



YAYIN NO: DPT: 2695

**ULUSLARARASI ALANDA VE TÜRKiYE'DE
AÇIK KARTELLER İLE MÜCADELE**

Alp Tolga ŞİMŞEK

Uzmanlık Tezi

AVRUPA BİRLİĞİ İLE İLİŞKİLER GENEL MÜDÜRLÜĞÜ

Eylül 2006

30.11.2004 tarihinde yürürlükte olan mevzuata göre hazırlanmıştır.

ISBN 975-19-3923-2

Bu çalışma, Devlet Planlama Teşkilatının görüşlerini yansıtmaz. Sorumluluğu yazarına aittir. Yayın ve referans olarak kullanılması Devlet Planlama Teşkilatının iznini gerektirmez; internet adresi belirtilerek yayın ve referans olarak kullanılabilir. Bu e-kitap, [http://ekutup.dpt.gov.tr/\[konu\]](http://ekutup.dpt.gov.tr/[konu]) adresindedir.

Bu yayın 400 adet basılmıştır. Elektronik olarak 1 adet pdf dosyası üretilmiştir.

ÖNSÖZ

Endüstriyel organizasyon literatüründe, rekabet ihlallerinin en önemlilerinden birisi olan kartellerin işleyiş mekanizmaları ve ekonomiye olan zararları ile kartel anlaşmalarının icrasını kolaylaştıran unsurları başarılı biçimde açıklayan çok sayıda çalışma yapılmaktadır. Ancak, kartellerle mücadele yöntemleri ve kartel anlaşmalarına uygulanacak müeyyideler konusunda yapılan çalışmaların yeterliliği konusunda benzer tespitleri yapmak mümkün değildir¹. Uluslararası gelişmelere bakıldığında kartellerle hem ulusal hem de uluslararası düzeyde mücadele çabalarının giderek arttığı görülmektedir².

Rekabetin piyasalarda sağlanan ürünlerin miktarını ve çeşitini artırması ve fiyatları düşürüp kaliteyi artırarak tüketicilere fayda sağlaması beklenmektedir. Üretimde verimliliğin artmasının yanısıra, rekabetçi denge seviyesinde, üretim faktörlerinin tahsisat etkinliği de sağlanacaktır. Ancak, piyasalarda rekabetçi sürecin gerçekleşebilmesi için, rakiplerin fiyatlarını birbirlerinden bağımsız biçimde tayin etmeleri gerekmektedir. Oysa, rekabet karşıtı davranışların en zararlılarından birisi olan gizli kartel anlaşmaları, teşebbüslerin fiyatları ortaklaşa tespit etmelerine olanak sağlayarak rekabet kurallarını doğrudan ihlal etmektedir.

Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde mal ve hizmet piyasalarında rekabeti korumak amacıyla, kaynağı AB düzenlemeleri olan 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun 1994 yılında yürürlüğe girmiş ve Kanun'un uygulamasından sorumlu Kurul 1997 yılında oluşturulmuştur. Ancak, bu tez çalışmasında da vurgulandığı gibi "Türk rekabet hukukunun Avrupa Birliğine büyük oranda uyumlu olmayı sürdürmesi ve kartellerin ortaya çıkardığı zararların en aza indirilmesi amacıyla, ülkemizde geçerli olan rekabet hukuku mevzuatında birtakım yeniliklere gidilmesi ve uygulamanın daha etkili hale getirilmesi gerekmektedir".

Nitekim, Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı (OECD) tarafından 2005 yılında yayımlanan ve Türkiye'de rekabet hukuku ve politikasını gözden geçiren çalışmada³ da Rekabet Kurumu'nun uygulama kapasitesinin daha iyi hale getirilmesi amacıyla 4054 sayılı Kanun'da ve ikincil mevzuatta yapılması gereken değişiklikler konusunda tavsiyelerde bulunmaktadır. Bu tavsiyeler, 2004 yılında tamamlanan tez çalışmasının bulgularını doğrular niteliktedir. Örneğin, tez çalışmasının önerileri arasında yer alan, rekabeti sınırlayabilecek ölçekte olmayan anlaşmalara muafiyet sağlanması; kartel davalarında cezalardan bağışıklık ve cezaların indirilmesini öngören pişmanlık programlarının geliştirilmesi; para cezalarının uygulanmasında saydamlığın artırılması amacıyla kılavuzların yayımlanması; rekabete aykırı eylemlerde rol alan teşebbüslerin üst düzey yöneticilerine cezai sorumluluk getirilmesi gibi tespitler OECD çalışmasının tavsiyeleri arasında da yer almaktadır.

¹ Okada, 2005, pp. 223-229.

² International Competition Network, 2005.

³ OECD, 2005.

4054 sayılı Rekabet Kanununda kapsamlı değişikliklerin öngörüldüğü⁴ bir dönemde, tez çalışmasında, kalitesiz ve yüksek fiyatlı ürünleri satın almak zorunda kalan müşterilerden kartel üyelerine haksız rant aktarımını sağlayan kartellerle mücadele yöntemleri ve bunlara uygulanacak yaptırımlar konusunda, literatür ve uluslararası deneyimler çerçevesinde, Türk rekabet hukuku uygulamasına yeni açılımlar getiren Planlama Uzmanı Alp Tolga Şimşek’e teşekkür eder, çalışmanın ilgililere yararlı olmasını dilerim.

Dr. Uğur EMEK
Temmuz 2006, Ankara

⁴ Rekabet Kurumu tarafından 19 Nisan 2005 tarihinde hazırlanan 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da Yapılması Öngörülen Değişikliklere İlişkin Taslak Metin, Kurum’un internet sayfasında ilgililerin görüşüne açılmıştır. 26 Temmuz 2006
<<http://www.rekabet.gov.tr/word/taslakkanun.doc>>

ÖZET

Planlama Uzmanlığı Tezi

ULUSLARARASI ALANDA VE TÜRKİYE’DE AÇIK KARTELLER İLE MÜCADELE

Alp Tolga ŞİMŞEK

Çalışmanın amacı, açık kartel anlaşmalarıyla mücadele alanında uluslararası alanda ve özellikle Avrupa Birliğinde kaydedilen gelişmelerin incelenmesi ve bu çerçevede, ülkemizde uygulanan rekabet hukuku kurallarının yeterliliğinin değerlendirilmesidir. Bu amaçla, gerek ulusal gerekse uluslararası alandaki doktrin, mevzuat ve uygulamalar incelenmek suretiyle, Türk rekabet hukuku uygulamasında açık kartellerle mücadeleye yönelik önerilerde bulunmaktadır.

Amaç veya etki itibarıyla rekabeti doğrudan kısıtlayan yatay anlaşmalar kartel olarak adlandırılmakta ve *per se* rekabete aykırı kabul edilmektedirler. Rekabeti sınırlama amacı açık olan ve etkilerinin incelenmesine gerek duyulmaksızın yasaklanan açık kartel anlaşmaları, fiyat tespiti, miktar kısıtlama, pazar paylaşma ve ihalelere anlaşmalı olarak girme şeklinde ortaya çıkmaktadır. Açık karteller rekabet hukukunun en ağır ihlallerini oluşturmakta; fiyatları yükseltmek ve üretim miktarlarını kısıtlamak suretiyle tüketicileri zarara uğratmakta; bu şekilde, malları ve hizmetleri bir kısım üreticiler için tamamen ulaşılamaz, tüketiciler için ise gereğinden oldukça pahalı hale getirmektedir.

