

Uzmanlık Tezleri Serisi No: 123

# REKABET KURUMU

## REKABET HUKUKUNDA KARTELLERE İLİŞKİN İSPAT STANDARDI

*BURCU CAN*

# REKABET HUKUKUNDA KARTELLERE İLİŞKİN İSPAT STANDARDI

*BURCU CAN*

ANKARA 2012

© Bu eserin tüm telif hakları  
Rekabet Kurumuna aittir. 2012

Baskı, Aralık 2012  
Rekabet Kurumu-Ankara

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

11/01/2012 tarihinde  
Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı Ali İhsan ÇAĞLAYAN başkanlığında  
IV. Denetim ve Uygulama Dairesi Başkanı Orçun SENYÜCEL,  
Dr. Ekrem KALKAN, Ömür PAŞAOĞLU, Yrd. Doç. Dr. Hamdi PINAR'dan  
oluşan Tez Değerlendirme Heyeti önünde savunulan bu tez, Heyetçe yeterli  
bulunmuş ve Rekabet Kurulunun 12/01/2012 tarih ve 12-01/59 sayılı  
toplantısında "Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi" olarak kabul edilmiştir.

ISBN 978-605-5479-27-5

YAYIN NO

288

*Büyükbabama...*



## İÇİNDEKİLER

SUNUŞ .....	IX
KISALTMALAR.....	XI
GİRİŞ.....	1

### Bölüm 1

#### İSPAT MÜESSESESİNE İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLAR ve KARTELLERDE İSPAT SORUNU

1.1. GENEL OLARAK İSPAT ve İSPAT STANDARDI KAVRAMLARI .....	5
1.1.1. İspat Standardına İlişkin Kavramsal Çerçeve.....	5
1.1.2. İspat Standardının Unsurları.....	7
1.1.2.1. İspat Vasıtalarının Belirlenmesi.....	8
1.1.2.2. Delillerin Elde Edilmesi .....	9
1.1.2.3. Delillerin Değerlendirilmesi.....	10
1.1.3. Genel Olarak İspat Standardı Türleri.....	11
1.1.3.1. İhtimallerin Dengelenmesi/Delilin Üstünlüğü Standardı .....	12
1.1.3.2. Açık Hata Standardı.....	12
1.1.3.3. Makul Şüphenin Ötesinde İspat Standardı .....	13
1.2. REKABET HUKUKUNDA İSPAT VASITALARI .....	13
1.2.1. Deliller .....	14
1.2.1.1. Birincil Deliller.....	14
1.2.1.2. İkincil Deliller .....	15
1.2.2. Karineler .....	16
1.3. KARTEL KAVRAMI ve KARTELLERE İLİŞKİN İSPAT SORUNLARI .....	17

### Bölüm 2

#### ABD ve AB REKABET HUKUKU SİSTEMLERİNDE İSPAT MÜESSESESİ ve KARTELLERDE İSPAT STANDARDI

2.1. ABD REKABET HUKUKU'NDA KARTELLERİN İSPAT EDİLMESİ SORUNU .....	20
2.1.1. ABD Rekabet Hukuku'nda Kartellerle Mücadele ve İspat Faaliyetinde Kullanılan Vasıtalar .....	20

2.1.2. ABD Rekabet Hukuku'nda Kartellere İlişkin Delillerin Değerlendirilmesi ve İspat Standardı .....	22
2.2. AB REKABET HUKUKU'NDA KARTELLERİN İSPAT EDİLMESİ SORUNU .....	28
2.2.1. AB Rekabet Hukuku'nda Kartellerle Mücadele ve Kartellerin İspatında Karşılaşılan Sorunlar .....	28
2.2.2. AB Hukuk Sisteminde Rekabet Hukukunun Konumlandırılması Sorunu .....	29
2.2.3. AB Rekabet Hukuku'nda Kartellere Yönelik İspat Standardı .....	32
2.2.4. AB Rekabet Hukuku'nda Kartellerin İspatında Kullanılan Vasıtalar .....	33
2.2.5. AB Rekabet Hukuku'nda Kartellere İlişkin Delillerin Değerlendirilmesi .....	36
2.2.5.1. Delillerin Değerlendirilmesine İlişkin Genel İlkeler .....	36
2.2.5.2. Ekonomik Delillerin Değerlendirilmesi .....	40
2.2.5.3. İletişim Delillerinin Değerlendirilmesi .....	42
2.3. ABD ve AB REKABET HUKUKU SİSTEMLERİNDE BENİMSENEN İSPAT STANDARDI YAKLAŞIMLARININ KARŞILAŞTIRILMASI .....	45

### **Bölüm 3**

#### **TÜRK REKABET HUKUKU'NDA İSPAT MÜESSESESİ ve KARTELLERDE İSPAT STANDARDI**

3.1. REKABET HUKUKUNUN TÜRK HUKUK SİSTEMİ İÇERİSİNDEKİ YERİ .....	47
3.1.1. İdari Usul ile İdari Yargılamada İspat ve İspata İlişkin Müesseseler .....	50
3.1.2. Ceza Muhakemesi Hukukunda İspat ve İspata İlişkin Müesseseler .....	50
3.2. REKABET KURULU KARARLARI ÇERÇEVESİNDE KARTELLERE YÖNELİK İSPAT STANDARDI .....	53
3.2.1. Türk Rekabet Hukuku'nda Kartellerin Hukuki Niteliği .....	54
3.2.2. Türk Rekabet Hukuku'nda Kabul Edilen İspat Vasıtaları .....	56

3.2.3. Rekabet Kurumu Uygulamalarında Delillerin Elde Edilmesi .....	60
3.2.4. Türk Rekabet Hukuku'nda Kartellere İlişkin Delillerin Değerlendirilmesi .....	62
3.2.4.1. Delillerin İspat Gücüne Etki Eden Faktörler .....	62
3.2.4.2. Ekonomik Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu.....	68
3.2.4.3. İletişim Delillerinin Değerlendirilmesi Sorunu.....	71
3.2.5. Rekabet Kurulu Kararlarında Uygulanan İspat Standardı.....	74
3.3. TÜRK REKABET HUKUKU'NDA KARTELLERE YÖNELİK İSPAT STANDARDININ TESPİTİ SORUNU ve ÇÖZÜM ÖNERİLERİ.....	78
<b>SONUÇ</b> .....	80
<b>ABSTRACT</b> .....	83
<b>KAYNAKÇA</b> .....	84





## SUNUŞ

15 yılı aşkın bir süredir bağımsız bir idari otorite olarak faaliyetlerini sürdürmekte olan Rekabet Kurumu, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un uygulanmasını gözeterek, piyasalarda kartelleşme ve tekelleşmeyi engellemek yönünde önemli adımlar atmaktadır. Piyasa ekonomilerinde hayati bir role sahip olan rekabetin korunması ile tüketicilerin, yaşamın her alanında daha kaliteli ürünü, daha ucuza ve daha çok miktarda satın alabilmeleri sağlanmaktadır. Bu başarılar sayesinde de Rekabet Kurumu, yalnızca Türkiye'deki kurumlar arasında değil, dünyadaki rekabet otorileri arasında da hak ettiği yeri almaya başlamıştır. Nitekim Avrupa Birliği Komisyonu ilerleme raporları ile OECD gözden geçirme raporlarında bu durum ifade edilmekte ve Kurumun ulaşılmış olduğu idari kapasite ve mesleki düzeyle takdirle karşılanmaktadır.

Rekabet Kurumunun ulaşılmış olduğu bu idari kapasite ve mesleki düzeyin en önemli yansımalarından biri de uzmanlık tezleridir. Rekabet uzman yardımcıları, üç yılı aşan meslekî çalışmalarından elde ettikleri tecrübeleri, yoğun bilimsel araştırmalarla birleştirerek tez hazırlamaktadır. Rekabet hukuku, politikası ve sanayi iktisadı alanlarında hazırlanan ve gerek Rekabet Kurumuna gerekse diğer ilgililere yönelik önemli bir kaynak niteliğini haiz olan bu tezlerden bazılarında, rekabet hukuku ve politikasının temel konu başlıklarını içeren teorik hususlar derin analizlerle irdelenmekte, diğerlerinde ise rekabet hukuku uygulamaları bakımından önem arz eden sektörlerle ilişkin çalışmalar yer verilmektedir. Bu sayede daha önce ele alınmamış pek çok konuda değerli eserler ortaya çıkmaktadır.

Doktrine katkı sağlanması ve toplumun rekabet konusunda bilgilendirilmesi amacıyla bu eserlerin yayımlanması, rekabet otoritelerinin en önemli görevleri arasında yer alan rekabet savunuculuğunun bir parçasını teşkil etmektedir. Böylece Rekabet Kurumu, toplumu bilgilendirme hedefine yönelik rekabet savunuculuğu çerçevesinde, tek başına veya üniversiteler, barolar ve benzeri örgütlerle işbirliği halinde yürütmekte olduğu konferanslar, sempozyumlar, eğitim ve staj programları düzenlemek gibi faaliyetlerine ilave bir etkinlikte bulunmaktadır.

Bu bağlamda ele alınan konular bakımından kaynak olarak kullanılabilir yerli eserlerin son derece az olması nedeniyle değerleri bir kat daha artan tezlerini tamamlayan ve Rekabet Uzmanı unvanını alan bütün arkadaşlarımı gönülden kutluyor, başarılar diliyorum. Bu çerçevede, uzmanlık tezlerini, önemli bir başvuru kaynağı olacağı inancıyla ilgili kamuoyunun bilgisine sunuyoruz...

**Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI**  
**Rekabet Kurumu Başkanı**

## KISALTMALAR

<b>AB</b>	: Avrupa Birliği
<b>ABA</b>	: Amerika Barolar Birliği (American Bar Association)
<b>ABAD</b>	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
<b>ABİDA</b>	: Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Anlaşma
<b>ABD</b>	: Amerika Birleşik Devletleri
<b>AG</b>	: Hukuk Sözcüsü (Attorney General)
<b>AİHM</b>	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
<b>AİHS</b>	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
<b>bkz.</b>	: Bakınız
<b>dn.</b>	: Dipnot
<b>C.D.</b>	: Ceza dairesi
<b>CMK</b>	: Ceza Muhakemesi Kanunu
<b>CMLR</b>	: Ortak Pazar Hukuku Raporları (Common Market Law Reports)
<b>D.</b>	: Daire
<b>DOJ</b>	: ABD Adalet Bakanlığı (Department of Justice)
<b>EC</b>	: European Community (Avrupa Topluluğu)
<b>ECR</b>	: AB Karar Raporu (European Case Report)
<b>FBI</b>	: Federal Soruşturma Bürosu (Federal Bureau of Investigation)
<b>FTC</b>	: Federal Ticaret Komisyonu (Federal Trade Commission)
<b>HMK</b>	: Hukuk Muhakemesi Kanunu
<b>Ibid.</b>	: Aynı kaynakta/adı geçen eserde (ibidem)
<b>ICC</b>	: Uluslararası Ticaret Odası (International Chamber of Commerce)
<b>İYUK</b>	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
<b>m.</b>	: Madde
<b>OECD</b>	: Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (Organisation for Economic Co-operation and Development)
<b>OJ</b>	: AB Resmi Gazetesi (Official Journal)
<b>ÖA</b>	: Öneraştırma
<b>para.</b>	: Paragraf
<b>RG</b>	: Resmi Gazete

<b>RKHK</b>	: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
<b>s.</b>	: Sayfa
<b>S.</b>	: Sayı
<b>T.</b>	: Tarih
<b>US</b>	: Amerika Birleşik Devletleri (the United States)
<b>v.</b>	: versus
<b>vb.</b>	: ve benzeri
<b>vd.</b>	: ve devamı/ve diğerleri
<b>Vol.</b>	: Cilt (Volume)

## GİRİŞ

“Hukuka uygunluk” ve “ihlal” müesseselerinin düzenlendiği sistemlerin tamamında olduğu gibi rekabet hukuku alanında da; hangi davranışların mevzuat hükümlerini ihlal edeceği meselesiyle birlikte, söz konusu ihlalin nasıl ispat edileceği hususu da önem arz etmektedir. Nitekim gerek uygulayıcılar gerekse uygulamanın muhatabı olan teşebbüsler ve şahıslar bakımından, hangi nitelikteki ispat vasıtalarının ihlalin varlığını ortaya koymada yeterli kabul edileceğinin öngörülmesi, “hukuki belirlilik” ilkesinin gereği olarak ortaya çıkmaktadır. Sözü edilen husus, ispat için aşılması zorunlu olan niteliksel ve niceliksel delil seviyesini ifade eden ispat standardının tespiti meselesini gündeme getirmektedir.

Rekabet ihlallerinde ispat standardının belirlenmesine ilişkin tartışmaların tarihsel süreci incelendiğinde, söz konusu tespit arayışının rekabet hukuku uygulamasının başlangıcına kadar uzandığının görülmesi mümkündür. Ancak son yıllarda başta Avrupa Birliği (AB) ve Amerika Birleşik Devletleri (ABD) olmak üzere çeşitli hukuk düzenlerindeki rekabet otoriteleri tarafından rekor seviyede para cezaları verilmesi, her bir ihlal türü bakımından doktrinde ve uygulamada gerçekleşen yoğun tartışmaların tetikleyicisi olmuştur. Öyle ki uluslararası alanda başta Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (OECD) tarafından 2006 yılında düzenlenen forum ile AB bünyesinde 2009 yılında yapılan çalıştay olmak üzere pek çok organizasyon ve akademik çalışmada, uygulanan ve olması gereken ispat standardına ilişkin değerlendirmeler yapılmıştır.

Hukuk sistemlerinin subjektif nitelikleri, rekabet hukukunun hukuk düzeni içerisinde nerede konumlandırıldığı gibi çeşitli faktörlerin etkisiyle, rekabet ihlallerine ilişkin standardın ülkeden ülkeye farklılık gösterdiği gözlemlenmektedir. Nitekim rekabet hukukunun kriminalize edildiği sistemlerde karteller bakımından ceza hukuku ilkeleri etkili olmakta ve böylelikle rekabet otoriteleri oldukça yüksek bir ispat standardı ile karşı karşıya kalmaktadır. Buna karşın rekabet hukukunun idari rejime tabi olduğu sistemlerde ise standardın görece düşük tutulduğu görülmektedir. Ancak söz konusu sistemlerde idari bir merci olarak kabul edilen rekabet otoritelerinin para cezası niteliğinde yaptırımlar uygulaması, ilgili otoritenin faaliyetlerinin yarı yargısal olduğu yönündeki

tartışmalara yol açmakta ve doktrinde standardın ceza hukuku standartlarına yaklaştırılması gerektiği yönünde argümanlar ileri sürülmektedir.

Hukuki rejime dayalı farklılıkların yanında, rekabet otoritelerinin tabi olduğu hukuk düzeninin Kıta Avrupası Hukuku (*Civil Law*) yahut Ortak Hukuk (*Common Law*) sistemlerinden hangisine dâhil olduğu hususu da bizatihi ispat standardı müessesesinin tanımı ve gerekliliği yönünde farklı yaklaşımlara yol açmaktadır. Öyle ki Ortak Hukuk sisteminde ispat standardının tespit edilmesi hukuki belirlilik ilkesinin zorunlu bir sonucu olarak değerlendirilmekte ve standarda yönelik belirli düzeyde bir saptamanın gerekli olduğu ileri sürülmektedir. Diğer taraftan, Kıta Avrupası sisteminde yer alan ülkelerde ve AB hukukunda ispat standardının tespitinin hayati önem arz etmediği, ispat bakımından önemli olan tek hususun hâkimin şahsi olarak ikna olması olduğu, dolayısıyla vakıa ve delillerin değerlendirilmesinin rekabet otoritesinin takdirinde olduğu kabul edilmektedir. Zira ispat standardının tespitine yönelik olarak AB mevzuatında herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiş, bu konuda yapılacak düzenlemeler üye ülkelerin iç hukukuna bırakılmıştır. Belirtilen yaklaşım AB otoriteleri tarafından genel olarak kabul edilmekle birlikte, doktrinde aksi yönde eleştiriler söz konusu olmaktadır. Ayrıca Genel Mahkeme ve AB Adalet Divanı kararlarında Komisyon'un karşılamakla yükümlü olduğu ispat standardına ilişkin saptamalara yer verildiği de görülmektedir.

Yabancı hukuk düzenlerindeki yoğun tartışmaların aksine, ispat standardı müessesesinin Türk hukukunda aynı düzeyde incelenmediği anlaşılmaktadır. Nitekim Rekabet Kurumu'nun yaklaşık on beş yıldır faaliyet gösteren bir otorite olduğu ve bu sebeple deneyim ve etkinlik bakımından önemli bir birikiminin olduğu bilinmekle birlikte, işaret edilen konunun gerek Rekabet Kurulu kararlarında gerekse doktrinde yeterince ilgi görmediği, standart değerlendirmesine ilişkin girişimlerin oldukça sınırlı seviyede kaldığı görülmektedir. İspat standardı konusunda yürütülen çalışmalarda her bir hukuk düzeninde ve her bir olaya uygulanabilecek yeknesak bir standart arayışının gerçekçi olmadığı kabul edilmekle birlikte, yabancı hukuk düzenlerinde benimsenen standartların ulusal hukuka uygulanabilirliği yönünde yapılan çalışmaların yol gösterici olduğu vurgulanmaktadır. Bu çerçevede Türk Hukuku bakımından rekabet ihlallerine uygulanacak ispat standardının belirlenmesi ve ihlallerin değerlendirilmesinde dikkate alınması gereken prensiplerin ortaya konulmasına ilişkin yürütülecek bir çalışmanın rekabet hukuku uygulamasına katkı sağlayacağı düşünülmektedir.

Öte yandan, gerek her bir rekabet ihlali türünde gerekse birleşme ve devralmalarda ispat standardı, ayrı ayrı kapsamlı bir inceleme ve değerlendirmeyi gerektirmektedir. Ancak en ağır rekabet ihlali olarak kabul edilen ve bu itibarla temel

hak ve özgürlüklerin korunması ile rekabet hukukunun etkin olarak yürütülmesi politikalarının nasıl dengeleneceği sorununun yoğun olarak gündeme geldiği karteller bakımından uygulanacak ispat standardının belirlenmesi hususu, rekabet hukukunun diğer uygulama alanlarına kıyasla daha fazla ön plana çıkmaktadır. Bu sebeple, genel olarak rekabet hukukunda ispat standardına ilişkin bir çalışmanın etkin olmayacağı ve kartellere yönelik yapılacak bir değerlendirmenin öncelik ve ivedilik arz ettiği dikkate alınarak, işbu çalışmanın konusu, “Rekabet Hukukunda Kartellere İlişkin İspat Standardı” olarak belirlenmiştir.

Yukarıda değinilen hususlardan hareketle, çalışmada öncelikle genel olarak ispat ve ispat standardı müesseselerinin kavramsal çerçevesi ele alınacak ve ispat standardı ile ilişkili kavramlara yönelik genel bilgiler sunulacaktır. İlk bölümde ayrıca rekabet hukukunda kullanılan ispat vasıtaları tanımlanarak, başta ikincil delillerin ihlalin tespitinde yeterli olup olmadığı sorunu olmak üzere karteller bakımından ispat standardına ilişkin öne çıkan tartışmalara değinilecektir. Çalışmanın ikinci bölümünde, ABD ve AB Hukuku örnekleri çerçevesinde yabancı hukuk düzenlerinde kartellerin ispatında esas alınan ilkeler ve ispat standardını belirlenmesine yönelik tartışmalara yer verilecektir. Son bölümde ise, ilk olarak rekabet hukukunun Türk hukuk düzeni içerisindeki konumu irdelenerek idare hukuku ve ceza hukuku alanlarında ispat faaliyetine yönelik unsurlar incelenecektir. Son olarak, Rekabet Kurulu kararları çerçevesinde Türk Rekabet Hukuku’nda karteller bakımından benimsenen ispat standardı yaklaşımı ile ortaya çıkan sorunlar ele alınacak ve söz konusu standardın belirlenmesine ilişkin çözüm önerileri sunulacaktır.





## BÖLÜM 1

# İSPAT MÜESSESESİNE İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLAR ve KARTELLERDE İSPAT SORUNU

### 1.1. GENEL OLARAK İSPAT ve İSPAT STANDARDI KAVRAMLARI

İspat, en yalın ifadesi ile belirli bir hukuk alanındaki karar mercilerinin bir vakıanın varlığına veya doğruluğuna ikna edilmesi faaliyetidir (Roxin 2005, 266). Sözü edilen faaliyet kapsamında taraflar, sav veya savunmalarını birtakım olgulara dayandırmakta, olguların ortaya konulmasında ise “delil”, “karine”, “emare” vb çeşitli ispat vasıtalarına başvurmaktadır (Gözübüyük 2006, 459).

İspat faaliyeti, ispat vasıtalarının elde edilmesinden vakıanın sübut bulması anına kadar her aşamada pek çok unsuru ihtiva etmektedir. Öte yandan işbu çalışmanın ispat standardını konu edinmesi sebebiyle, çalışmada daha ziyade bu müesseseye ilişkin değerlendirmelerde bulunulacak, ispata ilişkin diğer kavramlar ise ispat standardı ile olan ilişkisi ve söz konusu kavramdan farklılaşan yönleri ile sınırlı olarak ele alınacaktır.

#### 1.1.1. İspat Standardına İlişkin Kavramsal Çerçeve

Anglo Amerikan Hukuk Sistemi kapsamında geliştirilen ispat standardı (*standard of proof*) kavramı, bir vakıanın varlığı ihtimali ile gerçek anlamda var olması hususlarından hangisinin geçerli olduğuna ilişkin yapılacak değerlendirmenin dayanak noktasını oluşturmaktadır. Diğer bir ifadeyle ispat standardı, *iddia* ile *vakıanın ispatı* arasındaki ayrımı ortaya koymaktadır (Bailey 2003, 847). Doktrinde ispat standardına işaret etmek üzere; “delilin karşılaması gereken kesinlik derecesi” (Parret 2008, 6), “gerekli ikna seviyesi” (Sherwin ve Clermont 2002, 244), “bir vakıanın ispatlanmış sayılması için gereken delil

yoğunluğu” (Taruffo 2003, 673) gibi ifadelerin kullanıldığı görülmektedir. Dolayısıyla söz konusu müessesenin, esas itibarıyla ispat vasıtalarına ilişkin bir eşik öngördüğü anlaşılmaktadır.

İspat standardına yönelik yapılan tanımlarda sıklıkla “mahkeme” ve “hâkim” kavramlarının kullanıldığı görülmektedir. Bununla birlikte ispat faaliyetinin yargı erkine özgü bir etkinlik olmadığı, yaptırım uygulama yetkisini haiz olan ve bu itibarla delillerin değerlendirilmesi ve delil seviyesinin belirlenmesi yükümlülüklerini yerine getiren idari otoriteleri de kapsadığı açıktır. Ayrıca idari otoriteler tarafından verilen kararlara karşı yargı yoluna başvurulmasının mümkün olduğu dikkate alındığında, söz konusu kararların yargısal denetim standardını sağlayabilmesi için belirli düzeydeki bir ispat standardını karşılaması gerektiği görülmektedir (Rard 2008, 20). Bu çerçevede, değinilen unsurların tamamını kapsayacak şekilde ispat standardının; “*bir idari otorite yahut mahkeme nezdinde belirli bir vakıa ya da iddianın gerçekleştiğinin ispatı için aşılması zorunlu olan niteliksel ve niceliksel ispat eşiği*” şeklinde tanımlanması mümkündür.

İspat standardının sınırlarının belirlenmesi bakımından, bahse konu kavramın tanımlanması meselesi ile birlikte “ispat standardının ne olmadığı” hususunun değerlendirilmesi de önem taşımaktadır. Bu çerçevede öncelikle *ispat yükü* kavramına değinilmesinde fayda görülmektedir. Belirtilen kavram, taraflardan hangisinin uyuşmazlık konusu vakıa ve olguları ispat edeceği sorununu konu edinmektedir (Kuru, Aslan ve Yılmaz 2006, 419). Dolayısıyla ispat yükünü taşıyan taraf, vakıaların ispatı bakımından ispat standardını sağlayacak düzeyde delil sunmakla mükellef olan tarafı ifade etmektedir<sup>1</sup>.

Kural olarak ispat yükü bakımından geçerli olan prensip, “herkes iddiasını ispatla yükümlüdür” (*actori incumbit probatio*) ilkesidir. Belirtilen durumun ceza hukukundaki görünümü savcılık makamının ispatla mükellef olması iken, idare hukukunda ve -kriminal rejime tabi olmayan sistemler bakımından - rekabet hukukunda idari otoritenin, özel hukukta ise davacının ispat külfeti altında olması şeklinde ortaya çıkmaktadır (Parret 2008, 6). Bununla birlikte bir vakıanın kim tarafından ispat edileceğinin yasal hükümlerle düzenlendiği, herkesçe bilinen vakıaların mevcut olduğu yahut ispatın karinelere dayandığı hallerde, bahse konu ilkenin uygulanmasına ilişkin istisnalar söz konusu olabilmektedir (Parlak 2006, 22).

<sup>1</sup> Doktrinde ispat yükü kavramı *hukuki ispat yükü* ve *delile ilişkin ispat yükü* olmak üzere iki başlık altında incelenmektedir. Hukuki ispat yükü, hukuk düzeninin bir vakıayı ispatla mükellef kıldığı tarafın yükümlülüğünü ifade etmektedir. Dolayısıyla hukukun genel ilkelerine göre herkes iddiasını ispat konusunda hukuki ispat yükü altındadır. Delile ilişkin ispat yükü ise yeterli delil sunma yükümlülüğünü ifade etmektedir. Hukuki ispat yükü mükellef üzerinde kalmaya devam ederken delile ilişkin ispat yükünün taraflar arasında yer değiştirmesi mümkündür (Parret 2008, 14).

İspat standardı ile ilişkili diğer kavramlar hukuki standardın tanımlanması bakımından ortaya çıkmaktadır. Nitekim hukuki standart; “ihlalin unsurları”, “ispat standardı” ve “yargısal denetim standardı” (*judicial review/standard of review*) olarak sınıflandırılan üç ögenin bileşiminden oluşmaktadır. İspat faaliyetinin sağlıklı bir şekilde icra edilmesi, birbirlerini tamamlayıcı nitelikteki bu üç unsurun her birinin hukuka uygun şekilde tespiti yahut gerçekleştirilmesi koşuluna bağlıdır. Bununla birlikte işbu müesseseler, tabii oldukları hukuki süreçler ve doğurdıkları hüküm ve sonuçlar bakımından birbirlerinden farklı nitelikler arz etmektedir (Rard 2008, 12).

*İhlalin unsurları*, belirli bir hukuki rejim kapsamında bir davranışın ihlal olarak tanımlanabilmesi için yasal düzenlemeler uyarınca mevcut olması gereken unsurları ifade etmektedir. Bu çerçevede örneğin ceza hukuku bakımından suçun unsurları ceza kanunlarında yer alan suç tanımı kapsamında öngörülmekte, belirtilen unsurların ispat edilememesi halinde ise suçun oluşmadığından söz edilmektedir. Benzer şekilde rekabet hukukunda rekabeti sınırlayıcı nitelikteki uzlaşmaların<sup>2</sup> ispatı bakımından “etki”nin, yahut uyumlu eylem bakımından teşebbüslerin pazardaki davranışlarının ispat edilmesinin gerekip gerekmediği hususu ispat standardı ile ilişkili bir tartışma olmayıp ihlalin unsurlarına işaret etmektedir (Hellström 2009, 1). Dolayısıyla ihlalin unsurları, ihlalin yasal tanımı ile ilgili bir kavram olduğundan, unsurlardan birinin ispat edilememesi durumunda ispat standardının sağlanamamasından değil fakat ihlalin mevcut olmadığından söz edilecektir.

*Yargısal denetim standardı* ise belirli bir karara ilişkin usuli işlemlerin ve esasa yönelik maddi ve hukuki tespitlerin yerinde olup olmadığı hususunda yapılan denetimin seviyesi olarak tanımlanmaktadır (Legal 2006, 2). Dolayısıyla bu kavram temyiz mahkemesinin, yahut idari otoritenin kararına karşı ilk derece mahkemesinin dikkate aldığı değerlendirme standardına işaret etmektedir. Yargısal denetim standardı yükseldikçe, ispat standardı da paralel olarak yükselmektedir. Sözü edilen paralellik sebebiyle iki kavram arasında “simbiyotik” bir ilişki olduğundan söz edilmektedir (Bailey 2003, 850).

### **1.1.2. İspat Standardının Unsurları**

Yukarıda belirtildiği üzere ispat faaliyeti, iddiaların ileri sürülmesinden lehte veya aleyhte hüküm tesis edilmesine kadar pek çok aşamayı içeren bir süreci ifade etmektedir. Bu itibarla uygulamada, vakıaların tespit edilmesi ile vakıaların değerlendirilmesi süreçleri ayrıştırılarak ele alınmaktadır (Caoimh 2009, 1).

<sup>2</sup> Mevcut çalışma bakımından uzlaşma kavramı, rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve uyumlu eylem müesseselerinin her ikisini de kapsayacak şekilde kullanılmıştır.

İşaret edilen yaklaşım çerçevesinde ispat standardının, *ispat vasıtası*, *delillerin elde edilmesi* ve *delillerin değerlendirilmesi* olmak üzere üç unsurun bileşimini ifade ettiğini belirtmek mümkündür. Bahse konu aşamalar aşağıda ilgili başlıklar altında incelenmiştir.

### **1.1.2.1. İspat Vasıtalarının Belirlenmesi**

İspat faaliyetinin konusu, daha önce belirtildiği üzere, maddi vakıalardır. Maddi vakıaların ortaya konulmasında kullanılan araçlar ise genel itibarıyla “ispat vasıtaları” olarak nitelendirilmektedir. Hukuk sistemlerinde tanınan en yaygın ispat vasıtası “delil” olmakla birlikte, karinelerin de nihai yargıya varılması sürecinde etkili olduğu görülmektedir.

Bir vakıanın ispatında kullanılacak delillerin belirlenmesinde, düzenlemeye tabi delil ve serbest delil olarak adlandırılan iki farklı sistem esas alınmaktadır. *Düzenlemeye tabi delil* ilkesine dayanan birinci sistemde hangi vakıanın veya ihlalin tespitinde hangi delillerin kullanılacağı ve delillerin karar merciine sunulmasına ilişkin usuller yasal düzenlemeler çerçevesinde belirlenmektedir. *Serbest delil* ise tarafların yahut ilgili otoritenin iddiasını ispat için her türlü delilden yararlanabildiği delil sistemine işaret etmektedir (Gözübüyük 2006, 460). Özellikle resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu idari usul ve ceza muhakemesi alanında serbest delil sistemlerinin geçerli olduğu görülmektedir.

Delil türlerine yönelik olarak gerek hukuk muhakemesinde gerekse idari usul ve ceza muhakemesi alanlarında çok sayıda sınıflandırma yöntemi bulunmaktadır. Delilin ispat gücüne olan etkisi sebebiyle ön plana çıkan en temel ayırım ise “doğrudan delil” ve “dolaylı delil” sınıflandırmasıdır. *Doğrudan delil*, uyuşmazlık konusu vakıayı tek başına ispatlama gücüne sahip delili ifade ederken; *dolaylı delil* ancak başka deliller ile desteklenmesi halinde vakıanın gerçekliğini ortaya koyabilen delil türüdür (Parlar, Hatipoğlu ve Yüksel 2008, 10). Doğrudan delillerin en yaygın türlerini “belge” ve “beyan” oluşturmakta, “belirti (emare)”<sup>3</sup> ise dolaylı delil kapsamında ele alınmaktadır (Kunter, Yenisey ve Nuhoglu 2010, 1345). Belirtilen sınıflandırma dâhilinde *belge*; hukuki rejimlerin tamamında oldukça geniş tanımlanmakta, bu itibarla her türlü yazılı ve basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı ile elektronik ortamdaki

<sup>3</sup> Delil türlerine ilişkin doktrinde yer verilen sınıflandırmaların bazılarında belirti dolaylı delil olarak kabul edilirken, bazı yazarlar ise bahse konu vasıtayı delil kapsamında değerlendirmemektedir [Bkz. Kunter, Yenisey ve Nuhoglu (2010, 1344)]. Ancak karar merciinin vakıanın gerçekliğine ilişkin değerlendirmesine olan etkisi dikkate alınarak, işbu çalışma bakımından belirti, bir delil türü olarak kabul edilmiştir.

veriler belge olarak nitelendirilebilmektedir. *Beyan* ise sanık<sup>4</sup>, tanık ve ilgili üçüncü kişiler tarafından çekişmeli vakiyaya ilişkin sunulan ifadelere işaret etmektedir. Öte yandan *belirti*, tek başına değerlendirildiğinde bir maddi vakianın doğruluğunu ancak ihtimal derecesinde yahut kısmen gösterebilen, ancak hâkim veya idari otorite nezdinde kanaat oluşturulmasına imkân tanıyan bir ispat vasıtası olarak tanımlanmaktadır (Konuralp 2007, 20). Diğer bir ifadeyle *belirti*, doğrudan delillere kıyasla ispat gücü daha düşük olan delil türünü ifade etmektedir.

### ***1.1.2.2. Delillerin Elde Edilmesi***

Delillerin karar merciine sunumuna ilişkin süreç, tabii olunan hukuki rejimin niteliğine göre değişmektedir. Zira hukuk muhakemesinde taraflarca hazırlama ilkesi uygulama alanı bulurken, resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu idari usul ve ceza muhakemesinde idari otoritenin veya mahkemenin çeşitli yöntemler ile delil elde etme sürecine dâhil olması mümkündür (Uyanık 2003, 15). Delillerin elde edilmesi aşamasında kullanılan yöntemlere bağlı olarak, insan haklarının ihlal edilip edilmediği<sup>5</sup> ve özellikle idari rejime tabi pek çok rekabet otoritesi bakımından soruşturma ve hüküm faaliyetlerinin tek elden yürütülmesinin tarafsızlık ilkesi bakımından etkisi (*prosecutorial bias*) (Vesterdorf 2005a, 6) gibi çok sayıda tartışma gündeme gelmektedir. Bununla birlikte, işaret edilen tartışmaların ayrı bir çalışmanın konusunu oluşturabilecek düzeyde geniş kapsamlı olması ve mevcut çalışmanın sınırları dikkate alınarak, işbu çalışma dâhilinde delillerin elde edilmesi hususu ispat standardı üzerindeki etkileriyle sınırlı olarak ele alınmıştır.

Delillerin elde edilmesi, ispat standardının belirlenmesine doğrudan etki eden bir faaliyettir. Delile erişme yetkisini haiz merciin yetkilerinin sınırları ve uymakla yükümlü olduğu hukuki ilkeler; elde edilen delilin miktarı, niteliği ve ispat gücü bakımından belirleyici rol oynamaktadır. Nitekim ceza muhakemesinde söz konusu olduğu üzere, arama, el koyma, iletişimin dinlenmesi, ifade alma, sorgu, yemin altında tanık dinleme, adli tıp ve adli bilişim araçlarını kullanma, gizli soruşturmacı kullanma, teknik araçlarla izleme gibi çok sayıda ve geniş yetkilerin kullanılması durumunda, hukuka aykırı fiilin ve faillerinin tespiti için yeterli sayıda ve ispat gücü yüksek delilin elde edilmesi imkânı bulunduğundan, belirtilen sistemde ispat standardının yüksek olması olağan ve aynı zamanda olması gereken bir durumdur. Bununla birlikte görece çok daha sınırlı yetkileri bulunan bir otorite yahut tarafın iddiasını ispat için ceza muhakemesindeki

<sup>4</sup> “Sanık ifadesi” ceza muhakemesine özgü bir kavram olmakla birlikte, hukuki rejimlerin tamamını kapsayan genel bir sınıflandırma yapabilmek adına, iddianın yöneltildiği şahsın sözlü beyanı kapsamına giren “ikrar”, ayrı bir delil türü olarak değil fakat sanık beyanı başlığı altında gruplandırılmıştır.

<sup>5</sup> Ayrıntılı değerlendirme için *bktz.* Harding ve Joshua (2010, 206 vd.).

yoğunluk ve sayıda doğrudan delile ulaşması mümkün olmadığından, daha düşük seviyede bir ispat standardının esas alınması zorunlu hale gelmektedir (Devrim 2009, 39).

### ***1.1.2.3. Delillerin Değerlendirilmesi***

İspat faaliyetinin nihai karar öncesi son aşaması, delillerin değerlendirilmesidir. Bahse konu aşama, yalnızca elde edilen delillerden hangi sonuçların çıkarılabileceğini değil; aynı zamanda bu delillerin yaptırım uygulanabilmesi için yeterli zemini oluşturup oluşturmadığı, diğer bir ifadeyle ispat standardını karşılayıp karşılamadığı değerlendirmesini de konu edindiğinden, özünde bir yorum faaliyetini içermektedir (Lowe 2009, 2).

İspat standardı, yukarıda belirtildiği üzere, delillerin ispata yeterli görülmesi için aşılması gereken niteliksel ve niceliksel eşiğe işaret etmektedir. Dolayısıyla bir vakianın gerçekliğinin ortaya konulması bakımından yetkili otorite, esas olarak delilin türü, ispat gücü ve miktarını incelemektedir (Bailey 2003, 847). Delillerin türü bakımından yapılan değerlendirme, hukuki ilkeler uyarınca delillerin dava yahut soruşturma bakımından kabul edilebilirliği sorununu konu edinmektedir. Delil serbestisinin geçerli olduğu sistemler bakımından, bu ilkenin tamamlayıcısı olarak “delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi”nin de işlerlik kazandığı görülmektedir. Söz konusu ilke elde edilen delillerin ispat gücü ve yeterliliğinin serbest olarak yorumlanabilmesi imkânını öngörmekle birlikte; bahse konu takdir yetkisinin, somut vakıa ile ilgili delillerin ayrıştırılması, deliller arasında irtibat kurulması ve çelişkilerin giderilmesi prensipleri dâhilinde kullanılması gerekmektedir (Parlak 2006, 48).

Delillerin değerlendirilmesi aşamasında anayasal ilkeler ile insan haklarının ihlal edilip edilmediği hususlarına ilişkin pek çok tartışma gündeme gelmektedir. Özellikle serbest delil ilkesinin benimsendiği hukuk düzenlerinde her bir delilin nasıl değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin genel geçer kurallar oluşturmak mümkün olmadığından, uygulanabilecek yegâne prensibin “delilin güvenilirliği” esasına dayandığı kabul edilmektedir (De La Torre 2009, 532 vd.). Buna karşın yetkili merciin takdir yetkisinin sınırsız olmadığı belirtilmekte, delillerin elde edilme yönteminin hukuka uygunluğu, bireyin şahıs ve mal varlığının korunması ile savunma hakkına ilişkin temel hak ve özgürlüklerin dikkate alınması gerektiği vurgulanmaktadır (Parret 2008, 4).

Delilin ispat gücüne ilişkin değerlendirme ise ispat standardının belirlenmesi tartışmasının merkezini oluşturmaktadır. Bir delilin belirli bir vakianın gerçekliğinin ortaya konulmasındaki etki derecesini ifade eden ispat gücü kavramı, delilin türüne, içeriğine, oluşturulma koşullarına ve kim tarafından oluşturulduğuna

bağlı olarak değişmektedir (Venit 2009, 58). Bu çerçevede örneğin bir ihlalin tarafları, konusu, süresi, etki alanı gibi hususlarda açık ve kesin bilgiler içeren yazılı belgeler doğrudan delil olarak nitelendirilmekte ve ispat gücü en yüksek deliller olarak kabul edilmektedir. Ayrıca doğrudan delillerin ispat gücü dolaylı delillere göre daha yüksek olup dolaylı deliller ancak başka deliller ile desteklenmesi halinde ispata elverişli hale gelmektedir (OECD 2006, 114).

Delillerin miktarı ölçütü ise mevcut delillerin ispat gücü ve niteliğine bağlı olarak değişkenlik arz etmektedir. Nitekim ispat gücü yüksek bir doğrudan delil tek başına bir ihlali ve taraflarını ispat için yeterli görülebilirken, ispat gücü düşük bir dolaylı delil, örneğin yalnızca taraflar arasında iletişim kurulduğunu gösteren ve görüşmenin içeriğine ilişkin bilgi içermeyen bir telefon kaydı, ancak başka deliller ile desteklendiğinde ispat seviyesini karşılamaktadır. Dolayısıyla bazı hallerde tek bir delil dahi ispata yeterli kabul edilmekte, kimi hallerde ise ihlalin somut olarak ortaya konulması ancak çok sayıda delilin bir araya getirilmesi ile mümkün olabilmektedir.

