. Yıl Sempozyumu (13.4.2007), Rekabet Kurumu, Ankara, 2007, syf: 141-146
- KANGAL, Z.T. (2003), “Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu”, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003
- KARABULUT, M. (2008), “İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi”, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008
- KARACEHENNEM N. (2008), “4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun’un Değiştirilen Maddeleri ve Bunun Uygulamaya Etkileri (II)”, *Rekabet Forumu*, Mayıs 2008, Sayı 41
- KATZ, M. ve H. ROZEN (1998), “Microeconomics”, McGraw-Hill, 3rd Edition, Boston, 1998
- KEKEVİ, H.G. (2008), “ABD, AB ve Türk Rekabet Hukukunda Kartellerle Mücadele”, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi: 15, Ankara, 2008
- KOBAYASHİ, B.H: (2001), “Antitrust, Agency and Amnesty: An Economic Analysis the Criminal Enforcement of Antitrust Laws Against Corporations”, *69 The George Washington Law Review*, 2001

- KOHLER, G. (2007), “La répression pénale des pratiques anticoncurrentielles depuis l’ordonnance du 1 décembre 1986”, *Concurrence Consommation et Droit de la Propriété Industrielle*, DGCCRF, Yayınlanmamış Master Tezi, 2007
- KOLASKY, W. (2004), “Criminalizing Cartel Activity: Lessons from the U.S. Experience”, *Global Competition Law Centre*, Brussels, 2004
- LANDES, W.M. (1983), “Optimal Sanctions for Antitrust Violations”, *50 U. Chi. L. Rev.*, syf: 652-678
- LANDES, W.M. ve R.A. POSNER (1975), “The Private Enforcement of Law”, *4 J. Legal Stud.* 1. 81975)
- LAZERWITZ M. ve A. MILLER (2009), “USA”, *Cartels & Leniency 2009*, ICLG, Chapter 44
<http://www.iclg.co.uk/khadmin/Publications/pdf/2577.pdf>
- LIMAN, A.L. (1977), “The Paper Label Sentences: Critique”, *The Yale Law Journal*, Vol: 86, syf: 630-635
- LYNCH, G.E. (1997), “The Role of Criminal Law in Policing Corporate Misconduct”, *Law and Contemporary Problems*, Vol: 60, No: 3, syf:330-350
- MAGALHAES C.F. ve G.N. DIAS (2009), “Brasil”, *Kartel & Leniency 2009*, ICLG, Chapter 6
<http://www.iclg.co.uk/khadmin/Publications/pdf/2618.pdf>
- MAHMUTOĞLU, F.S. (2003), “Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar”, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003
- OECD (1998), “Council Recommendation Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels” C(98)35/FINAL
<http://www.oecd.org/dataoecd/39/4/2350130.pdf>
- OECD (2000), “Hard Core Cartels 2000”
<http://www.oecd.org/dataoecd/39/63/2752129.pdf>
- OECD (2002), “Report on the Nature and the Impact of Hard Core Cartels And Sanctions Against Cartels Under National Competition Laws”, DAFF/COMP(2002)7
- OECD (2005), “Cartels: Sanctions Against Individuals”, DAFF/COMP(2004)39
- OFT (2005-2006), “OFT Annual Report 2005-2006”
<http://www.oft.gov.UnitedKingdom/News/Annual+report/resource.htm>
- OĞURLU, Y. (2001), “İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma”, Seçkin Yayınları, Ankara, 2001

ÖZEN, M. (2003), “Türk Ceza Kanunu Tasarısının Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerine Bir Bakış”
<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/283/2585.pdf>

ÖZGENÇ, İ. (2005), “Yeni Türk Ceza Kanunu’ndaki Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar”, *Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumu (30 Nisan-1 Mayıs 2005)*, TOBB Yayınları, 2005, syf: 65-87

PARLEANİ, G. (2008), “La sanction pénale des pratiques anticoncurrentielles: Essai d’une problématique”, *RDC, Concurrences* No:1-2008

PATE, R.H. (2004), “International Anti-Cartel Enforcement”, ICN Cartels Workshops, 2004, Sydney, Australia
<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/206428.htm>