Rekabet sistemini temelden bozucu nitelikte olan ve genellikle gizlilik içinde yürütülen açık kartel uygulamalarının tespitindeki güçlüklerin giderilmesi için daha etkili soruşturma araçlarının geliştirilmesi gerekmektedir. Kartellerin ortaya çıkarılmasından sonra karşılaşılan sorun ise, rekabete doğrudan aykırılık teşkil eden bu faaliyetlerin ne şekilde cezalandırılacağıdır. Kartel davalarında uygulanan yaptırımların temel amacı caydırıcılığı sağlamaktır. Bu çerçevede, verilecek cezalar, kartelden elde edilecek kârı bertaraf edecek nitelikte olmak durumundadır. Ayrıca, bireylerin de hukuki ve cezai yaptırıma tabi olması, caydırıcılığın sağlanabilmesinde çok önemli bir etkidir. Etkili yaptırımların mevcudiyeti bir taraftan muhtemel kartel anlaşmaları bakımından caydırıcılık sağlarken diğer taraftan rekabet kurumlarının mevcut kartelleri tespit etme ve cezalandırma kapasitelerini artıracaktır.

Türk rekabet hukukunda açık kartellerle etkin mücadelenin gerçekleştirilebilmesi için, etkili soruşturma araçları geliştirilmeli, halihazırda öngörülen yaptırımlar caydırıcılığı sağlayacak biçimde uygulanmalı ve bireyler için cezai sorumluluk yoluna gidilebilmesini sağlayacak yasal düzenlemeler hayata geçirilmelidir.

Anahtar Kelimeler

Rekabet, Rekabet Hukuku, Kartel, Açık Karteller

ABSTRACT**Planning Expertise Thesis****FIGHTING HARD CORE CARTELS
INTERNATIONAL SCOPE AND TURKEY****Alp Tolga ŞİMŞEK**

The aim of this thesis is to analyze the steps taken in international field and especially in the European Union with regard to fighting hard core cartels, and to evaluate the effectiveness of the competition rules in Turkey. For this purpose, both national and international doctrine, legislation and enforcement were examined, and proposals were made concerning ensuring effective action against hard core cartels in Turkey.

Hard core cartels are the horizontal agreements those restrict competition directly in terms of aim and effect. Since hard core cartels are aimed clearly at restricting competition, they are accepted *per se* illegal and banned without analyzing its effects. Hard core cartels are the agreements on price fixing, output restriction, market sharing and bid rigging. Such agreements are the most serious violations of competition law. They injure consumers by raising prices and restricting supply, thus making goods and services completely unavailable or quite expensive to the purchasers.

More effective instruments are needed to detect hard core cartels which are distorting competition system fundamentally and acting in secrecy. On the other hand, effective sanctions are necessary against such actions, which are directly against competition. The principal purpose of the sanctions in cartel cases is to ensure deterrence. In this context, sanctions should take away the prospective gain from cartel activity. Furthermore, the availability of sanctions against individuals is an important factor to provide deterrence. Effective sanctions provide deterrence for future cartel agreements and increase the capacity of enforcement agencies in detecting and sanctioning existing cartels.

As regards providing efficient action against hard core cartels in Turkish competition law, it is necessary to develop effective instruments, to implement the current competition rules effectively and to make legislative changes ensuring criminal liability for the individuals.

Key Words

Competition, Competition Law, Cartel, Hard Core Cartels

İÇİNDEKİLER

	<u>Sayfa No</u>
ÖNSÖZ	i
ÖZET	iii
ABSTRACT	iv
İÇİNDEKİLER	v
TABLolar	viii
ŞEKİLLER	ix
KISALTMALAR	x
GİRİŞ	1
1. AÇIK KARTEL	3
1.1. Tanım	3
1.2. İlgili Kavramlar	6
1.2.1. Teşebbüs	6
1.2.2. İlgili pazar	8
1.2.3. Anlaşma	11
1.2.4. Uyumlu eylem	12
1.2.5. Teşebbüs birliği kararları	14
1.2.6. Rekabetin kısıtlanması	15
1.3. Açık Kartel Uygulamaları	18
1.3.1. Fiyat tespiti anlaşmaları	20
1.3.2. Miktar kısıtlama anlaşmaları	23
1.3.3. Pazar paylaşma anlaşmaları	25
1.3.4. İhalelerde danışıklılık	26

2. ULUSLARARASI ALANDA AÇIK KARTELLER İLE MÜCADELE ...	28
2.1. OECD Anti-Kartel Programı	28
2.1.1. Açık Kartellerle Etkili Mücadeleye İlişkin Tavsiye Kararı	29
2.1.2. Programın Birinci Aşamasının Sonuçlarına İlişkin Rapor.....	30
2.1.3. Pişmanlık Programları Raporu.....	33
2.1.4. Açık Kartellerin Etkisi ve Uygulanan Yaptırımlara İlişkin Rapor.....	35
2.1.5. Programın İkinci Aşamasının Sonuçlarına İlişkin Rapor.....	39
2.2. Amerika Birleşik Devletleri	41
2.2.1. Mevzuat.....	41
2.2.2. Uygulama	42
2.2.3. Yaptırımlar	46
2.2.4. Pişmanlık Programı	46
2.3. Avrupa Birliği	49
2.3.1. Mevzuat.....	50
2.3.2. Uygulama	53
2.3.3. Yaptırımlar	55
2.3.4. Pişmanlık Bildirimi	57
2.3.5. ABD sistemi ile karşılaştırma	59
3. TÜRKİYE’DE AÇIK KARTELLER İLE MÜCADELE	60
3.1. Rekabeti Kısıtlayıcı Anlaşmalara Bağlanan Sonuçlar	60
3.1.1. İdare hukuku alanındaki sonuçlar	60
3.1.1.1. Soruşturma usulü.....	61
3.1.1.2. İhlale son verme	64
3.1.1.3. İdari para cezaları.....	64
3.1.1.4. Menfi tespit kararı.....	67
3.1.1.5. Muafiyet.....	68

3.1.2. Özel hukuk alanındaki sonuçlar	69
3.1.2.1. Geçersizlik	70
3.1.2.2. Tazminat.....	70
3.2. Açık Kartellere Uygulanan Yaptırımlar	72
3.2.1. Fiyat tespiti anlaşmaları	72
3.2.2. Pazar paylaşma anlaşmaları	77
3.2.3. İhalelerde danışıklılık.....	79
3.2.4. Birden fazla ihlal türünü kapsayan kararlar	82
3.3. Değerlendirme.....	84
3.3.1. Avrupa Birliği ile uyum durumu.....	84
3.3.2. Yapılması gerekenler	87
SONUÇ	93
KAYNAKLAR	99
DİZİN	105

TABLolar

	<u>Sayfa No</u>
Tablo 2.1. AB’de Açık Kartellere Uygulanan Yaptırımlar	31
Tablo 2.2. AB Dışındaki Ülkelerde Açık Kartellere Uygulanan Yaptırımlar	32
Tablo 2.3. Davalar İtibarıyla AB’de Açık Kartellerin Neden Oldukları Zararlar ve Uygulanan Yaptırımlar	37
Tablo 2.4. Davalar İtibarıyla AB Dışında Açık Kartellerin Neden Oldukları Zararlar ve Uygulanan Yaptırımlar	38
Tablo 2.5. Toplam Cezalar İtibarıyla En Büyük Kartel Davaları.....	56
Tablo 3.1. Taraftar - Fotomaç ve Fanatik Gazeteleri Fiyat Hareketleri	74
Tablo 3.2. Hürriyet, Milliyet ve Sabah Gazeteleri Fiyat Hareketleri	75

ŞEKİLLER

Sayfa No

Şekil 3.1.	Soruşturma Usulü Şeması	62
------------	-------------------------------	----

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AT	: Avrupa Topluluğu
ATAD	: Avrupa Toplulukları Adalet Divanı
BK	: Borçlar Kanunu
bkz.	: Bakınız
bkz.: aş.	: Tezin kendi içinde aşağıya atfı
bkz.: yuk.	: Tezin kendi içinde yukarıya atfı
çev.	: Çeviren
DPT	: Devlet Planlama Teşkilatı
DTÖ	: Dünya Ticaret Örgütü
dn.	: Dipnot
ECR	: European Court Reports
EU	: European Union
FBI	: Federal Bureau of Investigation
ICN	: International Competition Network
m.	: Madde
OECD	: Organization for Economic Co-operation and Development
OJ	: Official Journal of the European Communities
pp.	: Page to page
RG	: Resmi Gazete
RKHK	: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
ss.	: Sayfadan sayfaya
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
UNCTAD	: United Nations Conference on Trade and Development
v	: versus
vd.	: ve devamı
ve ark.	: ve arkadaşları

GİRİŞ

Uluslararası alanda kaydedilen gelişmeler ışığında Türk rekabet hukuku mevzuatının ve uygulamasının açık karteller ile mücadele kapsamında arz ettiği durumun değerlendirilmesi ve bu çerçevede ülkemiz için öneriler geliştirilmesi, çalışmamızın temel amacını oluşturmaktadır.