### 1.1.3. Genel Olarak İspat Standardı Türleri

Daha önce belirtildiği üzere ispat standardı Ortak Hukuk geleneğinde, esas itibarıyla da Anglo Amerikan Hukuku sisteminde geliştirilen bir müessese olup bazı Kıta Avrupası Hukuku sistemlerinde tam olarak karşılığı bulunmamaktadır (De La Torre, 506). Bununla birlikte her hukuk sisteminde ihlalin ağırlığı - diğer bir ifadeyle hukuk düzeninin koruduğu menfaate yönelik zararın büyüklüğü - ile muhtemel yaptırımın miktarı ve türü dikkate alınarak, bazı fiiller bakımından diğerlerine nazaran daha yüksek bir ispat standardı uygulanmaktadır (Venit 2009, 57). Belirtilen prensipten hareketle en yüksek standart, şüphesiz, ceza hukuku kapsamında suç olarak tanımlanan fiillerin ispatında uygulanırken, diğer hukuk ihlallerinde görece daha düşük bir standardın tercih edildiği görülmektedir.

İspat standardı kavramı Ortak Hukuk sistemi çerçevesinde oluşturulduğu gibi, standardın seviyesine göre sınıflandırılması da yine bu sistem içerisindeki yargı kararları ve akademik çalışmalar ışığında gerçekleştirilmiştir. Hukukta mutlak kesinliğe ulaşmanın imkânsızlığı ve ihtimale dayanılarak karar verilmesinin zorunlu olması sonucu, Bailey'nin (2003, 851) ifadesi ile "ispat standardı kavramı ve her bir standart türünün uygulanması, kaçınılmaz bir 'belirsizlik gölgesi' ile çevrelenmiştir". Dolayısıyla farklı ulusal hukuk sistemlerinde birbirinden farklı sınıflandırmalar ve her bir standart içerisinde de farklı dereceler bulunmaktadır. Belirtilen hususa rağmen, günümüzde genel kabul gören üç ispat standardı türünün var olduğundan söz edilmektedir (Rard 2006, 24). Bahse konu standartlar aşağıda başlıklar halinde değerlendirilmektedir.



### 1.1.3.1. İhtimallerin Dengelenmesi/Delilin Üstünlüğü Standardı

Özel hukuk alanında esas alınan delil seviyesine işaret eden ihtimallerin dengelenmesi / delilin üstünlüğü (*balance of probabilities / preponderance of the evidence*) standardını, “bir vakıanın gerçekleşmiş olmasının, gerçekleşmemiş olmasından daha muhtemel olması” şeklinde özetlemek mümkündür (Rosch 2009, 4). Diğer bir ifade ile bu standart bakımından ihtimale ilişkin %51 oranının sağlanması durumunda, vakıanın hukuki anlamda %100 kesinlik ile ispat edildiği kabul edilecektir (Sherwin ve Clermont 2002, 251). Dolayısıyla vakıanın gerçekliği hususunda şüphe bulunsa dahi, hâkim ya da idari otorite nazarında vakıanın gerçekleşmesi ihtimali aksi yöndeki ihtimali aşıyor ise, mevcut algı ispat seviyesi için yeterli kabul edilmektedir. Ancak bu standart içerisinde de farklı ihtimal dereceleri bulunmakta ve ihtimal ne kadar düşükse ispat için o kadar fazla delil sunulması gerekmektedir. Belirtilen hususu somutlaştırmak amacıyla doktrinde sıklıkla<sup>6</sup>, Birleşik Krallık’ta Lord Hoffmann’ın *Rehman*<sup>7</sup> davasında vermiş olduğu meşhur “Regent’s Park” örneğine atıfta bulunmaktadır:

“Bazı olaylar doğaları gereği diğerlerinden daha muhtemeldir. Regent’s Park’ta yürüdüğü görülen hayvanın bir aslan olması ihtimalinin olmaması ihtimalinden daha fazla olduğunu ispat edebilmek için, bir Alsas çoban köpeği olduğunu ispatlamak için gerekenden daha fazla inandırıcı delil sunulması gerekir.”

Belirtilen hususa paralel olarak, istisnai bazı özel hukuk davalarında, ihtimallerin dengelenmesi prensibinden daha yüksek bir seviyeyi öngören ancak özel hukuk standardının bir türü olarak kabul edilen açık ve ikna edici delil standardı (*clear and convincing evidence*) da tercih edilebilmektedir (Engel 2009, 436).

### 1.1.3.2. Açık Hata Standardı

Ceza hukuku standardı ile özel hukuk standardı arasında yer alan ve genellikle idari usulde kullanılan açık hata (*manifest error*) standardı<sup>8</sup>, ilgili idari otoritenin hukuki düzenlemeleri uygulamak hususunda açık bir hataya düşüp düşmediğini yahut mantık dışı bir karar verip vermediğini tespit esasına dayanmaktadır (Bailey 2003, 853). Belirtilen standart, tanımı gereği, ispat standardından ziyade bir yargısal denetim standardı olarak değerlendirilmektedir (Vesterdorf 2005b, 7).

<sup>6</sup> Örneğin bkz. Neven (2006, 765); Bailey (2003, 853); McBride (2009, 16).

<sup>7</sup> *Secretary of State for the Home Department v. Rehman* [2001] UKHL 47, [2003] 1 AC 153, 193, para.55.

<sup>8</sup> Bazı yazarlar idari usuldeki ispat standardını esaslı delil (*substantial evidence*) standardı olarak adlandırmaktadır. Bkz. Gippini-Fournier (2009, 2).

### 1.1.3.3. Makul Şüphenin Ötesinde İspat Standardı

Son olarak ceza hukuku ispat standardı olarak tanımlanan makul şüphenin ötesinde ispat (*proof beyond a reasonable doubt*) standardı, vakianın gerçekliği hususunda makul bir kimsenin karar vermesini engelleyecek düzeyde bir şüphenin kalmaması prensibini ifade etmektedir (Bailey 2003, 852). Öte yandan bahse konu standartta “mutlak kesinlik veya hiçbir şüphe zerresinin kalmaması” şartı aranmamakta<sup>9</sup>, yüksek düzeyde bir ihtimalin varlığı yeterli görülmektedir. Makul şüphenin ötesinde ispat, ispat standardının en yüksek seviyesine işaret etmektedir. Fiilin ve failin tespitinde bu kadar yüksek bir standardın öngörülmesinin temelinde yatan sebep ise, ceza hukuku alanındaki hata riskinin, gerçekte suçlu olan bazı kişilerin serbest kalması ihtimali pahasına minimize edilmesi çabasıdır<sup>10</sup>.

Makul şüphenin ötesinde ispat standardının uygulanmasında ortaya çıkan temel sorun, “makul şüphe” ifadesinin belirsizlik arz etmesidir. Belirtilen kavramın objektif olarak değerlendirilebilmesi amacıyla “makul insan” kriteri öngörülmüştür. Ancak şüphenin tanımlanmasındaki ve bertaraf edilmesine yetecek delil seviyesinin tespitindeki zorluk, söz konusu belirsizlik sorununun çözülmesini engellemiştir (Rard 2008, 26). Değınilen soruna ilişkin çözüm arayışları kapsamında, en yüksek ispat standardında dahi hâkim nazarında belirli düzeyde bir şüphenin var olabileceğı kabul edilerek, makul şüphe;

*“Eldeki deliller, mevcut durumun fail lehine olması ihtimalinin son derece düşük olduğu değerlendirilmesine yol açacak kadar güçlü ise ve bu ihtimal ‘elbette mümkün, ancak neredeyse hiç olası değıl’ cümlesi ile bertaraf edilebiliyorsa, iddia makul şüphenin ötesinde ispat edilmiş demektir, daha azı yeterli olmayacaktır”<sup>11</sup>.*

şeklinde yorumlanmıştır.

## 1.2. REKABET HUKUKUNDA İSPAT VASITALARI

Ceza muhakemesi, idari usul ve hukuk muhakemesi rejimlerinde olduğu gibi rekabet hukuku alanında da; bir davranışın rekabet ihlali olarak nitelendirilmesi için gerekli unsurların tanımlanması ile birlikte, ihlalin ispatı için ulaşılmaması gereken delil seviyesinin belirlenmesi de önem arz etmektedir. Bu çerçevede, ispat standardının temel unsuru olan ispat vasıtalarının tespiti için, hangi delil türlerinin kabul edilebilir nitelikte olduğunun değerlendirilmesi gerekmektedir.

<sup>9</sup> Lord Justice Denning, *Miller v Minister of Pensions* (Miller) [1947] 2 All ER 372 para. 373.

<sup>10</sup> US Supreme Court, *Addington v. Texas*, 441 U.S. 418 (1979).

<sup>11</sup> *Bkz. Miller davası*, dn.9.

Hukuken ispata elverişli kabul edilen deliller, uyuşmazlık konusu vakıanın hangi hukuki rejim çerçevesinde ele alındığına bağlı olarak farklılık göstermektedir. Dolayısıyla rekabet hukukunun ceza, idare ve özel hukuk rejimlerinden hangisine tabi olduğu hususu, delillerin belirlenmesi ve değerlendirilmesi sürecinde belirleyici rol oynamaktadır. Bu çerçevede ulusal ve uluslar üstü hukuk sistemlerinin tamamını kapsayan ortak bir sınıflandırma yapılması mümkün olmamakla birlikte, ülke uygulamalarının büyük çoğunluğunda kabul gördüğü tespit edilen (OECD 2006, 9) delil türleri esas alınarak, ispat faaliyetinde kullanılacak vasıtaların genel hatları ile değerlendirilmesinin mümkün olduğu düşünülmektedir.

### 1.2.1. Deliller

Serbest delil sisteminin geçerli olduğu hukuk sistemlerinde rekabet ihlalleri; katılımcıların imzasının yer aldığı noter tasdikli anlaşma metinlerinden, teşebbüs yetkililerinin otel ve konaklama kayıtlarına kadar çok sayıda delil kullanılarak ispat edilebilmektedir. En ağır ihlal türü olarak kabul edilen karteller dahil olmak üzere, yalnızca belirli delillerle ispatlanması zorunlu tutulan herhangi bir rekabet ihlali mevcut olmadığından, delil türleri arasında hukuken atfedilmiş herhangi bir fark bulunmamaktadır (ABA 2010, 187, dn. 31). Nitekim nihai tahlilde ispat standardı bakımından yanıtlanması gereken soru, kullanılan delillerin ispat gücü eşiğinin üzerinde olup olmadığıdır. Bu itibarla deliller, öncelikle doğrudan ispat kabiliyetini haiz olup olmadıkları ölçütü esas alınarak birincil delil ve ikincil delil<sup>12</sup> olarak sınıflandırılmakta, her bir delil grubu ise kaynakları ve oluşturulma yöntemlerine göre kendi içerisinde alt gruplara ayrılarak değerlendirilmektedir<sup>13</sup>.

#### 1.2.1.1. Birincil Deliller

Birincil deliller, teşebbüsler yahut teşebbüs adına hareket eden şahıslar arasında bir uzlaşmanın gerçekleştiğini açıkça ortaya koyan delil türüne işaret etmektedir (Guerrin ve Kyriazis 1992, 299). Dolayısıyla belirtilen deliller, uzlaşmanın unsurlarını (konu, ilgili pazar, fiyat politikası, kazancın dağıtım usulü, denetim ve uygulama yöntemi vb) kararlaştırmak üzere taraflar arasında iletişim kurulduğuna ve iletişimin içeriğine ilişkin bilgiler içermektedir (Kovacic, Marshall, Marx ve White 2011, 6).

<sup>12</sup> Söz konusu delil türleri sınıflandırılırken birincil delilleri ifade etmek üzere doğrudan veya asli delil, ikincil delil türlerini ifade etmek için ise dolaylı veya tali delil kavramları da kullanılmaktadır. Ancak rekabet hukukuna ilişkin doktrinde daha ziyade birincil delil ve ikincil delil ifadelerinin tercih edildiği görüldüğünden, [Örnek olarak *Bkz.* Kekevi (2008a, 54), Kekevi, Can ve Şengören (2011, 175-240)] çalışmanın bundan sonraki bölümünde sözü edilen ifadelerin kullanılması tercih edilmiştir.

<sup>13</sup> Delil türlerinin incelenmesinde ağırlıklı olarak, çalışmanın konusunu oluşturan kartel faaliyetlerinin ispata esas alınmıştır.

Birincil delillerin en yaygın türleri, belirli bir ihlal faaliyetini gerçekleştirmek üzere tarafların ortak iradelerinin oluştuğunu gösteren belgeler (yazılı metinler, elektronik postalar, toplantı tutanakları vb.) ile ihlalin taraflarına ait olan ve uzlaşmanın nasıl kurulduğunu ve uygulandığını gösteren yazılı veya sözlü beyanlardır (OECD 2006, 20). Sözü edilen yazılı belgeler ile taraf beyanları, uzlaşmayı somut ve açık şekilde ispat etmeleri sebebiyle delil hiyerarşisinin en üst seviyesinde yer almaktadır (Kovacic 1993, 19). Birincil delillerin temel kaynağını ise rekabet ihlallerine taraf olan teşebbüslerin rekabet otoriteleri ile işbirliği kurarak tam bağımsızlık yahut ceza indirimi kazanmasına imkân veren pişmanlık programları oluşturmaktadır.

### 1.2.1.2. İkincil Deliller

İspat gücü birincil delillere kıyasla daha düşük seviyede olan ve bu itibarla uygulamada ispat standardı tartışmalarında sıklıkla gündeme gelen ikincil deliller, “iletişim delilleri” ve “ekonomik deliller” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır (ABA 2010, 267). *İletişim delilleri*; teşebbüslerin toplantı, telefon vb. suretle anlaşmanın unsurları hakkında iletişim kurduğunu gösteren ancak anlaşmanın esasına ilişkin bilgi içermeyen delilleri ifade etmektedir. Bahse konu delil türünün en sık rastlanan örnekleri; telefon görüşmesi kayıtları, teşebbüslerin ortak bir varış noktasına seyahat ettiklerini gösteren kayıtlar, belirli bir toplantı veya etkinliğe katılımı gösteren deliller, konaklama veya toplantı salonu kiralanmasına ilişkin faturalar ile rakiplerle ticari sır niteliğindeki hususların görüşüldüğüne ilişkin bilgi içeren ancak uzlaşmanın sağlandığını tek başına ispatlayamayan toplantı notları ve iç yazışmalardır. İspat gücü en yüksek ikincil delillerin iletişim delilleri olduğu kabul edilmektedir (OECD 2006, 20).

İkincil delillerin diğer türü olan *ekonomik deliller*, Posner tarafından 2002 tarihli *High Fructose Corn Syrup*<sup>14</sup> davasında yapılan sınıflandırmaya dayanılarak; teşebbüslerin ilgili pazarda rekabet etmediklerini gösteren *davranışsal deliller* ile pazar yapısının gizli bir uzlaşmanın kurulmasına ve sürdürülmesine müsait olduğunu ortaya koyan *yapısal deliller* başlıkları altında gruplandırılmaktadır. Uygulamada sıklıkla karşılaşılan davranışsal delil türleri; yakın tarihli veya eş zamanlı fiyat artışları, farklı maliyet yapılarına rağmen fiyatların aynı veya yakın olması (fiyat paralellliği), ortak fiyat duyuruları, satış ve üretim politikalarının aynı veya benzer olması şeklinde özetlenebilmektedir (Siragusa 2009, 9). Öte yandan yapısal deliller; giriş engelleri, yoğunlaşma oranları, homojen ürün, pazardaki dikey bütünleşme oranının yüksekliği gibi verileri ifade etmektedir. İktisadi delil türleri arasında ispat gücü en yüksek delillerin davranışsal deliller olduğu belirtilmektedir. (OECD 2006, 21).

<sup>14</sup> *In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, 295 F.3d 651 (7th Cir. 2002).

Rekabeti sınırlayıcı uzlaşmaların oluşturulması ve sürdürülmesinde kolaylaştırıcı işlev görmekle birlikte tek başına ihlali ispata yeterli görülmeyen, bu sebeple de ikincil delil türlerinden biri olarak değerlendirilen kolaylaştırıcı eylemlerin ise hangi başlık altında ele alınacağı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bazı yazarlar, bizim de katıldığımız görüş doğrultusunda bahsi geçen davranışları *iletişim benzeri deliller* olarak değerlendirerek üçüncü bir ikincil delil kategorisi oluştururken<sup>15</sup>, bazı çalışmalarda ise bu deliller ekonomik delil türlerinden biri olarak ele alınmaktadır<sup>16</sup>. Bilgi değişimleri, fiyat sinyalleri, en düşük fiyat garantisi, en çok kayırılan müşteri gibi uygulamalar kolaylaştırıcı eylemler kapsamında değerlendirilmektedir. İşaret edilen delillerin ispat standardı bakımından önem arz eden işlevi ise sarıh uzlaşmalar ile oligopolistik bağımlılık arasındaki “boşluğu doldurmak”, böylelikle hukuka aykırı uzlaşmalar ile salt paralel davranışların ayırt edilmesini sağlamaktır (Hay 2006, 896). Bununla birlikte kolaylaştırıcı eylemlerin uygulanmasının zorunlu olarak rekabetin ihlal edildiği sonucunu doğurmadığının belirtilmesi gerekmektedir.

### 1.2.2. Karineler

Rekabet hukuku alanında öncelikle kullanılan ispat vasıtası türü, şüphesiz delillerdir. Bununla birlikte mahkemeler ve rekabet otoritelerinin ihlalin varlığı ve unsurlarını tespit ederken birtakım karinelere de yararlandıkları görülmektedir<sup>17</sup>. *Karine*, doğruluğu ispat edilen veya kabul gören bir vakıya dayanarak başka bir vakıanın doğruluğuna karar verme faaliyeti olarak tanımlanmaktadır (Feyzioğlu 2002, 152). Bu çerçevede ispat faaliyeti kapsamında karineler, ispat yükünün bertaraf edilerek karşı tarafa geçirilmesi işlevini görmektedir<sup>18</sup>.

Rekabet hukuku alanında karineler; usule ilişkin, delile ilişkin ve esasa ilişkin karineler olmak üzere üçe ayrılmaktadır. *Usule ilişkin karineler* genellikle uygulama kolaylığı ve usul ekonomisi sağlanması amacıyla oluşturulan karinelerdir. *Delile ilişkin karinelerde*<sup>19</sup> ise taraf, bir vakıanın varlığına ilişkin

<sup>15</sup> Bkz. Kekevi (2008a, 54).

<sup>16</sup> Bkz. OECD (2006, 21).

<sup>17</sup> AB hukukundaki ve üye ülkelerdeki uygulama örnekleri için bkz. De La Torre (2009, 507), Burrichter ve Logemann (2009, 3), Kalbfleisch (2009, 4), Siragusa (2009, 8), Guerrin ve Kyriazis (1992,292); Amerika Birleşik Devletleri (ABD) hukukundaki uygulama örneği için bkz. Gavil (2008,125).

<sup>18</sup> Karineler genel olarak *adi karine* ve *kesin karine* olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. *Adi karinenin* aksini ispat mümkün iken *kesin karineler* bakımından bu tür bir durum söz konusu olmamaktadır (Kuru, Arslan ve Yılmaz 2006, 425).

<sup>19</sup> Söz konusu karinenin en yaygın örneği uyumlu eylem karineleri (bkz. 2.2.5.1., 2.2.5.2., 3.2.4.2 ve 3.2.4.3. numaralı başlıklar) ve ana şirketin yavru şirketin hisselerinin tamamına sahip olduğunun ispat edilmesi yoluyla yavru şirketin ana şirket tarafından kontrol edildiği varsayımına ulaşılmasıdır. “Tek bir iktisadi bütünlük karinesi” hususunda bkz. Wallace (2002, 639).

sonuç çıkarılmasına dayanak oluşturacak bir başka vakıayı ispat ederek ispat yükünün karşı tarafa geçmesini sağlayabilmektedir (Bailey 2010, 363).

Son olarak, *esasa ilişkin karineler*, iktisat teorisi ile uygulamadaki tecrübeler neticesinde oluşan ve rekabet hukuku uygulamasında iktisadi analizlerin etkinliğini arttıran bir karine türüdür (Rard 2008, 64). Söz konusu karineler adi veya kesin karine niteliğinde olabilmekte, bu çerçevede esasa ilişkin kesin karineler ABD hukukunda “*per se* hukuka aykırılık” olarak ortaya çıkmaktadır (Venit 2009, 5, dn. 7). *Per se* ihlal kabul edilen uzlaşmalarda rekabetin sınırlanması ihtimali neredeyse kesin kabul edilebilecek kadar yüksek olduğundan, bu tür rekabet ihlallerinin tespiti için yalnızca teşebbüsler arasında uzlaşmanın gerçekleştiğinin ispat edilmesi yeterlidir<sup>20</sup>. Dolayısıyla sözü edilen durumda uzlaşmanın ilgili pazarda etkili olmadığı yönündeki savunmalar kabul görmeyecektir.

### 1.3. KARTEL KAVRAMI ve KARTELLERE İLİŞKİN İSPAT SORUNLARI

Rekabet otoritelerinin varlık sebebi ve birincil önceliği<sup>21</sup> olduğu belirtilen karteller<sup>22</sup>, hukuk düzenlerinin tamamı bakımından tartışmasız şekilde en ağır rekabet ihlalleri olarak kabul edilmektedir<sup>23</sup> (OECD 2002, 5). Nitekim kartellerin bizatihi varlıkları rekabeti olumsuz etkilemekte, kartel üyeleri daha az üretim ve yatırım ile daha fazla kâr elde ederken, teşebbüslerin haksız kazancı tüketicilerin refah kaybı ve kaynakların etkinsiz dağılımına yol açmaktadır (Monti 2000). Bu sebeple kartellere karşı adeta küresel bir mücadele başlatan rekabet hukuku uygulayıcıları, söz konusu ihlallerin ulusal ve uluslararası ekonomik yapıya ve nihai tahlilde tüketicilere verdiği zararı ortaya koyabilmek amacıyla, kartelleri “en vahim rekabet ihlali”<sup>24</sup>, “rekabet hukukundaki en büyük kötülük”<sup>25</sup> gibi çeşitli ifadeler ile nitelendirmektedir.

<sup>20</sup> ABD rekabet hukukunun mevcut uygulamasında esasa ilişkin karinelerin kapsamının fazla geniş tutulduğunu, *rule of reason* analizinin öncelikli değerlendirme metodu haline gelmesi gerektiğini savunan görüş için bkz. Wood (1996, 98).

<sup>21</sup> Bkz. Almunia (2011).

<sup>22</sup> Kartel kavramı OECD tarafından 1998 yılında yayımlanan “Hard Core Kartellere Karşı Etkin Mücadeleye İlişkin Tavsiye” metninde şu şekilde tanımlanmıştır: “*Hard Core kartel, fiyat tespiti, danışıklı fiyat teklifi (uzlaşmaya dayanan ihaleler), arz kısıtlaması veya kota yahut müşterilerin, sağlayıcıların, bölgelerin ya da dağıtım kanallarının bölüşülmesi yoluyla pazar paylaşımı eylemlerinde bulunmak üzere rakipler arasında yapılan rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem veya kararlaştırmalardır.*”

<sup>23</sup> Rekabet hukukunun uygulandığı 112 hukuk sisteminin büyük çoğunluğunda kartellerle mücadeleye büyük önem atfedildiği belirtilmektedir (Kovacic, Marshall, Marx ve White 2011, 3).

<sup>24</sup> Bkz. OECD (1998, 2).

<sup>25</sup> *Verizon Communications v. Law Offices of Curtis V. Trinko*, 540 U.S. 398, 408 (2004).

Kartel uygulamalarını diğer rekabet ihlallerinden ayıran özellik yalnızca ortaya çıkan zararın büyüklüğü değil, aynı zamanda ihlalin tespit edilmesinde yaşanan zorluklardır. Nitekim son yıllarda kartellerle mücadele konusunda gösterilen kararlılık ve sert tutumun teşebbüsler üzerindeki etkisi bir yönüyle ihlal motivasyonunun düşmesi şeklinde ortaya çıkarken, diğer taraftan belirtilen politika ihlal niyeti süren teşebbüsler için “delil bırakmadan hareket etmek” gerektiğine ilişkin bir mesaj olarak yorumlanmıştır. Rekabet hukukuna ilişkin bilincin artması ve teknolojik gelişmelerin her geçen gün yeni iletişim araçları sunması, suçlayıcı delillerin tamamının teşebbüslerin hâkimiyet ve kontrolünde olması sonucunu doğurmuş, belirtilen durumun yarattığı bilgi asimetrisi ise kartel organizasyonunu rekabet otoriteleri karşısında avantajlı bir konuma getirmiştir (Scordamaglia 2010, 7). Bütün bu olumsuzluklara ek olarak, kartellerin karmaşık ve değişken bir yapı sergilemesi ihlalin tarafları, süresi, kapsamı gibi unsurların tespitini zorlaştırmaktadır (Kekevi 2008b, 13).

Delil hiyerarşisinin en üst seviyesinde yer alan deliller, hukuka aykırı davranış ile sorumluların tespitinde hata riskini minimize etmekte, böylelikle ispat standardının seviyesine ilişkin tereddütleri ortadan kaldırmaktadır. Bu çerçevede birinci derece tarafların ifadesi, iletişime ilişkin ses ve görüntü kayıtları ile kartel taraflarının görüşmeye ilişkin eş zamanlı olarak oluşturduğu belgeler “kuvvetli delil”<sup>26</sup> (*hard evidence*) olarak adlandırılmakta ve bu delillerin “kartelin altın standardı”<sup>26</sup> oluşturduğu kabul edilmektedir (OECD 2006, 20). Ancak günümüzde bu seviyede ispat gücüne sahip bir delilin elde edilmesi son derece istisnai bir durum haline gelmiştir. Zira yukarıda belirtildiği üzere, artık kartellerin değişmez kuralı “gizlilik”tir. Bu sebeple kartel üyeleri adeta “sessizlik yemini” altında hareket etmekte ve kâğıt üzerinde ya da elektronik ortamda herhangi bir iz bırakmadan eylemlerini sürdürmektedir (Léonnet 1996, 96).

Kartellere ilişkin birincil delil elde etmedeki zorluklar uygulamada rekabet otoritelerini alternatif ispat yöntemleri geliştirmeye sevk etmiştir. Başlangıç olarak anlaşma kavramının geniş yorumlanması prensibi benimsenmiş, ancak irade uyuşmasının tespitinde yaşanan sorunlar sebebiyle uyumlu eylem kavramı geliştirilerek rekabeti sınırlayıcı her türlü işbirliğinin rekabet hukuku kapsamına alınması sağlanmıştır. Ayrıca, belirli bir pazarda rekabetin bozulduğunun anlaşıldığı ve rakipler arasında hukukun icazet sınırlarını aşan bir iletişimin kurulduğu, ancak iletişim ile pazarın ekonomik koşulları arasında illiyet bağının kurulmadığı durumlara ilişkin olarak ispat kolaylığı sağlamak üzere uyumlu eylem karineleri geliştirilmiştir. Bununla birlikte karinelerin kullanımı uyumlu eylemin ortaya konulması ile sınırlı kalmamış, kartel taraflarının belirlenmesi, rekabete hassas bilgiler içeren iletişimlerin rakiplerin ticari stratejilerine olan etkisi gibi birçok alanda karineler ispat vasıtası olarak kullanılmaya başlanmıştır.

<sup>26</sup> Sözü edilen kullanıma ilişkin örnek olarak *bkz.* Hay (2006, 878).

Kartellerin gizliliği ve delil elde edilmesi sürecinde yaşanan zorlukların bir başka görünümü, ispat vasıtası olarak ikincil delillerin ağırlık kazanmasıdır. Ceza hukukunun delil temini için öngördüğü geniş yetkilerin kullanılmadığı sistemlerde, delil elde edilmesi sürecindeki zorluklar sebebiyle çoğunlukla ispat gücü daha düşük delillere dayanılarak karar verilmektedir. Belirtilen durum karşısında, kartellerde uygulanan yaptırımın yüksekliği dikkate alınarak, gerek uygulamada soruşturmanın muhatabı olan şahıs ve teşebbüsler, gerekse doktrinde pek çok yazar tarafından mevcut ispat standardı seviyesi çeşitli eleştirilere maruz kalmaktadır (Gippini-Fournier 2009, 10). Benzer şekilde delillerin değerlendirilmesi aşamasına ilişkin olarak ekonomik delillerin kullanımı, elektronik delillerin ve şahıs ifadelerinin güvenilirliği, değerlendirme sürecinde uygulanan yöntemlerin temel hak ve özgürlüklere olan etkisi, delillerin ispat gücünü etkileyen faktörlerin nasıl belirlenmesi gerektiği gibi tartışmalar da ispat standardının belirlenmesi sorununun öneminin somut göstergelerini oluşturmaktadır.



## BÖLÜM 2

# ABD ve AB REKABET HUKUKU SİSTEMLERİNDE İSPAT MÜESSESESİ ve KARTELLERE İLİŞKİN İSPAT STANDARDI

## 2.1. ABD REKABET HUKUKU'NDA KARTELLERİN İSPAT EDİLMESİ SORUNU

### 2.1.1. ABD Rekabet Hukuku'nda Kartellerle Mücadele ve İspat Faaliyetinde Kullanılan Vasıtalar

ABD Rekabet Hukuku'nda kartellerin ortaya çıkarılması ve soruşturulması, 1890 yılında Sherman Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden bu yana rekabet hukuku uygulayıcılarının birincil önceliğini oluşturmuştur (Barnett 2007, 1). Yasal düzenlemeler kapsamında öngörülen bir kartel tanımı bulunmamakla birlikte, fiyat tespiti, ihalede danışıklı hareket, arzın kısıtlanması ve pazar paylaşımı uygulamalarının *hard core* ihlaller olarak tanımlandığı, sözü edilen eylemlerin ekonomik düzen ve tüketici refahı üzerinde son derece olumsuz etkilerinin bulunduğu kabul edildiği görülmektedir<sup>27</sup>.

İhlalin ağırlığı ve zarara uğrayan menfaatin niteliği sebebiyle karteller, Adalet Bakanlığı (DOJ) Antitröst Birimi tarafından ceza hukuku rejimi kapsamında soruşturulmaktadır. Dolayısıyla delillerin elde edilmesi aşamasında ceza hukukunun sunduğu geniş yetkiler kullanılmakta; birincil delillerin en önemli kaynakları arasında yer alan yerinde inceleme, gizli ses ve görüntü kayıtlarının alınması, iletişimin izlenmesi gibi yöntemlerin icrasında ise Federal Soruşturma Bürosu'nun (FBI) desteğine başvurulmaktadır. Kartellerin caydırılması yönündeki kararlılığın bir diğer yansımasını uygulanan yaptırımların nitelik ve

<sup>27</sup> ABD Adalet Bakanlığı Antitröst Birimi, *Price Fixing, Bid Rigging and Market Allocation Schemes: What They Are and What to Look for (An Antitrust Primer)*, <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/211578.pdf>.

oranında<sup>28</sup> görmek mümkündür. Nitekim 2004 yılında yapılan kanun değişikliği ile ağırlaştırılan yaptırım hükümlerine göre; kartel niteliğindeki eylemlere taraf olan teşebbüsler hakkında 100 milyon ABD dolarına kadar para cezası, gerçek kişiler hakkında ise 1 milyon ABD dolarına kadar para cezası ve 10 yıla kadar hapis cezası uygulanabilmektedir<sup>29</sup>.

ABD hukuku sisteminde kartellere ilişkin yasal düzenlemeler esas olarak Sherman Kanunu'nun 1. bölümünde yer almaktadır. Mezkûr kanun hükmünde; “*ticareti sınırlayıcı her türlü sözleşme, (...) işbirliği veya gizli anlaşmanın*” hukuka aykırı olduğu belirtilmektedir. Uygulamada mahkemeler, düzenlemede öngörülen üç kavram arasında ayırım yapmamakta ve genel olarak rakipler arasında yapılan rekabeti sınırlayıcı nitelikteki bütün uzlaşmaları rekabet ihlali olarak değerlendirmektedir (Hay 2006, 879).

Kartel uzlaşmalarının en somut örneğini oluşturan anlaşmalar, ABD hukukunda oldukça geniş yorumlanmaktadır. Nitekim anlaşmanın varlığı bakımından hukukun diğer alanlarında öngörülen şekil şartları aranmadığı gibi, anlaşmaların sarih veya zımni, yazılı veya sözlü olarak oluşturulması mümkün olup kimi hallerde yalnızca “göz kırpmak”<sup>30</sup> dahi iradenin beyanı için yeterli görülebilmektedir (ABA 2010, xiii). Ayrıca teşebbüslerin taraf olma iradelerini sunmaları için birbirleriyle doğrudan iletişim kurmaları gerekmemekte, üçüncü bir kişi veya teşebbüs kanalıyla iradelerin uyuşması durumunda da anlaşmanın varlığından söz edilebilmektedir<sup>31</sup>. Öte yandan, Sherman Kanunu'nun esnek yapısından hareketle, irade uyuşmasının açıkça tespit edilemediği, diğer bir ifadeyle anlaşma seviyesine ulaşmayan ancak rekabeti sınırlayıcı amaç veya etkiyi haiz diğer uzlaşmaların da uyumlu eylem müessesesi kapsamında ihlal olarak değerlendirilmesi mümkündür (Kovacic 1993, 15).

Kartellerin ispatında kullanılan vasıtalara ilişkin olarak ise mevzuat çerçevesinde öngörülmüş herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu itibarla içtihatla, birincil ve/veya ikincil delillere dayanılarak kartelin tespit edilmesinin

<sup>28</sup> 2000–2010 yılları arasında yürütülen kartel soruşturmalarında toplam 4,661 milyon ABD doları para cezasına ve 147.680 gün hapis cezasına hükmedilmiş, 2010 yılında davalıların %78'ine hapis cezası uygulanmıştır. *Bkz.* <http://www.justice.gov/atr/public/criminal/264101.html#b>.

<sup>29</sup> Sherman Act 18 U.S.C. § 3571–3574, § 3581–3586.

<sup>30</sup> “Bilinçli bir göz kırpmak, kelimelerden çok daha fazla anlam içerebilir.” *Esco Corp. v. US*, 340 F.2d 1000, 1007 (9th Cir. 1965).

<sup>31</sup> “*hub and spoke* uzlaşma” olarak adlandırılan bu kavram, güçlü bir alıcı veya sağlayıcının alt veya üst pazardaki teşebbüslerle tek tek iletişim kurarak bu teşebbüsler arasında uzlaşma kurulmasına aracılık ettiği sistemi ifade etmektedir (ABA 2007, 24).

mümkün olduğu kabul edilmektedir<sup>32</sup>. Belirtilen husustan hareketle, ispat standardının en yüksek seviyede olduğu kriminal sistemlerde dahi kartellerin ispatında ikincil delillerin kullanılabilirdiği anlaşılmaktadır (OECD 2006, 17). Sözü edilen delil grubu içerisinde irade uyuşmasını doğrudan ispat eden yazılı belgeler (*smoking gun*<sup>33</sup>) - örneğin kartel toplantısına ilişkin tutanaklar - ve kartel taraflarının ifadeleri delil hiyerarşisinin en üst seviyesinde yer alırken, bu düzeyde ispat gücüne sahip delillerin mevcut olmadığı hallerde ise iletişim delilleri ile ekonomik delillerin esas alınması mümkündür. Ancak ikincil delillerin kullanılması durumunda mahkemeler, ispat için yeterli kabul edilecek asgari delil miktarının ne olduğu sorunu ile karşı karşıya kalmaktadır (Kovacic 1993, 20).

Yasal hükümlerde delil türlerine ilişkin bir düzenleme bulunmamakla birlikte, hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin karteller bakımından ispat vasıtası olarak kullanılamayacağı belirtilmesinde fayda görülmektedir. Nitekim ABD ceza hukukunda “zehirli ağacın meyvesi” (*fruit of the poisonous tree*) olarak adlandırılan prensibe göre; bir delilin hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmesi durumunda delil de hukuka aykırı nitelik taşımakta, bu sebeple bu tür bir delile dayanan iddianın ispatlanamadığı kabul edilmektedir (Roxin 2005, 287). Belirtilen çerçevede sanığın anayasal haklarına aykırı olarak, örneğin makul gerekçesi olmayan arama ve el koyma, kendini suçlayıcı delil sunmaya zorlama gibi hukuka aykırı yöntemlerin kullanılması durumunda, elde edilen delillerin davaya esas teşkil etmesi mümkün olmayacaktır (ABA 2006, 230). Ancak belirtilen ilkenin ABD hukukunda geliştirilen iki istisnası bulunmaktadır. Buna göre hukuka aykırı delilin muhatabı sanık değil ise ve söz konusu delil her ne suretle olursa olsun keşfedilebilecek idiyse delilin geçersiz sayılmayacağı kabul edilmektedir<sup>34</sup>.

### 2.1.2. ABD Rekabet Hukuku’nda Kartellere İlişkin Delillerin Değerlendirilmesi ve İspat Standardı

ABD hukukunda uzlaşmalar, hâkim durum ve yoğunlaşmaların değerlendirilmesi ayrı mevzuat hükümleri kapsamında düzenlenmekte, belirtilen müesseselerin her biri için uygulanan ispat standardı da farklılık arz etmektedir. Ayrıca ilgili müessesenin hangi hukuki rejim kapsamında incelendiği ve yetkili otoritenin niteliği de standardın tespiti üzerinde belirleyici rol oynamaktadır. Bu

<sup>32</sup> “Davacının, (...) birincil veya ikincil deliller sunması gerekir.” *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.*, 465 US 752, 768 (1984); “Uzlaşmaya yönelik birincil delil mutlak bir zorunluluk değildir. (...) İkincil delillerle uzlaşma ispat edilebilir.”, *In re Text Messaging Antitrust Litigation*, 630 F.3d 622 (7th Cir. 2010).

<sup>33</sup> *Petruzzi’s Iga Supermarkets v. Darling-Deleware Co.* 998 F.2d 1224 (1993) (3rd Cir. 1993).

<sup>34</sup> 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 217. maddesinin gerekçesi (Şahin 2005, 659).

çerçevede kartellerin ceza hukuku rejimine tabi olduğu ve adı geçen ihlallerin DOJ tarafından soruşturulduğu dikkate alınarak, kartellere uygulanacak ispat standardının makul şüphenin ötesinde ispat prensibi olduğu anlaşılmaktadır<sup>35</sup> (Rard 2008, 26).

İhlalin türü bakımından yapılan değerlendirmede ise karteller, *per se* ihlallerin tipik örneğini oluşturmaktadır. Nitekim bu tür ihlallerin rekabete aykırı olduğunun son derece açık olması sebebiyle davranışın ispat edilebilmesi için uzlaşmanın varlığının ortaya konulmasının yeterli olduğu, ayrıca pazardaki etkilerin gösterilmesine gerek olmadığı ve herhangi bir haklı gerekçe argümanının dikkate alınmayacağı kabul edilmektedir (Broder 2010, 36). Aynı gerekçeden hareketle teşebbüslerin; kartel faaliyetleri neticesinde oluşan fiyatların makul seviyede olduğu, yıkıcı rekabetten korunmak için uzlaşma yapıldığı ya da uzlaşmanın amacının her bir teşebbüsün adil oranda pazar payına sahip olmasını sağlamak olduğu yönündeki savunmalar ve bu çerçevede sunulan deliller mahkeme nezdinde kabul görmemektedir<sup>36</sup>.

ABD hukukunda ceza hukuku standardının uygulanmasından hareketle, kartellerin ispatında kullanılan delillerin neredeyse kesinlik seviyesine ulaşan bir ispat gücünü haiz olması gerektiği görülmektedir (Sherwin ve Clermont 2002, 251). Dolayısıyla öncelikle ispat gücü en yüksek düzeyde olan birincil deliller kullanılarak makul şüphenin ötesinde ispat standardı sağlanabilecektir. ABD hukuk sisteminde kartellerin ceza hukuku rejimine tabi olması, idari usul ve hukuk muhakemesindeki otoritelerin yetkisinin bulunmadığı pek çok delil elde etme aracının kullanılmasına imkân tanımaktadır. Ancak kartellerin büyük çoğunluğunda ortak planın oluşturulması ve kararlaştırılması için daha dolaylı yöntemler kullanılması veya rakipler arasındaki iletişimlerde irade uyuşmasına ve uzlaşmanın bütün unsurlarına ilişkin açık bilgilere yer verilmemesi, bahse konu sistemde de birincil delillere erişimi oldukça güç bir hale getirmiştir. Belirtilen sorun, ihlalin ispatında ikincil delillerden yararlanılmasını zorunlu kılmış, söz konusu zorunluluk ise uyumlu eylem müessesesinin çerçevesinin ve uygulanacak ispat standardının belirlenmesi tartışmalarına yol açmıştır.

ABD hukukunda ikincil delillerle ispat standardının sağlanması bakımından ortaya çıkan ilk sorun, teşebbüsler arasında herhangi bir suretle iletişim kurulmadığı durumlarda, yalnızca davranışsal ekonomik delillere dayanılarak ihlalin tespit edilmesinin mümkün olup olmadığıdır. Anlaşma bakımından olduğu gibi uyumlu eylemin ispatına ilişkin olarak da yasal düzenlemelerde herhangi bir saptama

<sup>35</sup> Öte yandan FTC kararlarına yönelik uygulanan standart “esaslı delil” (*substantial evidence*) standardıdır (Rosch 2010, 7).