PETER W. ve F. CROSBİE (2009), “Australia”, *Cartels & Leniency 2009*, ICLG, Chapter 3
<http://www.iclg.co.uk/khadmin/Publications/pdf/2621.pdf>

POLİNSKY, A.M. ve S. SHAVEL (1993), “Should Employees Subject to Fines and Imprisonment Given the Existence of Corporate Liability?” *13 International Review of Law and Economics*, 239

POROY, R.; Ü. TEKİNALP ve E. ÇAMOĞLU (2003), “Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku”, Beta Yayınevi, İstanbul, 2003

POSNER, R. (1980), “Optimal Sentences for White Collar Criminals”, *Amerikan Criminal Law Review*, Vol: 17, syf: 409

RENS, I., “Le néo-libéralisme, panacée ou imposture? Réflexions en marge du décès de Friedrich Von Hayek”
<http://www.unige.ch/sebes/textes/1993/93IRens.html#suite32>

RINNE A., T. SİEBERT (2009), “Germany”, *Cartels & Leniency 200*, ICLG, Chapter 16
<http://www.iclg.co.uk/khadmin/Publications/pdf/2608.pdf>

ROSOCHOWICZ, P.H. (2004), “The Appropriateness of Criminal Sanctions in the Enforcement of Competition Law”, (2004), 25 (12) E.C.L.R.

ROTH P. (2007), “Ensuring that Effectivness of Enforcement Does Not Prejudice Legal Protection. Rights of Defence. Fundamental Rights Concerns”, *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels*, 2007, syf:627-642

SABAN, N., “Vergi Suçlarında Affı Anayasa İle Sorunsallaştırmak”
<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/anyarg18/SABAN.PDF>

- SANCAR, T. (2002), “Ekonomik Suç Gerçekliği Karşısında ‘Ekonomik Suça Ekonomik Ceza’ Söylemi”, *Çekler Hakkındaki 3165 Sayılı Kanunla İlgili Adalet Bakanlığı ve Karşı Görüşler Sempozyumu, Ankara, 12 Ocak 2002*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, syf: 3-33
- SCOTT, P. (2009), “Go directly to jail”, *GCR*, Vol. 11, <http://www.globalcompetitionreview.com/features/article/12010/go-directly-jail/>
- SOYGÜT, M.B. (2006), “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mahkemesi Kararlarında Mükellefin Suç ve Cezalara İlişkin Hakları”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:5 Sayı:10 Güz 2006/2 s.253-265* <http://www.iticu.edu.tr/kutuphane/dergi/s10/M00158.pdf>
- SÖZLÜK (2009), “Rekabet Terimleri Sözlüğü”, Rekabet Kurumu, Ankara, 2009
- STERGIOU V. (2009), “Grece”, *Cartels & Leniency 2009*, ICLG, Chapter 17 <http://www.iclg.co.uk/khadmin/Publications/pdf/2669.pdf>
- TEZEL, A. (1987), “Şirket ve Kooperatifler Hakkında Yanlış Bilgi Aktarma ve Eksiltmelere İlişkin Suçlar Kamu Taahhütlerinde Hile, Öntasarı Hakkında Genel Bilgi”, *Ekonomik Suçlar ve Ceza Kanunu Öntasarısı Sempozyumu*, 1987
- TOROSLU, N. (2009), “Ceza Hukuku Genel Hükümler”, Savaş Yayınevi, Ankara, 2009
- TOROSLU, N. (2009), “Ceza Hukuku Özel Hükümler”, Savaş Yayınevi, Ankara, 2009
- TÜRKKAN, E. (2009), “Nasıl Bir Rekabet Vizyonu-II”, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 2009
- ULUSOY, A. (2000), “Regülasyon Kurumları Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, *2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu*, Danıştay Yayınları, Ankara, 11-12 Mayıs 2000
- ÜNLÜ, H.H. (2008), “Prosédure de Transaction en Droit de la Concurrence” Université de Rennes 1, Eylül 2008, Yayınlanmamış Master Tezi.
- ÜZELTÜK, H. (2005), “Ekonomik Suçlar ve Vergiler”, *Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumu (30 Nisan-1 Mayıs 2005)*, TOBB Yayınları, 2005, syf: 208-241
- WATANABE E. (2009), “Japan”, *Cartels & Leniency 2009*, ICLG, Chapter 22 <http://www.iclg.co.uk/khadmin/Publications/pdf/2602.pdf>
- WEHMHÖRNER, N. (2005), “Optimal Fining Policies”, *Remedies and Sanctions in Competition Policy*, Amsterdam Centre for Law and Economics, Amsterdam, Holland