Serbest piyasa ekonomisinin işleyişini bozucu nitelikte olan rekabete aykırı eylemlerin rakipler, tüketiciler ve genel olarak ekonomik hayat için en zararlı örnekleri olan açık kartellerin tespit edilebilmesi ve caydırıcı niteliği haiz yaptırımlara tabi tutulabilmesi için yasal ve icrai alanda birtakım yeniliklerin hayata geçirilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda, genellikle gizlilik içinde faaliyet gösteren açık kartel uygulamalarının tespitindeki güçlüklerin giderilmesi için soruşturma araçlarının geliştirilmesi ve bunlara yenilerinin eklenmesi gerekmektedir. Kartellerin ortaya çıkarılmasından sonra karşılaşılan sorun ise, rekabete doğrudan aykırılık teşkil eden bu faaliyetlerin ne şekilde cezalandırılacağıdır. Yaygın yaptırım türü olan teşebbüsler için para cezası uygulaması, ancak kartelden elde edilen kârı bertaraf edebildiği, bir başka ifadeyle caydırıcı olabildiği oranda başarılı olabilmektedir. Kartel faaliyetine katılan bireylerin yaptırıma tabi tutulması ise, henüz sıkça uygulanmayan bir caydırıcılık aracıdır. Bunun ardında yatan etken, ekonomik suçta ekonomik ceza ilkesinin kabul görmesidir. Söz konusu ilkeye sıkı sıkıya bağlılık, kartellerin gereği gibi cezalandırılmalarını engellemektedir.

Uluslararası alanda, açık kartellerin tespit edilmesi ve ağır bir şekilde cezalandırılmasına yönelik önemli adımlar atılmaktadır. Bu çerçevede, Amerikan rekabet hukuku uygulaması, uluslararası kuruluşların çalışmaları ve özellikle Avrupa Topluluğu rekabet hukuku mevzuatı ve uygulamasında son zamanlarda yaşanan gelişmeler, Türk rekabet hukukunda açık kartellerle mücadele alanında atılması gereken adımlar konusunda yol gösterici niteliktedir.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında, birinci bölümde, üst kavram olan rekabeti kısıtlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar ile, rekabetin bu şekilde ihlal edilmesine bağlanan sonuçların uygulama koşulları olan teşebbüs, ilgili pazar ve

rekabetin kısıtlanması unsurlarına ilişkin genel bilgilerin ardından, açık kartel kavramı ve uygulamalarına ilişkin açıklamalara yer verilmiştir.

İkinci bölümde, kartellerle mücadele alanında uluslararası alanda kaydedilen gelişmeler incelenmiştir. İlk olarak OECD’nin 1998 yılında başlattığı açık kartellerle mücadele programı ve bu programın aşamaları hakkında bilgi verilmiştir. OECD’ye ayrı yer vermemizin nedeni, söz konusu kuruluşun özel olarak açık kartellerle mücadele alanında mevcut durum ve yapılması gerekenler hakkında birçok çalışmada bulunması, bu çalışmalarda çok sayıda ülkenin mevzuatı ve uygulamasına ilişkin güncel bilgilere yer verilmesidir. Ardından, rekabet hukukunun menşei kabul edilen ve genel olarak rekabet hukuku özel olarak da kartellerle mücadele alanında diğer ülkelerin oldukça önünde olan Amerikan rekabet hukuku sistemi incelenmiştir. Avrupa Birliğine ilişkin açıklamalar ise, üyelik sürecinde olan ülkemiz açısından özel önemi haizdir. Bu kapsamda, mevzuat, uygulama, kartellere uygulanan yaptırımlar ve pişmanlık bildiriminin getirileri ayrı başlıklar altında incelenmiş; Topluluk rekabet hukukunda rekabeti kısıtlayıcı eylemler bakımından temel düzenleme olan 17/62 sayılı Tüzükte yapılan değişiklik ve yeni Tüzüğü tamamlamak amacıyla çıkartılan reform paketine ilişkin açıklamalarda bulunulmuştur.

Üçüncü ve son bölüm, çalışmanın asıl amacına da hizmet etmesi itibarıyla Türk rekabet hukukunda kartellerle mücadeleye ayrılmıştır. Rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalara bağlanan sonuçlara ilişkin açıklamalar, genel olarak anlaşmalar, uyumlu eylemler ve kararlar vasıtasıyla rekabet düzenini bozmaya yönelik eylemlere idare hukuku ve özel hukuk bağlamında uygulanan yaptırımların ortaya konmasına yöneliktir. Özel olarak açık kartel anlaşmalarına uygulamada verilen cezalar ise, Rekabet Kurulu kararları çerçevesinde irdelenmiştir. Bu bölümde, Türk rekabet hukuku ve uygulamasının Avrupa Birliği ile uyum durumu, ilgili ulusal ve uluslararası belgelerin bu çalışmanın konusuna giren bölümleri çerçevesinde gözden geçirilmiştir. Son olarak, açık kartellere uygulanan yaptırımların amacı, türleri ve etkisi gözden geçirilmiş ve bu çerçevede, ülkemizde geçerli olan mevzuat ve uygulama hakkında değerlendirme ve önerilerde bulunulmuştur.

1. AÇIK KARTEL

1.1. Tanım

Teşebbüsler arası işbirliği davranışları ekonomik hayatın olağan sonuçlarındandır. Söz konusu ortak davranışlar ile, verimliliğin artırılması, ekonomik durgunluk veya kriz dönemlerinin aşılması, yüksek yatırım harcamalarının karşılanması, araştırma ve geliştirme faaliyetlerinin yürütülmesi gibi faydalar sağlanabilir. Bununla birlikte, bir işbirliğinin ekonomik hayat bakımından olağan ya da rasyonel olması ile hukuka uygun olması aynı anlama gelmemektedir. Teşebbüsler arasında gerçekleştirilen bir birliktelik, aynı zamanda aralarındaki rekabeti ortadan kaldırma amacına da hizmet edebilir. Rakip teşebbüsler arasında gerçekleştirilen birlikteliklerde bu ihtimal daha da güçlenmektedir. Rekabet hukuku düzenlemeleri, ekonomik hayatta faaliyet gösteren teşebbüslerin pazarda rekabeti sınırlayacak bu tür davranışlar içine girmelerini kontrol etmek üzere getirilmektedir⁵.

Dar anlamda rekabet hukuku; anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar, hakim durumun kötüye kullanılması ve birleşme ve devralmalar olmak üzere üç temel alanı düzenlemektedir. Rekabet, anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar vasıtasıyla yatay ya da dikey olarak kısıtlanabilir. Dikey anlaşmaların rekabeti sınırlayıcı etkisi tartışmalıdır. Yatay anlaşmalar ise, rakipler arasında yapılırlar ve bu nedenle rekabeti kısıtlayıcı etkileri daha fazladır.