<sup>36</sup> An Antitrust Primer, *bkz* dn. 27.

yapılmamakta, delillerin değerlendirilmesine ilişkin ilkeler yargı kararları ışığında oluşturulmaktadır. Ancak Sherman Kanunu'nun 1. maddesinde düzenlenen ihlal türünün geniş yorumlanması yaklaşımını ortaya koyan, “uzlaşmanın varlığı için bir amaç birliği, ortak bir plan veya irade uyuşmasının yeterli olduğu” yönündeki Temyiz Mahkemesi kararı<sup>37</sup> belirsizliğin giderilmesine ilişkin çözüm oluşturmaktan uzaktır. Zira kararın lâfzî yorumu esas alındığında bilinçli paralelliklerin de rekabet ihlali olarak yorumlanması imkânı doğmakta<sup>38</sup>, belirtilen durum ise ekonomik ve rasyonel gerekçelere<sup>39</sup> yahut oligopolistik bağımlılığa<sup>40</sup> dayanan tek taraflı davranışların cezalandırılması riskini ortaya çıkarmaktadır (Page 2007, 101). Zira oligopol pazarlarda her ne kadar ekonomik açıdan bir paralellik var olduğu kabul edilse de, yalnızca paralel davranışa dayanılarak hukuki açıdan uyumlu eylemden söz edilip edilemeyeceği meselesi tartışmalı bir husustur<sup>41</sup>.

Belirtilen tartışmaya yönelik olarak ABD hukukunun verdiği yanıtın olumsuz olduğu görülmektedir<sup>42</sup>. Zira uyumlu eylem kavramının çerçevesini oluşturan ve bu kapsamda paralel davranışlara yönelik ABD hukuku yaklaşımını ortaya koyan dört Temyiz Mahkemesi kararında<sup>43</sup> yapılan değerlendirmelerde özetle; rakiplerin davranışlarına akıllıca ayak uydurmaktan ibaret olan bilinçli paralelliklerin tek başına uzlaşmanın ispatlanabilmesi için yeterli olmadığı sonucuna ulaşılmıştır (Kovacic, Marshall, Marx ve White 2011, 11). Bununla birlikte, belirtilen kararlarda uyumlu eylem ile bilinçli paralellik arasındaki ayrımın nasıl belirleneceği sorusu yanıtız kalmıştır. Yaklaşık otuz yıl sonra *Monsanto* davasında uyumlu eyleme ilişkin yapılmış olan “bilinçli olarak ortak bir plana tabi olmak” tanımının da mevcut sorunun çözümüne katkı sağlamadığı açıktır (Page 2007, 114).

<sup>37</sup> *American Tobacco, Co. v. US*, 328 U.S. 781 (1946).

<sup>38</sup> Nitekim söz konusu karardan hareketle Posner, rakipler arasında iletişimin bulunmadığı bilinçli paralelliklerin de rekabeti sınırlayıcı bir uzlaşma olarak değerlendirilebileceği görüşünü savunmuştur (2001, 69 vd.).

<sup>39</sup> Örneğin girdi maliyetlerinin artması, enflasyon artışı, emtia fiyatlarındaki artış gibi dış kaynaklı şoklar (Motta 2006, 186).

<sup>40</sup> Oligopolistik bağımlılık, az sayıda teşebbüsün faaliyet gösterdiği, ürünün homojen, giriş engellerinin fazla ve piyasanın şeffaf olduğu oligopol pazarlarda teşebbüslerin birbirlerinin fiyat hareketlerini kolaylıkla izleyebilmeleri sebebiyle, fiyat stratejilerini rakiplerinin muhtemel aksiyonlarını dikkate alarak belirlemesi prensibidir. Söz konusu bağımlılık varsayımından hareketle oligopol pazarlarda rakipler arasında bir koordinasyon kurulmaksızın paralel davranışların ortaya çıkabileceği öne sürülmektedir (Motta 2006, 551).

<sup>41</sup> Oligopol pazarlarda teşebbüslerin birbirlerine bağımlı olduğu tespitinin fazla katı algılandığı ve söz konusu teorinin bazı oligopolistik pazarlarda neden rekabetin yoğun olduğunu açıklayamadığı yönündeki görüş için bkz. Whish (2009, 549 vd.).

<sup>42</sup> *Theatre Enterprises v. Paramount Film Distrib. Corp.*, 346 US 537, 541 (1954).

<sup>43</sup> Söz konusu kararlar; *Interstate Circuit Inc. v. United States*, 306 US 208 (1939), *American Tobacco Co. v. United States*, *United States v. Paramount Pictures, Inc.*, 334 US 131 (1948) ve *Theatre Enterprises v. Paramount Film Distributing Corp.* kararlarıdır.

İşaret edilen yargı kararları ile daha da derinleşen tartışmayı noktalayabilmek adına Temyiz Mahkemesi, *Matsushita*<sup>44</sup> kararında standart eşliğini “teşebbüslerin bağımsız şekilde hareket etmiş olabileceği ihtimalini ortadan kaldıracak nitelikte delillerle ispat” olarak belirlemiştir. Kararda ayrıca “belirsizlik taşıyan delillere dayanılarak yapılabilecek çıkarımların sınırlı olduğu”, bu itibarla “hukuka aykırı bir uzlaşma kapsamında olabileceği gibi, hukuka uygun ve rekabetçi bir davranış olarak da değerlendirilmesi mümkün olan eylemlerin tek başına uzlaşmanın ispatı için yeterli görülmediği” ifade edilmiştir.

Davranışsal delillerle ispata ilişkin yargısal çerçeveyi tamamlayan karar ise yakın tarihli *Twombly*<sup>45</sup> kararıdır. Nitekim söz konusu kararda; *Matsushita* davasında öngörülen standardın dava hakkının kullanımı bakımından da geçerli olduğu belirtilerek, başvuru sahibinin dava açılması yönündeki talebinin kabulü için “yürütülecek yargısal sürecin hukuka aykırı bir uzlaşmayı ortaya çıkaracağına yönelik makul bir beklenti oluşturmaya yetecek verilerin sunulması gerektiği” belirtilmiş, “paralel davranışa dayanan ve yalnızca bir uzlaşmanın varlığının ileri sürülmesinden ibaret olan iddiaların kabul görmeyeceği” ifade edilmiştir<sup>46</sup>. Böylelikle salt paralel davranışların ispat standardını sağlayıp sağlamadığı sorusuna yönelik somut bir yanıt verildiği ve hatalı pozitif<sup>47</sup> riskinden doğan maliyetleri minimize edebilmek amacıyla delil seviyesinin yüksek tutulduğu görülmektedir (Anderson ve Huffman 2010, 20 vd.).

Değinen kararlar ışığında; ABD hukukunda kartellerin ekonomik delillerle ispat edilebilmesi için bilinçli paralellikten fazlasının ortaya konulması gerektiği görülmektedir. “Salt paralel davranıştan daha fazlası”nın ne olduğu sorununa ilişkin çözüm arayışları ise mahkemelerin “ilave faktörler” (*plus factors*) adı verilen ikincil delil müessesesini geliştirmeleri sonucunu doğurmuştur<sup>48</sup>. İlave faktör türleri doktrinde farklı sınıflandırmalara tabi tutulmakla birlikte, belirtilen delilleri genel itibarıyla aşağıdaki başlıklar altında gruplandırmak mümkündür (Hay 2006, 885 vd):

*i Rakipler arasında iletişim zemini oluşturulduğuna ilişkin deliller:*

<sup>44</sup> *Matsushita Electrical Industrial Co. v. Zenith Radio Corp*, 475 US 574 (1986).

<sup>45</sup> *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, 550 US 544 (2007).

<sup>46</sup> *Twombly* kararı ile öngörülen standardın dava açma hakkını kısıtladığı yönündeki eleştiriler için bkz. Hovenkamp (2009, 2).

<sup>47</sup> Tip II hata olarak da adlandırılan kavram, rekabet otoritesinin gerçekte rekabetçi nitelik taşıyan bir davranış hukuka aykırı bularak cezalandırmasını ifade etmektedir (Whish 2009, 190).

<sup>48</sup> “Bilinçli paralel davranışlara dayanarak uzlaşma iddiasında bulunan davacının belirli ‘ilave faktörler’in varlığını da ispat etmesini şart koştukta. İlave faktörlerin varlığı, mahkemelerin, rakiplerin tek taraflı, bağımsız davranışları yerine uyumlu eylemi – gerçek bir uzlaşmayı – cezalandırmasını güvence altına almaktadır. Diğer bir ifadeyle, (ilave) faktörler uzlaşmanın birincil delilleri gibi işlev görmektedir.”; *In re Flat Glass Antitrust Litigation*, 385 F 3d 350, 359-60 (3d Cir.2004).

Teşebbüsler arasında sıklıkla irtibat kurulduğunu gösteren (teşebbüs birliği toplantıları, teşebbüs yetkilileri arasında telefon görüşmeleri yapıldığına ilişkin kayıtlar vb.) ancak iletişimin kapsamına ilişkin bilgi içermeyen deliller, belirtilen iletişime yönelik makul bir gerekçe sunulamaması durumunda ilave faktör olarak değerlendirilebilmektedir. Ancak salt paralel davranışlar ve içeriği bilinmeyen iletişim delilleri bileşiminin ispat gücünün düşük olduğu kabul edilmektedir.

*ii. Yapısal ekonomik deliller:* İlgili pazardaki yoğunlaşma oranları, ürünün niteliği, giriş engelleri, pazarın şeffaflık düzeyi, alıcı gücü gibi verileri esas alan bu faktör kategorisinde, teşebbüslerin kartel oluşturma motivasyonunun var olup olmadığı tespit edilmeye çalışılmaktadır. Bu çerçevede mevcut pazar yapısı uzlaşmanın kurulması ve sürdürülebilmesine imkân tanıyor ise teşebbüslerin uzlaşmış olma ihtimalinin yüksek olacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Öte yandan, belirtilen faktörler ne kadar güçlü olursa olsun, ABD mahkemeleri tarafından tek başına paralel davranış ve yapısal delillere dayanılarak ihlal tespiti yapılması ihtimali son derece düşüktür.

*iii. Mevcut durumun uzlaşma dışında makul bir açıklaması olmaması:* Kapalı zarf usulüyle yapılan bir ihalede verilen tekliflerin, teşebbüslerin müşterileri ile yaptıkları sözleşmelerin hükümlerinin<sup>49</sup> ya da uygulanan fiyatların birebir aynı olması gibi tesadüf olamayacak kadar benzer nitelik arz eden eylemlerin varlığı durumunda, sözü edilen deliller ilave faktör olarak değerlendirilebilmektedir. Ancak fiyatların aynı olması, girdi maliyetleri ya da enflasyon artışı gibi ekonomik ve rasyonel gerekçelerin varlığı halinde, söz konusu eylemler ihlal delili olarak kullanılamamaktadır<sup>50</sup>.

*iv. Teşebbüslerin bireysel çıkarlarına aykırı kabul edilebilecek davranışlar:* Bazı davranışların, ortak bir planın unsuru olmadıkları müddetçe teşebbüslerin bireysel çıkarlarına aykırı olacağı varsayılmaktadır. Yapısal ekonomik deliller ile yakından ilişkili olan bu faktörde de teşebbüslerin bağımsız hareket edip etmedikleri tespit edilmeye çalışılmaktadır (Kovacic 1993, 39). Örneğin normal şartlar altında makul sayılmayacak bir mal vermeyi reddetme eylemi, ticari sır niteliğindeki maliyet verileri, hedef, stok, satış ve fiyat stratejisi gibi bilgilerin rakiplerle paylaşılması yahut maliyetlerle veya ekonomik gelişmelerle açıklanamayan bir fiyat politikasının benimsenmesi sözü edilen deliller kapsamında değerlendirilmektedir (OECD 2006, 32). Öte yandan belirtilen faktörde kullanılan veriler, uzlaşma iddiasının bertaraf edilebilmesi için makul gerekçe olarak da kullanılabilir<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> Örneğin bkz. *Interstate Circuit* kararı.

<sup>50</sup> Fiyatların aynı olmasının uzlaşma dışında makul bir gerekçesi bulunması sebebiyle delil olarak kullanılmadığı kararlar için bkz. Kovacic (1993, 43, dn.110).

<sup>51</sup> Örneğin bkz. *Brokers Corp. v. General Motors Corp.*, 572 F.2d 953, 959 (2d Cir. 1978).

Hangi delillerin ilave faktör olarak kabul edilebileceği ve faktörlerin değerlendirilmesi hususlarında mahkemelerin geniş bir takdir yetkisi söz konusudur. Öte yandan yargı kararlarında ilave faktörlerin ispat gücüne göre bir derecelendirme yapılmaması ve paralel davranışın uzlaşmanın sonucu olduğu çıkarımına ulaşmak için yeterli olan asgari ilave faktör miktarına yönelik herhangi bir saptamanın bulunmaması, mevcut uygulamanın hukuki öngörülebilirliği zedelediği yönünde eleştirilere yol açmaktadır<sup>52</sup>. Ancak Temyiz Mahkemesi'nin paralel davranışa ilişkin genel yaklaşımı dikkate alındığında, ekonomik delillerden oluşan ilave faktörlerin uzlaşmayı ortaya koymakta yetersiz kaldığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, her ne kadar kartel yapılanmasının işleyişine yönelik unsurların (uygulanan fiyatlar, uzlaşmanın denetimi, cezalandırma mekanizmaları gibi) tespit ve değerlendirilmesi bakımından ekonomik deliller önemli düzeyde katkı sağlasa da (Carlton 2009, 1–9), ABD sisteminde uzlaşmanın ispatı bakımından iletişim delillerinin mevcudiyetinin zorunlu kılındığı sonucuna ulaşmak mümkündür (Page 2007, 101).

İkincil delillerin değerlendirilmesine yönelik bir başka sorun ise rakipler arasında iletişim kurulduğunu gösteren belgelerin ne zaman uzlaşma delili olarak kullanılabileceği meselesidir. Sözü edilen soruna ilişkin ABD hukukunda benimsenen yaklaşıma göre rakipler arasındaki her türlü iletişim kartel delili olarak değerlendirilmemektedir. Ancak normal şartlar altında rakiplerin fiyat, satış stratejisi gibi ticari sır niteliğindeki hususları görüşmelerinin hiçbir rasyonel gerekçesi olmadığı varsayıldığından, bu tür bir görüşmenin yapıldığı ve görüşme sonrasında da fiyat artışı gerçekleştirildiği yönünde delillerin bulunması durumunda teşebbüsler uzlaşma iddiasıyla karşı karşıya kalacaklardır (Hay 2006, 900). Öte yandan iletişime ilişkin delillerin ispat seviyeleri delilden delile farklılık göstermektedir. Örneğin fiyat duyuruları kamuya açık yahut yalnızca teşebbüsler arasında<sup>53</sup> gerçekleştirildiğinde farklı sonuçlar doğurabildiği gibi, yapılan duyuruların toptan ya da perakende fiyata ilişkin olması dahi davranışın hukuki niteliğini değiştirebilmektedir<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> Söz konusu eksikliğe yönelik olarak Kovacic, Marshall, Marx ve White tarafından yapılan bir çalışmada, Posner tarafından öngörülmüş olan on dört ilave faktör için (Posner 2001, 79 vd.), sarih bir kartel uzlaşmasında var olduğu kabul edilen sekiz unsurdan hangilerine ve kaç tanesine ilişkin bilgi sundukları esas alınarak bir hiyerarşi oluşturulmuştur (2011, 28 vd.). Bu çerçevede yazarlar, en yüksek ispat gücüne sahip ikincil delilleri “süper ilave faktörler” olarak adlandırmıştır.

<sup>53</sup> Yalnızca teşebbüsler arasında gerçekleştirilen iletişimler kamuya açık olarak yapılanlara kıyasla daha tehlikeli görülmektedir. Nitekim belirtilen nitelikteki iletişimler ortak plana yönelik irade uyuşmasını açıkça ortaya koymaları durumunda birincil delil olarak kabul edilebilmekte, diğer hallerde ise ispat gücü yüksek bir ikincil delil işlevi görmektedir (Page 2007, 139).

<sup>54</sup> Örneğin *Petroleum Products* kararında petrol rafinerilerinin toptan satış fiyatlarını duyurmalarının, söz konusu rafinerilerin tamamının franchise satış noktaları kanalıyla satış yapmaları sebebiyle rekabetçi bir amacının olamayacağı belirtilmiş ve belirtilen iletişim uzlaşma delili olarak değerlendirilmiştir [*In re Coordinated Pretrial Proceedings in Petroleum Prods. Antitrust Litigation*, 906 F.2d 432, 445–50 (9th Cir. 1990)].



Son olarak; ABD hukukunda delillerin ispat gücünün münferit olarak değil, bütün olarak değerlendirilmesi yaklaşımının tercih edilmesi<sup>55</sup> sebebiyle ikincil delillerin de ispat vasıtası olarak kullanılabilmesi yönündeki kabule rağmen, uygulamada kartel soruşturmalarının ağırlıklı olarak birincil delillere dayanılarak yürütüldüğünün ve nadiren yalnızca ikincil deliller kullanılarak ihlal kararı verildiğinin<sup>56</sup> belirtilmesinde fayda görülmektedir (OECD 2006, 174). Nitekim özellikle iletişim ve paralel davranış gibi bazı ikincil deliller uzlaşmaya yönelik güçlü birer delil olarak kabul edilmekte ise de, ilave faktörlere yönelik değerlendirmelerden anlaşıldığı üzere, salt ikincil deliller kullanılarak neredeyse kesinlik düzeyindeki ispat eşiğine ulaşılabilmesi uygulamada büyük zorluk arz etmektedir.

## 2.2. AB REKABET HUKUKU'NDA KARTELLERİN İSPAT EDİLMESİ SORUNU

### 2.2.1. AB Rekabet Hukuku'nda Kartellerle Mücadele ve Kartellerin İspatında Karşılaşılan Sorunlar

Atlantik'in diğer tarafında olduğu gibi AB hukuku sisteminde de mevcut uygulama bakımından rekabet hukuku ihlalleri içerisindeki “en büyük kötü”, kartellerdir. AB Komisyonu'nun 1990'ların sonundan itibaren yürütmeye başladığı etki odaklı yaklaşım, tüketiciye ve ekonominin geneline daha fazla zarar veren yahut zarar verme ihtimali bulunan uzlaşmalara öncelik tanınmasını sağlamış, böylelikle Komisyon'un sınırlı kaynakları, en başta, rekabet üzerinde hiçbir pozitif etkisi olmadığı kabul edilen kartellerle mücadeleye tahsis edilmeye başlanmıştır<sup>57</sup>. İşaret edilen agresif tutumun neticesinde ise Komisyon'un delil elde etme yetkileri artırılmış, pişmanlık programı uygulamaya konulmuş ve tespit edilen kartellere 2006 yılında yayımlanan Ceza Rehberi<sup>58</sup> kapsamında son kırk yılın en yüksek para cezaları uygulanmıştır<sup>59</sup>.

<sup>55</sup> “Jürinin görevi münferit şekillere değil, resmin bütününe bakmaktır.” *Continental Ore Co. v. Union Carbide Carbon Co.*, 370 US 690 (1962).

<sup>56</sup> Yalnızca ikincil delillere dayanılarak kartel tespiti yapılan kararlara örnek olarak *bkz. United States v. GE Co.* (1977-1) Trade Cas. (CCH) 712; *Todd v. Exxon*, 275 F. 3d 191 (2d Cir. 2001).

<sup>57</sup> European Commission, Report on Competition Policy (2010), para.13–14, [http://ec.europa.eu/competition/publications/annual\\_report/2010/part1\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2010/part1_en.pdf).

<sup>58</sup> 2006 Guidelines on the Method of Setting Fines Imposed Pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003, OJ C 210, 01.09.2006.

<sup>59</sup> Yalnızca 2007–2011 döneminde yürütülen 30 kartel soruşturmasında (tam bağışlıktan yararlanan teşebbüs sayısı dâhil olmak üzere) 194 teşebbüse (temyiz sonrası kesinleşen rakamlar esas alınarak) yaklaşık 9,9 milyar Avro para cezası verilmiştir. Sözü edilen kararlar içerisinde yer alan *Car Glass* kartelinde ise bir teşebbüse son 42 yılda uygulanan en yüksek yaptırım olan 896 milyon Avro para cezasına hükmedilmiştir (*bkz. http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf*).

Öte yandan, yürütülen etkin mücadele ve “sıfır tolerans” politikasına karşın, karteller AB sınırları içerisinde de varlığını sürdürmekte ve teknolojik imkânların yardımıyla teşebbüsler geçmişe nazaran daha bilinçli ve organize şekilde hareket etmektedir (Italianer 2011, 2). Öyle ki *smoking gun* olarak nitelendirilen birincil delillerin elde edilme oranı giderek düşmekte, belirtilen durum ise kartellerin ispatında ikincil delillerin etkinliğinin artmasını zorunlu kılmaktadır. Sözü edilen gelişmelerin sonucu olarak; ispat gücü görece düşük olan ikincil delillerin kullanımı, rekor düzeyde para cezaları uygulanması karşısında uygun ispat standardının sağlanıp sağlanmadığı tartışmalarına yol açmaktadır. Nitekim ihlalin ağırlığı arttıkça ispat seviyesinin de yükselmesi gerektiği yaklaşımından hareketle, amaç itibarıyla rekabeti sınırlayan ve bu sebeple en ağır ihlal türü olan kartellerde en yüksek standardın uygulanması gerektiği savunulmaktadır (Bailey 2003, 866).

### **2.2.2. AB Hukuk Sisteminde Rekabet Hukukunun Konumlandırılması Sorunu**

Daha önce belirtildiği üzere, rekabet hukukunun hangi hukuki rejim kapsamında yürütüldüğü hususu, gerek tarafların usulî süreçlerdeki hak ve yükümlülükleri gerekse ihlalin tespiti için karşılanması gereken delil seviyesi üzerinde doğrudan etkili olmaktadır. Bu çerçevede AB hukuk sistemi bakımından da ispat standardı tartışmalarının başlangıç noktası, ilgili mevzuatın ve Komisyon’un yetkilerinin hukuk düzeni içerisinde konumlandırılması sorunudur. Ancak 1/2003 sayılı Tüzük<sup>60</sup>’te öngörülen düzenlemeler incelendiğinde, belirtilen tespitin ABD hukukundaki kadar açık ve tereddütsüz şekilde gerçekleştirilemediği görülmektedir. Zira rekabet hukuku mevzuatı idari bir otorite olan Komisyon tarafından yürütülmekte ve ihlalin tespiti halinde uygulanan yaptırım “para cezası” olarak ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla AB sistemi içerisinde kartellerin ortaya çıkarılması ve cezalandırılması bakımından melez bir yapının öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Belirtilen durum, Komisyon’un, soruşturma ve hüküm verme yetkilerinden hareketle yarı yargısal bir organ olduğu argümanlarını gündeme getirmektedir (Guerrin-Kyriazis 1993, 314).

Komisyon tarafından uygulanan yaptırımların niteliği tespit edilirken, AB hukuku ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) bakımından ayrı ayrı değerlendirme yapılması gerekmektedir. Öncelikle Birlik hukuku bakımından inceleme yapıldığında, 1/2003 sayılı Tüzük’ün 23. maddesinin 5. fıkrası uyarınca, mezkûr Tüzük kapsamında uygulanan para cezalarının “ceza hukuku niteliği taşıyamayacağı” öngörüldüğü görülmektedir. Düzenlemenin lâfzî yorumundan hareket edildiğinde; uygulanan yaptırımların idari nitelikte

<sup>60</sup> Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the Implementation of the Rules on Competition Laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty OJ L 1, 04.01.2003.

olduğu, dolayısıyla usule ve delile ilişkin süreçlerin ceza hukuku ilkelerine tabi olamayacağı yorumunun yapılması mümkündür (Scordamaglia 2010, 14). Ayrıca birçok uyuşmazlık kapsamında konuya ilişkin olarak ABAD; Komisyon'un idari bir prosedür yürüttüğünü ve bir mahkeme olarak nitelendirilemeyeceğini belirtmiştir<sup>61</sup>. Belirtilen yasal hüküm ve ABAD kararlarından hareketle bazı yazarlar, AB hukukunda kartellere uygulanacak standardın makul şüphenin ötesinde ispat standardı kadar yüksek olmadığı görüşünü savunmaktadır<sup>62</sup>.

Komisyon'un yaptırımlarının AİHS bağlamında kriminal nitelik taşıyıp taşımadığı sorusuna ilişkin olarak ise literatürde "Engel kriterleri" olarak adlandırılan ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'nin işaret edilen sorunu ilk kez değerlendirdiği *Engel*<sup>63</sup> kararında oluşturulan kriterler esas alınmaktadır. Sözü edilen karara göre; i) ilgili hukuk sisteminde ihlal fiilinin ceza hukukuna tabi olup olmadığı, ii) ihlalin niteliği ve iii) yaptırımın ağırlığı dikkate alınarak tabi olunan rejimin ceza hukuku olup olmadığı tespit edilmektedir. Ancak AİHM'nin uygulamasında bu kriterlerin her durumda kümülatif olarak değerlendirilmesinin gerekli olmadığı, ikinci ve üçüncü kriterlerin birinciye alternatif olabileceği, tek başına birinci kriterin sonuç vermediği durumlarda ise üç kriterin tamamının esas alınabileceği ifade edilmiştir<sup>64</sup>. Belirtilen kriterler Komisyon'un yaptırımlarına uygulandığında, AİHM tarafından ulaşılan sonuçları şu şekilde özetlemek mümkündür:

- i. Komisyon'un uyguladığı para cezaları, AİHS bakımından kriminal niteliktedir<sup>65</sup>.
- ii. AİHS'nin 6. maddesi; çekirdek ceza hukuku (*criminal-head*) alanı ile bu alan dışında kalan medeni hak ve yükümlülükler için farklı güvenceler öngörmektedir. Avrupa Komisyonu'nun rekabet ihlallerine uyguladığı yaptırımlar, çekirdek ceza hukuku alanının kapsamı dışındadır<sup>66</sup>.

<sup>61</sup> Örnek olarak bkz. Case 45/69, *Boehringer Mannheim v. Commission* [1970] ECR 79, para.23; Cases 209-215, 218/78 *Van Landewyck* [1980] ECR 3125, para. 81; Opinion of AG Mayras, Cases 40-8,50,54-6,11,113-4/73, *Cooperative Vereniging "Suiker Unie" UA v. Commission (Sugar)* [1975] ECR 1663, [1976] 1 CMLR 295, 323.

<sup>62</sup> Belirtilen görüşe ilişkin olarak bkz. Scordamaglia (2010, 15), Guerrin-Kyriazis (1993, 292), Lowe (2010, 10).

<sup>63</sup> *Engel and others v. The Netherlands*, Application no. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72 (08.06.1976), A 22.

<sup>64</sup> (Grand Chamber) *Jussila v. Finland*, Application no. 73053/01 (23.10.2006). Söz konusu kararda vergi cezalarının kriminal nitelik arz ettiği belirtilmiştir.

<sup>65</sup> *Jussila v. Finland*, para.43.

<sup>66</sup> *Ibid.*

- iii. Para cezası yaptırımının idari yahut kriminal nitelik taşıması, tek başına uygulanmış olan cezanın yüksek veya düşük olmasına göre belirlenmemektedir<sup>67</sup>. Zira cezanın ağırlığının tespiti bakımından önemli olan, somut olayda hangi oranda ceza takdiri yapıldığı değil, cezanın caydırıcılık ve cezalandırıcılık amacı taşıyıp taşımadığı ve ilgili mevzuat gereği uygulanma ihtimali bulunan azami ceza oranının ne olduğudur<sup>68</sup>. Dolayısıyla Komisyon'un düşük oranda idari para cezası tespit ettiği kararların yalnızca bu sebeple kriminal olmadığına iddia edilmesi, geçerli bir yaklaşım olarak değerlendirilmemektedir. Bu çerçevede rekabet hukuku doktrininde ileri sürülen, Komisyon'un uyguladığı cezaların kriminal bir nitelik kazanmasının bu yaptırımların giderek yükselmesinden kaynaklandığı argümanının kabulü de benzer gerekçeyle yerinde olmayacaktır (Wils 2010, 18).

Konuya ilişkin olarak AB mahkemelerinin tutumu değerlendirildiğinde, genellikle, yaptırımın hangi hukuki rejime tabi olduğunun belirtilmesinden kaçınıldığı görülmektedir. Ancak *Polypropylene*<sup>69</sup> ve *Baustahlgewebe*<sup>70</sup> kararlarında olduğu gibi para cezalarının kriminal nitelik taşıdığına açıkça ifade edildiği örnekler de mevcuttur (Wils 2010, 13). Dolayısıyla Komisyon'un uyguladığı para cezaları bakımından ikili bir rejimin söz konusu olduğu, buna göre AB hukuku çerçevesinde idari yaptırım olarak değerlendirilen cezaların AİHS hükümleri bakımından kriminal nitelik arz ettiği anlaşılmaktadır<sup>71</sup> (Kerse ve Khan 2005, 129).

Yaptırımların hukuki niteliği ile birlikte; AİHS'de öngörülen ve ispat standardına etki eden masumiyet karinesi, ihlali kabule zorlamama ilkesi gibi prensiplerin kartel soruşturmalarına uygulanıp uygulanamayacağı da tartışma konusudur. AB üyesi 27 devletin tamamının AİHS'ye taraf olmasına karşın, hâlihazırda AB sözleşmeye taraf olmayıp bu konudaki süreç halen devam etmektedir (ICC 2010, 2). Bununla birlikte ABAD, AİHS ile AB Temel Haklar

<sup>67</sup> Her ne kadar AİHM *Bendenoun v. France* kararında (Application no. 12547/86, (24.02.1994), A 284, para.47) vergi cezasının kriminal olduğu sonucuna ulaşırken uygulanan yaptırımın oldukça ağır olduğunu belirtmişse de, kararda *Engel* kararındaki üç kriterin birlikte esas alındığı, bu çerçevede Mahkeme'nin içtihadını değiştirmediği anlaşılmaktadır.

<sup>68</sup> *Sergey Zolotukhin v. Russia*, Application no. 14939/03, (10.02.2009), para. 56.

<sup>69</sup> Cases T-1/89 to T-4/89, T-6/89 to T-15/89 *Rhône-Poulenc and others v. Commission* [1991] ECR II-869.

<sup>70</sup> Case C-189/95 P *Baustahlgewebe v. Commission*, [1998] ECR I-8417, para. 8431.

<sup>71</sup> Kerse ve Khan, Komisyon'un yerinde inceleme sürecinde de AİHS'nin 6. maddesinin uygulama alanı bulmasından hareketle yalnızca yaptırımın değil, Komisyon'un usuli işlemlerinin de ceza hukuku kapsamında değerlendirilebileceği savına dikkat çekmektedir (2005, 129).

Şartı<sup>72</sup> hükümleri arasındaki benzerlikten hareketle, pek çok kararında Sözleşme’de yer alan ilkelerin rekabet ihlallerine de uygulanabileceğini vurgulamıştır (De La Torre 2009, 524).

### 2.2.3. AB Rekabet Hukuku’nda Kartellere Yönelik İspat Standardı

AB hukukunda kartellere yönelik ispat standardının tanımlanması da belirsizlik arz eden bir husustur. Nitekim 1/2003 sayılı Tüzük’ün dibacesinin ispat yükünü düzenleyen beşinci paragrafında ihlal iddiasında bulunan taraf veya otoritenin gerekli hukuki standardı sağlayacak düzeyde delil sunmakla mükellef olduğu belirtilmekle birlikte; mezkûr Tüzük ispat standardına ilişkin herhangi bir tespitte bulunmamakta, sözü edilen değerlendirme üye devletlerin ulusal düzenlemelerine bırakılmaktadır. Komisyon ve mahkeme kararlarında da “ispat standardı” kavramı nadiren yer almaktadır. Bazı kararlarda “gerekli hukuki standart” (*requisite legal standard*) kavramına işaret edilmekle birlikte, belirtilen standarttan ne anlaşılması gerektiği hususunda herhangi bir saptama yapılmamaktadır (Caomh 2009, 3). Öte yandan içtihadta ihlali ispat için sağlanması zorunlu olan delil seviyesini belirtmek üzere genellikle; “yeterince açık ve tutarlı delil”<sup>73</sup>, “yeterince inandırıcı ve tutarlı deliller bütünü”<sup>74</sup>, “ilgili, güvenilir ve inandırıcı deliller”<sup>75</sup>, “birbiriyle örtüşen ve ikna edici deliller”<sup>76</sup>, “sağlam, spesifik ve destekleyici delil”<sup>77</sup> gibi belirsizlik içeren tanımlamalar kullanıldığı görülmektedir.

AB uygulamasında rekabet hukukuna yönelik ispat standardının hangi seviyede olduğunun açıkça öngörülmemiş olması, mevcut durumun hukuki belirliliği zedelediği gerekçesiyle başta Ortak Hukuk sisteminde uzmanlaşmış hukukçular olmak üzere pek çok yazar tarafından şiddetle eleştirilmektedir (Bailey 2003, 848). Bununla birlikte AB Komisyonu mensupları ise belirtilen eleştirileri “ispat standardının AB hukukuna yabancı bir müessese olduğu, belirtilen hukuk sisteminde Ortak Hukuk kapsamında öngörülen standartlara karşılık gelecek bir standardın bulunmadığı, Kıta Avrupası hukuk sisteminde önemli olan noktanın ‘hâkimin ikna olması için ne kadar delil gerekir’ (*intime conviction*) sorusunun yanıtı olduğu” hususlarına işaret ederek cevaplandırmaktadır (Gippini-Fournier 2009, 3–6). Ancak tartışmanın her iki cephesi tarafından da kabul edildiği

<sup>72</sup> 2007 tarihinde imzalanan Lizbon Antlaşması uyarınca AB Temel Haklar Şartı’nın kurucu antlaşmalar hükmünde olduğu ve üye devletler üzerinde hukuken bağlayıcı olduğu öngörülmüştür.

<sup>73</sup> Cases 29/83, 30/83 *CRAM and Rheinzink v. Commission* [1984] ECR 1679, para.20.

<sup>74</sup> Cases C-68/94 and C-30/95, *France et al v. Commission (Kali & Salz)* [1998] ECR I-1375, para.228.

<sup>75</sup> Case T-168/01, *GlaxoSmithKline v. Commission* [2006] ECR II-2969 para.263.

<sup>76</sup> Case T-314/01, *Avebe BA v. Commission* [1996] ECR II-3085, para.97.

<sup>77</sup> *Baustahlgewebe* kararı, para.74.

üzere, belirli bir ihlal türünün ispatı için hangi delillerin kabul edilebilir olduğu, delillerin ispat gücü seviyesinin nasıl belirleneceği ve ispat için gerekli olan delil eşliğinin hangi seviyede olduğu sorunu, gerek teşebbüsler gerekse rekabet hukuku uygulayıcıları bakımından ehemmiyet arz etmektedir.

Karteller bakımından AB hukukunda uygulanan standart incelendiğinde, *Quinine* karteli ve *CRAM* örneklerinde olduğu gibi delil yetersizliği sebebiyle iptal edilen kararlar dikkate alınarak, yüksek bir ispat eşliğine işaret edildiği anlaşılmaktadır. Ayrıca AB içtihadında *masumiyet karinesi*<sup>78</sup> ve *şüpheden sanığın yararlanması ilkesinin*<sup>79</sup> uygulama alanı bulacağına yargı kararları ile açıkça ifade edilmiş olması ve uyumlu eylemin ispatında kullanılan ikincil delillerin değerlendirilmesi bakımından öngörülen esaslar, kartellerin tespitinde “ihtimallerin dengelenmesi” prensibinin yeterli görülmediğini ortaya koymaktadır (OECD 2006, 114). O kadar ki *Polypropylene* davalarında Hukuk Sözcüsü Vesterdorf, para cezasının uygulandığı ihlallerin ceza hukuku davası gibi ele alınması gerektiğini belirterek kartellerdeki ispat standardının yüksek tutulması gerektiğini savunmuştur<sup>80</sup>. Ancak *BPB* kararında Genel Mahkemenin ve *Hilti*<sup>81</sup> kararında ABAD’ın “yüksek para cezalarının uygulandığı ihlallerde Komisyon’un, ‘makul şüphenin ötesinde ispat’ standardını sağlaması gerektiği” yönündeki savunmaları reddetmesi<sup>82</sup>, AB hukukunda ceza hukuku standardının kabul edildiği sonucuna ulaşılmasını güçleştirmektedir. Nitekim kartel soruşturmalarında yapılan savunmalarda, sıklıkla, makul şüphenin ötesinde ispatın gerekliliği ileri sürülmekle birlikte ABAD, belirtilen standart yönünde açık bir tercih yapmaktan kaçınmaktadır. Bu çerçevede mevcut uygulama bakımından “ceza hukuku standardına çok yakın bir standardın esas alındığı, ancak uzlaşmanın ispatındaki zorluklar sebebiyle bu standarttan belirli düzeyde taviz verildiği” tespitinde bulunmak mümkündür. (Bellamy 1996, 105).

#### 2.2.4. AB Rekabet Hukuku’nda Kartellerin İspatında Kullanılan Vasıtalar

Kartellerin ispatında kullanılacak ispat vasıtalarının belirlenmesi meselesine ilişkin olarak öncelikle ihlalin hukuki niteliğinin incelenmesi gerekmektedir. AB hukukunda kartellere ilişkin yasal tanım, Pişmanlık Rehberi<sup>83</sup>’nin 1. maddesinin 1. fıkrasında öngörülmüştür. Söz konusu tanıma

<sup>78</sup> Bkz. Case C-199/92 P *Hüls v. Commission* (Polypropylene) [1999] ECR I-4287, para. 149-150.

<sup>79</sup> Case T-30/91, *Solvay v. Commission* [1995] ECR II-1775, para.73.

<sup>80</sup> Bkz. dn. 78.

<sup>81</sup> Case C-53/92 P, *Hilti v. Commission* [1994] ECR I-667.

<sup>82</sup> Case T-53/03, *BPB v. Commission*, [2008], ECR II-01333, para. 64.

<sup>83</sup> Commission Notice on Immunity from Fines and Reduction of Fines in Cartel Cases, 2006/C 298/11, OJ C 298, 08.12.2006.

göre “fiyat ve diğer satış koşullarının tespiti, pazar paylaşımı, ihalede danışıklı hareket gibi rekabeti sınırlayıcı davranışlar vasıtasıyla rakipler arasında koordinasyon kurmak üzere yapılan anlaşma ve/veya uyumlu eylemler” kartel olarak nitelendirilmektedir. Söz konusu tanımdan hareketle karteller, Avrupa Birliği’nin İşleyişine Dair Anlaşma’nın (ABİDA) 101(1). maddesi kapsamında bir anlaşma türü olarak değerlendirilmekte, anlaşma ve/veya uyumlu eylem yoluyla kartellerin kurulması ve yürütülmesi mümkün olmaktadır<sup>84</sup>.

ABİDA çerçevesinde anlaşma ve uyumlu eylem müesseselerine ilişkin herhangi bir tanıma yer verilmemekle birlikte; Komisyon, Genel Mahkeme ve ABAD kararları çerçevesinde sözü edilen kavramların oldukça geniş yorumlandığı görülmektedir. Nitekim anlaşmanın<sup>85</sup> hukuken bağlayıcı olması veya herhangi bir şekil şartına tabi olması gerekmemekte, bu çerçevede centilmenlik anlaşmaları<sup>86</sup>, protokoller<sup>87</sup>, kuruluş sözleşmeleri<sup>88</sup>, sözleşme öncesi görüşmeler<sup>89</sup>, etik ilkeler<sup>90</sup> gibi kararlaştırmaların tamamı anlaşma olarak değerlendirilebilmektedir. Dolayısıyla teşebbüsler arasında irade uyuşmasının sağlandığının ispatı halinde anlaşma için gereken ispat standardı sağlanmış olacaktır. Benzer şekilde, uyumlu eylem kavramının<sup>91</sup> da geniş yorumlandığı görülmektedir. Zira *Sugar* kararında ABAD; “mevcut veya potansiyel rakiplerinin pazardaki davranışlarını etkileme yahut geleceğe ilişkin kararlarını rakiplerine ifşa etme amacı ya da etkisi bulunan her türlü doğrudan veya dolaylı iletişim”in uyumlu eylem olarak nitelendirileceğine hükmetmiştir<sup>92</sup>. Ayrıca AB hukukunda anlaşma ve uyumlu eylem kavramları arasında hukuki nitelik itibarıyla farklılık

<sup>84</sup> ABİDA’nın 101. maddesinde “rekabeti engelleme, kısıtlama ve bozma amaç veya etkisini yahut potansiyel etkisini taşıyan” her türlü anlaşma ve uyumlu eylem yasaklanmıştır. Dolayısıyla gerek anlaşma gerekse uyumlu eylemin ispatı için amaç yeterli olduğundan, amacı itibarıyla rekabeti kısıtlayan anlaşma türlerinin başında gelen kartellerin ispatı için etkinin gösterilmesi zorunlu değildir. Etki, ihlalin tespitinde değil fakat ceza oranının belirlenmesinde önem taşımaktadır (Jones ve Sufirin 2009, 875).