WERDEN, G.J. ve M.J. SİMON (1987), “Why Price Fixer Should Go To Prison”, *The Antitrust Bulletin*, syf: 917-937

WHELAN, P. (2007), “A Principled Argument for Personal Criminal Sanctions as Punishment under EC Cartel Law”, *The Competition Law Review*, Volume: 3, Issue 1, syf: 7-40

WHISH, R. (2005), “Competition Law”, Oxford University Press, Fifth Edition, London

WILLIAMSON, O. (1979), “Transaction Costs Economics: the Gouvernance of Contractual Relations”, 1979

WILS, W.P.J. (2001), “Does the Effective Enforcement of Articles 81 and 82 EC Require Not Only Fines on Undertakings But Also Individual Penalties, in Particular Imprisonment?”, *European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, Oxford

WILS, W. P. J. (2005a), “La pénalisation du droit communautaire est-elle la solution?”, *Revue Lamy de la concurrence 2005 - n°4*.

WILS, W. P. J. (2005b), “Is Criminalisation of EU Competition Law the Answer?”, 2005, *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels*, Hart Publishing, 2006, syf:267-316

YILMAZ, E. (1996), “Hukuk Sözlüğü”, Yetkin Yayınevi, Ankara, 1996

YÜCEL, M.T. (1986), “Suç ve Ceza” Umut Yayınevi, 1986

ZAPATA, T.T. (2005), “Medeni Hukuk”, Savaş Yayınevi, Ankara, 2005

Anayasa Mahkemesi Kararları

1.7.2004 tarih, 2004/11 E., 2004/93 K. sayılı Kararı

31.1.2007 tarih, E: 2004/31, K: 2007/11 sayılı Kararı

Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı

8.5.1998 tarih, 1998/12 sayılı Kararı

Yargıtay Kararları

Yargıtay 9. CD, 25.1.1991 tarih, E.1990/4303, K. 1991/238 sayılı Kararı

Yargıtay 11. CD, 27.9.2001 tarih, E. 2001/5007, K. 2001/8710 sayılı Kararı

Danıştay Kararları

Danıştay 12. Dairesi'nin 22.2.2006 tarih, E: 2005/6353, K: 2006/540 sayılı Kararı

Danıştay 13. Dairesi'nin 25.3.2008 tarih, K:2008/3356 sayılı Kararı

Danıştay 5. Dairesi'nin E. 90/4297, K. 91/1099 sayılı Kararı

Rekabet Kurulu Kararları

19.1.2004 tarih, 04-05/54-15 sayılı Kararı

14.10.2005 tarih, 05-68/958-259 sayılı Kararı

9.3.2006 tarih, 06-18/212-53 sayılı Kararı

21.4.2008 tarih, 08-08/92-32 sayılı Kararı

19.12.2008 tarih, 08-74/1180-455 sayılı Kararı

5.8.2009 tarih, 09-34/839-204 sayılı Kararı

6.8.2009 tarih, 09-35/890-213 sayılı Kararı

1.7.2009 tarih, 09-31/678-159 sayılı Kararı

DOJ

http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/2001/8186.pdf,
http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/2005/209816.htm,
http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/2007/222770.htm,
http://www.usdoj.gov/atr/public/press_releases/2007/222770.htm,
<http://www.usdoj.gov/opa/pr/1998/February/081.htm.html>,
http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/2000/4494.htm,
http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/1999/2450.htm,

OFT

<http://www.oft.gov.uk/news/press/2008/72-08>,

Fransız Rekabet Otoritesi Kararları

19 Eylül 2002 tarih, 02-D-57 sayılı Kararı

3.12.2008 tarih, 08-D-29 sayılı Kararı

3.8.2004 tarih, 04-D-39 sayılı Kararı

11.3.2004 tarih, 04-D-07 sayılı Kararı