Rekabeti dolaylı olarak kısıtlayan yatay anlaşmaların rekabeti sınırlayıcı bir amaçları yoktur. Etkileri ise her zaman rekabeti kısıtlayıcı değildir. Bu nedenle, somut olayın özelliklerine ve piyasa durumuna göre incelemeye tabi tutulurlar ve piyasadaki rekabeti kısıtlayıcı bir etki gösterdikleri zaman rekabet kurallarına tabi olurlar. Bununla birlikte, söz konusu etkinin varlığı halinde dahi rakipler arasındaki ar-ge, işbirliği, uzmanlaşma, birlikte üretim ve birlikte satın alma anlaşmaları gibi değişik türdeki anlaşmalara belirli şartlar altında muafiyet tanınabilmektedir.

Rekabeti doğrudan kısıtlayan yatay anlaşmalar ise kartel olarak adlandırılır. Kartel anlaşmalarında rekabeti sınırlama amacı açıktır ya da etkileri doğrudan rekabeti sınırlamaya yöneliktir. Bu tür anlaşmalardan amaç bakımından değil fakat

⁵ Sanlı, 2000: 73.

etki itibarıyla rekabeti sınırlayıcı olanlar da, ekonomik hayata yaptıkları katkıya bakılmaksızın yasaklanırlar.

Birtakım kartel anlaşmalarında, rekabeti sınırlama amacı açıktır ve bu tür anlaşmalar, etkilerinin incelenmesine gerek duyulmadan yasaklanır. Söz konusu anlaşmalar, rekabet sistemini temelden bozucu özellikleri itibarıyla açık kartel⁶ anlaşmaları olarak adlandırılır. OECD’nin 25 Mart 1998 tarihli "Açık Kartellerle Etkili Mücadeleye İlişkin Tavsiye Kararı" uyarınca, "Açık karteller, fiyat tespiti edilmesi, ihalelere danışıklı teklif verilmesi, miktar kısıtlamaları veya kota uygulamaları ya da pazarın, tüketiciler, sağlayıcılar, bölgeler veya ticari güzergahlar itibarıyla bölünmesi amacıyla rakipler arasında gerçekleştirilen anlaşma, uyumlu eylem ve düzenlemelerdir. Açık kartel kavramı, (i) maliyetlerin azaltılması veya üretimin artırılması etkisinin hukuka uygun olarak gerçekleştirilmesiyle ilgili olan, (ii) doğrudan veya dolaylı olarak üye devletlerin kendi kanunlarının kapsamından çıkarılan veya (iii) bu kanunlar uyarınca izin verilen anlaşma, uyumlu eylem ve düzenlemeleri kapsamamaktadır. Bununla birlikte, esasen açık kartel olan fakat kapsamdan çıkarılan ya da izin verilen durumlar belirli olmalı ve bu durumlar, öne çıkan politika amaçlarına ulaşmak için gerekli olup olmadıklarının değerlendirilebilmesi için düzenli olarak izlenmelidir"⁷.

Amaç veya etki itibarıyla rekabeti doğrudan kısıtlayan yatay anlaşmalar olarak tanımlanan kartel anlaşmalarının en ağır türlerini oluşturan açık karteller, Amerikan Sherman Kanunu’nun 1’inci, AT Antlaşmasının 81’inci ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un anlaşma, uyumlu eylem ve kararlara ilişkin 4’üncü maddesinin kapsamına girmektedir. Daha açık bir ifadeyle, AT Antlaşmasının 81’inci maddesinin ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 4’üncü maddesinin (a), (b) ve (c) bentlerinde zikredilen haller açık kartel örnekleri olan fiyat tespiti, miktar kısıtlama ve pazar paylaşma anlaşmalarına karşılık gelmektedir.

Amerikan rekabet hukukunda, ticareti kısıtlayıcı sözleşmeler, birleşmeler ve gizli anlaşmaları yasaklayan Sherman Kanunu’nun 1’inci maddesine göre; eyaletler

⁶ "Hard Core Cartel"

⁷ Bu çalışmada, açık kartel kavramı, söz konusu Tavsiye Kararında yapılan tanım esas alınmak suretiyle incelenmektedir (Recommendation of the Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels, C(98)35/FINAL). Tavsiye Kararı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. aş.: 2.1.1.

arasında veya yabancı devletlerle yapılan ticareti sınırlayan her tür sözleşme, tröst ve benzeri birleşme ve anlaşma hukuka aykırıdır. Avrupa Topluluğundaki paralel hüküm olan Avrupa Topluluğu Antlaşmasının (AT Antlaşması) 81’inci maddesi, üye devletler arası ticareti etkileyebilecek nitelikte⁸ ve amacı veya etkisi ortak pazar içinde rekabetin önlenmesi, sınırlanması veya bozulması olan tüm teşebbüsler arası anlaşmaları, teşebbüs birlikleri kararlarını ve uyumlu eylemleri yasaklamaktadır⁹. Aynı maddenin ikinci fıkrasında, bu madde uyarınca yasaklanan tüm anlaşma veya kararların kendiliğinden geçersiz olacağı belirtilmekte; üçüncü fıkrasında ise muafiyet tanınabilecek durumlar sıralanmaktadır.

AT Antlaşmasının 81’inci maddesine uyumlu olarak getirilen, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 4’üncü maddesine göre ise; belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır. Diğer bir ifadeyle, teşebbüsler arası anlaşmaların 4’üncü madde çerçevesinde değerlendirilebilmesi için, birden fazla teşebbüs arasında gerçekleşen irade uyuşmasının; rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacı taşıma, bu etkiyi doğurma veya bu etkiyi doğurabilecek nitelikte olma hallerinden en az birisine uygunluk göstermesi gerekmektedir¹⁰. Rekabet Kanunu’nun 4’üncü maddesinin temel amacı, her bir işletmenin kendi ticari politikalarını ve piyasadaki faaliyetlerini tek başına, diğerlerinden bağımsız olarak belirlemesini sağlamaktır¹¹.

⁸ Üye devletler arasındaki ticareti etkileyecek nitelikteki rekabet ihlalleri Topluluk rekabet hukukunun konusuna girerken, yalnız bir devletin sınırları içindeki ticareti sınırlayan ihlaller, o devletin ulusal rekabet hukuku kurallarına tabi olmaktadır (Roth, 1998: 159-160).

⁹ Bu hüküm üç koşul içermektedir. Bunlardan ilki, anlaşmanın Topluluk devletleri arasındaki ticareti etkilemesi ya da muhtemel bir etkisinin söz konusu olmasıdır. Ortak pazarda rekabetin kısıtlanması, bir diğer koşuldur. İçtihat hukukunun getirdiği üçüncü koşul ise, anlaşmanın belirli bir niceliksel etkisinin ve öneminin olmasıdır (Pappalardo, 1993: 18).

¹⁰ Rekabet Kurulu’nun 99-13/99-40 sayılı ve 04.03.1999 tarihli kararına Kurul üyesi Mehmet Zeki Uzun tarafından yazılan muhalefet şerhi (23744 sayılı ve 03.07.1999 tarihli RG); Akıncı, 2001: 41.

¹¹ Rekabet Kurulu’nun 17.06.1999 tarihli ve 99-30/276-166 (a) sayılı kararı (24192 sayılı ve 06.10.2000 tarihli RG).