<sup>85</sup> Anlaşma kavramının net olarak tanımlandığı ilk karar olan *Bayer* davasında, “en az iki teşebbüs arasındaki irade uyuşmasına (*concurrence of wills*) işaret eden ve tarafların iradelerin açıkça ortaya konulması kaydıyla şekli önem taşımayan kararlaştırmaların anlaşma olarak kabul edildiği” belirtilmiştir (Case T-41/96, *Bayer v. Commission*, [2000] ECR II-3383, para. 69).

<sup>86</sup> Case 41/69, *ACF Chemiefarma NV v. Commission* (the Quinine Cartel)[1970] ECR 661.

<sup>87</sup> *HOV SVZ/MCN* [1994] OJ L104/34, para. 46.

<sup>88</sup> *Nuovo Cegam* [1984] OJ L99/29, [1984] 2 CMLR 484.

<sup>89</sup> C-189/02P etc., *Dansk Rörindustri A/S v. Commission* [2005] ECR I-5425, [2005] 5 CMLR 796 vd (Pre-Insulated Pipe Cartel) para.133.

<sup>90</sup> *Van Landewyck and Others* kararı, para. 85,86.

<sup>91</sup> Komisyon’un *Polypropylene* kararında; uyumlu eylem kavramının oluşturulma amacının “anlaşma olarak nitelendirilemeyen ancak teşebbüslerin ilgili pazardaki davranışlarını koordine ederek rekabeti sınırlamalarına yol açan eylemlerin 101. madde uygulaması kapsamına alınmasını sağlamak” olduğu belirtilmiştir ([1986] OJ L230/1, Decision 31.149, para. 87).

<sup>92</sup> *Sugar*, para. 174.

bulunmadığı kabul edilmektedir<sup>93</sup>. Nitekim 101. madde uygulaması bakımından değerlendirilmesi gereken temel sorun, uzlaşmanın mevcut olup olmadığının, diğer bir ifadeyle uzlaşma ile salt paralel davranışlar arasındaki farkın ortaya konulmasıdır<sup>94</sup>. Bu çerçevede anlaşma ve uyumlu eylem arasında ispat standardı bakımından da bir farklılık bulunmamakta, her ikisinin de ispatında ikincil deliller kullanılabilir (OECD 2006, 194). Uzlaşma kavramının yorumundaki esnek yaklaşım, “kartel” teriminin “mutlak sınırları olmayan, hukuken akışkan bir kavram” olduğunu ortaya koymaktadır (Scordamaglia 2010, 22).

ABD hukukunda olduğu gibi Topluluk hukukunda da kartellerin ispatında “incelenen eylemlerin uzlaşma mı tek taraflı davranış mı olduğu” ve “hangi teşebbüslerin uzlaşmaya taraf olduğu” şeklinde özetlenebilecek iki temel sorun ortaya çıkmaktadır (Jones ve Sufrin 2009, 877). Belirtilen hususların ispatındaki zorlukların aşılabilmesi amacıyla ikincil delillerin, karinelerin ve emarelerin ispat vasıtası olarak kullanımına imkân tanındığı görülmektedir<sup>95</sup>. Dolayısıyla kartellerin ispatında geçerli olan prensip, delil serbestisidir. Bununla birlikte söz konusu prensibin sınırları insan hakları ile belirlenmekte, AIHS’de kabul edilen ilkelere aykırılık taşıyan vasıtalar delil olarak kullanılamamaktadır. Ancak delil yasakları ilgili delillerin kullanımını mutlak suretle engellememektedir. Zira belirli hallerde sözü edilen belgelerin delil olarak kullanılması mümkün olabilmektedir. Delil olarak kullanılmayacak belgelerin dört grup altında toplanması mümkündür (De La Torre 2009, 532):

- i. Hukuka aykırı olarak elde edilen belgeler
- ii. Soruşturma kararının kapsamı dışında olan belgeler
- iii. Teşebbüsün savunma hakkını kullanmadığı belgeler
- iv. Avukat-müvekkil gizliliğinden yararlanan belgeler

Belirtilen sınıflandırma kapsamında öncelikle, Komisyon’un soruşturma açılmasına ilişkin kararının iptal edilmesi durumunda bu karara dayanılarak elde edilen deliller hukuka aykırı kabul edilmekte ve rekabet ihlallerinin ispatında

<sup>93</sup> İşaret edilen yaklaşımın önemli sonuçlarından biri, bu kavramların ihlalin nitelendirilmesi bakımından bir arada kullanılmasının mümkün olmasıdır. Örnek olarak *bkz.* Cases T-305/94 etc., *NV Limburgse Vinyl Maatschappij v. Commission* (PVC Cartel II) [1999] ECR II-931, [1999] 5 CMLR 303, para. 30-31.

<sup>94</sup> *Polypropylene*, para.86.

<sup>95</sup> Cases C-204/00 P etc. *Aalborg Portland A/S and others v. Commission*, (Cement) [2004] CMLR 251 para 55-57, Cases C-403/04 P ve C-405/04 P *Sumitomo Metal Industries and Nippon Steel v. Commission* [2007] ECR I-729, para.51.



esas alınmamaktadır<sup>96</sup>. Benzer şekilde başta *ikrara zorlamama ilkesi*<sup>97</sup> olmak üzere temel hak ve özgürlüklere aykırı olarak elde edilen bilgilerin de delil olarak kullanılması mümkün değildir. Bu çerçevede örneğin gizli ses ve görüntü kayıtları, Komisyon'un hukuken bu tür bir kayıt yapma yetkisinin bulunmaması sebebiyle, delil olarak kullanılamamaktadır<sup>98</sup>. Ancak pişmanlık ve uzlaşma kapsamında gönüllü olarak verilen bilgiler tarafın kendisini suçlayıcı nitelik taşısa da delil olarak kullanılabilir. Ayrıca ikrara zorlamak suretiyle elde edilen bilgiler bilgiyi sunan teşebbüs aleyhine kullanılamamakla birlikte, bahse konu bilgilerin kartelin diğer tarafları aleyhine kullanılması mümkündür<sup>99</sup>.

1/2003 sayılı Tüzük'ün 28. maddesine göre bir soruşturma sürecinde elde edilen deliller ancak ilgili soruşturma kapsamında hukuka uygun kabul edilmektedir. Bununla birlikte, bir soruşturmada elde edilen belge başka bir soruşturmanın tarafı olan teşebbüsler aleyhinde birincil delil olarak kullanılamasa da, Komisyon'un daha önce yürüttüğü bir soruşturmada elde ettiği delillere dayanarak yeni bir soruşturma açmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır<sup>100</sup>.

*Avukat-müvekkil gizliliği ilkesi* ise; teşebbüs ile bağımsız avukatlar arasında, teşebbüsün savunma hakkına ilişkin gerçekleştirilen iletişimlerin bakımından geçerlidir. Bu çerçevede kurum içi avukatlarla yapılan yazışmalar ile savunma hakkının kullanımı amacına hizmet etmeyen iletişimlerin bu imtiyazdan yararlanamamaktadır (Sufrin ve Jones 2009, 1185).

## **2.2.5. AB Rekabet Hukuku'nda Kartellere İlişkin Delillerin Değerlendirilmesi**

### **2.2.5.1. Delillerin Değerlendirilmesine İlişkin Genel İlkeler**

Topluluk hukukunda delillerin değerlendirilmesi bakımından geçerli olan genel prensip, delillerin serbestçe değerlendirilmesi (*unfettered evaluation of evidence*) ilkesidir. Nitekim deliller hukuka uygun şekilde elde edildiği ve ispat yüküne ilişkin usul kurallarına uyulduğu müddetçe, Komisyon ve mahkemeler delillere atfedilecek ispat gücünü serbestçe tayin edebilmektedir (Harding ve Joshua 2010, 194). Bu çerçevede mahkemeler için delil bakımından önem arz

<sup>96</sup> Case C-94/00 *Roquette Frères* [2002] ECR I-9011, para.49.

<sup>97</sup> 1/2003 sayılı Tüzük, dibace para.23. Teşebbüslerin Komisyon'un bilgi taleplerinin gereğini yerine getirme ve doğru bilgi verme yükümlülüğü, tarafların ihlali kabul ederek kendilerini suçlayıcı beyanda bulunmaları anlamına gelmemektedir (Case 374/87, *Orkem SA v. Commission* [1989] ECR 3283, [1991] 4 CMLR 502).

<sup>98</sup> Case T-224/00 *Archer Daniels Midland and Archer Daniels Midland Ingredients v. Commission* [2003] ECR II-2597, para. 340-341.

<sup>99</sup> *Cimenteries*, para. 731-733.

<sup>100</sup> Case 85/87 *Dow Benelux v. Commission* [1989] ECR 3137, para. 17-19.

eden tek husus, *delilin güvenilirliğidir*<sup>101</sup>. Öte yandan işaret edilen değerlendirme yetkisi sınırsız değildir. Zira delilin ispat gücünün belirlenmesinde; i) delilin kim tarafından oluşturulduğu, ii) oluşturulma koşulları iii) görünüş itibarıyla delilin güçlü ve güvenilir olup olmadığı ve iv) delilin muhatabı (bilginin kime gönderildiği) olarak özetlenebilecek dört kriterin esas alınması gerekmektedir<sup>102</sup>.

Komisyon'un kartellere ilişkin kararları incelendiğinde, öncelikli olarak birincil delillerin esas alındığı ve değerlendirme kriterlerini sağlayan en güçlü delillerin birincil deliller olduğu anlaşılmaktadır. Birincil deliller ihlali doğrudan ispat eden toplantı tutanakları, sözleşmeler gibi yazılı belgeler ile uzlaşmanın taraflarına ait sözlü beyanlardır. Bununla birlikte yazılı belgeler ve ifadeler her durumda birincil delil olarak kabul edilmemekte; kural olarak yalnızca ihlalin gerçekleştirildiği dönemde, diğer bir ifadeyle Komisyon tarafından inceleme başlatılmadan önce oluşturulan *eş zamanlı belgeler* belirtilen kategoride değerlendirilmektedir. Zira bu tür belgeler, ileride teşebbüsler aleyhine suçlayıcı bir delil olarak kullanılma ihtimali dikkate alınmaksızın ve kartel toplantısı ya da iletişimin gerçekleştirildiği sırada (yahut kısa bir süre sonra) oluşturulduğundan, eş zamanlı belgelerin ispat gücünün son derece yüksek olduğu kabul edilmektedir (Kerse ve Khan 2005, 479). Ayrıca belgelerden her birinin uzlaşmanın yalnızca belirli bir bölümüne ilişkin bilgi içerdiği durumlarda, birincil delil ancak bu belgelerin tamamının bir araya getirilmesi sonucu oluşturulabilmektedir (De La Torre 2009, 530).

Yazılı belgeler dışında doğrudan ispata elverişli diğer delil türü sözlü beyanlardır<sup>103</sup>. Sözü edilen ifadelerin birincil yahut ikincil delil niteliği taşıması belirli koşulların varlığına bağlı olarak değişmekle birlikte, kural olarak salt sözlü beyanlara dayanarak uzlaşmanın tespit edilmesinin önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Zira şahıs ifadesi, “önemli ölçüde güvenilir” olduğunun tespit edilmesi ve ihlalin varlığını açıkça ortaya koyması halinde, tek başına dahi kartel delili olarak kullanılabilir<sup>104</sup>. Bu çerçevede bir ifadenin teşebbüsü temsilen verilmesi, beyanda bulunan kişinin olaya bizzat tanık olması ve ifade öncesi hukuki danışmanlık alınması durumunda belirtilen delilin güvenilir

<sup>101</sup> Opinion of AG Vesterdorf, *Rhône-Poulenc*, p. II-954.

<sup>102</sup> *Bkz.* Opinion of AG Vesterdorf, *Rhône-Poulenc*, p.II-956; Cases T-25/95 etc. *Cimenteries CBR v. Commission* [2000] ECR II-491, [2000] 5 CMLR 204, para. 1053, 1838, 2172.

<sup>103</sup> Rekabet incelemeleri kapsamında delil olarak kullanılan sözlü beyanlar, mahkeme nezdinde alınan ifadelerden farklı nitelik arz etmektedir. Nitekim öncelikle Komisyon, yemin altında ifade alma yetkisine sahip değildir. Bu çerçevede Komisyon'un herhangi bir şahsı ifade vermeye zorlaması mümkün olmadığı gibi, teşebbüslerin dinlenmesini talep ettikleri şahısların ifadelerine başvurma zorunluluğu da bulunmamaktadır. Ayrıca rekabet uyumsuzluklarında yargısal süreçlerde olduğu gibi çapraz sorgu imkanı da söz konusu değildir (De La Torre 2009, 534).

<sup>104</sup> *Sumitomo*, para. 47-48, 102.

olduğu kabul edilmektedir (Guerrin ve Kyriazis 1992, 315). Ancak birden fazla şahıs tarafından verilen ifadelerin çelişki içermesi durumunda, ilave delillerin gerekliliği söz konusu olacaktır (Parret 2008, 23). İfadelerin birincil delil olarak değerlendirilebileceği kabul edilmekle birlikte, uygulamada bu delillerin ağırlığı sınırlı düzeyde kalmaktadır (Bellamy 1996, 105). Dolayısıyla sözlü beyanlar genellikle ikincil delil olarak değerlendirilmekte, elde edilen diğer delillerin açıklanması ve ilave bilgilerin sunulması bakımından tamamlayıcı delil işlevi görmektedir.

Delillerin değerlendirilmesinde esas alınan kriterlerden “belgenin kaynağının belirlenmesi” bakımından ise sunulan belge veya ifadenin, sunan teşebbüsün aleyhine olup olmadığı incelenmektedir. Bu çerçevede kişinin kendisinin zararına sonuç doğurma ihtimali olan bir delili sunması halinde, bu tür delillerin ispat gücünün daha yüksek olduğu kabul edilmektedir<sup>105</sup>. Ancak “bir kimsenin gerçekten doğru olmadıkça kendisini suçlayıcı bilgi vermeyeceği” varsayımına dayanan bu tespit, pişmanlık başvuruları kapsamında sunulan deliller bakımından tereddüde yol açmaktadır. Nitekim pişmanlık programına ilişkin mevzuatta öngörülen “kartelin unsurlarına ilişkin delil sunma” koşulu, başvuru sahibinin tam bağışlık veya ceza indiriminden yararlanabilmek amacıyla gerçek dışı bilgiler sunmuş olabileceği şüphesini ortaya çıkarmakta ve belirtilen delillerin ispat gücü sorgulanmaktadır. Öyle ki sözü edilen hallerde kartelin tarafı olan diğer teşebbüsler, başvuru sahibinin; süre, ilgili pazar ve kapsam bakımından ihlali gerçekte olduğundan daha ağır olarak gösterme motivasyonunun bulunduğunu ileri sürmektedir (Allendesalazar 2009, 11). Söz konusu argüman *Peroxidos Organicos* kararında tartışılmış, Genel Mahkeme; pişmanlık mevzuatında bağışlık ve ceza indiriminden yararlanma koşulları arasında doğru bilgi sunma zorunluluğunun da bulunmasından hareketle, pişmanlık talebinde bulunan teşebbüslerin Komisyon’u yanıltacak şekilde bilgi vermesinin rasyonel olmadığını; zira böyle bir durumda pişmanlıktan yararlanma imkanının tehlikeye düşeceğini ifade etmiştir<sup>106</sup>. Tarafların savunmaları ve Genel Mahkeme’nin yaklaşımı birlikte değerlendirildiğinde, pişmanlık başvurularında sunulan belgelerin güvenilirliği bakımından mutlak bir sonuca ulaşılmasının mümkün olmadığı görülmektedir. Dolayısıyla sözü edilen başvurular kapsamında elde edilen delillere temkinli yaklaşılması ve bu delillerin uzlaşmaya ilişkin genel şablon ile uyumlu olup olmadığı dikkate alınarak değerlendirme yapılması gerekmektedir (De La Torre 2009, 549).

<sup>105</sup> Cases T-67/00 etc. *JFE Engineering and others v. Commission* [2004] ECR II-2501, para.211. Dolayısıyla belge veya ifadede delili oluşturan teşebbüs dışındaki tarafların suçlanması durumunda tek başına bu deliller yeterli görülmemekte, ilave delillerin varlığı aranmaktadır (Guerrin ve Kyriazis 1992, 300).

<sup>106</sup> Case T-120/04 *Peroxidos Organicos v. Commission* [2006] ECR II-4441, para.70.

AB içtihadında sıklıkla tartışılan bir diğer husus, başka bir teşebbüste elde edilen veya rakip tarafından oluşturulan bir belgenin diğer teşebbüsler aleyhine delil olarak kullanılıp kullanılmayacağı sorunudur. Bu kapsamda ilk olarak, eş zamanlı oluşturulan bir belgenin, kim tarafından oluşturulduğu dikkate alınmaksızın delil olarak kullanılabilmesinin belirtilmesi gerekmektedir<sup>107</sup>. Dolayısıyla bir kartel toplantısına katılan beş teşebbüsten biri tarafından tutulan ve diğerlerinin katılımını kayda alan notlar, diğer dört teşebbüs hakkında da ispat vasıtası olarak kabul edilebilecektir. Benzer şekilde aynı toplantı veya görüşmeye ilişkin oluşturulan bir belgede ihlale ilişkin hususlar yer alırken bir başka belgedeki notlarda uzlaşmaya yönelik herhangi bir bilginin bulunmaması, ilk belgenin ispat gücünü olumsuz etkilememektedir (Kerse ve Khan 2005, 480). Ancak belgelerde yer alan bilgilerin çelişki içermesi yahut belgelerin birinde görüşmeye katılmış olarak gösterilen bir teşebbüsün gerçekte görüşmede yer almadığını makul şekilde ispat eden bir delil sunulması durumunda, bahse konu ilk belgenin güvenilirliği şüphe oluşturacaktır<sup>108</sup>.

Komisyon tarafından soruşturma açılması sonrasında elde edilen delillerin değerlendirilmesinde ise özellikle karteğe taraf olmayan üçüncü kişilerin sunduğu belge ve beyanların güvenilirliği sorgulanmaktadır. Uzlaşma çerçevesinde yapılan toplantı ve görüşmelere katılan kişilerin verdikleri ifadelerin ispat gücünün, üçüncü kişiler tarafından verilen bilgilere kıyasla çok daha yüksek olduğu açıktır (Venit 2009, 59). Bununla birlikte kartelin ispatında soruşturmaya taraf olmayan şahıs ve teşebbüslerden elde edilen delillerin kullanılması da mümkündür. Bahse konu deliller, Komisyon'un diğer deliller ışığında ortaya koymuş olduğu ihlal şablonu ile çelişmediği ve teşebbüsler tarafından belirtilen delilin aksini ortaya koyacak herhangi bir delil sunulmadığı sürece, söz konusu delillerin güvenilir olduğu kabul edilmektedir<sup>109</sup>.

AB hukukunda delillerin değerlendirilmesine ilişkin genel ilkeler bakımından değinilebilecek son husus, delillerin bütün olarak değerlendirilmesi ve kartelin süresi bakımından devam eden tek bir uzlaşma yaklaşımlarıdır. Nitekim yargı kararlarında belirtildiği üzere karteğe ilişkin sunulan delillerin her birinin ispat standardını sağlaması aranmamakta, delillerin bütün olarak "açık, inandırıcı ve tutarlı" olması gerekmektedir. Belirtilen prensibin mefhumu muhalifinden, teşebbüslerin ihlalin mevcut olmadığını ispat edebilmeleri için delillere yönelik ayrı ayrı uzlaşma dışında makul açıklamalar getirmelerinin yeterli olmadığı, delillerin bütününden ulaşılan sonucun aksini ortaya koymaları gerektiği anlaşılmaktadır (Harding ve Joshua 2010, 196). İşaret edilen bütüncül

<sup>107</sup> *Cimenteries*, para.1849.

<sup>108</sup> *Cimenteries*, para. 1130, 1347-1349.

<sup>109</sup> Opinion of AG Vesterdorf, *Polypropylene*, II-992.

yaklaşımın bir başka sonucu ihlalin süresinin tespitinde ortaya çıkmaktadır. Nitekim özellikle karmaşık kartellerde ihlalin başlangıcı ile sona erdiği tarih arasındaki dönemin tamamına ilişkin birincil delillerin tespit edilmesi güç olduğundan, hakkında delil bulunamayan dönemlerde de ihlalin devam ettiğini kabul etmeye yetecek objektif ve tutarlı delillerin varlığı durumunda kartelin kesintisiz olarak devam ettiği varsayılmaktadır<sup>110</sup>. Dolayısıyla elde edilen delillerin ispat gücü ve miktarının kartel süresi boyunca aynı düzeyde olması gerekmemektedir (OECD 2006, 117). Ayrıca kartel taraflarının aksi yönde delil sunamaları halinde teşebbüslerin tamamının ihlal süresi boyunca uzlaşmaya iştirak ettikleri kabul edilmektedir. Komisyon'un belirlediği ihlal süresinden daha kısa bir dönemde ihlale taraf olduğunu iddia eden teşebbüsün başvuracağı yöntem ise ihlale son verme iradesini rakiplerine açıkça bildirildiğini ispat etmektir<sup>111</sup>. Ancak AB mahkemelerinin eğilimi belirtilen yöntemi oldukça dar yorumlamak yönünde olduğundan, örneğin sadece kartel toplantısını terk etmiş olmak yeterli bir delil olarak görülmemektedir<sup>112</sup>.

### 2.2.5.2. Ekonomik Delillerin Değerlendirilmesi

AB hukukunda ikincil delillerin değerlendirilmesi bakımından pek çok tartışma gündeme gelmektedir. Belirtilen delillere yönelik uygulamada sıklıkla karşılaşılan sorunlardan ilki, ABD hukukunda olduğu gibi, ekonomik delillerin kartelin ispatında yeterli olup olmadığıdır. *Polypropylene* kararlarında ifade edildiği üzere 101. maddeye ilişkin değerlendirmenin esası, salt paralel davranış ile ihlal arasındaki farkın belirlenmesine dayanmaktadır. Zira uygulamada, özellikle oligopol pazarlarda, belirli dönemlerde bazı teşebbüslerin paralel fiyat hareketleri, aynı veya eş zamanlı fiyat duyuruları, aynı dönemde mal vermenin durdurulması yahut arzın kısılması gibi benzerlik taşıyan eylemleri söz konusu olabilmektedir. Belirtilen paralel davranışların tek başına kartel olarak nitelendirilmesinin mümkün olup olmadığı ve ihlalin ispatı için gerekli olan “yeterince açık, tutarlı ve inandırıcı” delillerin nasıl tanımlanabileceği sorusu, kartellerde uygulanan ispat standardının tespiti bakımından büyük önem arz etmektedir.

Bu çerçevede ilk olarak, paralel davranışların değerlendirilmesi sorunu bakımından, AB hukukundaki uyumlu eylem kavramını tanımlayan ve

<sup>110</sup> De La Torre, devam eden tek bir uzlaşma kavramının temelinde yatan hukuki prensibi delile ilişkin ispat yükünün yer değiştirmesi ile değil, ceza hukukundaki mütemadi suç yaklaşımı ile açıklamaktadır. Yazara göre aynı esaslı unsurlara dayanan birden fazla fiilin ifası halinde her bir fiil için ayrı ayrı değil fakat tek bir zamanaşımına tabi olan tek bir cezanın uygulanması gerekmektedir (2009, 511).

<sup>111</sup> Söz konusu yöntem, ABAD kararlarında “*publicly distancing oneself*” şeklinde ifade edilmektedir.

<sup>112</sup> Case C-510/06 P, *Archer Daniels Midland v. Commission* [2009], ECR I-1843, para.120.

sınırlarını çizen *Dyestuffs*<sup>113</sup>, *Sugar* ve *Woodpulp*<sup>114</sup> kararlarının incelenmesinde fayda görülmektedir. Değınilen kararlarda ortaya konulan prensipleri şu şekilde özetlemek mümkündür:

- i. Paralel davranış tek başına ihlal olarak kabul edilmemekte; ancak söz konusu paralelliğın pazarın normal şartlarına uygun olmayan rekabet koşullarına yol açması durumunda belirtilen davranış, uzlaşmanın varlığına ilişkin güçlü bir delil teşkil etmektedir.
- ii. Teşebbüslerin, rakiplerinin *mevcut ve öngörülebilir* davranışlarına akıllıca ayak uydurmaları hukuka uygundur. Bununla birlikte geleceğe ilişkin belirsizlikleri ortadan kaldıracak nitelikteki her türlü doğrudan ve dolaylı iletişim rekabet ihlali olarak kabul edilebilecektir.
- iii. Paralel davranışın tek makul açıklaması uzlaşma olmadıkça, söz konusu davranış ihlal delili olarak değerlendirilememektedir.

ABAD'ın işaret edilen içtihadı bilinçli paralellik ve uzlaşma arasındaki sınırı açıkça ortaya koymaktadır. Nitekim belirtilen kararlar iki önemli hususa işaret etmektedir. Öncelikle salt paralel davranış, ancak tek makul gerekçesi uzlaşma olduğu takdirde kartelin varlığına ilişkin delil teşkil edecektir<sup>115</sup>. Böylelikle paralel davranışların ispat gücünün oldukça düşük olduğu belirtilmiştir. İkinci olarak, teşebbüslerin paralel davranışlara ilişkin uzlaşma dışında makul bir açıklama getirmeleri halinde, ihlalin varlığından söz edilemeyecektir<sup>116</sup>. Böylelikle AB hukukunda karteller bakımından benimsenen ispat standardının yüksekliği bir kez daha vurgulanmıştır.

Sözü edilen kararlardan hareketle ulaşılabilecek bir başka sonuç ise, yalnızca ekonomik deliller kullanılarak kartellere ilişkin ispat standardının sağlanıp sağlanamayacağı sorusunun yanıtının teorik açıdan olumlu olmasıdır. Nitekim *Woodpulp* kararına göre oligopol nitelik arz etmeyen ve bu sebeple

<sup>113</sup> Cases 48, 49, 51-7/69, *ICI v. Commission (Dyestuffs)* [1972] ECR 619, [1972] CMLR 557.

<sup>114</sup> Cases C-89, 104, 114, 116-117, 125-9/85 [1993] ECR I-1307, *Ahlström Osakeyhtiö and Others v. Commission (Woodpulp II)*, [1993] 4 CMLR 407.

<sup>115</sup> *Woodpulp II*, para.71.

<sup>116</sup> Örnek olarak bkz. Cases C-29-30/83, *Compagnie Royale Asturienne des mines and Rhein zinc v. Commission* [1985] CMLR 688. Bu noktada önemle vurgulanması gereken husus, paralel davranışları açıklamak üzere ileri sürülen ekonomik ve rasyonel gerekçelerin, ancak teşebbüsler arasında rekabeti sınırlayıcı bir iletişimin varlığını gösteren delillerin bulunmaması halinde sorumluluğu ortadan kaldırdığıdır. Zira uzlaşmayı açıkça ispat eden birincil delillerin yahut ikincil nitelikteki iletişim delillerinin mevcut olması durumunda, ekonomik deliller kullanılarak kartelin var olmadığının ispatlanmaya çalışılması başarısızlığa mahkûm bir çabadan ibarettir (De La Torre 2009, 557).

iktisadi nitelikte bir bağımlılıktan söz edilemeyen pazarlardaki paralel davranışlar ihlal olarak değerlendirilebilecektir. Buna karşın işaret edilen durumun pratikte ispatı son derece güç olup AB hukukunda yalnızca paralel davranışa dayanan uyumlu eylem karinesi kullanılarak kartelin var olduğu sonucuna ulaşılan herhangi bir yargı kararı bulunmamaktadır (Kekevi 2008b, 35 vd). Dolayısıyla AB mahkemeleri tarafından paralel davranışlar değerlendirilirken, ABD hukukunda olduğu gibi, ilave delillerin arandığı anlaşılmaktadır.

### 2.2.5.3. İletişim Delillerinin Değerlendirilmesi

İletişim delillerinin değerlendirilmesi bakımından öncelikle belirtilmesi gereken husus, rakiplerin birbirleriyle olan her türlü iletişiminin hukuka aykırı olarak yorumlanmadığıdır. Zira bahse konu davranışın ilgili pazardaki bilgi asimetrisinden kaynaklanan sorunların giderilmesine ve etkinlik kazanımlarına hizmet etmesi de mümkündür (Whish 2009, 525). Ancak belirli nitelikleri haiz bilgi değişimleri<sup>117</sup>, tek başına yahut bir üst uzlaşmanın unsuru olarak kartellerin kurulması ve sürdürülmesinde etkin bir rol oynamaktadır. Benzer şekilde rakiplerin teşebbüs birlikleri gibi çeşitli platformlarda bir araya gelmeleri, özellikle görece fazla sayıda tarafın bulunduğu kartellerde uzlaşmanın koordinasyonu için önemli bir vasıta olarak kullanılmaktadır (Jones ve Sufrin 2009, 171).

İletişim delilleri kullanılarak kartelin ispat edilmesinde AB içtihadı uyarınca oluşturulan ilkeler incelendiğinde, *Sugar* kararı ile temeli atılan ve *Polyproylene* kararında ifadesini bulan ikinci bir karinenin mevcut olduğu görülmektedir (Kekevi, Can ve Şengören 2011, 178). Nitekim teşebbüsler arasında gelecekteki davranışlarına ilişkin belirsizliği ortadan kaldırmak amacıyla bir iletişimin gerçekleştirildiği yönünde delil bulunması halinde; bahse konu uyumlu davranışın tarafı olan ve ilgili pazarda faaliyet göstermeye devam eden teşebbüslerin rakipleri ile değiştikleri bilgileri kendi davranışlarını belirlerken dikkate alacağı varsayılmaktadır<sup>118</sup>. Sözü edilen varsayımdan hareketle, rekabeti sınırlayıcı iletişimlerin varlığı durumunda pazardaki etkiye bakılmaksızın kartelin ispatlanması mümkün olabilmektedir.

Paralel davranış karinesinin aksine, bilgi değişimine dayanan ikinci karinenin teşebbüslerce yürütülmesi oldukça güçtür. Nitekim teşebbüsler bağımsız karar aldıklarına ve bahse konu iletişimin olmaması halinde de aynı şekilde davranacaklarına ilişkin negatif bir hususun ispatı ile mükellef olmakta (Stroux 2004, 84), belirtilen durum ise “imkânsız delil”in (*probatio diabolica*)

<sup>117</sup> Bilgi değişimlerinin 101. maddenin ihlaline yol açıp açmadığının tespitinde kullanılan kriterler için bkz. Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Horizontal Co-Operation Agreements, OJ 2011/C, 11/01, 14.01.2011, para.55 vd.

<sup>118</sup> *Hüls*, para.162.

varlığına işaret etmektedir. Dolayısıyla iletişimi gösteren delillerin ispat gücünün ekonomik delillere kıyasla çok daha yüksek olduğu görülmektedir.

AB hukukunda uzlaşmanın varlığının ispat edilmesinde olduğu gibi, ihlale taraf olan ve ihlalden dolayı sorumlu tutulacak olan teşebbüslerin belirlenmesinde de iletişim delillerine dayanan karinelere dayanarak yararlanılmaktadır. Bu kapsamda, toplantıya katılmış olma tespitine dayanan *karteğe taraf olma karinesinin* değerlendirilmesinde yarar görülmektedir. Rakipler arasındaki toplantı ve görüşmelerin AB otoriteleri tarafından değerlendirilmesinde, sıklıkla, bahse konu iletişimin amacına vurgu yapıldığı görülmektedir. Bu çerçevede örneğin fiyat ve satış stratejisi gibi rekabete duyarlı hususların görüşüldüğü toplantılara katılımın amacının rekabeti sınırlamak olduğu varsayılmaktadır<sup>119</sup>. Dolayısıyla rekabeti sınırlayıcı nitelik taşıyan toplantılara katılım, toplantıda alınan kararlara uyulup uyulmadığına bağlı olmaksızın, teşebbüsün karteğe taraf olduğunu ispat için yeterli sayılmaktadır<sup>120</sup>. Zira *Rhône-Poulenc* kararına göre rekabeti sınırlayıcı amaçla gerçekleştirilen bir toplantının katılımcılarının toplantıda edinilen bilgilerden bağımsız hareket etmesinin muhtemel olmadığı, bu sebeple toplantıya katılan teşebbüslerin her birinin açık veya zımnî olarak bilgi paylaşımında bulunması zorunluluğu bulunmaksızın iletişimin karşılıklı olarak gerçekleştirilmiş sayılacağı kabul edilmiştir<sup>121</sup>.

Karteğe taraf olma karinesinin oluşturulması bakımından AB içtihadında dönüm noktasını oluşturan karar ise yakın tarihli bir ABAD kararı olan *T-Mobile*<sup>122</sup>'dir. Bahse konu kararda *Rhône-Poulenc*'te öngörülen prensip bir adım daha ileriye götürülmüş; teşebbüslerden sadece birinin fiyat açıklamasında bulunduğu tek bir toplantıya katılmış olmanın, fiyat artırımı yönünde açık bir anlaşma tespit edilemese dahi, toplantıya katılan teşebbüslerin tamamı bakımından 101. maddenin ihlal edildiğine hükmedilmesi için yeterli olabileceği açıkça ortaya konulmuştur<sup>123</sup>.

Belirtilen adi nitelikteki karinenin aksinin ispat edilebilmesinin yegâne yolu; *Polypropylene* kararı<sup>124</sup> ve sonrasındaki ABAD kararlarında öngörülmüş olan, paylaşılan bilgilerin kabul edilmediği veya uyumlu eyleme dâhil olunmadığının rakiplere derhal ve açıkça bildirilmesidir (*publicly distancing*

<sup>119</sup> Örneğin bkz. *Polypropylene*, para. 141-164.

<sup>120</sup> Case T-3/89, *Atochem v. Commission* [1991] ECR II-897, para. 100.

<sup>121</sup> Case T-1/89 *Rhône Poulenc v. Commission*, [1991] ECR II-867, para. 122.

<sup>122</sup> Case C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, [2009] ECR I-4529.

<sup>123</sup> Genel Mahkeme'nin *Tate&Lyle* kararı, para.58.

<sup>124</sup> Örneğin Case C-235/92 P, *Montecatini v. Commission (Polypropylene)* [1999] ECR I-4539, para. 177-181.



oneself). Nitekim *Cement* kararında Mahkeme<sup>125</sup>, rekabete aykırı toplantılara katılan teşebbüslerin sorumluluktan kurtulabilmeleri için, görüşülen hususlara katılmadıklarını *açıkça beyan etmeleri* yahut bahse konu toplantıyı *idari otoritelere bildirmeleri*<sup>126</sup> gerektiğini ifade etmiştir. Sözü edilen yöntemlerden herhangi birinin kullanılmaması durumunda, salt toplantıya katılım, toplantıda tartışılan rekabeti sınırlayıcı hususlara zımni olarak icazet verildiğine karine oluşturacaktır. Nitekim uygulamada, toplantıya bilgi edinmek amacıyla iştirak edildiği, görüşülen hususlara hiçbir şekilde dâhil olunmadığı yahut yapılan uzlaşma ile bağlı olunmadığı yönündeki argümanlar reddedilmekte, toplantıya katılan ancak uzlaşmaya katılmadığını açıkça beyan etmeyen bir teşebbüsün “*rakipleri nazarında görüşülen hususları zımni olarak onayladığı izlenimi yarattığı*” kabul edilmektedir<sup>127</sup>. Diğer bir ifadeyle görüşülen hususlara itiraz edilmemesi yahut bu hususların reddedildiğinin beyan edilmemesi (teşebbüsün bu hususta sessiz kalması), uzlaşmanın kurulması ve sürdürülmesine katkıda bulunmaktadır<sup>128</sup>. Bu itibarla incelemeye konu toplantının rekabeti sınırlayıcı nitelikte olduğunun ve soruşturmaya konu teşebbüsün toplantıya katıldığınının ispat edilmesi ile karteğe yönelik ispat standardı sağlanmış olacaktır<sup>129</sup>. Dolayısıyla yargı kararları çerçevesinde teşebbüsler bakımından yapılabilecek çıkarım; bir teşebbüsün, bir veya birden fazla rakibinin fiyat gibi stratejik konuları görüştükleri bir toplantıya katılmaması veya toplantıdaki varlığını sürdürmemesi gerektiğidir (Whish 2009, 525). Sözü edilen prensip; alıcının isteği dışında gönderilen ve rakibe ilişkin rekabete duyarlı bilgiler ile uzlaşma teklifi içeren elektronik posta, faks vb iletiler karşısında nasıl hareket edileceği hususunda da yol gösterici niteliktedir (Albors-Llorens 2006, 865). Nitekim ABAD içtihadı uyarınca, bu tür hallerde teşebbüsün sorumluluktan kurtulabilmesi için uzlaşma teklifini reddettiğini derhal karşı tarafa bildirmesi gerekmektedir.

İhlalden doğan sorumluluğa ilişkin bir başka karine ise yavru şirketin bir kartel faaliyetine taraf olması durumunda ana şirketin sorumluluğu meselesinde gündeme gelmektedir. Sözü edilen karineye göre bir tüzel kişinin hisselerinin tamamına sahip olan ana şirketin, sözü edilen yavru şirket üzerinde tek kontrole sahip olduğu varsayılmaktadır. Bu çerçevede yavru şirketin ana şirket politikalarına uygun hareket ettiği kabul edildiğinden, belirtilen şirketin kartel niteliğindeki eylemlerinden dolayı ana şirketin sorumlu tutulması mümkün olabilmektedir. Belirtilen karinenin aksinin ispat edilebilmesi için, ana şirketin

<sup>125</sup> *Cement* para. 82-84.

<sup>126</sup> Case T-302/02 *Westfalen Gassen Nederland BV* [2006] ECR II – 4567, [2007] 4 CMLR 334, para.103.

<sup>127</sup> T-142/89, *Böel v. Commission*, [1995] ECR II-867, para.79.

<sup>128</sup> *Cement* para.84.

<sup>129</sup> T-99/04, *AC-Treuhand AG v. Commission*, [2008] 5 C.M.L.R. 13, para.130.

yavru şirket kararları üzerinde tek başına belirleyici olmadığına ispat edilmesi gerekmektedir (Scordamaglia 2010, 37).

Rekabet hukukunun AB sistemindeki konumuna ilişkin tartışmalar kapsamında belirtildiği üzere, AİHS'nin 6. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen ve bir kimsenin suçluluğu ispatlanıncaya kadar masum kabul edilmesini öngören masumiyet karinesinin ve bu karineyle ilişkili olan “şüpheden sanığın yararlanması” ilkesinin kartel soruşturmalarında da geçerli olacağı Topluluk mahkemeleri tarafından kabul edilmiştir. Bununla birlikte yukarıda değinilen karinelerin kullanımı, orantılılık ilkesine uyulduğu müddetçe, sözü edilen ilkeye aykırılık taşımamaktadır. Nitekim aksinin ispatı oldukça güç olan karinelerde dahi teşebbüsün savunma hakkının mevcut olması sebebiyle, belirtilen karinelerin makul sınırları aşmadığı değerlendirilmektedir (De La Torre 2009, 513).

### **2.3. ABD ve AB REKABET HUKUKU SİSTEMLERİNDE BENİMSENEN İSPAT STANDARDI YAKLAŞIMLARININ KARŞILAŞTIRILMASI**

ABD ve AB rekabet hukuku düzenlerinde tarihsel ve geleneksel olarak farklı bir gelişim seyri izlenmiş olması, rekabet ihlallerinin ispatına yönelik uygulanan sistematüğün de farklılaşması sonucunu doğurmuştur (Rosch 2009, 2). Nitekim ABD sisteminde her bir hukuk alanı bakımından kabul edilebilir sayılan ihtimal derecesi belirlenmiş olup belirtilen derecelendirmeye dayanarak bir standart sınıflandırması yapılmıştır. Bu kapsamda hukuk ve ceza yargılamalarında farklı standartların uygulandığı görülmektedir. Öte yandan AB sisteminde bu sınıflandırmaya muadil olabilecek soyut standart kalıpları oluşturulmamıştır. Zira AB rekabet hukukunda somut olaya yönelik hâkimi ikna edebilecek delil yoğunluğu her ne düzey ve nitelikte ise, ispat için gereken standardın bu eşik olacağı kabul edilmekte, bu kapsamda herhangi bir ihtimal derecesine işaret edilmemektedir. Dolayısıyla belirtilen sistemde hukuk ve ceza davaları bakımından farklılaşan bir ispat standardı ortaya çıkmadığı gibi, hâkimin şahsi iknasının ne kadar güçlü olması gerektiğine ilişkin olarak da herhangi bir yasal düzenleme mevcut değildir (Gippini-Fournier 2009, 5).