1.2. İlgili Kavramlar

1.2.1. Teşebbüs

Teşebbüsler, Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun’un konu unsurunu oluşturmaktadır. Kanun’un “Tanımlar” başlıklı 3’üncü maddesine göre teşebbüs, piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimleri ifade etmektedir. Rekabet Kurulu’nun bir kararında¹², Kanun’daki teşebbüs tanımının fonksiyonel ve şekli olmak üzere iki ölçüt içerdiği belirtilmiştir. Buna göre fonksiyonel ölçüt; piyasada mal veya hizmet üretme, pazarlama ve satmayı, diğer bir deyişle, piyasada ekonomik faaliyette bulunmayı; şekli ölçüt ise, bağımsız karar verebilmeyi ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil etmeyi ifade etmektedir. Dolayısıyla, rekabet hukuku anlamında teşebbüs, ekonomik faaliyette bulunma ve bağımsızlık unsurlarından oluşmaktadır.

Ekonomik faaliyet unsuru ile ilgili olarak ele alınması gereken husus, kamu teşebbüslerinin faaliyetlerinin rekabet hukukunun konusuna girip girmediğidir. Topluluk rekabet hukukundaki durum, AT Antlaşmasının 86’ncı maddesinde zikredilmektedir. Buna göre; üye devletler, kamu teşebbüsleri ve özel veya inhisari haklar tanıdıkları teşebbüslere de rekabet hukukunu uygulayacaklardır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, kamu teşebbüslerinin rekabet hukukuna tabi olmasının AT rekabet hukukundaki istisnası belirtilmektedir. Söz konusu hüküm, genel ekonomik çıkarlara ilişkin hizmetleri yürütmekle görevli veya gelir getirici tekel olma özelliğine sahip kamu teşebbüslerinin, kendilerine verilen görevlerin ifasında rekabet kurallarına tabi olmadıklarını belirtmektedir¹³. Maddenin devamında, söz konusu istisnanın, ticaretin gelişimini Topluluğun çıkarlarına aykırı olabilecek ölçüde etkilememesi gerektiği ifade edilmektedir. Bu şekilde, istisnanın istisnası ortaya konulmuştur.

Rekabet Kanunu’nda, kamu teşebbüslerinin Kanun’a tabi olup olmadıkları konusunda herhangi bir bilgiye yer verilmemekle birlikte, 2’nci maddenin

¹² Rekabet Kurulu’nun 01-12/114-29 sayılı ve 13.3.2001 tarihli kararı (24630 sayılı ve 04.01.2002 tarihli RG).

¹³ Bu hususta bkz. Köksal, 2002: 57 vd.; Ege, 2002: 3 vd.

gerekçesinde "*Rekabetin sağladığı yararların bir bütün olarak ekonominin tüm alanlarından istenmesi normaldir. Bu nedenle rekabet kuralları ekonomik faaliyette bulunan her teşebbüse uygulanmalıdır. Teşebbüslerin kamu kurumlarına veya özel kişilere ait olmasının önemi yoktur. Her ne kadar rekabet hukukunda da kamu yararı ve kamu düzeninin korunması amaçları ön plana çıkıyorsa da genel ekonomik menfaatlara hizmet etmekle görevlendirilmiş teşebbüslerin bu görevlerini yerine getirmelerinin rekabet kurallarıyla çatışmaması gerekir...*" denilmek suretiyle kamu teşebbüslerinin de Kanun kapsamında olduğu açıkça ifade edilmiştir¹⁴.

Dolayısıyla, Türk rekabet hukukunda kamu ve özel sektör ayrımı yapılmamaktadır. Bu durumun Topluluk rekabet hukukundakine benzer bir istisnası da bulunmamaktadır¹⁵. Teşebbüs kavramının bu şekilde geniş yorumlanması ile, rekabet kurallarının, özel sektör ve kamu sektörü arasında ayırım yapılmaksızın, ekonominin tüm sektörlerinde faaliyette bulunan teşebbüslere uygulanması gerekmekte; zira, kamu kuruluşlarının piyasada mal ve hizmet üretimi, dağıtım ve pazarlamasına ilişkin faaliyetlerinin de rekabet hukukunun konusuna girdiği kabul edilmektedir¹⁶. Bu sayede, kamu kuruluşlarının rekabeti bozucu faaliyetlerinin de önlenmesi sağlanmakta ve pazarda özel sektör kuruluşları aleyhine bir durum oluşmasının önüne geçilmektedir¹⁷. Belirtmek gerekir ki, ülkemizde halen yürürlükte bulunan bazı özel düzenlemeler, rekabet hukukunun bütün kamu teşebbüslerine uygulanmasını engellemektedir. Sektörel mevzuatta yer alan söz konusu düzenlemelerin tespiti ve AB’ye uyum kapsamında yeniden düzenlenmesine yönelik çalışmalar sürdürülmektedir.

Rekabet hukuku anlamında teşebbüs sayılmanın ikinci unsuru bağımsızlıktır. Bağımsızlığın doğru olarak tespit edilebilmesi için hukuki değil, ekonomik bağımsızlık esas alınmalıdır. Ekonomik bağımsızlık, teşebbüsün yönetim ve

¹⁴ Rekabet Kurulu’nun 01-12/114-29 sayılı ve 13.3.2001 tarihli kararından naklen (24630 sayılı ve 04.01.2002 tarihli RG).

¹⁵ İnan, 1998: 24. Diğer taraftan, Aslan (2001: 59-60), genel ekonomik çıkarlara hizmetle görevli işletmelere ve mali tekellere rekabet kurallarının uygulanmasının, onların görevlerini yerine getirmesini engellememesi gerektiğini belirtmektedir. Topçuoğlu (2001: 84, dn. 164) da, ülke kalkınması ve güvenliği açısından önem taşıyan teşebbüslerin kapsam dışında bırakılması gerektiği görüşündedir.

¹⁶ Tekinalp ve Tekinalp, 2000: 391; Karluk, 2002: 341; Esin, 1998b: 23; Aslan, 2001: 32; Öz, 2000: 146 vd.

¹⁷ Tan, 2000: 42; Aslan, 2001: 59; Jones and Sufirin, 2001: 429.

muhasebe özerkliğine sahip olması, üretim, finansman ve sürüm politikasının kendi ekonomik amaç ve çıkarları doğrultusunda kendi bünyesi içerisinde belirlenmesi, bu yoldaki ekonomik planlama ve karar yetkilerinin kendi bünyesi içerisinde kalması, aldığı kararların kendi dışında bir organın onayına tabi olmaması, bir başka deyişle, başka bir teşebbüsün ekonomik egemenliği altında bulunmaması anlamına gelmektedir¹⁸.

Ekonomik bağımsızlığın esas alınmasının nedeni, hukuki anlamda bağımsız olan teşebbüslerin, ekonomik faaliyetleri ile ilgili kararlarında bir başka teşebbüsün kontrolü altında bulunabilecek olmasıdır. Örneğin, hukuki açıdan bağımsız olan teşebbüsler bir holding çatısı altında toplandıklarında, ekonomik kararlarında holdingin talimatları ile bağlı kalmaktadırlar. Bu şekilde, bir ana teşebbüse bağlı olarak ekonomik faaliyette bulunan teşebbüsler, hangi teşebbüsün kontrolü altında karar veriyorlarsa, bu teşebbüsle tek bir ekonomik birim oluşturmuş sayılırlar ve bu ana teşebbüs ile birlikte tek bir teşebbüs olarak değerlendirilirler¹⁹.

Türk rekabet hukukunda, Türk Ticaret Kanunu’nda yer alan ticari işletme (m. 11), kollektif şirket (m. 151 vd.), komandit şirket (m. 243 vd.), anonim şirket (m. 269 vd.), sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket (m. 475 vd.), limited şirket (m. 503 vd.), kooperatifler, adi şirket (BK m. 520 vd.), ticari işletme işleten dernek ve vakıflar teşebbüs kavramı çerçevesinde değerlendirilir²⁰.