Ortak Hukuk perspektifinden bakıldığında, ispat seviyesinin *ex ante* öngörülmediği sistemlerin keyfiliğe yol açacağı ileri sürülmekte, bu çerçevede hukuki belirlilik ilkesinin zedelendiği savunulmaktadır. Ancak AB içtihadında her bir delil türünün kabul edilebilirliği ile ispat gücünün ayrıntılı şekilde değerlendiriliyor olması ve delillerin niteliğine ilişkin objektif kriterlerin öngörülmesi karşısında, AB hukukunun ABD sisteminden daha fazla belirsizlik yarattığı iddiasının kabulü güçleşmektedir. Değinilen hususa ek olarak, karteller

bakımından geliştirilen AB içtihadı incelendiğinde, kriminal standart yönünde açık bir tercih yapılmasa da ceza hukuku ilkeleri dikkate alınmak suretiyle kartelin mümkün olduğunca açık ve tereddütsüz şekilde ispat edilmeye çalışıldığı ve yürütülen ilk kartel soruşturmalarına kıyasla standardın yıllar içerisinde oldukça yükseltildiği anlaşılmaktadır.

İspat faaliyetine ilişkin farklı metodolojiler kullanılmakla birlikte, bahse konu hukuk düzenlerinde kartellerin ispatına ilişkin uygulanan prensipler büyük ölçüde örtüşmektedir. Zira gerek ABD gerekse AB rekabet hukukunda deliller bütünüün çelişki ve belirsizliklerden arî olması, temel hak ve özgürlüklerin gözetilmesi ve davranışın hukuka uygun olması ihtimalinin mümkün olan en kesin şekilde bertaraf edilmesi çabası söz konusudur. Öte yandan, AB hukukunda kartellerin idare hukuku kapsamında düzenlenmiş olması ve AB Komisyonu'nun genişletilmiş yetkilerine rağmen kriminal sisteme özgü delil elde etme araçlarına sahip olmaması sebebiyle bu sistemde ceza hukukundaki kadar yüksek bir standart uygulanmamaktadır. Nitekim makul şüphenin ötesinde ispat seviyesi ancak ispat gücü en yüksek deliller ile sağlanabilmekte, bu delillerin elde edilmesi ise büyük oranda kriminal yöntemler kullanılarak mümkün olabilmektedir. Belirtilen husus karşısında AB hukuku, delillere atfettiği ispat gücü derecesini objektif kriterler ve karineler oluşturmak suretiyle ortaya koymakta, ayrıca teşebbüslerin savunma hakkını teminen kurtuluş beyineleri geliştirmektedir. Böylelikle delil değerlendirmesi ve ispat faaliyeti öngörülebilir hale getirilmekte, hukuki belirliliğin sağlanması güvence altına alınmaya çalışılmaktadır.

Belirtilen hususlardan hareketle ABD ve AB rekabet hukuku örnekleri çerçevesinde kartellere yönelik ispat standardına ilişkin ulaşılabilecek genel sonuç; ispat eşiği bakımından benimsenen prensibin nasıl adlandırıldığına değil, kartelin ispat edilmesinde kullanılan delillerin nasıl değerlendirildiğinin ve delile atfedilen ispat gücünün öngörülebilir olup olmadığının önem arz etmesidir. Bu çerçevede her iki sistemin de amacı; kartelin varlığını ve taraflarını belirlerken, hatalı karar riskinden doğan maliyeti dikkate alarak mevcut yetkiler kapsamında mümkün olan en kesin ispat eşiğine ulaşmaktır. Bununla birlikte, ABD hukukunda kartellerin bir suç türü olarak düzenlenmiş olmasının ihlalin varlığına yönelik tespitin doğruluğu ihtimalini son derece yükselttiğinin, dolayısıyla bu sistemin AB hukuku karşısında önemli bir avantajının bulunduğu belirtilmesi gerekmektedir.

## BÖLÜM 3

# TÜRK REKABET HUKUKU'NDA İSPAT MÜESSESESİ ve KARTELLERDE İSPAT STANDARDI

### 3.1. REKABET HUKUKUNUN TÜRK HUKUK SİSTEMİ İÇERİSİNDEKİ YERİ

Türk hukuk sistemi bakımından rekabet hukuku düzenlemeleri, Türkiye'nin AB'ye katılım süreci kapsamında Birlik müktesebatına uyum amacıyla gerçekleştirilen reform çalışmalarının bir uzantısıdır. Bu çerçevede mehzaz düzenleme ABİDA olduğundan, rekabet hukuku mevzuatını uygulayacak olan merciin hukuki niteliği de AB sistemi ile paralellik arz etmektedir. Sözü edilen durum, idari ve yargısal rejimlerin her ikisine ilişkin unsurlar içeren melez yapıda bir rekabet otoritesinin oluşması sonucunu doğurmuştur.

Rekabet Kurumu'nun faaliyete başladığı tarihten bu yana, Kurum uygulamalarının ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK) ile ikincil mevzuatın hukuk sistemi içerisinde nasıl konumlandırılması gerektiği hususunda çok sayıda görüş öne sürülmüştür. Öncelikle Rekabet Kurumu'nun organik açıdan yürütme erkinin bir unsuru olduğu ve idari sistem içerisinde yerinden yönetim kuruluşlarından biri olarak yapılandırıldığı tespitinde herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır<sup>130</sup>. Öte yandan Kurum'un faaliyetlerinin hangi hukuki rejime tabi olduğunun belirlenmesi meselesi oldukça tartışmalıdır. Nitekim bazı yazarlar; bu tür bir saptamanın yapılmasında yaptırımın maddi değil organik niteliğinin esas alınması gerektiğini; bu kapsamda rekabet ihlallerine yönelik

<sup>130</sup> *Bkz.* Ulusoy (1999, 6), Günday (1999, 61), Uyanık (2003, 7), Budak (2004, 138). Ayrıca, bağımsız bir idari otorite olarak Rekabet Kurumu'nun hizmet yerinden yönetim kuruluşu kapsamında mı yahut yerel yönetim ve hizmet yerinden yönetim kuruluşları dışında üçüncü bir yerinden yönetim kategorisinde mi yer aldığı yönündeki tartışmalar için *bkz.* Gönen (2003, 6 vd).

para cezalarının idari bir otorite tarafından takdir edilmesi, Anayasa'nın 138. maddesinde Rekabet Kurulu'nun yargı organları arasında sayılmamış olması ve RKKH'da "idari para cezası" ifadesinin tercih edilmesi hususlarından hareketle bahse konu cezaların idari rejime tabi olduğunu savunmaktadır<sup>131</sup>. Aynı hususa ilişkin diğer bir görüş ise; organik anlamda bağımsız bir mahkeme olmasa dahi, Rekabet Kurulu'nun maddi gerçekleri ortaya çıkarmak üzere tahkikat yapma ve nihayetinde yaptırım uygulama faaliyetlerinden hareketle yarı yargısal bir merci olduğunu belirtmektedir<sup>132</sup>. Sözü edilen görüşe göre yarı yargısal sistemlerde yargısal sistemin sağladığı bütün hak ve imkânlarla sahip olunamamakla birlikte; savunma hakkı, şüpheden sanığın yararlanması gibi güvencelerin bu sistemlerde de uygulanabileceği kabul edilmektedir<sup>133</sup> (Budak 2004, 139).

Yargısal güvencelerin idari yaptırımlara uygulanabilirliği bakımından önem arz eden bir başka husus, söz konusu ilkelerin kaynağını oluşturan AIHS'nin Türk hukukundaki yerinin tespitidir. Uluslararası antlaşmaların normlar hiyerarşisindeki konumunu düzenleyen Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına göre; mevcut kanunlar ile usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar arasında çatışma olması halinde, antlaşma hükümleri esas alınacaktır. Dolayısıyla belirtilen güvencelerin Türk hukukunda da uygulama alanı bulduğu, ilgili düzenlemelerin yüksek mahkemeler tarafından üstün bir norm olarak değerlendirildiği ve hatta bazı kararlarda doğrudan dikkate alındığı görülmektedir (Gündüz 2009, 13). Nitekim Anayasa Mahkemesi ve Danıştay, AIHS ve Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma (ve bu kapsamda bağımsızlık ve tarafsızlık) ve 38. maddede düzenlenen kanunilik ilkelerinin ceza yargılaması yanında idari para cezalarının takdirinde de geçerli olacağını belirtmektedir<sup>134</sup>.

<sup>131</sup> Benzer görüşler için *bkz.* Yılmaz (1999, 87), Uyanık (2003, 8), Günday (2007, 5), Konuralp (2007, 11). Ancak, Yılmaz, aynı eserinde Kurul'un yarı yargısal bir merci olarak da değerlendirilebileceğini belirtmiştir (1999, 112).

<sup>132</sup> Rekabet Kurumu'nun yargı usullerine benzer usuller uygulaması sebebiyle yarı yargısal olarak değerlendirilmesi yaklaşımının yerinde olmadığı yönündeki görüş için *bkz.* Ulusoy (1999, 6-8).

<sup>133</sup> İdari yaptırımların caydırıcı niteliği sebebiyle bazı ceza hukuku ilkelerinin uygulanabileceği yönündeki benzer görüş için *bkz.* Karabulut (2008, 17).

<sup>134</sup> Anayasa Mahkemesi'nin idari bir yaptırım olan disiplin cezası bakımından suç ve cezanın kanuniliği ilkesinin geçerli olacağı yönündeki kararı için *bkz.* karar T:19.04.1988, E. 87/16, K. 88/8, AMKD, S.24, 1989, s.81. Rekabet Kurulu kararlarında soruşturma aşamasında görevli Kurul üyesinin oy kullanmasının bağımsızlık ve tarafsızlık ilkesine aykırı olduğu yönündeki kararlar için *bkz.* İDDK karar T:24.02.2005, E.2005/5076, K.2005/4741; karar T:26.05.2005, E.2005/5260, K.2005/5503. Kanunilik ilkesinin vergi cezalarına uygulanmasına ilişkin Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu kararı için *bkz.* RG T:09.06.1989, S:20190; karar E.1989/1, K.1989/1.

Türk rekabet hukukundaki idari para cezalarına uygulanacak rejime ilişkin AİHM'nin yaklaşımını tespit edebilmek üzere, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından uygulanan bir idari para cezasına karşı yürütülen yargısal sürecin AİHS'nin 6. maddesine aykırılığı iddiasını konu alan 2008 tarihli *Hüseyin Turan v. Turkey* kararının değerlendirilmesinde fayda görülmektedir<sup>135</sup>. Söz konusu davada; T.C. hükümetinin “*davaya konu yaptırımın idari para cezası olması ve ceza hukukundan kaynaklanmaması sebebiyle AİHS m.6/1'in belirtilen uyumsuzluğa uygulanamayacağı*” yönündeki iddiası AİHM nezdinde kabul görmemiştir. Kararın gerekçesinde *Engel* kriterlerini esas alan Mahkeme; yaptırıma konu ihlal fiilinin Türk hukukunda ceza hukuku kapsamında düzenlenmediğini, ancak somut olayda ihlale uygulanacak para cezasının tazminat değil caydırıcılık amacı taşıması sebebiyle önleyici ve zorlayıcı bir nitelik arz ettiğini ve AİHS'nin 6. maddesinin uyumsuzluğa uygulanabilmesi için bu tespitin yeterli olduğunu ifade etmiştir. Yaptırımın ağırlığına işaret eden üçüncü kritere ilişkin olarak ise “para cezasının hafif olmasının kabahatin cezai niteliğini değiştirmeyeceği” hatırlatılmıştır<sup>136</sup>. Kararda ayrıca;

“AİHS kurumlarının *Engel* kriterlerini uygulamak suretiyle ‘kriminal yaptırım’ müessesesine ilişkin benimsedikleri özerk yorum, ceza davalarına ilişkin öngörülen güvencelerin kapsamının; (...) ve *rekabet hukuku ihlalleri* alanlarında uygulanan idari yaptırımlar gibi geleneksel ceza hukuku kategorilerine dahil olmayan davaları da içerecek şekilde genişletilmesinin temellerini atmıştır.”

ifadeleri ile AİHS hükümlerinin rekabet ihlallerine uygulanan idari para cezaları bakımından da geçerli olabileceğinin işareti verilmiştir.

İlgili karardan hareketle, kanaatimizce, mehz AB sisteminde olduğu gibi Türk rekabet hukukunda da idari para cezalarına ilişkin ikili bir rejimin esas alınması yerinde olacaktır. Bu çerçevede bahse konu yaptırımlar RKHK ve ikincil mevzuat uyarınca idari bir nitelik taşıırken, AİHS hükümleri açısından kriminal bir yapı arz edecektir. Böylelikle AİHS kapsamında düzenlenen ve Türk hukukunda kural olarak ceza hukuku bakımından geçerli olan adil yargılanma hakkı, masumiyet karinesi ve şüpheden sanığın yararlanması ilkelerinin rekabet ihlalleri alanında da geçerli olması mümkün olabilecektir.

<sup>135</sup> *Hüseyin Turan v. Turkey*, Application no. 11529/02, (04.03.2008).

<sup>136</sup> İdari ve cezai yaptırımlar arasındaki sınırın belirlenmesinde tek başına ceza miktarının ölçüt alınmayacağı yönündeki Anayasa Mahkemesi kararı için *bkz.* RG T:16.01.1999, S:23585; karar T:23.10.1997, E.1997/19, K.1997/66.

### 3.1.1. İdari Usul ile İdari Yargılamada İspat ve İspata İlişkin Müesseseler

Türk hukukunda idari sisteme uygulanacak usul hükümlerinin bulunduğu genel bir yasal düzenleme bulunmamakta, işaret edilen düzenlemeler 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK) ile kurum ve kuruluşların özel kanunlarında dağınık halde yer almaktadır. Öte yandan doktrinde ve uygulamada idari usulde geçerli olan ilkelerin savunma hakkı, bilgiye erişim hakkı, hukuki yardım hakkı, idari işlemlerin gerekçeli olması ve işleme karşı yargı yolunun gösterilmesi ilkeleri olduğu belirtilmektedir (Karabulut 2008, 39 vd.). İdari yargılama usulünde ise İYUK hükümleri çerçevesinde resen araştırma ilkesinin kabul edilmesinden hareketle delil serbestisi ve delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkelerinin benimsendiği görülmektedir (Yılmaz 2004, 70).

İdari usul ve idari yargılamada ispat standardının hangi düzeyde olduğuna ilişkin olarak mevzuat hükümlerinde ya da içtihatla somut bir tespite ulaşmak mümkün olmamaktadır. Ancak delil türleri ve delil değerlendirmesi bakımından serbestlik esasının kabul edilmiş olmasından hareketle, ispat standardının ihtimallerin dengelenmesi prensibinden daha yüksek olduğu değerlendirilmektedir (Arı ve Kırmızıgül 2011, 344). Öte yandan, idari yaptırımların tabi olduğu hukuki rejimin AİHS, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararları ışığında ceza hukuku rejimine yaklaştırılmış olması sebebiyle, belirtilen idari işlemler bakımından ceza hukukunda uygulanan ispat standardına yakın bir delil seviyesinin benimsendiği anlaşılmaktadır (Karabulut 2008, 15-21).

### 3.1.2. Ceza Muhakemesi Hukukunda İspat ve İspata İlişkin Müesseseler

Ceza hukukunda muhakeme faaliyetinin amacı, suç isnadına ilişkin maddi gerçeğe ulaşmaktır<sup>137</sup>. Bu çerçevede korunan kamu menfaatinin üstünlüğü, belirtilen hukuk alanında *vicdani delil sisteminin* uygulanmasını zorunlu kılmıştır. Sözü edilen sistemin iki boyutu bulunmaktadır. Öncelikle maddi gerçeğe ulaşılması sürecinde her türlü bulgunun delil olarak kullanılması, diğer bir ifadeyle delil serbestisi ilkesi geçerlidir<sup>138</sup>. İkinci olarak, elde edilen deliller, hâkimin vicdani

<sup>137</sup> Belirtilen amaç gereği, ceza muhakemesinde ilgililer (şüpheli ve sanık) bakımından hukuk muhakemesindeki gibi bir ispat yükü söz konusu değildir. Zira bahse konu sistemde iddia makamının lehte ve aleyhte delil toplayarak suç isnadı kapsamındaki vakıaların gerçek olup olmadığını ispatlaması gerekmektedir [5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) m.160 vd.].

<sup>138</sup> Bir vakianın hangi delille ispat edilebileceğinin öngörüldüğü tek istisna, duruşmanın kanunda belirtilen usul ve esaslara uygun yapıp yapılmadığının yalnızca tutanakla ispat olunabilmesidir (CMK m.222).

kanaatine göre serbestçe değerlendirilmektedir<sup>139</sup> (Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu 2010, 1327).

Ceza muhakemesinde serbest delil sistemi benimsenmekle birlikte, ilgili mevzuat hükümleri incelendiğinde bu serbestinin sınırsız olmadığı görülmektedir. Zira Anayasa'nın 38. maddesinin 7. fıkrası ile CMK'nın 206. ve 217. maddeleri uyarınca kanuna aykırı elde edilen bulguların delil olarak kullanılması mümkün değildir. Ayrıca yine Anayasa'nın 38. maddesinin 5. fıkrası uyarınca kimsenin kendisini suçlayıcı delil sunmaya zorlanamayacağı öngörüldüğünden, belirtilen ilkeye aykırı olarak elde edilen bir delilin, delili sunan şahıs aleyhine kullanılması yasaklanmıştır. Sözü edilen ilkelere ek olarak, doktrinde delillerin gerçekçilik, akılcılık ve olayı temsil etme niteliklerini haiz olması gerektiği kabul edilmektedir (Ünver ve Hakeri 2010, 66). Dolayısıyla belirtilen nitelikleri taşıyan, usul kuralları ve temel hak ve özgürlüklere riayet edilerek elde edilen her türlü delil, ispat vasıtası olarak kullanılabilir. Bu kapsamda belirtinin de delil olarak kullanılması mümkündür. Öte yandan, belirti delili tek başına suçu ispata elverişli olmayıp ancak diğer delillerle birlikte değerlendirildiğinde isnadı destekleyici bir işlev görmektedir (Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu 2010, 1392).

Delillere ek olarak ceza yargılamasında hâkim, kanaatini oluştururken karinelere de yararlanabilmektedir. Bununla birlikte ispat standardının en yüksek seviyede olduğu ceza muhakemesinde karinelerin ispat vasıtası olarak kullanılması, şüpheli ve sanıklar bakımından masumiyet karinesinin ihlal edildiği iddialarını gündeme getirmektedir. Ancak Anayasa Mahkemesi, aşağıdaki değerlendirmelere dayanarak sözü edilen iddiaları reddetmiştir:

*“Genel anlamda suçun kanıtlanması yükümlülüğü iddia edende kaldığı sürece, savunmasını oluşturmak için ispat yükünü sanığa devreden kurallar ile hukuki veya fiili varsayımların olduğu durumlarda ispat yükünün yön değiştirmesi, masumiyet karinesine aykırılık taşımaz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de birçok kararında ispat külfetini tersine çeviren hukuki veya fiili karinelerin kabulünü Sözleşme'nin 6. maddesinin ikinci fıkrasına aykırı bulmamıştır.”<sup>140</sup>*

Delillerin değerlendirilmesi hususunda ise ceza hukukunda bütüncül yaklaşımın egemen olduğu görülmektedir<sup>141</sup>. Dolayısıyla elde edilen delillerin suçu ispata elverişli olup olmadığının belirlenmesinde, delillerin bir araya getirilmesiyle oluşturulan genel kanaat dikkate alınmaktadır (Ünver ve Hakeri 2010, 56). Ayrıca vicdani delil sisteminin uzantısı olarak delillerin ispat gücü serbestçe değerlendirilebilmekte, bu hususta tek kriter “delilin güvenilirliği

<sup>139</sup> CMK m.217/1, 217/2.

<sup>140</sup> RG T:01.07.2008, S:26923, karar T:06.03.2008, E.2004/116, K.2008/74.

<sup>141</sup> Yargıtay 9. CD, 14.03.2007, 6534–2050.



ve sağlamlığı” olarak ortaya çıkmaktadır (Şahin 2005, 679). Öte yandan, delil türlerini oluşturan beyan (tanık, sanık, bilirkişi), belge (yazılı belge, şekil tespit eden belge, ses ve görüntü tespit eden belge<sup>142</sup>, bilişim verisi) ve belirti arasında ispat gücüne dayanan bir derecelendirme yapıldığı görülmektedir. Bu çerçevede doğrudan delil türleri olan beyan ve belgenin, dolaylı delillere (belirti) nazaran daha güvenilir olduğu kabul edilmektedir. Nitekim CMK uyarınca ceza muhakemesinde *doğrudan doğruluk ilkesinin* ve bu ilkedен hareketle *sözlülük prensibinin* geçerli olması<sup>143</sup> sebebiyle duruşmada ortaya konulan delillerin duruşma dışında sunulan delillere, beyan delillerinin ise belge deliline kıyasla önceliği bulunmaktadır. Dolayısıyla araçların sayısı arttıkça delilin değeri ve güvenilirliği aynı oranda azalmaktadır (Şahin 2005, 659).

Ceza hukukunda maddi gerçek arayışı söz konusu olmakla birlikte, mutlak gerçeğe ulaşılmasının mümkün olamayacağı kabul edilmektedir. Nitekim hukuk, özünde ihtimallerin değerlendirilmesi faaliyetini barındırdığından, ispatın amacı da mutlak gerçek değil, “hakikat konusundaki kanaat”<sup>144</sup> olarak tanımlanmaktadır. Ancak ceza hukukunda gerçeğin, mutlak olmasa dahi kuşkuya yer vermeyecek kesinlikte belirlenmesi gerekmektedir<sup>145</sup>. Bu çerçevede delillerin değerlendirilmesine ilişkin makul bir şüphenin varlığı durumunda sanığın lehine olan sonuç tercih edilecektir (Parlar, Hatipoğlu, Yüksel 2008, 7). Zira hüküm tesis edilirken hataya düşülmesi, gerek iddia konusu fiilin zarar verdiği menfaat gerekse fail için öngörülen yaptırımın ağırlığı sebebiyle diğer hukuk alanlarına kıyasla çok daha büyük bir maliyete yol açmaktadır. İşaret edilen riski dikkate alan kanun koyucu; ceza yargılamasında, bir suçlunun cezasız kalmasının bir masumun mahkûm olmasına tercih edilmesi prensibine dayanan “masumiyet karinesi”<sup>146</sup> ve “şüpheden sanığın yararlanması” ilkesinin<sup>147</sup> esas alınmasını zorunlu kılmaktadır.

<sup>142</sup> Teknik imkânlarla orijinalinin değiştirilmesindeki kolaylık sebebiyle bu deliller Yargıtay tarafından tek başına ispata yeterli görülmemektedir (9. CD, 05.10.1984, 2346). Ayrıca sözü edilen deliller, ilgilinin kayda ilişkin iradesinin varlığı durumunda belge, CMK m.140 kapsamında gizli kayda dayanması durumunda ise belirti delilini oluşturmaktadır (Kunter, Yenisey, Nuhoğlu 2010, 1387).

<sup>143</sup> Nitekim CMK m.217/1, “*hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir*” hükmünü amirdir.

<sup>144</sup> “*Carnellutti, hâkimi mağaraya girmiş, sırtını kapıya vermiş bir adama benzetmektedir. Bu adam, mağaraya giren kişiyi duvara akseden gölgesinden tanımaya, bilmeye çalışmaktadır. Hâkimin elindeki deliller, duvara akseden gölgelerden başka bir şey değildir.*” (Kunter, Yenisey, Nuhoğlu, 2010, 1335).

<sup>145</sup> Yargıtay 11. CD, 08.10.2007, 10369/6410.

<sup>146</sup> Anayasa m.15/2, m.38/4.

<sup>147</sup> CMK m. 223/1(e).

Bu çerçevede, hâkimin bir suç fiilinin var olup olmadığı ve sanığın suçu işleyip işlemediği hususlarındaki şüphesinin ve elde edilen delillerin çelişki arz etmesi durumunda belirtilen çelişkinin giderilmesi gerekmektedir<sup>148</sup>. Ancak değinilen ilke, her türlü şüphenin sanık lehine yorumlanacağı anlamına gelmemekte, ancak akıl yürütme ve mantık kurallarına uygun olan, diğer bir ifadeyle “makul” olan şüphe dikkate alınmaktadır (Feyzioğlu 2002, 191). Dolayısıyla Türk Ceza Hukuku bakımından hâkimin şahsi iknası prensibi geçerli olmakla birlikte, uygulamanın ABD hukukunda geliştirilmiş olan “makul şüphenin ötesinde ispat” standardı ile uyumlu olduğu görülmektedir. İşaret edilen “makul şüphe” kavramından ne anlaşılması gerektiği hususunda ise Arama Yönetmeliği<sup>149</sup> hükümlerini değerlendirmekte fayda görülmektedir. Nitekim mezkûr Yönetmeliğin 6. maddesinde *makul şüphe*; “hayatın akışına göre genellikle somut olaylar karşısında duyulan şüphe” olarak tanımlanmaktadır.

Son olarak ceza hukukunda delillerin elde edilmesi yöntemleri incelendiğinde, yetkili makamların CMK’nın 74 vd. maddeleri uyarınca keşif, arama, el koyma, iletişimin dinlenmesi, ifade alma, sorgu, yemin altında tanık dinleme, adli tıp ve adli bilişim araçlarını kullanma, gizli soruşturmacı kullanma, teknik araçlarla izleme gibi oldukça geniş ve etkin araçlara sahip oldukları görülmektedir. Dolayısıyla diğer muhakeme usullerine kıyasla ceza yargılamasında, suçun ve failin tespiti için doğrudan delillere ulaşılması ihtimali çok daha yüksektir.

### **3.2. REKABET KURULU KARARLARI ÇERÇEVESİNDE KARTELLERE YÖNELİK İSPAT STANDARDI**

Uluslararası alandaki eğilime paralel olarak Türk rekabet hukukunda da karteller “en ciddi rekabet kısıtlaması” olarak nitelendirilmekte, kartellerle mücadele Rekabet Kurumu’nun öncelikli hedefi olarak kabul edilmektedir<sup>150</sup>. Kartellerin tespitine ve cezalandırılmasına atfedilen önem, özellikle son yıllarda dikkate değer ölçüde artmıştır. Öyle ki 2008 yılında RKHK’nın idari para cezalarını düzenleyen 16. maddesinde yapılan değişikliklerle, “ihlalde belirleyici etkisi olan yönetici ve çalışanlara para cezası uygulanması” müessesesinin Türk hukukuna kazandırılması, Rekabet Kurumu’na adeta “vites attıran” bir yenilik

<sup>148</sup> Yargıtay 2. CD, 18.10.2007, 10849/13316.

<sup>149</sup> Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği, RG T:01.06.2005, S:25832.

<sup>150</sup> Nitekim Anayasa’nın 167. maddesinde “kartelleşmeyi önlemek”, devletin yükümlülükleri arasında sayılmıştır. Ayrıca bkz. Rekabet Hukukunun Esasları: Kartellerle Mücadele, <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=sayfaicerikhtml&icId=53&detId=56&ustId=53&Lang=TR> ; “On yıllık geçmişte, tabii ki, en önemli gündemimiz, kartellerle mücadele olmuştur.”, Rekabet Kurumu Başkanı Prof. Dr. Nurettin Kaldırımçı’nın 2007 yılı TBMM Bütçe Konuşması, <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=sayfahtml&Id=651&Lang=TR>.

olarak yorumlanmıştır (Arı ve Aygün 2009, 9). Ancak kartellerle mücadelenin dönüm noktasını oluşturan gelişmeler, 2009 yılında Ceza Yönetmeliği<sup>151</sup> ve Pişmanlık Yönetmeliği'nin<sup>152</sup> yürürlüğe konulmasıdır. Bahse konu yönetmelikler kapsamında bir taraftan uygulamaya yönelik şeffaflık, nesnellik ve öngörülebilirlik sağlanırken; diğer taraftan kartellerin ortaya çıkarılmasının en önemli araçları olan iki yöntem Rekabet Kurumu'nun tasarrufuna sunulmuştur. Nitekim sözü edilen düzenlemeler, caydırıcı etkileri ve aktif işbirliğini teşvik etmeleri sebebiyle, ispat gücü yüksek delillerin elde edilmesinin birincil kaynağını oluşturmaktadır.

Öte yandan, kartellere atfedilen öneme rağmen, Rekabet Kurumu uygulamalarında bugüne kadar kartel faaliyetlerinin ispatı için ulaşılmaması gereken delil seviyesine yönelik somut bir saptamanın yapılmadığı görülmektedir. İspat standardı bakımından mevcut olan belirsizliğe ek olarak, Kurul kararlarının büyük çoğunluğunda delillerin kabul edilebilirliği ve delil türlerinin ispat kuvveti hususlarına ilişkin değerlendirmelere rastlamak güçtür. Ayrıca, benzer nitelikteki delillerin kullanıldığı bazı Kurul kararlarında ihlalin varlığına ve teşebbüslerin ihlale katılımına yönelik birbirinden oldukça farklı sonuçlara ulaşılmaması da, kuşkusuz, tutarlılık ve öngörülebilirlik ilkelerini önemli ölçüde zedelemektedir.

### 3.2.1. Türk Rekabet Hukuku'nda Kartellerin Hukuki Niteliği

Türk hukukunda karteller, ABD ve AB hukuk sistemlerinde olduğu gibi rakip teşebbüsler arasında gerçekleştirilen bir uzlaşma türü olarak değerlendirilmektedir. Belirtilen müessese Ceza ve Pişmanlık Yönetmeliklerinin 3. maddesinde;

*“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 eylemler”*

olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla anlaşma ve/veya uyumlu eylem vasıtasıyla icra edilen kartel faaliyetleri, RKHK'nın 4. maddesinin amaç itibarıyla ihlal edilmesi sonucunu doğurmaktadır. Anlaşma ve uyumlu eylem kavramlarının ise hukukun diğer alanlarında düzenlenen hukuki işlemlere nazaran daha geniş yorumlandığı görülmektedir. Nitekim 4. maddenin gerekçesinde belirtildiği üzere; anlaşmanın varlığı için tarafların kendilerini bağlı hissettikleri herhangi bir uzlaşma ya da uyuşmanın mevcut olması yeterlidir. Bu çerçevede yazılı, sözlü,

<sup>151</sup> Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik, RG T:15.02.2009, S:27142.

<sup>152</sup> Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik, RG T:15.02.2009, S:27142.

sarih veya zımni herhangi bir suretle taraf iradelerin uyuşması yeterli olmakta, anlaşmanın kurulması bakımından ilave bir geçerlilik şartı aranmamaktadır<sup>153</sup>. İhlalin tespitinde şekil şartlarına uygunluğunun aranmaması sebebiyle, rakipler arasında anlaşma sağlandığını ortaya koyan belgelerin imzalı olup olmadığı yahut görüşmeye/toplantıya katılan şahsın teşebbüsü temsile yetkili olup olmadığı hususları, teşebbüsün ihlalden dolayı sorumlu tutulabilmesi bakımından önem taşımamaktadır<sup>154</sup>.

Teşebbüslerin anlaşma düzeyine ulaşmayan ancak kendi bağımsız davranışları yerine ikame ettikleri pratik işbirlikleri ise uyumlu eylem müessesesi kapsamında değerlendirilmektedir. Kanun koyucu sözü edilen müessesenin amacını; teşebbüslerin rekabeti sınırlama iradelerini açıkça ortaya koymaktan yahut bu yönde delil olarak kullanılabilir belgeleri oluşturmaktan kaçınarak daha dolaylı vasıtalarla uzlaşmalarının kanunun uygulama alanı dışında kalmasını, diğer bir ifadeyle kanuna karşı hile yoluna gidilmesini engellemek olarak izah etmektedir<sup>155</sup>.

Anlaşma ve uyumlu eylem müesseselerine ilişkin esnek yaklaşıma ek olarak, uzlaşmaların gizliliğinden kaynaklanan ispat sorununu aşabilmek amacıyla, AB hukukunda içtihatla oluşturulmuş olan uyumlu eylem karinesinin RKHK'nın m.4/3 hükmü çerçevesinde kanuni bir karine olarak düzenlendiği görülmektedir. Belirtilen hüküm uyarınca, pazarın yapısal özelliklerinin ve fiyat hareketlerinin rekabetin sınırlandığı pazarlarla benzerlik arz etmesi durumunda teşebbüslerin uyumlu eylem içerisinde oldukları varsayılmaktadır. Öte yandan, mezkûr maddenin 4. fıkrası çerçevesinde bir kurtuluş beyyinesi getirilmiş olmasından hareketle; sözü edilen karinenin adi bir karine olduğu anlaşılmaktadır. Kanunun lafzından hareketle, gerek karinenin inşası gerekse kurtuluş beyyinesinde ekonomik delillerden yararlanılacağı anlaşılmaktadır. Belirtilen durum bir taraftan kartelin ispatında ekonomik analizlerin etkinliğini arttırırken, diğer taraftan yalnızca ekonomik deliller kullanılarak ispat standardının sağlanmasının mümkün olup olmadığı tartışmalarını gündeme getirmektedir.

<sup>153</sup> Borçlar hukuku hükümlerine göre taraflar bakımından bağlayıcı olmayan centilmenlik anlaşmaları dahi 4. maddenin ihlali için yeterli kabul edilmektedir (*Ege Çimento I*, T:17.06.1999, S:99-30/276-166(a); *Ekmek* T:27.10.1999, S:99-49/536-337(a), *Maaş Promosyonları*, T:07.03.2011, S:11-13/243-78).

<sup>154</sup> *Adıyaman LPG*, T:26.11.1998, S:93/750-159; *Konya Otobüs* T:18.08.2004, S:04-55/751-188; *Bartın Otobüs*, T:26.12.2006, S:06-94/1191-357.

<sup>155</sup> RKHK 4. maddenin gerekçesi.

### 3.2.2. Türk Rekabet Hukuku'nda Kabul Edilen İspat Vasıtaları

Kartellere ilişkin ispat standardının belirlenmesi bakımından öncelikle tespit edilmesi gereken husus, hangi delil türlerinin kabul edilebilir nitelikte olduğudur. RKHK'nın usule ilişkin hükümleri incelendiğinde, rekabet ihlallerinin ispatında kullanılacak delillere ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmediği görülmektedir. Bununla birlikte Kanun'un 40. ve 44. maddeleri uyarınca rekabet hukukunda resen araştırma ve resen harekete geçme ilkelerinin geçerli olduğu anlaşılmaktadır. Mezkûr düzenlemeler kapsamında Kurul; ihbar veya şikâyet üzerine yahut resen belirli bir ihlal iddiasına yönelik işlem başlatmakta, Kurul adına hareket eden yetkili personel ise RKHK'nın 14. ve 15. maddelerinde öngörülen yetkileri kullanmak suretiyle her türlü evrak ve bilgiyi talep edebilmektedir. Benzer şekilde ihlal iddiasına muhatap olan teşebbüsler de "kararı etkileyebilecek her türlü bilgi ve delili" Kurul'a sunma imkânına sahiptir. Bu çerçevede Rekabet Kurumu'nun uyguladığı usul bakımından serbest delil sisteminin geçerli olduğu sonucuna ulaşmak mümkündür<sup>156</sup>.

Rekabet ihlallerinin ispatında kullanılan vasıtalar incelenirken, RKHK'nın 47. maddesinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)<sup>157</sup>'nin delil türlerine ilişkin hükümlerine yapılan atfın değerlendirilmesi gerekmektedir. Nitekim HMK'da öngörülen bazı müesseseler (senetle ispat zorunluluğu ve yemin), mahiyetleri itibarıyla rekabet hukuku usulünde uygulanabilir nitelikte değildir. Ayrıca hukuk muhakemesinde tarafların bireysel menfaatleri korunmakta olup düzenlemeye tabi delil sistemi uygulanmaktadır. Oysaki rekabet hukukunda korunan menfaat kamu menfaati olduğundan, ihlalin ortaya çıkarılmasında delil serbestisinin geçerli olması zorunluluk arz etmektedir. Sözü edilen hususlardan hareketle, HMK'nın delile ilişkin hükümlerine yapılan göndermenin, bu hükümlerin Rekabet Kurulu işlemlerinde kıyasen, diğer bir ifade ile işlemin mahiyetiyle bağdaştığı ölçüde esas alınacağı şeklinde yorumlanması gerektiği belirtilmektedir (Konuralp 2007, 14). Dolayısıyla belirtilen yasal düzenlemenin; bazı yazarlar<sup>158</sup> tarafından ileri sürülen görüşün aksine, rekabet hukukunda hukuk muhakemesi usul ve esaslarının etkili olması sonucunu doğurmadığı, nitekim hükmün amacının rekabet hukukunda delil türleri bakımından sınırlama bulunmadığının vurgulanması olduğu düşünülmektedir.

<sup>156</sup> Benzer görüş için bkz. Arı ve Kırmızıgül (2011, 367).

<sup>157</sup> RKHK'nın 48. maddesinde 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na atf yapılmış olmakla birlikte, mezkûr kanun, 6100 sayılı HMK'nın 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girmesi ile mülga olmuştur. HMK'nın 447/2. maddesine göre diğer kanunlarda 1086 sayılı Kanun'a yapılan yollamalar bakımından HMK'nın ilgili hükümleri geçerli olacaktır.

<sup>158</sup> Örn. bkz. Gürkaynak vd. (2011, 77).

Belirtilen hususa ek olarak; RKHK'nın 47/5. maddesinin sözlü savunmaya ilişkin olarak ve tarafların Kurul'a sunabileceği deliller bakımından HMK'ya atıf yapması, soruşturmanın sözlü savunmadan önceki aşamalarında ve Kurul'un diğer uygulamalarında da HMK'nın delile ilişkin düzenlemelerin geçerli olup olmayacağı sorusunu akla getirmektedir. Belirtilen hususa ilişkin olarak doktrinde hâkim olan görüş, Rekabet Kurulu'nun bütün faaliyetleri bakımından başta HMK'da düzenlenen delil türleri olmak üzere her türlü delilin kullanılabilirliği yönündedir (Yılmaz 2004, 70). Doktrindeki görüşe paralel şekilde Rekabet Kurulu kararlarında da ispat vasıtaları bakımından herhangi bir kısıtlamanın mevcut olmadığı ifade edilmiştir<sup>159</sup>.

İşaret edilen değerlendirmelerden hareketle, kartellerin ispatında ilk olarak HMK m.199 çerçevesinde belge<sup>160</sup> olarak değerlendirilen her türlü bilgi taşıyıcısının kullanılması mümkündür. Nitekim Kurul kararlarında; imzalı<sup>161</sup>/ imzasız<sup>162</sup>/noter onaylı<sup>163</sup> anlaşma metinleri, toplantı tutanakları<sup>164</sup>, el ilanları<sup>165</sup>, resmî makamlara gönderilen yazılar<sup>166</sup>, ajanda notları<sup>167</sup>, el yazısı notlar<sup>168</sup>, takvimlik<sup>169</sup>, harita<sup>170</sup>, faks<sup>171</sup>, ihale şartnameleri<sup>172</sup>, ana sözleşmeler<sup>173</sup>, mahkeme nezdinde verilen sanık/tanık ifadeleri<sup>174</sup>, ses<sup>175</sup> ve görüntü<sup>176</sup> kayıtları, görüşme tutanakları<sup>177</sup>, fiyat listeleri<sup>178</sup>, yönetim kurulu karar defterleri<sup>179</sup>, konaklama,

<sup>159</sup> *Ege Hazır Beton*, T:02.12.2004, S:04-77/1109-278; *Kastamonu Otobüs*, T:09.02.2006, S:06-11/143-33, *Konya Otobüs* kararı.

<sup>160</sup> HMK m.199'a göre *belge*; "uyumsuzluk konusu vakıaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcılarıdır".

<sup>161</sup> *Bartın Otobüs* kararı.

<sup>162</sup> *Kastamonu Otobüs* kararı.

<sup>163</sup> *Sakarya Otobüs*, T:25.07.2006, S:06-55/713-203.

<sup>164</sup> *Adıyaman LPG* kararı.

<sup>165</sup> *Ibid.*

<sup>166</sup> *Tıbbi Sarf Malzemeleri (ÖA)*, T:06.06.2002, S:02-36/396-164.

<sup>167</sup> *İç Anadolu-Akdeniz-Marmara Çimento*, T:01.02.2002, S:02-06/51-24.

<sup>168</sup> *Refrakter*, T:29.01.2007, S:07-10/63-19.

<sup>169</sup> *Ege Çimento I* kararı.

<sup>170</sup> *Ibid.*

<sup>171</sup> *Demir Çelik*, T:14.10.2005, S:05-68/958-259.

<sup>172</sup> *Gübre*, T:08.02.2002, S:02-07/57-26.

<sup>173</sup> *Turgutlu Kuyumcu*, T:26.03.2002, S:02-16/176-70.

<sup>174</sup> *Ibid.*

<sup>175</sup> *Ibid.*

<sup>176</sup> *Kütahya Ekmek(ÖA)*, T:25.02.2010, S:10-19/240-94; *Frito Lay*, T:04.05.2004, S:04-32/377-95.

<sup>177</sup> *Ege Çimento II*, T:02.12.2004, S:04-77/1108-277.

<sup>178</sup> *Emaye Bobin*, T:04.07.2007, S:07-56/672-209.

<sup>179</sup> *Gaziantep Beton*, T:30.05.2006, S:06-37/477-129.

yemek ve toplantı salonu kiralama hizmetleri alındığına ilişkin faturalar<sup>180</sup>, mektup<sup>181</sup>, iç yazışma<sup>182</sup>, elektronik posta<sup>183</sup>, internet sohbeti çıktıkları<sup>184</sup>, CD<sup>185</sup>, sunumlar<sup>186</sup>, rakip teşebbüsün antetli kağıtları üzerine alınan notlar<sup>187</sup> gibi farklı çeşit ve nitelikteki belgenin delil olarak kullanıldığı görülmektedir. Kartel soruşturmasında esas alınan en yaygın delil türü belge olmakla birlikte, ispat sürecinde soruşturmaya taraf olan teşebbüsler ve ilgili üçüncü kişilerin ifadeleri<sup>188</sup> ile ekonomik verilerden de sıklıkla yararlanılmaktadır. Dolayısıyla, tutarlılık, açıklayıcılık ve kısmen dahi olsa ikna edicilik vasıflarını taşıyan belirti delilleri<sup>189</sup> de ispat vasıtası olarak kullanılabilir (Konuralp 2007, 19).

Rekabet ihlallerinin ispatında delil serbestisinin geçerli olmasının bir başka sonucu, kartel soruşturmasında birincil delillerle birlikte yahut tek başına ikincil delillerin de kullanılabilmesinin mümkün olmasıdır. Bu çerçevede içeriği somut olarak uzlaşmaya işaret etmeyen ancak rakipler arasındaki koordinasyonu gösteren iletişim delilleri ile ekonomik veriler, delillerin bütün olarak değerlendirilmesi neticesinde ihlalin ortaya koyulabilmesi kaydıyla, Rekabet Kurumu tarafından ispat vasıtası olarak kullanılabilir.

Rekabet hukukunda geçerli olan prensip delil serbestisi olmakla birlikte, diğer bütün hukuk sistemlerinde olduğu gibi, sözü edilen serbestinin sınırsız olmadığı ve insan haklarıyla belirlenen sınırlar içerisinde kullanılması gerektiği kabul edilmektedir. Rekabet Kurumu uygulamalarında geçerli olan delil yasaklarını aşağıdaki başlıklar altında değerlendirmek mümkündür:

<sup>180</sup> *Ibid.*

<sup>181</sup> *İthal Kömür I*, T:25.07.2006, S:06-55/712-202.

<sup>182</sup> *Ibid.*

<sup>183</sup> *İlaç*, T:19.01.2007, S:07-07/43-12.

<sup>184</sup> *Diyaliz I*, T:25.12.2008, S:08-75/1198-463.

<sup>185</sup> *Diyaliz II*, T:23.10.2010, S:10-80/1687-640.

<sup>186</sup> *Ibid.*

<sup>187</sup> *Ibid.*

<sup>188</sup> Yılmaz, Rekabet Kurumu uzmanlarının yerinde inceleme yahut görüşmeler sırasında ilgililerin ifadelerini kayıt altına alması sonucu oluşturulan görüşme tutanaklarını HMK m. 240 ve devamında düzenlenen “tanık” deliline benzetmektedir (1999, 99). Ancak Rekabet Kurulu’nun ve görevli personelin şahısları ifade vermeye zorlayamaması, yemin altında ifade usulünün rekabet hukukunda mevcut olmaması ve çapraz sorgu imkânının yokluğu sebebiyle belirtilen tutanakların tanık delili gücünde değerlendirilemeyeceği düşünülmektedir (Benzer hususta AB hukukundaki tartışmalar için bkz. 2.2.3. numaralı başlık).

<sup>189</sup> Örneğin, Kurul kararlarında; ihalede danişıklı hareket bakımından teklif stratejileri ile ihalelerin hangi teşebbüsler tarafından kazanıldığı bilgilerinin (*KGM ihalesi*, T:03.08.2011, S:11-44/959-312) ve teşebbüsler arasında koordinasyonun varlığı bakımından bilgi değişimlerinin (*Ege Hazır Beton kararı*) emare/belirti olarak kullanıldığı görülmektedir.

*i. Hukuka aykırı olarak elde edilen deliller:*

Evrensel bir yargılama ilkesinin Anayasa'nın 38. maddesinin 6. fıkrası uyarınca Türk hukukunda da kabulü neticesinde, hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin Kurul kararlarına dayanak oluşturması yasaklanmıştır. Bu çerçevede yetkisiz olarak yahut hukuka aykırı bir yetki kararına dayanarak yapılan yerinde incelemelerde elde edilen bulgular ile teşebbüsü ikrara zorlamak suretiyle ulaşılan bilgi ve belgeler<sup>190</sup> hukuka aykırı olarak değerlendirilmektedir. Benzer şekilde, CMK'da öngörülen usul hükümleri çerçevesinde yapılan kayıtlar hariç olmak üzere, gizli ses ve görüntü kayıtlarının delil olarak kullanılması mümkün değildir. Dolayısıyla *Tıbbi Sarf Malzemeleri II*<sup>191</sup> kararında olduğu gibi hâkim yahut Cumhuriyet Savcılığı kararıyla iletişimin dinlenmesi, teknik araçlarla izleme ve gizli soruşturmacı usulleriyle elde edilen ses ve görüntü kayıtları hukuka uygun olduğundan Rekabet Kurulu kararlarında esas alınabilmektedir. Öte yandan, *Turgutlu Kuyumcu* kararında yetkisiz kişilerce gizli olarak kaydedilen<sup>192</sup> ses bantları ile *Frito Lay* kararında şikâyetçi tarafından kaydedildiği anlaşılan videoların Kurul nezdinde delil olarak değerlendirilmesinin, belirtilen kararların hukuki zemini bakımından tereddüde yol açtığı düşünülmektedir<sup>193</sup>.

*ii. Öneri/soruşturma kararının kapsamı dışında kalan deliller:*

ABD ve AB hukuk sistemlerinde olduğu gibi RKHK kapsamındaki öneri ve soruşturmalarda da görevli personelin delil elde etme yetkisi, Kurul'un işlem başlatılmasına ilişkin kararının kapsamı ile sınırlıdır. Öte yandan uygulamada, belirli bir ihlal iddiasına yönelik yapılan yerinde incelemeler ve bilgi talepleri esnasında başka bir rekabet ihlaline ilişkin delillere ulaşılabilmektedir. Belirtilen durumda elde edilen deliller *tesadüfî delil* olarak kabul edilmekte ve yeni bir öneri yahut soruşturma açılmasına dayanak olarak kullanılabilir. Ancak bu tür delillerin tek başına teşebbüsler aleyhine birincil delil olarak değerlendirilemeyeceği, ilave delillerle desteklenmesi gerektiği kabul edilmektedir (Yılmaz 1999, 101).

<sup>190</sup> Kendini suçlayıcı delil sunmaya zorlamama ilkesinin kapsamı, hangi koşullar altında ihlale ilişkin bilgi taleplerinin hukuka uygun kabul edileceği ve pişmanlık programı kapsamında yapılan başvuruların söz konusu ilkenin istisnasını oluşturduğu hususlarında *bkz.* Gündüz (2009, 54 vd).

<sup>191</sup> *Tıbbi Sarf Malzemeleri II*, T:19.12.2008, S: 08-74/1180-455.

<sup>192</sup> Yetkisiz kişilerce yapılan gizli kayıtların hukuka aykırılığı ve görüşmenin taraflarından birinin kaydı gerçekleştirmiş olmasının sözü edilen veriyi hukuka uygun hale getirmediği yönündeki değerlendirmeler ile Yargıtay'ın konuya ilişkin yaklaşımı için *bkz.* Kunter, Yenisey ve Nuhoglu (2010, 1450 vd).

<sup>193</sup> *Kütahya Ekmek* kararında da şikâyetçi tarafından sunulan bir görüntü kaydının delil olarak değerlendirilmesine karşın, sözü edilen videonun yerel bir yayın organında yayımlanan haber bülteninin kayıtlarını içermesi sebebiyle gizli kayıt çerçevesinde değerlendirilemeyeceği düşünülmektedir.



*iii. Teşebbüsün savunma hakkını kullanmadığı belgeler:*

RKHK'nın 44. maddesinin 3. fıkrası; “Kurul, tarafları bilgilendirmediği ve savunma hakkı vermediği konuları kararlarına dayanak yapamaz” hükmünü amirdir. Bu çerçevede soruşturmaya taraf olan teşebbüslerin iddiaların türü ve niteliği hakkında bilgilendirilmeleri ve taraflara Kurul kararına esas teşkil eden delillerin tamamına yönelik savunma imkânının sunulması gerekmektedir.

*iv. Avukat-müvekkil gizliliğinden yararlanan belgeler:*

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 36. maddesi uyarınca avukatların görevleri uyarınca öğrendikleri hususları açıklamaları yasaktır. Ayrıca CMK'nın 130. maddesinde avukatlık bürolarında yapılacak arama, el koyma ve postada el koyma işlemlerine ilişkin özel bir usul öngörülmekte, aramada elde edilen bir belgenin avukat ve müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğunun hâkim kararıyla tespiti durumunda, söz konusu evrakın iade edileceği ve işleme ilişkin tutanakların ortadan kaldırılacağı belirtilmektedir. Sözü edilen ilişkiye ait belgelerin rekabet hukuku incelemeleri kapsamında nasıl değerlendirileceği hususunda ise RKHK'da herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Öte yandan Rekabet Kurulu'nun, belirtilen tartışmayı somut olarak ilk kez değerlendirdiği CNR 2<sup>194</sup> kararının bu konuda yol gösterici nitelikte olduğu düşünülmektedir. Zira sözü edilen kararda Kurul, tamamı avukat ile müvekkil arasındaki yazışmalardan oluşan delillere dayanarak hüküm tesis etmiş ve soruşturmaya taraf olan teşebbüsün belirtilen belgelerin delil olarak kullanılamayacağı savunmasına cevaben, avukat-müvekkil yazışmalarının tahlilinde esas alınacak koşulları tespit etmiştir. Karara göre; i) yazışmaların bağımsız (teşebbüs bünyesinde bordrolu olarak çalışmayan) bir avukat ile yapılmış olması ve ii) yazışmaların içeriğinin savunma hakkının kullanımına ilişkin olması şeklinde ifade edilen kümülatif koşulların varlığı halinde, elde edilen belgeler delil olarak dikkate alınamayacaktır. Böylelikle kurum içi avukatlar ile yapılan yazışmaların bahse konu korumadan yararlanamayacağı<sup>195</sup> açıkça belirtilmiş bulunmaktadır.

### **3.2.3. Rekabet Kurumu Uygulamalarında Delillerin Elde Edilmesi**

RKHK'nın 4. maddesinde öngörülen yasal düzenlemeler ve Kurul kararlarının geneline hâkim olan yaklaşımdan hareketle, kartel niteliğindeki uzlaşmaların ispat kolaylığı sağlayacak şekilde esnek yorumlandığı, dolayısıyla ABD ve AB hukukundaki uygulamalar ile paralelliğin mevcut olduğu görülmektedir. Ancak RKHK'nın 4. maddesi ve Pişmanlık Yönetmeliği'nin genel gerekçesinde açıkça ifade edildiği üzere, kartellerin gizliliği Türk hukuku bakımından da ihlalin ispatını önemli ölçüde zorlaştırmaktadır.

<sup>194</sup> CNR 2, T:13.10.2009, S:09-46/1154-290.

<sup>195</sup> Aksi yöndeki görüş için bkz. Budak (2004, 149).

Karteller Türk hukuk sisteminde bir suç türü olarak düzenlenmediğinden, bahse konu ihlalin ispatında CMK kapsamında öngörülen cezai soruşturma ve kovuşturma yöntemlerinin kullanılması mümkün değildir. Belirtilen hususa ek olarak Rekabet Kurumu'nun yetkileri, yine bir idari merci olan AB Komisyonu'nun yetkileri ile kıyaslandığında dahi yetersiz kalmaktadır<sup>196</sup>. Zira Rekabet Kurumu'nun delil elde etme araçları RKHK'nın 14. ve 15. maddelerinde düzenlenen bilgi isteme ve yerinde inceleme yetkilerinden ibarettir. Belirtilen hükümlere göre Kurul, tüm kamu kurum ve kuruluşları, teşebbüsler ve teşebbüs birliklerinden her türlü bilgiyi talep etmeye; teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin her türlü mal varlığında inceleme yapmaya, defter, evrak ve belgelerini inceleyerek suret almaya yetkilidir. Öte yandan, son yıllarda teşebbüsler nezdinde ilgili mevzuata yönelik bilincin arttığı ve teknolojik gelişmelere paralel olarak çeşitli iletişim imkânlarının kullanıma sunulduğu dikkate alındığında, mevcut yetkilerin kartellere ilişkin delil elde etmede yetersiz kaldığı açıktır<sup>197</sup>. Öyle ki son yıllarda teşebbüsler, kartellerin gizliliğini muhafaza edebilmek amacıyla yazılı delil bırakmaksızın, Kurum'un tahkikat yetkisinin dışında kalan telefon görüşmeleri yahut teşebbüsün mal varlığı dışındaki iletişim kanalları üzerinden faaliyetlerini yürütmektedir. Bu itibarla, Rekabet Kurumu'nun teşebbüsler karşısındaki dezavantajının giderilebilmesi için iletişimin izlenmesi ve adli bilişim<sup>198</sup> araçlarının sağlanmasının zorunlu olduğu, zira belirtilen yetkilerin yakın gelecekte kartel delillerine ulaşılmasının yegâne yöntemi haline geleceği kabul edilmektedir (Kekevi 2008b 127).

Gelinen noktada; başta kartellerin varlığını doğrudan ispata yarayan birincil deliller olmak üzere ispat vasıtalarının elde edilmesindeki zorluk, ikincil delillerin değerlendirilmesini çok daha ehemmiyetli ve ivedi bir sorun haline getirmiştir. Bu itibarla, çalışmanın bundan sonraki bölümünde Rekabet Kurumu'nun yaklaşık on beş yıllık uygulamasında delillerin değerlendirilmesi ve delil seviyesi eşliğine ilişkin benimsenmiş olan yaklaşımlar ele alınacak, ulaşılan sonuçlar ışığında kartellerde uygulanacak ispat standardına ilişkin sorunlar ve çözüm önerileri değerlendirilecektir.

<sup>196</sup> Nitekim Komisyon'un yerinde inceleme yetkileri 1/2003 sayılı Tüzük'ün yürürlüğe konulması ile genişletilerek, inceleme süresince teşebbüsün her türlü mal varlığını, evrak ve kayıtlarını mühürleme ve ciddi bir rekabet ihlalinin varlığını ispata yarayan delillerin teşebbüsün mal varlığı dışında tutulduğu yönünde makul bir şüphenin bulunması halinde, yönetici ve çalışanların konutları dâhil olmak üzere, diğer mahaller ve ulaşım araçlarında yerinde inceleme yapma yetkisi tanınmıştır. Komisyon'un yerinde inceleme usulüne ilişkin tartışmalar için *bkz.* Pınar (2011, 127-154).

<sup>197</sup> Sözü edilen soruna ilişkin Kurul tarafından yapılan tespitler için *bkz.* *Ege Çimento II* kararı.

<sup>198</sup> Adli bilişimin kartellerin ortaya çıkarılmasındaki rolü için *bkz.* International Competition Network, Cartel Working Group (2010), "Anti-Cartel Enforcement Manual - Chapter 3: Digital Evidence Gathering", <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc627.pdf>.

### 3.2.4. Türk Rekabet Hukuku'nda Kartellere İlişkin Delillerin Değerlendirilmesi

Delil türleri bakımından söz konusu olduğu gibi, delillerin değerlendirilmesi ve delil türlerine atfedilen ispat gücü hususlarında da RKHK'da herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Öte yandan, kamu menfaatinin korunması amacına hizmet eden idare ve ceza hukuku yargılamalarında delil serbestisi ilkesi ile bu ilkenin tamamlayıcısı olarak delillerin serbestçe değerlendirilmesi prensibinin geçerli olduğu dikkate alındığında, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabetin korunmasına ilişkin kamu menfaatini koruyan rekabet hukuku bakımından da aynı ilkenin geçerli olması gerektiği düşünülmektedir. Nitekim Kurul, delillerin ispat gücünü ve kartele ilişkin ispat standardını sağlamaya yeterli olup olmadıklarını serbestçe tayin edebilmekte; bu itibarla delillerin değerlendirilmesi hususunda Kurul kararları rehber oluşturmaktadır. Sözü edilen değerlendirmenin somut olayın şartlarına göre farklılık arz edeceği kabul edilmekle birlikte, ispat vasıtaları analiz edilirken belirli kriterlerin esas alınması, hukuki belirlilik ve tutarlılığın sağlanabilmesi açısından önem taşımaktadır.

#### 3.2.4.1. Delillerin İspat Gücüne Etki Eden Faktörler

Delillerin serbestçe değerlendirildiği sistemler bakımından geçerli olan yegâne prensip, “delillerin güvenilirliği”dir<sup>199</sup>. Ancak “güvenilirlik” ifadesinin belirsizlik arz etmesi sebebiyle sözü edilen prensibin hangi koşullar çerçevesinde yerine getirilmiş sayılacağı sorunu izaha muhtaçtır. İşaret edilen meseleye ilişkin Kurul'un yaklaşımı incelendiğinde ise, delillerin ispat gücünün ölçülmesine yönelik somut bir standart tespiti yerine, kararların büyük çoğunluğunda mevcut delillerin bütün olarak ihlali ispat etmede yeterli görülüp görülmediğine ilişkin genel ifadelerle yer verildiği görülmektedir. Bu çerçevede mehaz AB hukukunda *Rhône-Poulenc* kararı ile geliştirilen kriterlerin Türk hukuku bakımından da yol gösterici olacağı düşünülmektedir. Belirtilen husustan hareketle, Kurul'un delil türlerine ilişkin değerlendirmede bulunduğu kararlar ışığında her bir kritere ilişkin esas alınan unsurlar aşağıda incelenmiştir.

##### *i. Delilin kaynağı*

İhlalin tespitine dayanak oluşturulan delillerin ispat gücü, delilin kimin tarafından oluşturulduğuna bağlı olarak farklılık göstermektedir. Nitekim bilginin kaynağı ile karar mercii arasındaki vasıta sayısı arttıkça, delilin ispat gücü azalmaktadır. Belirtilen kriter kartel soruşturmalarına uygulandığında, kartel toplantısına yahut ihlale ilişkin görüşmeye katılan, diğer bir ifadeyle uzlaşmanın tarafı olan teşebbüslerden elde edilen delillerin ispat gücünün, üçüncü kişilerden elde edilen delillere kıyasla daha yüksek olduğu kabul edilmektedir.

<sup>199</sup> Ceza muhakemesi bakımından *bkz.* 3.1.2. numaralı başlık.

Rekabet Kurulu'nun üçüncü şahıslar<sup>200</sup> tarafından oluşturulan belgeler ile sözlü beyanlara ilişkin yaklaşımı, bahse konu delillerin tek başına ihlali ispat için yeterli olmadığı yönündedir. Nitekim *Akdeniz Çimento*<sup>201</sup>, *Kütahya Ekmek, Medikal Gaz*<sup>202</sup> ve *Çimsa-Cimpor Çimento*<sup>203</sup> kararlarında belirtilen yaklaşımı somut olarak görmek mümkündür. Öte yandan, kartel taraflarından birinde bulunan yahut taraflardan yalnızca birinin oluşturduğu bir belgenin tek başına ihlali ispat için yeterli olup olmadığı hususunda Kurul'un birbirinden oldukça farklı değerlendirmelerde bulunduğu görülmektedir. Zira *Akdeniz Çimento* kararında teşebbüslerden birinin diğer rakipler ile fiyat görüşmesi yapıldığı ve pazarın paylaşıldığına ilişkin ifadeler içeren iç yazışması ispat için yeterli bulunmamış; benzer şekilde *İthal Kömür* kararında rakiplerden elde edilen on adet belgede adı geçen bir teşebbüsün kendisinde delil bulunmadığı için kartele taraf olmadığı yönünde karar verilmiştir. Bununla birlikte, *İç Anadolu-Akdeniz-Marmara Çimento, Gübre, Gaziantep Beton, İlaç ve Diyaliz III* kararlarında ise; uzlaşmaya ilişkin delillerin kartele taraf olan teşebbüslerin her birinde yapılan incelemelerde elde edilmesine gerek olmadığı, rakiplerden birinde bu tür bir belgenin tespit edilmesinin yeterli olduğu vurgulanmıştır. İşaret edilen kararlardaki farklı değerlendirmeler karşısında Kurul'un yaklaşımının tereddüde yol açabileceği görülmektedir. Ayrıca *İç Anadolu-Akdeniz-Marmara Çimento* kararında da ifade edildiği üzere, kartellerin gizliliği sebebiyle her teşebbüste delil bulunmasının beklenemeyeceği, aksi durumun delilleri yok etmede en

<sup>200</sup> Alt veya üst pazarda faaliyet gösteren yahut aynı ilgili ürün pazarında fakat farklı coğrafi pazarda faaliyet gösteren teşebbüsler dahil olmak üzere uzlaşmanın tarafı olmayan teşebbüsler yahut tüketiciler, üçüncü şahıslar kapsamında değerlendirilmektedir.

<sup>201</sup> *Akdeniz Çimento*, T:03.10.2006, S:06-69/930-267.

<sup>202</sup> *Medikal Gaz*, T:11.11.2010, S:10-72/1503-572. Kararda, başvuru sahibi Berk Gaz tarafından düzenlenen ve diğer teşebbüslerle yapılan görüşmelere ilişkin notlar, Berk Gaz'ın uzlaşmanın tarafı olmadığı pazarlardaki ihlal iddiaları için tek başına ispata elverişli sayılmamıştır. Aynı kriterden hareketle söz konusu belgeler, bahsi geçen teşebbüsün uzlaşmaya iştirak ettiği pazarlara ilişkin olarak ispat eşiğini sağlamaya yeterli görülmüştür. Bununla birlikte Berk Gaz'ın uzlaşmaya taraf olmadığı pazarlar bakımından, yapılan yerinde incelemelerde belirtilen notları destekleyecek ilave delillerin bulunması halinde ihlalin mevcut olduğuna hükmedilmiştir. Ayrıca kararda, "bu belgelere dayanılarak anlaşmaya taraf olduğu iddia edilen teşebbüslerin hastane medikal gaz alım ihalelerindeki fiyat tekliflerine ve ihalelere katılım durumlarına bakılmasının, taraflar arasında 4054 sayılı Kanunun yasakladığı bir anlaşmayı ispatlaması bakımından yetersiz olduğu açıktır." ifadesine yer verilmiştir. Fakat ihlal tespiti yapılmayan pazarlara yönelik değerlendirmelerde; kararın diğer bölümlerinden farklı olarak, teşebbüslerin ihalelerdeki davranışlarının Berk Gaz'dan elde edilen notlarla paralellik içerip içermediğine ilişkin herhangi bir tespitte yer verilmediğinden, bu tür bir davanın delilinin somut olayda var olup olmadığı hususunda herhangi bir çıkarım yapılması mümkün olmamaktadır.

<sup>203</sup> *Çimsa-Cimpor Çimento* (ÖA), T: 03.08.2011, S: 11-44/979-329. Söz konusu kararda ayrıca soruşturma açılması standardına yönelik olarak, "belgelerin açıklık ve kuvvetinin ihlalin varlığına yönelik makul bir şüphe oluşturmaması" kriteri öngörülmüştür. Bu çerçevede soruşturma açılması standardının yükseltildiği görülmektedir.

başarılı olan teşebbüslerin ödüllendirilmesine yol açacağı açıktır. Bu itibarla, Kurul'un yakın tarihli kararlarında da belirtilen yaklaşımı tercih etmesinden hareketle, kartel taraflarının tamamında delil bulunmasının zorunlu olmadığı, delil değerlendirmesi bakımından dikkate alınması gereken hususun, elde edilen delillerin bir araya getirilmesi sonucu ulaşılan kanaat olduğu düşünülmektedir.

Delili oluşturan tarafın niteliği bakımından değerlendirilmesi gereken bir başka konu, pişmanlık başvurusu kapsamında sunulan bilgilerin yahut verilen ifadelerin güvenilirliği meselesidir. Belirtilen sorun *Medikal Gaz* soruşturmasında tartışılmış; taraflar, yalnızca başvuruda sunulan delillere dayanılarak ihlal tespiti yapılamayacağını, zira başvuru sahibi teşebbüsün tam bağışlıktan yararlanabilmek amacıyla bu belgeleri oluşturduğunu, belgelerin gerçeği yansıtmadığını ileri sürmüştür. Kararda Kurul belirtilen belgelerin güvenilirliği hususunda herhangi bir değerlendirme yapmamakla birlikte, ihlale yönelik olarak pişmanlık başvurusu ile sunulan deliller dışında yerinde incelemeler kapsamında da delil elde edilmiş olduğu gerekçesiyle tarafların savunmalarını reddetmiştir.

Pişmanlık başvuruları kapsamında sunulan belgelerin güvenilirliği meselesi, AB hukukunda tartışılan bir husustur<sup>204</sup>. AB içtihiyatında bu tür belgelerin güvenilir olmadığı savunması reddedilirken, bağışlıklar yahut indirim talebinde bulunan teşebbüsün yanıltıcı bilgi sunmasının rasyonel olmadığı, zira bu tür bir davranışın tespiti halinde aktif işbirliği yükümlülüğü yerine getirilmediğinden pişmanlıktan yararlanılamaması riskinin ortaya çıkacağı belirtilmiştir. Benzer bir gerekçenin Türk hukuku bakımından da kabul edilebileceği düşünülmektedir. Öte yandan savunmalarda ileri sürülen tereddüdün giderilebilmesi adına, başvuruda sunulan belge ve ifadelerin ilave delillerle desteklenmesinde ve söz konusu delillerin uzlaşmaya ilişkin genel şablonla uyumluluğunun dikkate alınmasında yarar görülmektedir.

## ii. Delilin oluşturulma koşulları

Delillerin ispat gücünün belirlenmesinde dikkate alınan bir başka kriter, delillerin oluşturulma zamanıdır. Nitekim soruşturma açılması kararından önce oluşturulan (eş zamanlı) delillerin ispat gücü, soruşturma açıldıktan sonra oluşturulan delillere, diğer bir ifadeyle soruşturma tarafları ile üçüncü kişilerin ifadelerine kıyasla daha yüksektir. Nitekim belirtilen ilk durumda teşebbüslerin kartel toplantıları yahut görüşmeleri müteakip oluşturdukları delillerin gerek iletişime ilişkin bilgilerin derhal aktarılmış olması gerekse bu tür belgelerin ileride aleyhe delil olarak kullanılabilmesi endişesi olmaksızın oluşturulduğunun varsayılması sebebiyle daha güvenilir oldukları kabul edilmektedir. Bununla birlikte üçüncü kişiler (örneğin teşebbüsün kartel toplantısına katılmayan bir

<sup>204</sup> Bkz. 2.2.3. numaralı başlık.

yöneticisi) tarafından verilen ifadeler, ihlale ilişkin elde edilen diğer deliller ile tutarlılık göstermeleri halinde geçerli bir delil olarak nitelendirilebilmektedir<sup>205</sup>.

Kurul'un ifade delillerinin değerlendirilmesine ilişkin yaklaşımı incelendiğinde, yalnızca bu tür delillere dayanarak kartelin ispat edilmesinin kural olarak mümkün olduğu görülmektedir. Nitekim RKHK bakımından delil serbestisi ilkesinin geçerli olması sebebiyle, bu tür delillerin ispata elverişli olmadığı yönünde herhangi bir düzenleme öngörülmemiştir<sup>206</sup>. Bununla birlikte, Kurul'un tek başına sözlü beyanlara dayanarak verdiği kararların istisnai olduğu, ABD ve AB hukukundaki eğilime paralel şekilde ağırlıklı olarak yazılı deliller esas alınmak suretiyle kartelin varlığı sonucuna ulaşıldığı anlaşılmaktadır (Kekevi 2008b, 152).

Delilin oluşturulması ile ilişkili diğer bir unsur, delillerin nerede elde edildiği meselesidir. Ancak uygulamada, bir belge veya ifadenin kartel taraflarının hangisinde yapılan incelemede temin edildiğinin önem arz etmediği anlaşılmaktadır. Benzer şekilde üçüncü kişilerde bulunan delillerin de ispat vasıtası olarak kullanılması mümkündür. Nitekim Kurul'un *Ege Çimento I* kararında belirttiği üzere delilin ispat gücü bakımından dikkate alınacak olan husus, belgenin kime ait olduğu ya da nerede yapılan yerinde incelemede elde edildiği değil, içerik itibarıyla ne ifade ettiğidir.

### *iii. Delilin görünüş itibarıyla sağlam ve güvenilir olup olmadığı*

Delilin kaynağı ve oluşturulma koşulları ile birlikte, görünüş itibarıyla güvenilir olup olmadığı hususu da ispat gücü tartışmaları bakımından ön plana çıkmaktadır. Bu çerçevede öncelikle, rekabet hukukunda uzlaşmalara yönelik herhangi bir şekil şartının aranmaması sebebiyle kartel anlaşmasında tarafların imza veya kaşelerinin bulunmaması<sup>207</sup> yahut belgenin el yazısı ile oluşturulması gibi şekli unsurların delilin güvenilirliği üzerinde herhangi bir menfi etkisi bulunmamaktadır. Öte yandan delil ne kadar detaylı ise, diğer bir ifadeyle uzlaşmanın konusu, tarafları, etkilediği pazarlar gibi unsurlara ilişkin ne kadar fazla bilgi içeriyorsa, ispat gücünün o kadar yüksek olduğu kabul edilmektedir. Nitekim belirtilen detayları içeren belgeler doğrudan ispat gücünü haiz olduğundan birincil delil kapsamında değerlendirilmekte, kartelin bütün unsurlarını içeren deliller ise *smoking gun* olarak nitelendirilmektedir<sup>208</sup>.

<sup>205</sup> Bkz. *Emaye Bobin* kararı.

<sup>206</sup> Örneğin Kurul; *Ege Hazır Beton* kararında tanık ifadelerine, *Granisetron* kararında (T:13.07.2006, S:06-51/655-183) ise kartel taraflarının ifadelerine dayanarak ihlal tespitinde bulunmuştur. Öte yandan söz konusu kararlarda birbiriyle tutarlı çok sayıda ifadenin bulunduğu ve ifadelere ek olarak davranışsal delillerden de yararlandığı belirtilmesi gerekmektedir.

<sup>207</sup> Örneğin bkz. *Konya Otobüs* kararı.

<sup>208</sup> *Work and Travel* (ÖA), T:11.04.2007, S:07-31/325-120.

*iii. Delilin diğer ispat vasıtaları ile tutarlılık arz etmesi*

Delillerin ispat gücünün tespitine ilişkin Rekabet Kurulu kararlarında benimsenen temel prensip, delillerin bütün olarak değerlendirilmesidir<sup>209</sup>. Özellikle ikincil delillerin değerlendirilmesi açısından ehemmiyet arz eden bu yaklaşıma göre kartellere ilişkin elde edilen delillerin tek tek ispat standardını sağlaması aranmamakta, deliller bir araya getirilerek oluşturulan ihlal şablonunun kartelin varlığına işaret edip etmediği incelenmektedir. Dolayısıyla teşebbüslerin sıklıkla başvurdukları, delillerin münferit olarak zayıflatılmasına dayanan savunma taktiği, yabancı hukuk sistemlerinde olduğu gibi Türk hukukunda da kabul görmemektedir. Aynı ilkedен hareketle bir teşebbüsün sorumluluktan kurtulabilmesi için ihlal tespitine dayanak oluşturan delillere ilişkin ayrı ayrı makul açıklamalar sunmaları yeterli olmamakta, delillerin birleştirilmesi ile oluşan genel tablonun aksini ispat etmeleri gerekmektedir.

Sözü edilen prensipten hareketle, bir delilin bir başka delilde yer verilen bilgiler ile çelişki arz etmesi yahut delilde yer alan bilgilerin kaynağının şüphe oluşturması durumunda, sözü edilen delillerin ispat gücünün düşük olduğu ve bu tür delillere dayanılarak kartelin ispat edilemeyeceği değerlendirilmektedir. Dolayısıyla her ne kadar delillerin münferit olarak ispat standardını sağlaması zorunluluğu bulunmasa da, her bir delilin ihlale ilişkin genel şablon ile uyum içerisinde olması ve deliller bütünü içerisindeki diğer ispat vasıtaları ile çelişmemesi gerekmektedir<sup>210</sup>. Bununla birlikte Kurul kararlarındaki genel yaklaşım incelendiğinde, delillerin kabul edilebilirliği ve ispat gücüne ilişkin delil bazında değerlendirme yapılmak yerine çoğunlukla “delillerin bütününlü ihlali ispata yeterli olduğu/olmadığı” hususunun belirtilmesi ile yetinildiği görülmektedir. Her ne kadar delillerin ispat gücünün değerlendirilmesi Kurul’un takdirinde ise de, hangi delillerin kartelin varlığını ortaya koymada esas alındığının, hangi delillerin ise kabul edilebilir görülmeyerek değerlendirme dışı bırakıldığının belirtilmesi, kararların tutarlılığı ve hukuki belirliliğin temini açısından önem arz etmektedir.

Nitekim Kurul’un *Kiraz, Tıbbi Sarf Malzemeleri II ve Seramik*<sup>211</sup> kararlarında da işaret edilen yaklaşımı benimsediği, tutarsızlık ve tereddüt içeren hallerde ilave delillere dayanarak karar verdiği, *İlaç* kararında ise çelişkinin

<sup>209</sup> Bkz. *Gübre, Seramik, Demir Çelik, Refrakter, Beyaz Et* (T:25.11.2009, S:09-57/1393-362), *Otomotiv* (T:18.04.2011, S:11-24/464-139) kararları.

<sup>210</sup> “Soruşturma raporunda ihlal iddiasına dayanak olarak gösterilen belgelerin tamamı birbirini destekler nitelikte olup bir bütün olarak değerlendirildiğinde, söz konusu teşebbüslerin 4. maddeyi ihlal ettiklerini açıkça göstermektedir.”(Refrakter kararı).

<sup>211</sup> *Seramik*, T:24.02.2004, S:04-16/123-26.

giderilememesi neticesinde taraf lehine yorum yapıldığı görülmektedir. Dolayısıyla kanaatimizce, görece azınlıkta kalan bu yaklaşımın genel bir ilke olarak benimsenmesi, ayrıca delillerin bütün olarak değerlendirilmesi prensibinin, “her bir delilin bütün ile uyum içerisinde olması” ve “ispat standardının sağlanıp sağlanmadığı hususunun delillerin bir araya getirilmesiyle oluşan kanaat çerçevesinde belirlenmesi” şeklinde yorumlanması yerinde olacaktır<sup>212</sup>.

Bütüncül yaklaşımın uygulamadaki diğer görünümüleri, ihlalin hukuki niteliğinin tanımlanması ve ihlalin süresinin tespiti kapsamında ortaya çıkmaktadır. Zira AB içtihadında da kabul gördüğü üzere uzlaşmanın anlaşma yahut uyumlu eylem müesseselerinden hangisine vücut verdiğinin ispat edilmesi zorunlu değildir. İspat faaliyeti bakımından önemli olan, 4. maddede öngörülen hangi vasıta kullanılarak kartelin kurulduğu ve uygulandığı değil, teşebbüslerin ekonomik ve rasyonel davranışları ile hukuka aykırı uzlaşmalar arasındaki farkın ortaya konulmasıdır. Bu itibarla Rekabet Kurulu kararlarında da son yıllarda benimsenen yaklaşım, ihlal fiillerinin her birinin hukuki niteliğinin tanımlanması yerine anlaşma ve uyumlu eylem kavramlarının bir arada kullanılmasıdır<sup>213</sup>. Aynı yaklaşımın ihlalin süresi bakımından da uygulandığı görülmektedir. Zira karmaşık ihlaller bakımından uzlaşmanın varlığı ve temel unsurlarının ortaya konulması ile ispat standardı sağlanabilmekte; aksi yönde delil sunulmadığı takdirde ihlalin ilgili dönem içerisinde kesintisiz olarak devam ettiği ve teşebbüslerin tamamının ihlale katılmış olduğu kabul edilmektedir<sup>214</sup>.

Öte yandan, her ne kadar Kurul’un *Beyşehir Akaryakıt-LPG*<sup>215</sup> ve *Niksar Akaryakıt-LPG*<sup>216</sup> kararlarında anlaşma ve uyumlu eylemlere uygulanan ispat standartlarının farklı olduğu, uyumlu eylemlerde daha düşük bir ispat standardının uygulandığı belirtilmiş ise de bu tür bir yaklaşımın yerinde olmadığı düşünülmektedir. Zira belirtilen müesseseler arasındaki farklılık ispat seviyesinde değil fakat kullanılan ispat araçları bakımından ortaya çıkmaktadır. Öyle ki anlaşma, kartel oluşturmaya yönelik açık bir irade uyuşmasının mevcut olduğunu gösteren birincil ve ikincil delillerle ispatlanırken, uyumlu eylemde ikincil delillerin bir araya getirilmesi sonucu taraflar arasındaki zımnî irade uyuşması ispat edilmektedir. Dolayısıyla her iki durumda da uzlaşmaya yönelik ortak iradenin varlığı ortaya konulmakta, bu bağlamda ispat edilen kesinlik derecesi

<sup>212</sup> Benzer şekilde Konuralp (2007, 21) esas alınan delillerin “tutarlı, ikna edici ve bütünlük arz edici” nitelikte olması gerektiğini savunmaktadır.

<sup>213</sup> Bkz. *Seramik ve Emaye Bobin* kararları.

<sup>214</sup> Bkz. *Seramik, Otomotiv* kararları.

<sup>215</sup> *Beyşehir Akaryakıt-LPG*, T:25.08.2011, S:11-46/1132-397.

<sup>216</sup> *Niksar Akaryakıt-LPG*, T:25.08.2011, S:11-46/1131-396.



arasında farklılık bulunmamaktadır. Nitekim sözü edilen değerlendirme, karteller bakımından benimsenen anlaşma ve uyumlu eylemlerin bir arada kullanılması yaklaşımı ile uyumlu eylemin anlaşmanın ispatına ilişkin bir vasıttan ibaret olduğunu vurgulayan Kurul kararları<sup>217</sup> ile paralellik arz etmektedir.<sup>218</sup>

### 3.2.4.2. Ekonomik Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu

Uzlaşmaların ispatında tarafların irade uyuşmasını doğrudan ortaya koyan birincil delillerin elde edilemediği hallerde, ekonomik deliller ile iletişim delillerinden oluşan ikincil nitelikteki ispat vasıtalarına başvurulması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. İkincil delillerin en tartışmalı türünü oluşturan ekonomik deliller ise daha ziyade uyumlu eylem aracılığıyla kurulan karteller kapsamında gündeme gelmekte, belirtilen ihlal türünün varlığı için hangi ekonomik veriler ile karinelerin dikkate alınabileceği hususunda doktrinde ve Kurul kararlarında farklı görüşlerin benimsendiği görülmektedir.

Uzlaşmanın ekonomik delillerden yararlanılarak ispatı bakımından yanıtlanması gereken ilk soru, uyumlu eylem niteliğindeki paralel davranışlar ile teşebbüslerin rekabetçi stratejilerinin nasıl ayırt edileceği hususudur. Nitekim özellikle oligopol pazarlarda teşebbüslerin paralel davranışlarının kaynağı RKHK'nın 4. maddesine aykırı bir uzlaşma olabileceği gibi rakiplerin birbirlerinin stratejilerine akıllıca ayak uydurmalarından ibaret de olabilmektedir. Dolayısıyla Kurul'un belirli bir pazardaki teşebbüslerin salt paralel davranışlarına atfettiği ispat gücü, kartelin ispatı için ulaşılmaması gereken ispat standardının belirlenmesi tartışmalarının önemli bir boyutunu oluşturmaktadır.

Teşebbüsler arasında herhangi bir iletişimin mevcut olmadığı hallerde, yalnızca ekonomik delillere dayanılarak kartelin ispat edilmesinin mümkün olup olmadığı meselesine ilişkin Türk hukukundaki yaklaşım, RKHK'nın 4. maddesinin 3. fıkrasında öngörülmektedir. Nitekim belirtilen hükümde düzenlenen uyumlu eylem karinesine göre piyasadaki fiyat değişimlerinin yahut pazarın yapısal özelliklerinin rekabetin sınırlandığı piyasalardakine benzerlik gösterdiği durumlarda uyumlu eylemin mevcut olduğu varsayılacaktır.

Delile ilişkin ispat yükünün<sup>219</sup> yer değiştirilmesi sonucunu doğuran uyumlu eylem karinesi adi nitelikte bir karine olup aynı maddenin 4. fıkrası uyarınca teşebbüslerin ekonomik ve rasyonel gerekçelere dayanarak sorumluluktan

<sup>217</sup> Örn. *Seramik* kararı.