1.2.2. İlgili pazar

Rekabet Kanunu’nun 4’üncü maddesinin yer bakımından uygulanması bakımından, genel olarak ilgili pazarın belirlenmesi gerekmele birlikte, anlaşmaların pazar üzerindeki etkilerinin incelenmesine ihtiyaç duyulmayan, amacın açıkça rekabete aykırı olduğunun tespit edildiği durumlarda ilgili pazarın belirlenmesi gerekmemektedir. Diğer taraftan, bir anlaşma veya kararın açıkça rekabeti sınırlama amacı taşıyıp taşımadığı veya uyumlu eylemin bulunup

¹⁸ Rekabet Kurulu’nun 01-12/114-29 sayılı ve 13.3.2001 tarihli kararı (24630 sayılı ve 04.01.2002 tarihli RG).

¹⁹ Öz, 2000: 66, 148; Sanlı, 2000: 31.

²⁰ Özsunay, 2000: 50-51.

bulunmadığı araştırılırken, ekonomik değerlendirmeler önem kazanmakta, bu nedenle ilgili pazarın belirlenmesi zorunlu bir işlem olarak ortaya çıkmaktadır²¹.

Rekabet Kanunu’nun 6’ncı maddesinin uygulanabilmesi için ilgili pazar tanımının önceden yapılması ve ilgili teşebbüsün bu pazarda hakim durumda olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Ancak 4’üncü maddenin uygulanabilmesi için esas olarak “doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin karar ve eylemleri”nin tespit edilmesi gerekir. Yapılan bu tespitten sonra bu tip karar ve eylemlerin etkilerinin hissedildiği pazarların tanımlanması daha uygun olacaktır²².

İlgili pazar, belirli bir ürün pazarı ve bu ürünün ekonomik faaliyete konu olduğu coğrafi pazar unsurlarından oluşmaktadır. İlgili pazar kavramı, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da şu şekilde yer almaktadır: Kanun’un 4’üncü maddesinde, rekabetin ancak “belirli bir mal veya hizmet piyasasında” kısıtlanabileceği ifade edilmiş; 6’ncı maddesinde, hakim durumun “ülkenin bütününde ya da bir bölümünde, bir mal veya hizmet piyasasında” kötüye kullanılması yasaklanmış ve 7’nci maddesinde, “ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal ve hizmet piyasasındaki” rekabeti azaltıcı birleşme ve devralmaların yasak olduğu belirtilmiştir. Anılan madde hükümlerinde yer alan “ülkenin bütünü ya da bir bölümü” ibaresi ile ilgili coğrafi pazar kastedilirken; “belirli bir mal veya hizmet pazarı”, ilgili ürün pazarını ifade etmektedir²³.

²¹ Sanlı, 2000: 89. Sanlı (2000: 161 dn. 112), Topluluk hukukunda uygulanan *de minimis* kuralının, rekabet üzerindeki etkinin hissedilebilir olup olmadığının belirlenmesinde ilgili pazarı esas aldığı ve bu nedenle, 81’inci madde çerçevesinde değerlendirilecek her tür işbirliği davranışı için ilgili pazarın belirlenmesinin zorunlu olduğunu; söz konusu kuralın Türk rekabet hukukunda da benimsenmesi halinde, 4’üncü madde kapsamına giren olayların tümünde ilgili pazarın belirlenmesinin gerekebileceğini belirtmektedir. *De minimis* ilkesine göre, rekabet kurallarını ihlal eden bir eylem, ortak pazarda rekabetin işleyişine önemli ölçüde etki etmiyorsa, rekabet hukuku uygulanmayacaktır. Bu şekilde, pazarı etkilemeyecek ölçüdeki küçük ve orta boy işletmeler arasındaki işbirliği kolaylaştırılmaktadır. *De minimis* ilkesi için bkz. Whish, 1993: 223-227.

²² Rekabet Kurulu’nun 00-40/443-243 sayılı ve 20.10.2000 tarihli kararı (24445 sayılı ve 27.06.2001 tarihli RG).

²³ Rekabet Kurulu’nun 93/750-159 sayılı ve 26.11.1998 tarihli kararı (24255 sayılı ve 09.12.2000 tarihli RG); Rekabet Kurulu’nun 00-40/443-243 sayılı ve 20.10.2000 tarihli kararı (24445 sayılı ve 27.06.2001 tarihli RG).

İlgili ürün kavramı, ekonomik faaliyete konu olan hammadde, ara mallar, nihai mallar ve hizmetleri ifade etmektedir²⁴. İlgili ürün pazarı, belirli bir ürün ile birlikte; tüketiciler tarafından, fiyatları, fiziksel ve teknik özellikleri, kullanım alanları bakımından bu ürün ile ikame edilebilir kabul edilen ve dolayısıyla aynı ihtiyacı karşıladığı düşünülen bütün mal ve hizmetleri kapsamaktadır²⁵.

İlgili coğrafi pazar ise, teşebbüslerin mal ve hizmetleri arz ve talep ettikleri ve rekabet şartlarının benzer olduğu ve komşu bölgelerden rekabet şartları bakımından hissedilir derecede farklı olan bölge olarak ifade edilmektedir²⁶. Benzer rekabet şartlarının varlığı sayesinde, teşebbüsün ekonomik gücünün pazarda oluşturduğu etki daha iyi değerlendirilebilecektir²⁷. Pazarda benzer rekabet şartlarının olup olmadığını belirleyen başlıca unsurlar; taşıma maliyetleri, dağıtım sisteminin etkinliği, ilgili mal ve hizmetlerin özellikleri, fiyatlar ve tüketici tercihleridir²⁸.

İlgili pazarlar, dönemsel pazarlar şeklinde de ortaya çıkabilmektedir. Çünkü, belirli zaman aralıklarında, çapraz talep veya arz esnekliği ve dolayısıyla ikame edilebilirlik artabilir ya da azalabilir. Zaman aralığı kısa alındığında, fiyat değişimine gösterilecek tepki az olacak ve aynı pazarda değerlendirilmesi gereken ürünler, farklı pazarlarda kabul edilecektir²⁹. Uzun vadede ise, mallar arası ikame fazlaşacak ve aynı pazar içinde değerlendirilecek ürün sayısını artıracaktır. Kriz dönemlerine özgü birtakım gelişmeler, zaman unsurunun ilgili pazarın tespitinde kazanabileceği önemi

²⁴ Aslan, 1992: 212.

²⁵ 01.01.1997 tarihli “Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ” (23078 sayılı ve 12.08.1997 tarihli RG); Rekabet Kurulu’nun 99-30/276-166 (a) sayılı ve 17.06.1999 tarihli kararı (24192 sayılı ve 06.10.2000 tarihli RG); Rekabet Kurulu’nun 00-25/259-141 sayılı ve 04.7.2000 tarihli kararı (25027 sayılı ve 21.02.2003 tarihli RG); Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law, OJ C 372, 9.12.1997: 5; Case 322/81, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v Commission* [1983] ECR 3461. İkame edilebilirlik için bkz. Öz, 2000: 94-95; Dinler, 2000: 87; Şenyücel ve Aktaş, 2000: 41; Whish, 1993: 250; Tekinalp ve Tekinalp, 2000: 439-440; Sanlı, 2000: 248-249; Rekabet Kurulu’nun 93/750-159 sayılı ve 26.11.1998 tarihli kararı (24255 sayılı ve 09.12.2000 tarihli RG).

²⁶ Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law, OJ C 372, 9.12.1997: 5; 01.01.1997 tarihli “Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ” (23078 sayılı ve 12.08.1997 tarihli RG).

²⁷ Case 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission* [1979] ECR 461.