<sup>218</sup> Benzer şekilde mehz AB hukukunda da sözü edilen müesseseler bakımından esas alınan ispat standardının aynı olduğu belirtilmektedir (*bkz.* 2.2.2. numaralı başlık).

<sup>219</sup> Söz konusu karine hukuki ispat yükünün değil, yalnızca delile ilişkin ispat yükünün yer değiştirmesi sonucunu doğurmaktadır. Nitekim uyumlu eylem karinelerinin kullanımına rağmen, ihlal iddiasının ispat edilmesine ilişkin hukuki ispat yükü Rekabet Kurumu üzerinde kalmaya devam etmektedir.

kurtulması mümkündür<sup>220</sup>. Bununla birlikte mezkûr Kanun hükmünde öngörülen kurtuluş beyyinesinin ancak salt ekonomik delillere dayanan ihlal iddialarına karşı uygulanabilir olduğu, buna karşılık birincil delillerin yahut ihlali somut olarak ortaya koyan ikincil nitelikli iletişim delillerinin varlığı halinde ekonomik ve rasyonel gerekçe savunmasının kabul edilmeyeceğinin dikkate alınmasında fayda görülmektedir<sup>221</sup>.

Değınilen kanun hükümlerinden hareketle tek başına ekonomik delillere dayanılarak uzlaşmanın ispat edilmesinin teorik açıdan mümkün olduğu anlaşılmaktadır. Öte yandan kartelin ispatı için ulaşılmaya gereken delil seviyesinin, diğler bir ifadeyle ispat standardının ne olduğu ve hangi nitelik ve miktardaki ekonomik delille ispat eşığının karşılanabileceğı sorunlarına ilişkin olarak uygulamada belirsizlik söz konusudur. Nitekim Kurul, yaklaşık on beş yıllık faaliyet dönemi boyunca uzlaşmanın ispatında çoğunlukla iletişim delillerinden yararlanmayı tercih etmiş, öte yandan *Özgür Çimento*<sup>222</sup> ve *Maya III*<sup>223</sup> olmak üzere iki kararda salt paralel davranışa dayanarak ihlal sonucuna ulaşmıştır (Kekevi, Can ve Şengören 2011, 211). Ayrıca *Ege Çimento II* kararında ispat için paralel davranışların yeterli olduğu, ilave olarak iletişim delillerinin varlığına ihtiyaç duyulmadığı ifade edilirken; *Gazete*<sup>224</sup>, *Reklam Yerleri*<sup>225</sup>, *İç Anadolu-Akdeniz-Marmara Çimento* ve *Seramik* gibi pek çok kararda ise yalnızca ekonomik delillerin mevcut olduğu durumlarda oligopolistik bağımlılık savunmasının kabul edilebileceğı, uzlaşmanın ispatında iletişim delillerinin öncelikli olduğu belirtilmiştir.

<sup>220</sup> Uyumlu eylem karinesinin Anayasa'nın 38. maddesine aykırı olduğu yönündeki görüş için bkz. Günday (2007, 9). Delile ilişkin karinelerin masumiyet karinesine aykırı olmadığı yönündeki Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. dn. 140. Ayrıca RKHK m.4/3'te öngörülen karinenin Anayasa'ya aykırılığı iddiasının ciddi bulunmamasına ilişkin Danıştay karar için bkz. 13.D. T: 19.10.2009, E. 2007/2891, K. 2009/9203.

<sup>221</sup> Bkz. *İthal Kömür* kararı; ayrıca "Koordinasyonu gösteren açık belgelerin varlığında, 'oligopolistik bağımlılık' savunması kabul edilemez. Aksine, teşebbüslerin 'oligopolistik bağımlılık' savunmasında yer alan ifadeler; pazarın uzlaşmaya müsait olduğunu ve paralel hareketlerin gerçekleştiğini ikrar niteliği ile (...) diğler savunmaların çürütülmesinde kullanılacak bir delil haline gelir." (Seraimik kararı). Öte yandan, Kurul'un belirtilen husustaki çelişkili yaklaşımı için bkz. Kekevi (2008b, 158).

<sup>222</sup> *Özgür Çimento*, T:13.01.2005, S:05-05/42-17. Kararda üç Kurul üyesinin, mevcut delillerin uyumlu eylemi ispat için yeterli olmadığı yönünde karşı görüşü bulunmaktadır.

<sup>223</sup> *Maya III*, T:23.09.2005, S:05-60/896-241. Kararda bir Kurul üyesi; mevcut delillerin kartelin ispatı için yeterli olmadığı, paralel davranışların değerlendirilmesinde dikkatli olunması gerektiğı, aksi halde rasyonel firma davranışlarının cezalandırılması riskinin ortaya çıkacağı gerekçesiyle menfi yönde oy kullanmıştır.

<sup>224</sup> *Gazete*, T:17.07.2000, S:00-26/291-161.

<sup>225</sup> *Reklam Yerleri*, T:01.02.2000, S:00-4/41-19.

Kurul kararlarında ekonomik delillerin değerlendirilmesine ilişkin mevcut olan tutarsızlık, uygulamada iki sorunun ortaya çıkmasına yol açmaktadır. Yanıtlanması gereken ilk soru, ekonomik delillerin tek başına ispat standardını sağlamaya yeterli olup olmadığıdır. Kurul'un salt paralel davranış ve yapısal ekonomik delillere dayanarak tespitinde bulunduğu iki kararı bulunmakla birlikte, sözü edilen kararların istisnai nitelik taşıdığı görülmektedir. Ayrıca yalnızca ekonomik delillerin mevcut olduğu uyuşmazlıklarda belirtilen delillerin kartelin varlığı kadar oligopolistik bağımlılığı da ortaya koyma ihtimalinin bulunduğu ve bu sebeple hata maliyetinin yüksek olduğu dikkate alınmalıdır. Nitekim ispat standardı ifadesinin kullanıldığı ve aynı zamanda standardın seviyesine ilişkin somut değerlendirmelerin yapıldığı ilk kararlar olan, 2011 tarihli *Niksar Akaryakıt-LPG* ve *Beşşehir Akaryakıt-LPG* kararları ışığında Kurul'un mevcut yaklaşımının da aynı yönde olduğu anlaşılmaktadır.

Bununla birlikte RKHK'nın 4/3. maddesinde öngörülen kanuni karine, salt ekonomik delillere dayanılarak kartelin ispat edilmesine imkân tanımaktadır. Kanun koyucunun abesle iştigal etmeyeceği ilkesinden hareketle, sözü edilen karinenin uyumlu eylemin ispatında esas alınamayacağının ileri sürülmesi isabetli bir yaklaşım olmayacaktır. Ancak belirtilen husus, ekonomik delillerin kullanılması durumunda ispat standardının hangi düzeyde olacağına ilişkin ikinci bir soruyu gündeme getirmektedir. Yukarıda belirtilen 2011 tarihli Kurul kararlarında, uyumlu eylem bakımından paralel davranışlara ilave olarak (ispat gücü daha yüksek olan) iletişim delillerinin varlığının zorunlu kılınması, kartellere ilişkin ispat standardının *Özgür Çimento* ve *Maya III*'te öngörülen delil seviyesinin üzerine çıkarılması sonucunu doğurmuştur. Böylelikle, delil türleri arasında güvenilirliği ve ispat gücü en düşük seviyede olan ekonomik delillerin tek başına kullanıldığı durumlarda, teşebbüslerin paralel davranışlarının ve pazarın rekabet ihlallerinin mevcut olduğu pazarlara olan benzerliğinin tek makul açıklamasının uzlaşma olduğunun, başka herhangi bir alternatif ekonomik gerekçenin bulunmadığının ispat edilmesi gerekmektedir. Aksi durumda, ideal yaklaşımın, şüpheden teşebbüsün yararlanması ve ihlalin ispatlanmadığı sonucuna ulaşılması olduğu düşünülmektedir<sup>226</sup>. ABAD tarafından *Woodpulp* kararında öngörülen standart ile uyumlu olan bu delil eşliğinin kabulü durumunda, teşebbüslerin paralel davranışının ihlal mi yoksa rekabetçi bir strateji mi olduğu hususunda gündeme gelebilecek her türlü makul şüphenin giderilmesi sağlanmış olacaktır. Ancak yalnızca ekonomik delillerle sözü edilen ispat standardının sağlanmasının, pratikte istisnai sayılabilecek kadar güç olduğunun belirtilmesi gerekmektedir (Kekevi, Can ve Şengören 2011, 220).

<sup>226</sup> RKHK'nın 4/3. maddesinin uygulanmasında "konunun uzmanı olan kişilerin bütün makul kuşkuvarını ortadan kaldıran bir kanaate varılması gerektiği" yönündeki benzer görüş için bkz. Budak (2004, 153).

### 3.2.4.3. İletişim Delillerinin Değerlendirilmesi Sorunu

İkincil delillerle ispat standardının sağlanmasının mümkün olup olmadığı tartışmasının bir başka boyutu, iletişim delillerinin ispat gücü bakımından ortaya çıkmaktadır. İletişim delilleri genellikle teşebbüslerin toplantı, telefon, faks, elektronik posta ve sair suretle anlaşmanın unsurlarına yönelik irtibat kurduklarını ortaya koyan ancak anlaşmanın esasına ilişkin bilgi içermeyen ispat vasıtalarını kapsamaktadır. Bu çerçevede yapılan görüşmeye ilişkin notlar, iç yazışmalar, (internette yapılan) sohbet çıktıları gibi belgelerin yanında seyahat, konaklama, toplantı odası kiralama hizmetlerine ilişkin kayıtlar da teşebbüslerin birbirleriyle olan temasını tespit amacıyla kullanılabilir. ABD ve mehz AB hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda da rakipler arasında gerçekleştirilen her türlü iletişim zorunlu olarak ihlal sonucunu doğurmamaktadır. Belirtilen davranışların hukuki niteliği tespit edilirken rekabeti sınırlayıcı bir uzlaşmanın kurulmasına zemin oluşturma yahut sürdürülmesine aracılık etme işlevinin söz konusu olup olmadığı ölçütüne dayanılmakta, diğer bir ifadeyle iletişimin içeriği esas alınarak değerlendirme yapılmaktadır.

İletişim delilleri ile birlikte, uygulamada yaygın olarak kullanılan ve iletişim benzeri delil olarak nitelendirilen *bilgi değişimlerinin* hukuki niteliğinin tespiti meselesi sıklıkla Kurul kararlarına konu olmaktadır<sup>227</sup>. Kurul, belirtilen hususa ilişkin kriterleri *ODD Muafiyet*<sup>228</sup> kararında ayrıntılı olarak tanımlamış; AB Yatay Anlaşmalar Rehberi'ne atıf yapılmak suretiyle pazarın yapısı (yoğunlaşma oranı, arz ve talep yapısı, mal veya hizmetin niteliği) ile değişilen bilginin niteliği (fiyat, satış stratejisi, üretim miktarı, stok ve maliyet gibi ticari sır niteliğindeki bilgiler içermesi, kamuya açık veya münferit olması, toplulaştırılmış yahut bireysel olarak sunulması ve bilginin değişim sıklığı) hususlarının değerlendirmeye esas teşkil edeceğini belirtmiştir. Rakipler arasındaki hukuka uygun irtibatlar ile hukuka aykırı uzlaşmaların ayırt edilmesine yönelik objektif bir değerlendirmeye imkan sağlamaları sebebiyle, sözü edilen kriterlerin iletişim delillerinin geneli bakımından uygulama alanı bulabileceği düşünülmektedir.

*ODD Muafiyet* kararında öngörülen testin uygulanması neticesinde teşebbüsler arasındaki iletişimin rekabeti sınırlayıcı nitelikte olduğunun tespit edilmesi halinde, Kurul içtihadı ile geliştirilen<sup>229</sup> ikinci bir uyumlu eylem karinesi uygulama alanı bulmaktadır. İspat gücü en yüksek ikincil delil türü olan iletişim delillerine dayanması sebebiyle kanaatimizce daha işlevsel olan bu karineye

<sup>227</sup> Örn. bkz. Gübre, Ege Hazır Beton, Demir Çelik, Seramik, Yassı Çelik (T:16.06.2009, S:09-28/600-141) *Otomotiv* kararları.

<sup>228</sup> *ODD Muafiyet*, T:14.07.2011, S:11-43/916-285.

<sup>229</sup> Bkz. *Yonga Levha I* (T:06.09.2002, S:02-53/685-278), *Yonga Levha II* (T:25.02.2003, S:03-12/135-63), *Emaye Bobin*, *Ege Hazır Beton*, *Özel Okullar II* (T:03.03.2011, S:11-12/226-76), *Niksar Akaryakıt-LPG*, *Beşşehir Akaryakıt-LPG* kararları.

göre, teşebbüslerin ticari sır niteliğindeki rekabete duyarlı hususlarda iletişim kurduğuna yönelik delillerin varlığı halinde, rakipler arasındaki koordinasyonun pazardaki etkisinin ispat edilmesine gerek olmaksızın uzlaşmanın gerçekleşmiş olduğu varsayılmaktadır.

Paralel davranışa dayanan uyumlu eylem karinesi bakımından söz konusu olduğu gibi iletişime dayanan karinenin de adi bir karine olduğu görülmektedir. Öte yandan ikinci karinenin aksinin ispat edilmesinin pratikte paralel davranış karinesine göre çok daha zor olduğu anlaşılmaktadır. Zira iletişime dayanan karine, rekabeti sınırlayıcı nitelikteki bir toplantı veya bilgi değişimine iştirak eden teşebbüslerin rakiplerine ilişkin elde ettikleri bilgiyi dikkate almaksızın kendi fiyat veya stratejilerini belirlemelerinin mümkün olmadığı varsayımına<sup>230</sup> dayanmakta, teşebbüslerin bağımsız olarak karar aldıklarını ispatlamaları ise, AB hukukunda da kabul edildiği üzere, imkânsız bir delil olarak değerlendirilmektedir.

İhlalin varlığını ortaya koyan karinelerin yanında, iletişim delillerine dayanarak oluşturulan bir diğer karine, uzlaşmanın taraflarının belirlenmesi bakımından ortaya çıkmaktadır. Nitekim ABAD'ın *T-Mobile* kararı ile geliştirilen ve Rekabet Kurulu'nun *Otomotiv* kararı uyarınca Türk Hukuku'nda da geçerlilik kazanan yaklaşıma göre; rekabeti sınırlayıcı nitelik taşıyan bir toplantı yahut görüşmeye katılan teşebbüslerin tamamı, sözü edilen iletişim kapsamında herhangi bir beyanda bulunmamış olsalar dahi, uzlaşmanın tarafı olarak kabul edileceklerdir. Bu çerçevede tek bir rakibin, rekabet ihlali niteliğindeki tek bir açıklamada bulunduğu, tek bir toplantıya katılmış olmak veya belirtilen içeriği haiz bir görüşme yapmış olmak katılımcıların tamamı açısından 4. maddenin ihlal edilmesi sonucunu doğurabilecektir. Dolayısıyla Kurul'un ispat standardını sağlayabilmesi için, yapılan toplantı yahut görüşmenin rekabeti sınırlama amacı, etkisi yahut potansiyel etkisinin bulunduğunu ve teşebbüslerin bahse konu iletişime katıldığı ispat etmesi yeterli olacaktır.

İhlale taraf olma karinesi bakımından öngörülen kurtuluş beyyinesi ise, yine AB hukukundaki yaklaşıma paralel olarak, teşebbüsün toplantı veya görüşmede ele alınan hususlara taraf olmadığını rakiplerine derhal bildirmiş olması (*public distancy*) ve bu beyanı Kurul nezdinde ispat etmesidir. İşaret edilen yöntem, rakiplerinden iradesi dışında ticari sır niteliğinde bilgiler içeren elektronik posta, faks vb. iletişimler alan teşebbüslere ilişkin olarak da yol gösterici niteliktedir. Nitekim sözü edilen belgelerin tespit edilmesi ve ilgili

<sup>230</sup> Bkz. *Yonga Levha* kararları. Öte yandan sözü edilen varsayımın uygulanmasına ilişkin *Otomotiv* kararında bir başka kriterin daha öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Zira belirtilen karara göre uzlaşmanın konusunu oluşturan ilgili pazarda faaliyet göstermeyen teşebbüsler rekabeti sınırlayıcı bir toplantıya katılmış olsalar dahi, görüşülen bilgiler ticari kararları üzerinde etkisiz olacağından, belirtilen teşebbüsler tek başına bu delile dayanılarak ihlalin tarafı olarak değerlendirilemeyecektir.

teşebbüsün ihlale taraf olmadığı yönünde rakiplerine bildirimde bulunduğunu ispat edememesi halinde, iletişimin alıcısı olan teşebbüsler bakımından da 4. maddenin ihlal edildiğine hükmedilmesi mümkün olacaktır<sup>231</sup>.

Kurul'un uyumlu eylemin ispatında karinelere yararlanması ispat standardının düşürülmesi anlamına gelmemekte, yalnızca belirli türdeki delillere atfedilen ispat gücünün yüksekliğine işaret etmektedir. Zira karineler ispat standardına ilişkin bir husus olmayıp, ispat yükünün dağıtımını müessesesi kapsamında "bir maddi vakıanın ortaya konulmasına ilişkin son delilin eksikliğinden kaynaklanan sorumluluğun hangi teşebbüs üzerinde kalacağı" (*objektif ispat yükü*) sorunuyla ilişkilidir (De La Torre 2009, 515). Bu sebeple karinelerin kullanıldığı durumlarda hukuki ispat yükü değil, delile ilişkin ispat yükü yer değiştirmekte, bununla birlikte Rekabet Kurulu'nun kartelin varlığını ispat edebilmesi için gereken delil eşiği sabit kalmaktadır. Örneğin paralel davranışa dayanan birinci uyumlu eylem karinesinin uygulandığı hallerde teşebbüslerin davranışları ile pazarın rekabetin bozulduğu pazarlara olan benzerliğinin herhangi bir alternatif gerekçeye yer vermeyecek şekilde ortaya konulduğu durumlarda, elde edilen delil toplamının ispat gücünün son derece yüksek olduğu anlaşılmaktadır. Ancak Kurum'un karteli ispat etmesi için ulaşması gereken delil seviyesi, karinenin kullanılmadığı hallerde olduğu gibi, mevcut davranışın rekabetçi olması ihtimaline ilişkin şüpheleri giderecek nitelik ve nicelikteki delillerdir. Yine iletişim delillerine dayanan ikinci uyumlu eylem karinesinde de teşebbüsler arasında ticari sır niteliğindeki fiyat, satış stratejisi, üretim miktarı, maliyet, stok gibi bilgilerin paylaşılmasının uzlaşma dışında herhangi bir makul açıklaması bulunması neredeyse imkânsız olduğundan, bu tür delillerin ispat gücü son derece yüksek olup ayrıca uzlaşmanın pazardaki etkisinin ispatına ihtiyaç duyulmamaktadır. Sözü edilen yorumun karteğe taraf olma karinesine de uygulanması mümkündür. Zira rekabeti sınırlayıcı nitelikte görüşmelerin yapıldığı bir toplantıya katılan veya bu tür bir ileti alan ve rakibine sözü edilen uzlaşmaya taraf olmadığını bildirmeyen bir teşebbüsün ihlalin tarafı olmaması ihtimali neredeyse imkânsız kabul edilmekte, diğer bir ifadeyle teşebbüsün kartelin tarafı olup olmadığı hususundaki her türlü makul şüphe giderilmiş olmaktadır. Ancak toplantının rekabeti sınırlayıcı nitelikte olduğu Kurul tarafından ispat edilememiş

<sup>231</sup> Kurul'un aynı yöndeki kararı için bkz. "Tilmen Oteli'nde yapılan toplantıya Mogaz A.Ş. adına herhangi bir temsilcinin katılmamış olmasının, Gaziantep Tilmen Oteli'nde varılan anlaşmaya ilişkin faks metninin Mogaz A.Ş.'nin evrakları arasında bulunması, dolayısıyla da bu anlaşmadan şirket yönetiminin haberdar olması nedeniyle bir anlam ifade etmediği, bu yüzden de anlaşmaya iştirak etmedikleri yolundaki iddianın geçerli olamayacağı açıktır." (Adıyaman LPG kararı). Ancak belirtilen hususta Kiraz ve Medikal Gaz kararlarında aksi yönde değerlendirmelerde bulunulduğu görülmektedir. Kurul'un Otomotiv kararı kapsamında ihlale taraf olma karinesini kabul etmiş olması ve mehaz AB içtihadında da sözü edilen yaklaşımın benimsenmiş olmasından hareketle, karinenin uygulanması bakımından tutarlı bir yaklaşımın tercih edilmesinin yerinde olacağı düşünülmektedir.

ise, teşebbüsün bu toplantıda görüşülen hususlardan kendisini dışlamamış olması tek başına ihlal olarak değerlendirilemeyecektir (Gippini-Fournier 2009, 16). İfade edilen yaklaşım AİHM ile Anayasa Mahkemesi'nin; delile ilişkin ispat yükünü karşı tarafa geçiren karinelerin, tarafa savunma hakkı tanındığı müddetçe masumiyet karinesi ve şüpheden sanığın yararlanması ilkesini ihlal etmediği yönündeki kararları ile de desteklenmektedir<sup>232</sup>. Nitekim aksinin ispatı en güç olan “kartele taraf olma karinesi”nde dahi teşebbüslerin uzlaşmaya dâhil olmadıklarını ispat ederek sorumluluktan kurtulmalarını sağlayan bir kurtuluş beyyinesi öngörülmekte, dolayısıyla tarafların savunma hakkı muhafaza edilmektedir. Bu çerçevede çekirdek ceza hukuku kapsamında düzenlenen suç fiilleri bakımından dahi ikincil deliller ve karineler kullanılarak ispata imkân tanınmış olması da belirtilen ispat vasıtalarının kullanımı halinde masumiyet karinesinin mutlak suretle ihlal edilmiş sayılacağı yaklaşımının isabetli olmadığını ortaya koymaktadır.

Sözü edilen hususlardan hareketle karteller bakımından uygulanan standardın somut olaya yahut ihlal vasıtasına göre farklılık göstermediği, standardın tek ve sabit olmasına karşın kullanılan delillerinin ispat gücüne bağlı olarak bazı durumlarda ihlalin bütün unsurlarının ispat edilmesine gerek olmadığı, belirli hallerde unsurlar arasındaki nedensellik bağının varsayılmasının mümkün olduğu görülmektedir. Bununla birlikte her kartelin şahsına münhasır olduğu, bu sebeple kartelin varlığının ortaya koyulabilmesi için ispatlanması gereken hususların ihlale göre farklılık gösterebileceğinin belirtilmesi gerekmektedir. Nitekim bazı kartellerin kurulması için tek bir toplantı veya görüşme yeterli olabilmekte veya taraf sayısının azlığı kartelin yalnızca telefonla koordine edilmesine imkân tanıyabilmektedir. Öte yandan çok fazla teşebbüsün ve karmaşık bir ihlal yapısının söz konusu olduğu kartellerde iletişim kurmak için çok daha yaratıcı yöntemlerin ve çok sayıda temasın gerçekleşmesi zorunlu olabilmektedir. Dolayısıyla önemli olan kaç adet ve hangi türde delilin elde edildiği değil, elde edilen deliller bütün olarak değerlendirildiğinde ihlalin varlığı ve tarafların kimliği hususunda makul şüpheleri bertaraf eden bir kartel tablosunun oluşturulabilmiş olmasıdır.

### 3.2.5. Rekabet Kurulu Kararlarında Uygulanan İspat Standardı

İspat standardı kavramının Ortak Hukuk çerçevesinde geliştirilmiş olan sınıflandırmaları ve ölçütleri, Kıta Avrupası sisteminde yer alması sebebiyle Türk hukukunda da tam olarak karşılığını bulamamaktadır. Nitekim AB hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda da hâkimin takdir yetkisinin bulunduğu hususlarda “hâkimin şahsen iknası” ilkesi uygulanmakta, örneğin ceza hukukunda sözü edilen

<sup>232</sup> Zira AİHM'e göre belirli hallerde davalının sessizliğine dahi sonuç bağlamak mümkündür. *Bkz. John Murray v. United Kingdom*, Application no:18731/91 (08.02.1996), para. 45-58.

ilkenin görünümü “vicdani delil sistemi” olarak ortaya çıkmaktadır. Öte yandan, özellikle delillerin serbestçe değerlendirilmesi prensibinin geçerli olduğu kamu hukuku alanlarında delillerin kabul edilebilirliği ve ispat gücüne yönelik yapılan değerlendirmeler, dolaylı olarak ispat standardı tartışmalarının Türk hukukunda da gündeme gelmesi sonucunu doğurmaktadır. Nitekim kamu hukukunda hukuka aykırı fiillere karşı korunan menfaatin ve bu fiillere yönelik öngörülen yaptırımların niteliği dikkate alındığında, hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleri gereğince bir davranışın hukuka aykırı olduğu tespit edilirken hangi kriterlerin esas alınacağı ve hangi miktar ve nitelikteki delillerin varlığı durumunda ihlalin ispat edilmiş sayılacağı öngörülebilir olması gerekmektedir.

İdare ve ceza hukuku ilkelerinin kesiştiği bir kamu hukuku alanı olarak rekabet hukukunda da; gerek mevzuatın uygulayıcıları gerekse menfaati etkilenen teşebbüsler ve 3. kişiler bakımından hukuka uygun davranışlar ile rekabet ihlalleri arasındaki ayrımın somut olarak ortaya konulmasına ihtiyaç duyulmaktadır. Ancak işaret edilen husus karşısında Türk rekabet hukukunun yaklaşımı incelendiğinde, ispat standardının tespitine ilişkin girişimlerin ve delillerin değerlendirilmesine yönelik faaliyetlerin görece sınırlı düzeyde kaldığı, bu sebeple mevcut durumun belirsizliğe yol açtığı yönünde eleştirilerin<sup>233</sup> gündeme geldiği görülmektedir.

Rekabet Kurulu’nun faaliyete başladığı tarihten bugüne kadar vermiş olduğu kararlar incelendiğinde, ispat standardı ifadesinin yalnızca beş kararda<sup>234</sup> açıkça kullanıldığı, ancak sözü edilen kararlarda dahi belirtilen kavramdan ne anlaşılması gerektiği yahut tercih edilen standardın ne olduğu hususunda herhangi bir değerlendirmenin yapılmadığı görülmektedir. Ayrıca delillerin ulaşması gereken ispat eşiğini karşılamak üzere Kurul kararlarında “sağlıklı veri”<sup>235</sup>, “yeterli ve inandırıcı delil”<sup>236</sup>, “(ihlalin varlığına ilişkin) açık delil”<sup>237</sup> gibi ifadelerle yer verilmekle birlikte, delillerin sözü edilen nitelikleri taşıyıp taşımadığının belirlenebilmesi için hangi unsurların dikkate alınacağına ilişkin somut kriterler öngörülmediği anlaşılmaktadır.

Öte yandan, Kurul’un uzlaşmanın ispatı için sunulması gereken delil seviyesine ilişkin değerlendirmelerde bulunduğu, diğer bir ifadeyle zımnen ispat standardının tartışıldığı kararları da mevcuttur. Nitekim ekonomik delillerin tek başına karteli ortaya koymaya yetecek ispat gücünü haiz olup olmadıkları; yahut rekabeti sınırlayıcı nitelikte bilgiler içeren rakipler arası iletişimlere

<sup>233</sup> Sözü edilen eleştiriler için bkz. Arı ve Kırmızıgül (2011, 378).

<sup>234</sup> Bahsi geçen kararlar *Ege Hazır Beton, Akdeniz Çimento, Ulusal Kargo* (T:03.09.2010, S:10-58/1193-449), *Niksar Akaryakıt-LPG ve Beyşehir Akaryakıt-LPG* kararlarıdır.

<sup>235</sup> *Diyaliz II* kararı.

<sup>236</sup> *Kiraz ve Gaziantep Beton* kararları.

<sup>237</sup> *İthal Kömür* kararı.



ilişkin delillerin sunulması durumunda kartelin ispat edilmiş sayılacağına belirtildiği çeşitli Kurul kararlarına rastlamak mümkündür<sup>238</sup>. Ayrıca *Marmara Hazır Beton*<sup>239</sup>, *Tıbbi Sarf Malzemeleri II*, *Beyaz Et* ve *Medikal Gaz* kararlarında her bir delil bakımından delilin ispat gücüne ilişkin tespitlere yer verildiği de görülmektedir. Ancak işaret edilen kararların sayısının Kurul uygulamaları içerisindeki oranının son derece düşük olduğu, kararların büyük çoğunluğunda delillerin ispat gücüne ilişkin somut tespitlerde bulunmak yerine “*elde edilen delillerin bütün olarak ihlali ispat etmek için yeterli olduğu/olmadığı*” şeklinde genel ifadeler kullanıldığı anlaşılmaktadır. Ayrıca aynı nitelikteki delillere farklı Kurul kararlarında birbirinden farklı derecelerde ispat gücünün atfedilmesi; yahut *Adana Otobüs*<sup>240</sup> kararındaki gibi imzalı anlaşma belgeleri veya anlaşmayı açıkça ortaya koyan diğer yazılı belgeler<sup>241</sup> gibi birincil delillerin varlığına rağmen ihlalin ispatlanmadığı ya da elde edilen delillerin soruşturma açılması için yeterli olmadığı sonucuna ulaşılan kararlar karşısında, ispat gücü çok daha düşük olan delillerle para cezalarına hükmedilen Kurul kararlarının varlığı, delillerin değerlendirilmesi hususunda tutarlı ve somut kriterlerin oluşturulmasını zorlaştırmaktadır.

Delillerin değerlendirilmesi bakımından olduğu gibi, kartellere yönelik benimsenen ispat standardının seviyesine ilişkin olarak da Rekabet Kurulu kararlarında açık bir tercih yapılmadığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte Kurul’un istisnai nitelikteki bazı kararlarında yer alan;

- “Sözü edilen delilin tek başına iddia olunan kartel anlaşmasını *ihhtimal derecesinde* gösterebilir niteliğe sahip ise de, *başka bilgi ve belgelerle desteklenmediği sürece* ihlalin varlığı konusunda bir kanaate ulaşmak için yeterli olmadığı”<sup>242</sup>
- “Teşebbüsler hakkında bu anlaşmanın tarafı olduklarını *makul bir kesinlikle* ortaya koyan destekleyici başka belge elde edilemediği”<sup>243</sup>
- “Belgelerin doğruluğu konusunda *herhangi bir şüpheye düşülmeksizin* kabul edilmesi ve bu belgelere dayanılarak anlaşmaya taraf olduğu iddia edilen teşebbüslerin hastane medikal gaz alım ihalelerindeki fiyat teklifleri ve ihalelere katılım durumlarının dikkate alınmasının,

<sup>238</sup> Bkz. 3.2.3.2 ve 3.2.3.3 numaralı başlıklar kapsamında değerlendirilen Kurul kararları.

<sup>239</sup> *Marmara Hazır Beton*, T:02.10.2006, S:06-68/927-266.

<sup>240</sup> *Adana Otobüs*, T:23.10.2008, S:08-60/963-381.

<sup>241</sup> Örneğin *Uluslararası Kargo* kararı (T:21.08.2003, S:03-58/681-308).

<sup>242</sup> *Diyaliz II* kararı.

<sup>243</sup> *Diyaliz III*, T:23.12.2010, S:10-80/1687-640.

taraflar arasında 4054 sayılı Kanunun yasakladığı bir anlaşmayı göstermesi bakımından yetersiz olduğu”<sup>244</sup>

- “Fiile ilişkin açık tespitin, teşebbüsün ‘şüphe sanık lehine kullanılır’ iddialarının geçerli ve makul bir savunma olarak kabul edilmesini engellediği”<sup>245</sup>

şeklindeki ifadelerden hareketle Rekabet Kurulu tarafından benimsenen ispat standardının ihtimallerin dengelenmesi prensibinden yüksek olduğu ve hatta ceza hukuku standardı olan “makul şüphenin ötesinde ispat” standardına yaklaştığı yorumunun yapılması mümkündür. Benzer şekilde doktrinde de bazı yazarlar tarafından, rekabet ihlallerinin ispatında makul şüphelerin giderilmesi gerektiği savunulmak suretiyle ceza hukuku standardının önerildiği anlaşılmaktadır (Budak 2004, 151).

Öte yandan Kurul’un uyguladığı standartların; bir tarafta tek başına ekonomik delillere dayanarak kartel sonucuna ulaşılan kararlar ile birbiriyle çelişki arz eden delillerin bir arada kullanıldığı kararlar, diğer tarafta ise birincil delillerin varlığına rağmen ihlali ispatlamaya yetecek delilin bulunmadığına hükmedilen kararlara kadar uzanan çok geniş bir skalada oldukça farklı seviyelere işaret etmesi, mevcut durumda uygulanan standarda yönelik tutarlı ve açık bir tespit yapılmasını güçleştirmektedir.

Kartellere uygulanacak ispat standardının seviyesine yönelik Danıştay’ın içtihadı incelendiğinde, somut bir standart tespitine ulaşılmamasının yargısal denetim aşamasında da güç olduğu görülmektedir. Zira öncelikle ispat standardı değerlendirmelerinin Kurul kararlarında son yıllarda gündeme gelmeye başlaması sebebiyle belirtilen kararların önemli bir bölümüne yönelik yargısal süreç henüz tamamlanmamıştır. Ayrıca Kurul’un delil değerlendirmesinde bulunduğu kararlarına yönelik bugüne kadar Danıştay tarafından yapılan denetim çoğunlukla usule ilişkin hususlarla sınırlı olup esastan değerlendirmenin yapıldığı kararlar istisnai nitelik arz etmektedir. Dolayısıyla hâlihazırda Danıştay tarafından verilen kararların bahse konu tartışmaya ışık tutabilecek düzeyde bir içtihat oluşturmadığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, Kurul’un *SGK*<sup>246</sup> kararına ilişkin Danıştay’ın vermiş olduğu, teşebbüsün ihlale taraf olup olmadığı hususunda

<sup>244</sup> *Medikal Gaz* kararı. Belirtilen ifade Soruşturma Heyeti’nin görüşüne karşı ileri sürülen azınlık raportör görüşünde yer almakla birlikte, Kurul’un mezkur görüş yönünde karar vermiş olmasından hareketle bu ifadenin bahse konu değerlendirme bakımından dikkate alınabileceği düşünülmektedir.

<sup>245</sup> *Tıbbi Sarf Malzemeleri II* kararı. Nitekim belirtilen ifadede Kurul, ihlalin açık bir şekilde tespit edilmiş olması sebebiyle şüpheden sanığın yararlanacağı savunmasının makul olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Belirtilen ifadenin mefumu muhalifinden, ihlalin açık olarak ispat edilemediği hallerde şüphenin sanık lehine yorumlanacağı neticesine ulaşmak mümkündür.

<sup>246</sup> *SGK*, T:16.03.2007, S:07-24/236-76.

mevcut olan belirsizlik giderilmeksizin bahse konu teşebbüs hakkında idari para cezası uygulanamayacağına işaret eden karardan<sup>247</sup> hareketle, Danıştay'ın yaklaşımının da kartel soruşturmaları bakımından şüphenin bertaraf edilmesi yönünde olduğunun değerlendirilebileceği düşünülmektedir<sup>248</sup>.

### 3.3. TÜRK REKABET HUKUKU'NDA KARTELLERE YÖNELİK İSPAT STANDARDININ TESPİTİ SORUNU ve ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Çalışmanın önceki bölümlerinde belirtildiği üzere Türk rekabet hukukunda Ortak Hukuk alanında öngörüldüğü şekli ile bir ispat standardı sistematığının oluşmadığı anlaşılmaktadır. Öte yandan, mehz AB sisteminde de görüldüğü üzere hâkimin şahsen iknasının geçerli olduğu hukuk sistemlerinde dahi, temel hak ve özgürlüklerin korunması ve rekabet hukuku mevzuatının etkin olarak uygulanabilmesi arasındaki dengeyi gözetebilmek adına, ispat faaliyetinde esas alınacak objektif kriterlerin öngörülmesi ihtiyacı söz konusudur.

Rekabet Kurulu tarafından kartellerin tespiti halinde uygulanan yaptırım, RKHK hükümleri uyarınca idari nitelikte bir para cezasıdır. Bununla birlikte kartellerin zarara uğrattığı ekonomik menfaatin büyüklüğü, gerek ihlalin gerekse de ihlal karşısında uygulanan yaptırımın ağırlığını arttırmaktadır. Nitekim önleyicilik ve caydırıcılık amacına hizmet eden bu yaptırımların AİHM, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararları çerçevesinde AİHS'nin 6. maddesi ve Anayasa'nın 38. maddesi uyarınca kriminal nitelikte olduğu değerlendirilmektedir. Bu itibarla karteller bakımından, esas itibarıyla ceza muhakemesinde geçerli olan kanunilik, masumiyet karinesi, şüpheden sanığın yararlanması, savunma hakkının tanınması, sorumluluğun şahsiliği gibi ilkelerin dikkate alınması gerektiği anlaşılmaktadır. Değinilen ilkelerin uygulanması ise makul şüphenin ötesinde ispat standardının Türk Rekabet Hukuku'nda da benimsenmesi gerektiği argümanına zemin oluşturmaktadır.

İhlalin ve yaptırımın niteliği dikkate alınarak kartellere uygulanması gereken ideal ispat standardının ceza hukuku standardı olduğu kabul edilmekle birlikte, Rekabet Kurumu'nun mevcut delil elde etme yetkileri ile bu denli yüksek

<sup>247</sup> 13.D. T:16.02.2010, E.2007/9330, K.2010/1325.

<sup>248</sup> Danıştay'ın, mevcut delillerin ispat seviyesini karşılayıp karşılamadığına ilişkin başka kararları da bulunmaktadır. Ancak Kurul'un *Hidrojen Peroksit* kararına (T:10.11.2006, S:06-83/1045-M) yönelik Danıştay 13. Dairesi tarafından verilen karar (T:26.10.2009, E.2007/5106, K.2009/9394) kartelin ispatına ilişkin standarda değil, soruşturma açılması standardına yönelik delil seviyesini belirlemektedir. Benzer şekilde Kurul'un *TDİ* kararına (T:24.01.2006, S:10-45/801-264) ilişkin Danıştay 13. Dairesi tarafından verilen kararda da (T:07.01.2008, E.2006/2612, K.2008/157) hâkim durumun kötüye kullanılması ihlalinin ispatına ilişkin standart tespiti söz konusudur. Dolayısıyla belirtilen kararların kartellerin ispatına yönelik standart ile ilişkili olmadığı düşünülmektedir.

seviyede bir standardın karşılanabilir olduğu şüphelidir. Zira makul şüphenin ötesinde ispat, ağırlıklı olarak birincil deliller ile ispat gücü yüksek ikincil delillerin varlığı durumunda gerçekleştirilebilmektedir. Kartellerin gizliliği sorunu ve özellikle son yıllarda kartel taraflarının teknolojik araçlardan yararlanarak iletişim kurdukları dikkate alındığında, ceza muhakemesindeki yetkili makamların sahip olduğu tahkikat imkânlarından yoksun olan Rekabet Kurumu'nun ispat gücü en yüksek seviyedeki bu tür delillere erişebilmesi, kanaatimizce makul bir beklenti olmayacaktır. Diğer bir ifadeyle, kesinliğe yakın bir ihtimal seviyesini temin eden kriminal araçlara sahip olmaksızın kartellerin ispatı bakımından ceza hukuku standardının benimsenmesi, ulaşılması imkânsız bir delil seviyesi öngörülmesi anlamına gelecek ve rekabet hukuku uygulamasını işleyemez hale getirecektir. Bu çerçevede ideal ispat standardının uygulanabilmesi için uzun vadeli çözümün, kartellere yönelik rekabet hukuku düzenlemelerinin kriminalleştirilmesi olduğu değerlendirilmektedir. İspat faaliyetinde etkinliğin sağlanabilmesi için kriminal sistemin zorunlu olmadığı argümanının kabulü halinde ise muhtemel çözümün, idari sistem içerisinde mümkün olabilecek en etkin delil elde etme araçlarının Kurum'un tasarrufuna sunulması ve bu araçların kullanılabilmesi için gerekli hukuki alt yapının oluşturulması olduğu düşünülmektedir.

Olması gereken hukuk bakımından işaret edilen yöntemler önerilmekle birlikte, olan hukuk bakımından mevcut yetkiler kapsamında kartellerin ispatında esas alınacak ilkelerin belirlenmesi de önem arz etmektedir. Bu çerçevede ihlal iddiası ile karşı karşıya kalan teşebbüslerin temel hak ve özgürlüklerinin korunabilmesi ve hatalı pozitif riskinin bertaraf edilebilmesi adına, kanaatimizce, AİHS m.6 ve bu hükmün Anayasa'daki karşılığı olan ceza yargılaması ilkelerinin mümkün olan azami ölçüde uygulanması gerekmektedir. Dolayısıyla uygulamada, prensip olarak güvenilirliği ve ispat gücü yüksek olan delillerle ispatın tercih edilmesi yerinde olacaktır. Ayrıca Kurul tarafından delillerin bütün olarak değerlendirilmesi yaklaşımının benimsenmesi kartellerin ispatındaki zorluklar karşısında isabetli olmakla birlikte; elde edilen deliller arasında tutarsızlığın ortaya çıkması halinde bu durumun ilave deliller kullanılarak giderilmesinin, çelişkinin bertaraf edilememesi durumunda ise ortaya çıkan şüphenin teşebbüs lehine yorumlanmasının hukuki belirliliğin sağlanmasına katkıda bulunacağı düşünülmektedir.

## SONUÇ

Montesquieu'nun "Kanunların Ruhı" adlı ünlü eserinde belirttiği üzere; doğal adalet, ispat düzeyinin iddianın büyüklüğü ile orantılı olmasını zorunlu kılmaktadır. Öte yandan yüksek yaptırım için yüksek ispat standardına işaret eden bu önermenin bir diğer görünümü, yüksek standart için yüksek ispat gücünü haiz delillerin varlığının gerekmesidir. Belirtilen nitelikte delillerin elde edilmesinin güç olduğu hukuk alanlarında ise otoritelerin karşılaştığı temel sorun, hukuk kurallarının etkin şekilde yürütülmesi ile temel hak ve özgürlüklerin korunması arasındaki dengenin nasıl sağlanacağı meselesidir.

Başta ABD ve AB hukuk düzenleri olmak üzere rekabet hukukunun uygulandığı sistemlerin tamamında karteller, kamu menfaatine en fazla zarar veren, bu itibarla en ağır rekabet ihlali olarak kabul edilmektedir. Bu çerçevede özellikle son yıllarda kartellerle mücadele konusunda giderek artan seviyedeki kararlılığın bir yansıması olarak cezalandırıcılık ve caydırıcılık amacına hizmet edecek ağırlıkta para cezalarının, hatta ABD hukukunda olduğu gibi kriminal sistemlerde hapis cezalarının uygulandığı görülmektedir. Belirtilen yaptırım tehdidinin hata maliyetini arttırması sonucunda ise kartelin varlığı yönündeki tespitlerin belirli bir ihtimal seviyesini aşması yönünde bir beklenti ortaya çıkmıştır. Söz konusu beklentiyi karşılamak üzere ABD hukuku, ihlalin var olması ihtimalinin derecesine dayanan bir ispat standardı sınıflandırması oluşturmuş, karteller bakımından neredeyse kesinlik seviyesine karşılık gelen "makul şüphenin ötesinde ispat" standardını esas almıştır. Öte yandan değinilen soyut sınıflandırmayı benimsemeyen AB hukukunda ise yegâne ispat standardının hâkimin şahsen ikna olmasına yetecek miktar ve nitelikte deliller olduğu kabul edilmiştir.

İşaret edilen ispat standardı yaklaşımlarından hangisinin tercih edilmesi gerektiği tartışmasıyla ilişkili olarak, kartellerin ispatı bakımından ön plana çıkan hususun hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleri olduğu anlaşılmaktadır. Diğer bir ifadeyle kartelin ispatında hangi vasıtaların kullanılabilceği, delil türlerinin ispat gücünün değerlendirilmesi ve en yüksek ispat gücünü haiz delillerin nasıl

elde edileceği hususları ispat standardı meselesinin temelini oluşturmaktadır. Gerek yabancı hukuk düzenlerinde gerekse Türk hukukunda kartellerin gizliliği nedeniyle önemli düzeyde bir ispat sorunuyla karşı karşıya kalındığı açıktır. Değınilen sorunu bertaraf edebilmek amacıyla hukuk düzenleri uzlaşmaların hukuki niteliğini belirlerken esnek bir yaklaşım uygulamakta, ayrıca delil serbestisi ve delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkelerini esas almaktadır. Dolayısıyla kartellerin ispatında birincil delillerle birlikte ikincil delillerin ve karinelerin kullanılması mümkündür. Bununla birlikte; delillere ilişkin öngörülen serbestinin teşebbüslerin ve şahısların temel hak ve özgürlüklerine temas etmesi, bahse konu serbestinin keyfiliğe dönüşmesini engellemek üzere birtakım değerlendirme kriterlerinin öngörülmesini gerekli kılmıştır. Bu çerçevede ABD sisteminde kartellerin bir suç türü olarak tanımlanması, ceza hukukunun temel ilkeleri olan masumiyet karinesi ve şüpheden sanığın yararlanması ilkesi gibi prensiplerin karteller bakımından da doğrudan uygulama alanı bulmasını sağlamıştır. Ayrıca belirtilen kriminal sistem çok sayıda ve geniş tahkikat yetkilerinin kullanılmasına imkân tanıdığından ispat gücü yüksek delillere ulaşılmasını kolaylaştırmakta, işaret edilen durum ise kartelin ispatı bakımından en yüksek ispat standardının öngörülmesini mümkün ve aynı zamanda zorunlu kılmaktadır. Öte yandan melez bir sistem olan AB hukukunda açık bir ispat standardı tercihi yapılmamış olsa da, kartel soruşturmalarında ceza hukuku ilkelerinin uygulandığı ve delillerin değerlendirilmesinde objektif kriterlerin tespit edilmeye çalışıldığı görülmektedir. Sözü edilen husustan hareketle AB hukukunda kriminal standarda çok yakın, ancak delil elde etme yetkilerinin sınırlı oluşundan doğan ispat zorluğu sebebiyle bu standarttan belirli düzeyde taviz verilen bir delil seviyesinin benimsendiğini belirtmek mümkündür.

ABD ve AB rekabet hukuku sistemlerinin *sui generis* özellikleri, ispat standardı tartışmalarının yakın tarihte gündeme gelmeye başladığı Türk hukuku bakımından model oluşturabilecek niteliktedir. Nitekim ABD hukuku; ispat gücü yüksek delillere erişimi kolaylaştıran geniş ve etkili tahkikat yetkileri, kartellere yönelik bir taraftan ağır yaptırımlar uygularken bir taraftan da her türlü makul şüphenin giderilmesini zorunlu kılarak kesinlik düzeyine yakın bir ispat standardı uygulaması sebebiyle, bahse konu ihlalin ispatı için ideal olan sistemi ortaya koymaktadır. Diğer bir ifadeyle ABD modelinin, olması gereken hukuk bakımından esas alınacak sistem olarak değerlendirilmesi mümkündür. Öte yandan Türk Rekabet Hukuku'nun mehzamını teşkil eden AB hukuku ise, görece sınırlı delil elde etme yöntemleri ve idari bir organın kriminal nitelikte yaptırımlar uyguladığı melez bir sistem olması itibarıyla olan hukuk bakımından dikkate alınması gereken modele işaret etmektedir. Ancak her iki sistemde de ortak olarak benimsenen ilkelerden hareketle Türk Rekabet Hukuku açısından

ulaşılabilir nihai sonuç; delillerin kabul edilebilirliği ve ispat gücünün tespiti hususunda objektif kriterlerin benimsenmesi, ayrıca kartelin var olmaması ihtimalini mümkün olan en kesin şekilde bertaraf edecek bir ispat seviyesine ulaşılması gerektiğidir.

Kartellere yönelik ispat standardının belirlenmesi tartışmalarının Türk hukukundaki görünümü incelendiğinde, hâlihazırda somut bir standart tercihi yapılmadığı gibi, delillerin ispat gücünün değerlendirilmesi bakımından da objektif bir kriter arayışının mevcut olmadığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla Kurul kararlarında benzer nitelikteki delillere yönelik olarak birbirinden farklı saptamalara ulaşıldığı görülmektedir. Sözü edilen husus, kartelin ispatı için gerekli olan niteliksel ve niceliksel delil seviyesinin öngörülebilir olmaması ve Kurul içtihadında tutarsızlıkların oluşması riskini ortaya çıkarmaktadır. Belirtilen sorunların çözülebilmesi amacıyla; Türk Rekabet Hukuku'ndaki kartel uygulamaları bakımından temel hak ve özgürlüklerin korunması ile rekabet politikasının etkin şekilde uygulanması prensiplerini dengeleyecek objektif, tutarlı ve ihlalin ağırlığıyla orantılı bir ispat standardının benimsenmesi gerektiği düşünülmektedir.

## **ABSTRACT**

In recent years, the significant increase in the level of fines against cartels imposed by competition authorities has triggered discussions on whether current threshold set for the evidences to be qualified for proving an infringement is adequate. An immediate reaction to the debate has appeared on international platforms such as symposiums and workshops held by OECD and the EU. However, from the Turkish Competition Law perspective, a coherent and precise standard of proof is still yet to be established albeit enforcement of competition law for almost fifteen years. Whilst the Turkish Competition Board has not declared which standard is preferred for cartels, or even a preference as such is required, academic publications have been relatively indifferent to this debate as well compared to their foreign counterparts.

Despite the variety of approaches to the concept, in general terms, standard of proof refers to the evidentiary threshold an authority or a party has to meet in order to prove its case, which is determined by amount, type and probative value of evidence. Due to historical and systematical differences, each legal system has a different comprehension of standard of proof and hence, unique classification in this regard. Nevertheless, it is universally concurred that the degree of proof should be proportional to the greatness of the accusation and objective criteria for evaluation of evidence shall be anticipated for the sake of securing “legal certainty”. Consequently, since cartels are the most damaging type of anti-competitive practices and are the most severely punished, in the course of policies against cartels, competition authorities face the problem of balancing human rights protection on the one hand, and effective enforcement of competition law on the other.

Under the light of discussions aforementioned, the aim of this study is to analyze elements of standard of proof and principles to be taken into account regarding evaluation of evidence in cartel cases, and ultimately, to provide inferences for Turkish Competition Law. As a means of achieving the specified purpose, the currently applied standards in the US, the EU and Turkey are comparatively examined by reference to relevant doctrinal debates and prominent case law.



## KAYNAKÇA

ABA Section of Antitrust Law (2006), *Criminal Antitrust Litigation Handbook*, Second Edition, the US.

ABA Section of Antitrust Law (2007), *Antitrust Law Developments*, 6th Edition, the US.

ABA, Section of Antitrust Law (2010), *Proof of Conspiracy under Federal Antitrust Laws*, the US.

ALBORS-LLORENS, A. (2006), “Horizontal Agreements and Concerted Practices in EC Competition Law: Unlawful and Legitimate Contacts Between Competitors”, *The Antitrust Bulletin*, Vol. 51, No. 4.

ALLENDESALAZAR, R. ve P. MARTINEZ-LAGE (2009), “Evidence Gathering Through Leniency: From the Prisoner’s Dilemma to the Race to the Bottom”, *14th Annual EU Competition Law and Policy Workshop, European University Institute, Florence, June 19-20, 2009*,

<http://www.eui.eu/Documents/RSCAS/Research/Competition/2009/2009-COMPETITION-Allendesalazar.pdf> .

ALMUNIA, J. (2011), “Cartels: The Priority in Competition Enforcement”, *15th International Conference on Competition: A Spotlight on Cartel Prosecution Berlin, 14 April 2011*,

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/11/268&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en> .

ANDERSON, M. ve M. HUFFMAN (2010), “Iqbal, Twombly, and the Expected Cost of False Positive Error”, *Cornell Journal of Law and Public Policy*, Vol. 20, Issue 1, p. 1-66.

ARI, M.H. ve AYGÜN, E. (2009), “Rekabet Kurulu’nun Ceza Yönetmeliği: Yeni Bir Dönemin Ayak Sesleri”, *Rekabet Dergisi*, Cilt. 10, No. 4, s. 7-72.

ARI, M.H. ve B. KIRMIZIGÜL (2011), “Kartel İncelemelerinde Delil ve İspata Dair Meseleler”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-IX, 6 Mayıs 2011, Kayseri* içinde s. 337-381, Ankara.

BAILEY, D. (2003), “Standard of Proof in EC Merger Proceedings: A Common Law Perspective”, *Common Market Law Review*, Vol. 40, No. 4, p. 845-888.

BAILEY, D. (2010), “Presumptions in EU Competition Law”, *European Competition Law Review*, Vol. 33, Issue. 9, p. 362-369.

BELLAMY, C. (1996) *Policy Roundtables: Judicial Enforcement of Competition Law* içinde, s. 105-106, <http://www.oecd.org/dataoecd/34/41/1919985.pdf>.

BRODER, D. (2010), *U.S. Antitrust Law and Enforcement: A Practice Introduction*, Oxford University Press, the US.

BUDAK, A.C. (2004), “AT Konsey ve Komisyonunun Yeni Rekabet Tüzükleri ve Rekabet Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler Işığında Delillerin Toplanması ve İspat”, *Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Mayıs 2004*, s. 137-158.

BURRICHTER, J. ve H. LOGEMANN (2009), “Evaluation of Evidence in National Courts: Reflections from the German Perspective”, *14th Annual EU Competition Law and Policy Workshop, European University Institute, Florence, June 19-20, 2009*, <http://www.eui.eu/Documents/RSCAS/Research/Competition/2009/2009-COMPETITION-Burrichter-Logemann.pdf>.

CAOIMH, A.O. (2009), “Standard of Proof, Burden of Proof, Standard of Review and Evaluation of Evidence in Antitrust and Merger Cases. Perspective of the Court of Justice of the European Union”, *European University Institute, EU Competition Law and Policy Workshop/Proceedings*,

<http://www.eui.eu/documents/rscas/research/competition/2009/2009-competition-ocaoimh.pdf>.

CARLTON, D.W. (2009), “How Should Economic Evidence be Presented and Evaluated?”, *14th Annual EU Competition Law and Policy Workshop, European University Institute, Florence, June 19-20, 2009*, <http://www.eui.eu/Documents/RSCAS/Research/Competition/2009/2009-COMPETITION-Carlton.pdf>.

DE LA TORRE, F. C. (2009), “Evidence, Proof and Judicial Review in Cartel Cases”, *World Competition*, Vol. 32 No. 4, p. 505-578.

DEVİRİM, F. (2009), *İdare Hukukunda ve Ceza Hukukunda Kartellerle Mücadelede Soruşturma Yöntemleri*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No:102, Ankara.

ENGEL, C. (2009), “Prepondorence of Evidence versus Intime Conviction - A Behavioural Perspective on a Conflict between American and Continental European Law”, *Vermont Law Review*, No. 33, p. 435-467.

FEYZİOĞLU, M. (2002), *Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Yetkin Yayınları*, Ankara.

GAVIL, A. I. (2008), *Burden of Proof in U.S. Antitrust Law*, I ABA Antitrust Section, Issues in Competition Law and Policy içinde, 125.

GIPPINI-FOURNIER, E. (2009), “The Elusive Standard of Proof in EU Competition Cases”, *14th Annual EU Competition Law and Policy Workshop, European University Institute, Florence, June 19-20, 2009*, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1433744](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1433744) .

GÖZÜBÜYÜK, Ş. (2006), *Yönetmelik Yargı*, 25. Basım, Turhan Kitabevi, Ankara.

GÖNEN, K. E. (2003), “Bağımsız İdari Otorite Olarak Rekabet Kurumu”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı I-II, [http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/7\\_9.pdf](http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/7_9.pdf) .

GUERRIN, M. ve G. KYRIAZIS (1992), “Cartels: Proof and Procedural Issues”, *Fordham International Law Journal*, Vol. 16, Issue 2, Article 2.

GÜNDAY, M. (1999), *Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu, 5 Mart 1999* içinde, s. 60-67.

GÜNDAY, M. (2007), “Rekabet Kurulu’nun İdari Para Cezalarına İlişkin Kararlarının Yargısal Denetimi ve Karşılaşılan Sorunlar”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-V,6 Nisan 2007, Kayseri* içinde s. 3-10.

GÜNDÜZ, H. (2009), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Rekabet Hukuku Uygulamasına Etkisi*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No. 99, Ankara.

GÜRKAYNAK, G., K. K. YILDIRIM, H. ÖZGÖKÇEN ve B. AYDIN (2011), “Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemlerin İspatı Odaklı İspat Tartışmaları”, *Rekabet Dergisi*, Cilt 12, No. 4, s. 75-125.

HARDING C. ve J. JOSHUA (2010), *Regulating Cartels in Europe*, Second Edition, Oxford University Press, the US.

HAY, G.A. (2006), “Horizontal Agreements: Concept and Proof”, *The Antitrust Bulletin*, Vol. 51, No. 4, s. 877-914.

HELLSTRÖM, P. (2009), “A Uniform Standard of Proof in EU Competition Proceedings”, *14th Annual EU Competition Law and Policy Workshop, European University Institute, Florence, June 19-20, 2009*,

<http://www.eui.eu/Documents/RSCAS/Research/Competition/2009/2009-COMPETITION-Hellstrom.pdf> .

HOVENKAMP, H. (2009), “The Pleading Problem in Antitrust Cases and Beyond”, *Iowa Law Review Bulletin*, Vol. 95, p. 55-66.

ICC (2010), “Due Process in EU Antitrust Proceedings: Comments on the European Commission’s Draft Best Practices in Antitrust Proceedings and the Hearing Officers’ Guidance Paper”, Document No. 225/667, 8 March 2010, [http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010\\_best\\_practices/icc\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010_best_practices/icc_en.pdf) .

ITALIANER, A. (2011), “Trends in Cartel Enforcement and Policy”, *ICN Annual Conference 2010, Cartel Working Group Session, 29 April 2010, İstanbul*, [http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2010\\_02\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2010_02_en.pdf) .

JONES, A. ve B. SUFRIN (2009), *EC Competition Law: Text, Cases, and Materials*, Fourth Edition, Oxford University Press, the US.

KALBFLEISCH, P. (2009), “Standard of Proof, Burden of Proof and Evaluation of Evidence in Antitrust and Merger Cases: A Perspective of the Netherlands Competition Authority”, *14th Annual EU Competition Law and Policy Workshop, European University Institute, Florence, June 19-20, 2009*, <http://www.eui.eu/Documents/RSCAS/Research/Competition/2009/2009-COMPETITION-Kalbfleisch.pdf> .

KALDIRIMCI, N. (2007), “2007 yılı TBMM Bütçe Konuşması”, <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=sayfahtml&Id=651&Lang=TR> .

KARABULUT, M. (2008), *İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi*, Turhan Kitabevi, Ankara.

KEKEVİ, G. (2008a), “İktisadi Analiz Kartellerin Ortaya Çıkarılmasına Yardımcı Olabilir mi?”, *1. Rekabet Ekonomisi ve Politikası Sempozyumu, 14-15 Kasım 2008, Denizli* içinde s. 53-70, Ankara.

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

KEKEVİ G.H., B. CAN, ve Z. ŞENGÖREN (2011), “Uyumlu Eylem Karineleri: Mitler ve Gerçekler”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-IX*, 6 Mayıs 2011, Kayseri içinde s. 175-240, Ankara.

KERSE, C.S. ve N. KHAN (2005), *EC Antitrust Procedure*, Fifth Edition, Sweet & Maxwell, London.

KONURALP, H. (2007), “Rekabet Hukukunda Deliller ve Değerlendirilmesi”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-V*, 6-7 Nisan 2007, Kayseri içinde, s. 11-21, Ankara.

KOVACIC, W. (1993), “The Identification and Proof of Horizontal Agreements under the Antitrust Laws” *Antitrust Bulletin*, Vol. 38, No. 5, s. 5-82.

KOVACIC, W., R.C. MARSHALL, L.M. MARX ve H.L. WHITE (2011), “Plus Factors and Agreement in Antitrust Law”, *Center for the Study of Auctions, Procurements and Competition Policy*, Working Papers - 2011, <http://capcp.psu.edu/papers/2011/plusfactors.pdf>.

KUNTER, N., F. YENİSEY ve A. NUHOĞLU (2010), *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 18. Bası, Beta Yayınları, İstanbul.

KURU, B., R. ASLAN, ve E. YILMAZ, (2006), *Medenî Usul Hukuku*, 17. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara.

LEGAL, H. (2006), “Standards of Proof and Standards of Judicial Review in EU Competition Law”, *Fordham Conference, New York, 14-16 September 2006*, [https://listes.cru.fr/sympa/d\\_read/creda-concurrence/Art/Legal-Fordham2005.pdf](https://listes.cru.fr/sympa/d_read/creda-concurrence/Art/Legal-Fordham2005.pdf).

LÉONNET, J. (1996), *Policy Roundtables: Judicial Enforcement of Competition Law* içinde, s. 95-97, <http://www.oecd.org/dataoecd/34/41/1919985.pdf>.

LOWE, P. (2009), “Taking Sound Decisions on the Basis of Available Evidence”, *14th Annual EU Competition Law and Policy Workshop, European University Institute, Florence, June 19-20, 2009*,

<http://www.eui.eu/Documents/RSCAS/Research/Competition/2009/2009-COMPETITION-Lowe.pdf>.

MCBRIDE, E. (2009), “Is the Civil ‘Higher Standard of Proof’ a Coherent Concept?” *Law, Probability & Risk*, Vol. 8, No. 4, p. 323-351.

MONTI, M. (2000), “Fighting Cartels Why and How? Why Should We Be Concerned with Cartels and Collusive Behaviour?” 3rd Nordic Competition Policy Conference Stockholm, 11-12 September 2000.

MOTTA, M. (2006), *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press, the US.

NEVEN, D. J. (2006), "Competition Economics and Antitrust in Europe", *Economic Policy*, Vol. 21, No. 48, p. 741-791.

OECD (1998), "Recommendation of the Council Concerning Effective Action against Hard Core Cartels", <http://www.oecd.org/dataoecd/39/4/2350130.pdf>.

OECD (2002), "Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions against Cartels under National Competition Laws",  
<http://www.oecd.org/dataoecd/16/20/2081831.pdf>.

OECD (2006), "Policy Roundtables: Prosecuting Cartels without Direct Evidence", <http://www.oecd.org/dataoecd/19/49/37391162.pdf>.

PAGE, W.H. (2007), "Communication and Concerted Action", *Loyola University Chicago Law Journal*, Vol. 38, p. 101-156.

PARLAK, B. (2006), "İdari Yargıda İspat ve İspata Yarayan Araçlar", (Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, <http://www.belgeler.com/blg/sr9/idari-yargida-ispata-ve-ispata-yarayan-araclar-evidence-in-administrative-judgement-and-tools-wich-are-using-to-prove>.

PARLAR, A., M. HATİPOĞLU, ve E. G. YÜKSEL (2008), *Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller, Çarpraz Sorgu ve İspat*, Ankara.

PARRET, L. (2008), "Sense and Nonsense of Rules on Proof in Cartel Cases", *TILEC Discussion Paper*, No. 2008-004,  
[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1088959](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1088959).

PINAR, H. (2011), "Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda AB Komisyonunun İnceleme Yetkisi", *Rekabet Dergisi*, Cilt 12, No. 4, s. 127-154.

POSNER, R. (2001), *Antitrust Law*, Second Edition, the University of Chicago Press, the US.

RARD, R. (2008), "Unraveling the Legal Standard Applicable to Cartels: A Comparative Study of European and North American Antitrust", (Yüksek Lisans Tezi), McGill University Faculty of Law, Montreal,

[http://digitool.library.mcgill.ca/webclient/StreamGate?folder\\_id=0&dvs=1325008114158~529](http://digitool.library.mcgill.ca/webclient/StreamGate?folder_id=0&dvs=1325008114158~529).

ROSCH, T. (2009), “Observations on Evidentiary Issues in Antitrust Cases”, *EU Competition Law and Policy Workshop Florence, Italy June 19, 2009*, <http://www.ftc.gov/speeches/rosch/090619antitrustcases.pdf> .

ROSCH, T. (2010), “So I Serve as Both a Prosecutor and a Judge – What’s the Big Deal?”, *American Bar Association Annual Meeting San Francisco, California August 5, 2010*, <http://www.ftc.gov/speeches/rosch/100805abaspeech.pdf>.

ROXIN, C. (2005), *İspat Hukukunun Esasları*, (çev.) Yener ÜNVER, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl 4, Sayı 8, s. 265-289.

SCORDAMAGLIA, A. (2010), “Cartel Proof, Imputation and Sanctioning in European Competition Law: Reconciling Effective Enforcement and Adequate Protection of Procedural Guarantees”, *the Competition Law Review*, Vol:7 Issue 1 p. 5-52.

SHERWIN, K.M. ve E. CLERMONT, (2002), “A Comparative View of Standards of Proof”, *The American Journal of Comparative Law* Vol. 50, No. 2, s. 243-275.

SIRAGUSA, M. (2009), “Antitrust and Merger Cases in Italy: Standard of Proof, Burden of Proof and Evaluation of Evidence”, *14th Annual EU Competition Law and Policy Workshop, European University Institute, Florence, June 19-20, 2009*, <http://www.eui.eu/Documents/RSCAS/Research/Competition/2009/2009-COMPETITION-Siragusa.pdf> .

STROUX, S. (2004), *US and EC Oligopoly Control*, *International Competition Law Series*, Kluwer Law International, The Netherlands.

ŞAHİN, C. (2005), *Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

TARUFFO, M. (2003), “Rethinking the Standards of Proof”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 51, No. 3, p. 659-677.

ULUSOY, A. (1999), “Türk İdari Sistemi İçerisinde Rekabet Kurumunun Yeri”, *Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Kasım 1999*, s. 3-13.

UYANIK, P. (2003), *Rekabet Hukuku Açısından Delil*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No.34, Ankara.

ÜNVER, Y. ve H. HAKERİ (2010), *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara.

VENIT, J.S. (2009), “Human All Too Human: The Gathering and Assessment of Evidence and the Appropriate Standard of Proof and Judicial Review in Commission Enforcement Proceedings Applying Articles 81 and 82”, *14th Annual EU Competition Law and Policy Workshop, European University Institute, Florence, June 19-20, 2009*,

<http://www.eui.eu/documents/rscas/research/competition/2009/2009-competition-venit.pdf> .

VESTERDORF, B. (2005a), “Judicial Review in EC Competition Law: Reflections on the Role of the Community Courts in the EC System of Competition Law Enforcement”, *Competition Policy International*, Vol. 1, No. 2, 2-27.

VESTERDORF, B. (2005b), “Standard of Proof in Merger Cases: Reflections in the Light of Recent Case Law of the Community Courts”, *European Competition Journal*, Vol. 1, No. 1, 3-34.

WALLACE, C.D. (2002), *The Multinational Enterprise and Legal Control: Host State Sovereignty in an Era of Globalization*, Kluwer Law International, the Netherlands.

WHISH, R. (2009), ), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, the US.

WILS, W.P.J. (2010) “The Increased Level of EU Antitrust Fines, Judicial Review, and the European Convention on Human Rights”, *World Competition: Law and Economics Review*, Vol. 33, No. 1, p. 1-32.

WOOD, D.P. (1996), *Policy Roundtables: Judicial Enforcement of Competition Law* içinde, s.98-99, <http://www.oecd.org/dataoecd/34/41/1919985.pdf> .

YILMAZ, E. (1999), “Rekabet Kanunu Uygulamasında Usul ve İspat Sorunları”, *Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Kasım 1999*, s. 79-102.

YILMAZ, E. (2004), “Rekabet Hukukunda Deliller, Delillerin Toplanması ve Değerlendirilmesi Üzerine Düşünceler”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-II, 9 Nisan 2004, Kayseri* içinde s. 67-88.



## **Diğer Kaynaklar**

ABD Adalet Bakanlığı Antitröst Birimi, *Price Fixing, Bid Rigging and Market Allocation Schemes: What They Are and What to Look for (An Antitrust Primer)*, <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/211578.pdf> .

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği, RG T: 01.06.2005, S: 25832.

Commission Notice on Immunity from Fines and Reduction of Fines in Cartel Cases, 2006/C 298/11, OJ C 298, 08.12.2006. Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the Implementation of the Rules on Competition Laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty OJ L 1, 04.01.2003.

European Commission, Report on Competition Policy (2010), [http://ec.europa.eu/competition/publications/annual\\_report/2010/part1\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2010/part1_en.pdf) .

International Competition Network, Cartel Working Group (2010), “Anti-Cartel Enforcement Manual - Chapter 3: Digital Evidence Gathering”,

<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc627.pdf> .

Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Horizontal Co-Operation Agreements, OJ 2011/C, 11/01, 14.01.2011.

Rekabet Hukukunun Esasları: Kartellerle Mücadele,

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=sayfaicerikhtml&icId=53&detId=56&ustId=53&Lang=TR>.

2006 Guidelines on the Method of Setting Fines Imposed Pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003, OJ C 210, 01.09.2006.

## **ABD Temyiz Mahkemesi ve Bölge Mahkemeleri Kararları**

- American Tobacco, Co. v. US, 328 U.S. 781 (1946).
- Paramount Pictures, Inc v. United States, 334 US 131 (1948).
- Theatre Enterprises v. Paramount Film Distrib. Corp., 346 US 537, 541 (1954).
- Continental Ore Co. v. Union Carbide Carbon Co., 370 US 690 (1962).
- Esco Corp. v. US, 340 F.2d 1000, 1007 (9th Cir. 1965).
- United States v. GE Co., Trade Cas. (CCH) 712 (1977-1).
- Brokers Corp. v. General Motors Corp., 572 F.2d 953, 959 (2d Cir. 1978).

- Addington v. Texas, 441 U.S. 418 (1979).
- Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp., 465 US 752, 768 (1984).
- Matsushita Electrical Industrial Co. v. Zenith Radio Corp, 475 US 574 (1986).
- In re Coordinated Pretrial Proceedings in Petroleum Prods. Antitrust Litigation, 906 F.2d 432, 445–50 (9th Cir. 1990).
- Petruzzi's Iga Supermarkets v. Darling-Deleware Co. 998 F.2d 1224 (1993) (3rd Cir. 1993).
- Todd v. Exxon, 275 F. 3d 191 (2d Cir. 2001).
- In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation, 295 F.3d 651 (7th Cir. 2002).
- In re Flat Glass Antitrust Litigation, 385 F 3d 350, 359-60 (3d Cir.2004).
- Verizon Communications v. Law Offices of Curtis V. Trinko, 540 U.S. 398, 408 (2004).
- Bell Atlantic Corp. v. Twombly, 550 US 544 (2007).
- In re Text Messaging Antitrust Litigation, 630 F.3d 622 (7th Cir. 2010).

### **AIHM Kararları**

- Engel and others v. The Netherlands, Application no. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72 (08.06.1976), A 22.
- Bendenoun v. France, Application no. 12547/86, (24.02.1994), A 284.
- John Murray v. United Kingdom, Application no:18731/91 (08.02.1996).
- (Grand Chamber) Jussila v. Finland, Application no. 73053/01 (23.10.2006).
- Hüseyin Turan v. Turkey, Application no. 11529/02, (04.03.2008).
- *Sergey Zolotukhin v. Russia*, Application no. 14939/03, (10.02.2009).

### **ABAD Kararları**

- Case 41/69, ACF Chemiefarma NV v. Commission (the Quinine Cartel)[1970] ECR 661.
- Case 45/69, Boehringer Mannheim v. Commission [1970] ECR 79.
- Cases 48, 49, 51-7/69, ICI v. Commission (Dyestuffs) [1972] ECR 619, [1972] CMLR 557.
- Cases 40-8,50,54-6,11,113-4/73, Cooperative Vereniging “Suiker Unie” UA v. Commission (Sugar) [1975] ECR 1663, [1976] 1 CMLR 295.

- Cases 209-215, 218/78 Van Landewyck [1980] ECR 3125.
- Cases 29/83, 30/83 CRAM and Rheinzink v. Commission [1984] ECR 1679.
- Cases C-29-30/83, Compagnie Royale Asturienne des mines and Rheinzink v. Commission [1985] CMLR 688.
- Case 85/87 Dow Benelux v. Commission [1989] ECR 3137.
- Case 374/87, Orkem SA v. Commission [1989] ECR 3283, [1991] 4 CMLR 502.
- Cases C-89, 104, 114, 116-117, 125-9/85 [1993] ECR I-1307 Ahlström Osakeyhtiö and Others v. Commission (Woodpulp II), [1993] 4 CMLR 407.
- Case C-53/92 P, Hilti v. Commission [1994] ECR I-667.
- Cases C-68/94 and C-30/95, France et al v Commission (Kali & Salz) [1998] ECR I-1375.
- Case C-189/95 P Baustahlgewebe v. Commission, [1998] ECR I-8417.
- Case C-199/92 P Hüls v. Commission (Polypropylene) [1999] ECR I-4287.
- Case C-235/92 P, Montecatini v. Commission (Polypropylene) [1999] ECR I-4539.
- Case C-94/00 Roquette Frères [2002] ECR I-9011.
- Cases C-204/00 P etc. Aalborg Portland A/S and others v. Commission, (Cement) [2004] CMLR 251.
- C-189/02P etc., Dansk Rørindustri A/S v. Commission [2005] ECR I-5425, [2005] 5 CMLR 796 vd (Pre-Insulated Pipe Cartel).
- Cases C-403/04 P ve C-405/04 P Sumitomo Metal Industries and Nippon Steel v. Commission [2007] ECR I-729.
- Case C-510/06 P, Archer Daniels Midland v. Commission [2009] ECR I-1843.
- Case C-8/08, T-Mobile Netherlands, [2009] ECR I-4529.

### **Genel Mahkeme Kararları**

- Cases T-1/89 to T-4/89, T-6/89 to T-15/89 Rhône-Poulenc and others v. Commission [1991] ECR II-869.
- Case T-3/89, Atochem v. Commission [1991] ECR II-897.
- Case T-30/91, Solvay v. Commission [1995] ECR II-1775.
- Case T-142/89, Böel v. Commission, [1995] ECR II-867.
- Case T-314/01, Avebe BA v. Commission [1996] ECR II-3085.
- Cases T-305/94 etc., NV Limburgse Vinyl Maatschappij v. Commission (PVC

Cartel II) [1999] ECR II-931, [1999] 5 CMLR 303.

- Cases T-25/95 etc. Cimenteries CBR v. Commission [2000] ECR II-491, [2000] 5 CMLR 204.
- Case T-41/96, Bayer v. Commission, [2000] ECR II-3383.
- Case T-224/00 Archer Daniels Midland and Archer Daniels Midland Ingredients v. Commission [2003] ECR II-2597.
- Cases T-67/00 etc. JFE Engineering and others v. Commission [2004] ECR II-2501.
- Case T-120/04 Peroxidos Organicos v. Commission [2006] ECR II-4441.
- Case T-168/01, GlaxoSmithKline v. Commission [2006] ECR II-2969.
- Case T-53/03, BPB v. Commission, [2008], ECR II-01333.
- Case T-302/02 Westfalen Gassen Nederland BV [2006] ECR II – 4567, [2007] 4 CMLR 334.
- T-99/04, *AC-Treuhand AG v. Commission*, [2008] 5 C.M.L.R. 13,

### **Komisyon Kararları**

- HOV SVZ/MCN, [1994] OJ L104/34.
- Nuovo Cegam, [1984] OJ L99/29, [1984] 2 CMLR 484.
- Polypropylene, [1986] OJ L230/1, Decision 31.149.

### **Birleşik Krallık Mahkeme Kararları**

- Secretary of State for the Home Department v. Rehman [2001] UKHL 47, [2003] 1 AC 153, 193.
- Lord Justice Denning, Miller v Minister of Pensions (Miller) [1947] 2 All ER 372.

### **Anayasa Mahkemesi Kararları**

- T. 19.04.1988, E. 87/16, K 88/8, AMKD, S.24, 1989.
- RG T. 16.01.1999, S. 23585; karar T. 23.10.1997, E. 1997/19, K. 1997/66.
- RG T. 01.07.2008, S. 26923, karar T. 06.03.2008, E. 2004/116, K. 2008/74.

### **Yargıtay Kararları**

- 9. CD, 05.10.1984, 2346.
- 9. CD, 14.03.2007, 6534-2050.
- 11.CD, 08.10.2007, 10369/6410.
- 2.CD, 18.10.2007, 10849/13316.

### **Danıştay Kararları**

- 13.D.; T. 07.01.2008, E. 2006/2612, K. 2008/157.
- 13.D.; T. 19.10.2009, E. 2007/2891, K. 2009/9203.
- 13.D.; T. 26.10.2009, E. 2007/5106, K. 2009/9394.
- 13.D.; T. 16.02.2010, E. 2007/9330, K. 2010/1325.
- İDDK; T. 24.02.2005, E. 2005/5076, K. 2005/4741.
- İDDK; T. 26.05.2005, E. 2005/5260, K. 2005/5503.
- Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu kararı; RG T. 09.06.1989, S. 20190; karar E. 1989/1, K. 1989/1.

### **Rekabet Kurulu Kararları**

- Adıyaman LPG, T. 26.11.1998, S. 93/750-159.
- Ege Çimento I, T. 17.06.1999, S. 99-30/276-166(a).
- Ekmek T. 27.10.1999, S. 99-49/536-337(a).
- Reklam Yerleri, T. 01.02.2000, S. 00-4/41-19.
- Gazete, T. 17.07.2000, S. 00-26/291-161.
- İç Anadolu-Akdeniz-Marmara Çimento, T. 01.02.2002, S. 02-06/51-24.
- Gübre, T. 08.02.2002, S. 02-07/57-26.
- Turgutlu Kuyumcu, T. 26.03.2002, S. 02-16/176-70.
- Tıbbi Sarf Malzemeleri (ÖA), T. 06.06.2002, S. 02-36/396-164.
- Yonga Levha I, T. 06.09.2002, S. 02-53/685-278.
- Yonga Levha II, T. 25.02.2003, S. 03-12/135-63.
- Uluslararası Kargo, T. 21.08.2003, S. 03-58/681-308.
- Seramik, T. 24.02.2004, S. 04-16/123-26.
- Frito Lay, T. 04.05.2004, S. 04-32/377-95.
- Konya Otobüs, T. 18.08.2004, S. 04-55/751-188.
- Ege Çimento II, T. 02.12.2004, S. 04-77/1108-277.

- Ege Hazır Beton, T. 02.12.2004, S. 04-77/1109-278.
- Özgür Çimento, T. 13.01.2005, S. 05-05/42-17.
- Maya III, T. 23.09.2005, S. 05-60/896-241.
- Demir Çelik, T. 14.10.2005, S. 05-68/958-259.
- TDİ, T. 24.01.2006, S. 10-45/801-264.
- Kastamonu Otobüs, T. 09.02.2006, S. 06-11/143-33.
- Gaziantep Beton, T. 30.05.2006, S. 06-37/477-129.
- İthal Kömür I, T. 25.07.2006, S. 06-55/712-202.
- Granisetron, T. 13.07.2006, S. 06-51/655-183.
- Sakarya Otobüs, T. 25.07.2006, S. 06-55/713-203.
- Marmara Hazır Beton, T. 02.10.2006, S. 06-68/927-266.
- Akdeniz Çimento, T. 03.10.2006, S. 06-69/930-267.
- Hidrojen Peroksit (ÖA), T. 10.11.2006, S. 06-83/1045-M.
- Bartın Otobüs, T. 26.12.2006, S. 06-94/1191-357.
- İlaç, T. 19.01.2007, S. 07-07/43-12.
- Refrakter, T. 29.01.2007, S. 07-10/63-19.
- SGK, T. 16.03.2007, S. 07-24/236-76.
- Work and Travel (ÖA), T. 11.04.2007, S. 07-31/325-120.
- Emaye Bobin, T. 04.07.2007, S. 07-56/672-209.
- Adana Otobüs (ÖA), T. 23.10.2008, S. 08-60/963-381.
- Tıbbi Sarf Malzemeleri II, T. 19.12.2008, S. 08-74/1180-455.
- Diyaliz I, T. 25.12.2008, S. 08-75/1198-463.
- Yassı Çelik, T. 16.06.2009, S. 09-28/600-141.
- CNR 2, T. 13.10.2009, S. 09-46/1154-290.
- Beyaz Et, T. 25.11.2009, S. 09-57/1393-362.
- Kütahya Ekmek (ÖA), T. 25.02.2010, S. 10-19/240-94.
- Ulusal Kargo T. 03.09.2010, S. 10-58/1193-449.
- Diyaliz II, T. 23.10.2010, S. 10-80/1687-640.
- Medikal Gaz, T. 11.11.2010, S. 10-72/1503-572.
- Diyaliz III, T. 23.12.2010, S. 10-80/1687-640.
- Özel Okullar II (ÖA) T. 03.03.2011, S. 11-12/226-76.
- Maaş Promosyonları, T. 07.03.2011, S. 11-13/243-78.
- Otomotiv, T. 18.04.2011, S. 11-24/464-139.

- ODD Muafiyet, T. 14.07.2011, S. 11-43/916-285.
- KGM ihalesi (ÖA), T. 03.08.2011, S. 11-44/959-312.
- Çimsa-Cimpor Çimento (ÖA), T. 03.08.2011, S. 11-44/979-329.
- Niksar Akaryakıt-LPG (ÖA), T. 25.08.2011, S. 11-46/1131-396.
- Beyşehir Akaryakıt-LPG (ÖA), T. 25.08.2011, S. 11-46/1132-397.



Üniversiteler Mahallesi  
1597. Cadde No: 9  
06800 Bilkent/ANKARA  
ISBN 978-605-5479-27-5  
<http://www.rekabet.gov.tr>