²⁸ Rekabet Kurulu’nun 99-30/276-166 (a) sayılı ve 17.06.1999 tarihli kararı (24192 sayılı ve 06.10.2000 tarihli RG); Rekabet Kurulu’nun 93/750-159 sayılı ve 26.11.1998 tarihli kararı (24255 sayılı ve 09.12.2000 tarihli RG).

²⁹ Şenyücel ve Aktaş, 2000: 42.

ortaya çıkaran bir başka örnektir³⁰. Rekabet ortamını etkileyen bu tür geçici faktörlerin içinde buldukları dönemler, ayrı olarak değerlendirmeye tabi tutulacaktır³¹.

1.2.3. Anlaşma

Rekabet Kanunu’nun 4’üncü maddesi anlamında anlaşma, sadece hukuken geçerli bir anlaşma olarak anlaşılmalıdır. Rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar genellikle gizli olarak yapılır ve taraflar arasında bir anlaşmanın söz konusu olması için tarafların kendilerini herhangi bir sebeple bu anlaşmayla bağlı kabul etmeleri bu anlamda yeterlidir. Kanun’da sözleşme terimi yerine anlaşma kelimesinin seçilmiş olmasının nedeni, yazılı ya da sözlü, açık ya da zımni her türlü uyuşmanın anlaşma olarak kabul edilmesidir³².

Kanun’un gerekçesinde de; maddenin amacı bakımından anlaşmanın, medeni hukukun geçerlilik koşullarına uymasa bile tarafların kendilerini bağlı hissettikleri her türlü uzlaşma ya da uyuşma anlamında kullanıldığı ve anlaşmanın yazılı veya sözlü olmasının öneminin olmadığı belirtilmektedir³³.

Bir diğer ifadeyle, taraflar arasındaki anlaşma bir şekil şartına bağlı değildir ve bu anlaşmanın hukuki niteliği önemli değildir. Anlaşma kavramı, her tür mutabakatı ifade ettiği için sözleşme kavramından daha geniştir. Bu kavram, bağlayıcı nitelikteki bütün anlaşmaların yanı sıra, hukuken bağlayıcı olmayan centilmenlik anlaşmalarını da içermektedir. Anlaşma, taraflar arasındaki, açık-kapalı, doğrudan-dolaylı, sarıh-zımni, sözlü-yazılı, tek taraflı-çok taraflı mutabakatları ifade etmek üzere kullanılır. Bu bakımdan, niyet açıklamaları, görüş bildiren ya da tespit yapan memorandumlar, tutanaklar, beyanlar, taahhütler ve müşterek açıklamalar anlaşma olarak kabul edilmelidir³⁴. Anlaşmanın bir hukuki işlemden ibaret görülmesi halinde ise, hukuken bağlayıcı olmayan anlaşmalar sadece uyumlu eylem vasıtasıyla

³⁰ Bu hususta bkz. *Case 77/77, Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij BV and Others v Commission* [1978] ECR 1513.

³¹ Rodger and MacCulloch, 1999: 85; Tekinalp ve Tekinalp, 2000: 438; Wyatt and Dashwood, 1987: 449; Ritter at all, 2000: 335.

³² Aslan, 2001: 72.

³³ 4054 sayılı Kanun’un 4’üncü maddesinin gerekçesi. 01.09.2004.

<<http://www.rekabet.gov.tr/word/maddegerekce.doc>>

³⁴ Tekinalp ve Tekinalp, 2000: 393.

kontrol edilebilecektir³⁵. Bu durum, uyumlu eylemin sadece icra aşamasına geçmiş olan uyuşmaları kapsamı nedeniyle, hukuken bağlayıcı olmayan ve henüz icra edilmemiş olan anlaşmaların, rekabeti sınırlayıcı amaca sahip olsalar dahi yasak kapsamından kurtulmasına yol açabilecektir³⁶.

Dolayısıyla, anlaşma kavramı, sadece tarafları hukuken bağlayan sözleşmeleri değil, tarafları ahlâken bağlayan taahhütleri de içerir; yazılı veya sözlü ya da açık veya zımnî olabilir; bir anlaşmanın varlığı hal ve şartlardan da anlaşılabilir; taraflar arasındaki sürekli iş ilişkileri de anlaşma sayılabilir; rekabeti sınırlayıcı birtakım koşulların taraflar arasındaki bir sözleşmeye dahil edilmesi de anlaşma olarak kabul edilir; bir üreticinin satıcılara gönderdiği sirkülerde yer alan güçlü tavsiyelerin, satıcılarda bu tavsiyelere uyulması gerektiği izlenimini yaratması ve bu kayıtların satıcılık sözleşmesinin bir koşulu olarak algılanması bir anlaşmayı işaret eder; genel işlem şartları da anlaşma sayılır ve sona eren bir anlaşmanın etkilerinin devam etmesi halinde de anlaşmanın varlığından söz edilir³⁷.

1.2.4. Uyumlu eylem

Teşebbüsler arasında gerçekleştirilen rekabeti kısıtlamaya yönelik irade uyuşmaları esasen anlaşma veya karar olarak ortaya çıkmaktadır. Anlaşmalar uygulamaya geçmeden önce ya da uygulama esnasında tespit edilebilmektedir. Uyumlu eylemler ise, anlaşmadan farklı olarak, sadece uygulama aşamasında ortaya çıkmaktadır. Uyumlu eylem, uygulama aşamasında anlaşmanın varlığının ispatlanmadığı durumlarda devreye girmektedir³⁸. Şöyle ki; rekabet kurumlarının, yaptıkları incelemeler ve elde ettikleri belgelerden somut bir anlaşmanın varlığını ispat etmeleri mümkündür. Bunun mümkün olmadığı durumlarda, pazarda gözlenen birtakım etkilerden yola çıkarak teşebbüsler arasında gizli bir irade uyuşmasının

³⁵ Topçuoğlu (2001:171)’na göre, hukuken bağlayıcı olan mutabakatları anlaşma, bağlayıcı kuvveti bulunmayan karşılıklı davranış kalıplarını ise uyumlu eylem olarak vasıflandırmak gerekir.

³⁶ Sanlı, 2000: 86.

³⁷ Özsunay, 2000: 60-61. RKHK’nın tazminat hakkını düzenleyen 57’nci maddesindeki *sözleşme veya anlaşma* ibaresinin de bu çerçevede değerlendirilmesi gerekir.

³⁸ Sanlı, 2000: 79. Rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar genellikle gizli olarak yapılmakta ve bu durum, söz konusu anlaşmaların varlığının ispatlanmasını zorlaştırmaktadır. Taraflar arasında gerçekleşen irade uyuşmasının bir anlaşma veya karar olarak belirlenemediği, fakat teşebbüslerin davranışlarındaki paralelliğin gizli bir mutabakatı gösterdiği durumlarda uyumlu eylemin varlığı karine olarak kabul edilmektedir.

varlığı öne sürülebilecektir. Bir diğer ifadeyle, uyumlu eylemin en önemli fonksiyonu anlaşmanın ispatlanamadığı durumda rekabete aykırı işbirliği durumunun yasak kapsamı dışına çıkmasının önlenmesidir.

Sherman Kanunu’nda işbirliği, AT Antlaşması ve Rekabet Kanunu’nda uyumlu eylem olarak adlandırılan durum, yazılı veya sözlü herhangi bir sözleşme, anlaşma ya da mutabakata dayanmaksızın, teşebbüslerin, bilinçli olarak birbirleriyle uyumlu olarak karar alıp uygulamalarını ve bu suretle, piyasada rekabeti bozmalarını, kısıtlamalarını veya engellemelerini ifade etmektedir³⁹. Bundan hareketle, teşebbüslerin kendi çıkarlarına aykırı davranışlarda bulunmaları, rakip teşebbüs yöneticilerinin belirli aralıklarla bir araya gelerek kendi üretim miktarlarını ve piyasa koşullarını tartışmaları, birbirlerine son satış fiyatlarını bildirmeleri veya piyasaya ilişkin bilgileri birbirlerine vermeleri gibi haller, rekabeti kısıtlıyorsa uyumlu eylem olarak değerlendirilecektir⁴⁰.

Rekabet Kanunu m. 4/III uyarınca, "Bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder". Söz konusu karine, Kanun’un 59’uncu maddesinin birinci fıkrasında “Zarar görenlerin, bir anlaşmanın varlığı ya da piyasada rekabetin bozulduğu izlenimi veren, özellikle piyasaların fiilen paylaşılması, uzun sayılacak bir süre piyasa fiyatında gözlenen kararlılık, fiyatın piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın aralıklarla artırıldığı gibi

³⁹ Tekinalp ve Tekinalp, 2000: 393. Bir uyumlu eylemden söz edebilmek için, öncelikle teşebbüslerin davranışlarında bilinçli bir uyum olması gerekmektedir. Davranışlardaki bilinçlilik, teşebbüsler arasındaki bir bağlantının varlığını ifade etmektedir. Teşebbüsler, bu bağlantı sayesinde, birbirlerinin gelecekteki pazar davranışlarını önceden öğrenmekte ve pazardaki davranışlarını buna uygun olarak geliştirmektedirler. Teşebbüsleri bu bağlantıya iten etken, birbirlerinin davranışları konusundaki belirsizliğin giderilmesi isteğidir. Bu belirsizlik herhangi bir bağlantı ile ortadan kaldırılsa, rakiplerin gelecekteki davranışları öğrenilmiş olacak ve rekabet etmekten kaçınılabilecektir. Oligopolist pazarlarda ise, bu tür bir şeffaflık sağlanamasa bile, pazarın yapısı gereği teşebbüsler birbirleriyle rekabete girmezler ve davranışları arasında bilinçli bir paralellik meydana getirirlerse uyumlu eylemden söz edilir. Oligopolist pazarlarda teşebbüslerin rasyonel hareketleri ile rekabeti kısıtlamaya yönelik hareketlerini birbirinden ayırmak için, aralarındaki paralellüğün sürekliliği, davranışlardaki zaman birliği gibi unsurlar dikkate alınabilir (Aslan, 2001: 82-85).

⁴⁰ Akıncı, 2001: 143.

kanıtları yargı organlarına sunmaları halinde, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde bulunmadıklarını ispatlama yükü davalılara geçer” şeklinde ifade edilmektedir⁴¹.

Dolayısıyla, piyasa koşulları bir uyumlu eylemi gösterdiği takdirde, uyumlu eylemin varlığı karine kabul edilir ve bunun aksini ispatlamak ilgili teşebbüs ya da teşebbüslere düşer. Bu şekilde, ispat yükü tersine çevrilmiş olur. Rekabet Kanunu m. 4/IV’e göre, ekonomik ve rasyonel gerekçelere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir.

1.2.5. Teşebbüs birliği kararları

Teşebbüsler, ortak sorunlarıyla ilgilenmek üzere aralarında tüzel kişiliği olan veya tüzel kişiliği olmayan birlikler oluştururlar. Bu birlikler zaman zaman üyeleri arasında rekabeti önleyerek üyelerinin daha fazla kazanç elde etmesine hizmet edici kararlar alabilirler. Teşebbüslerin yanı sıra, teşebbüs birlikleri de rekabet hukukunun konusuna girdiğinden, bu gibi kararlar da rekabet sistemine aykırıdır ve yasaklanmıştır⁴². Teşebbüs birlikleri kararlarının yasak kapsamında olması, teşebbüs birliklerinin, kararlarından ötürü sorumlu tutulabilmeleri ve para cezasına muhatap olabilmeleri anlamına gelmektedir⁴³.

Rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlara ilişkin 4’üncü maddede zikredilen teşebbüs birliği kavramı, 3’üncü maddeye göre, teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu tüzel kişiliği haiz ya da tüzel kişiliği olmayan her türlü birlikleri ifade etmektedir. Teşebbüs birlikleri, rekabet hukuku anlamında teşebbüs sayılan, bir başka ifadeyle, bağımsızlık ve ekonomik faaliyette bulunma niteliklerine sahip olan birimlerin bir araya gelmeleri ile oluşur⁴⁴.

⁴¹ 4054 sayılı Kanun’un 4’üncü maddesinin gerekçesinde, bu maddede belirtilen hallerin varlığı halinde teşebbüslerin uyumlu eylem içinde oldukları karinesinin kabul edilmesi ile, uyumlu eylem içinde olmadıklarını ispat yükünün ilgili teşebbüslere geçirildiği ve ispat gücünün nedeniyle Kanun’un işlemez hale gelmesinin önlenmesinin amaçlandığı ifade edilmektedir (4054 sayılı Kanun’un 4’üncü maddesinin gerekçesi. 01.09.2004. <<http://www.rekabet.gov.tr/word/maddegerekce.doc>>).

⁴² 4054 sayılı Kanun’un 4’üncü maddesinin gerekçesi. 01.09.2004. <<http://www.rekabet.gov.tr/word/maddegerekce.doc>>

⁴³ Whish, 2001: 105-106.

⁴⁴ Teşebbüs birlikleri; meslek odaları, dernekler, kooperatifler ve meslek kuruluşları gibi, üyelerinin menfaatlerini koruyan ve bu yolda düzenlemeler getiren kuruluşlardır (Tekinalp ve Tekinalp, 2000: 392). Teşebbüs kavramı ve unsurları için bkz.: aş. 1.2.4.

Tüzel kişiliği haiz olan ya da fiilen birlik gibi hareket eden teşebbüsler, asıl amaçları ekonomik faaliyette bulunmak olmasa da, rekabeti sınırlayıcı kararlar almaları halinde, teşebbüsler arası anlaşmalar vasıtasıyla rekabetin sınırlanması ile aynı ekonomik etkileri doğururlar⁴⁵. Dolayısıyla, teşebbüs birliklerinin oluşumunda ticari bir amacın güdülmemesi ya da ticari ya da ekonomik bir faaliyet içerisinde bulunulmaması söz konusu birliklerin rekabet hukuku kapsamındaki fiillerinden sorumlu olmalarını engellemeyecektir⁴⁶.

Kanun’un 4’üncü maddesi anlamında teşebbüs birliklerine ait karar⁴⁷ kavramı, birlik kurallarını, üyeleri bağlayıcı kararları, tavsiyeleri ve birliğin, üyelerinin davranışlarını koordine etmeye yönelik tüm fiillerini kapsamaktadır⁴⁸. Kanun’un uygulanabilmesi için birlik kararlarının resmi anlamda bağlayıcı olması şart değildir. Birliğin gayri resmi bir kararı dahi, üyelerin kendilerini bu karar ile bağlı hissetmeleri ve karar doğrultusunda hareket etmeleri halinde, Kanun kapsamında değerlendirilme için yeterli olacaktır. Teşebbüs birliklerinin sadece tavsiye niteliğinde aldığı ve bağlayıcılığı olmayan kararları yasaklanmayabilir, ancak tüm üye işletmeler bu karara aynen uyuyorlarsa ve fiilen rekabet sınırlanıyorsa, bu tavsiye kararları da Kanun kapsamında kabul edilmektedir⁴⁹.

1.2.6. Rekabetin kısıtlanması

AT Antlaşmasınının 81’inci maddesinde " ... amacı veya etkisi ... rekabetin önlenmesi, sınırlanması veya bozulması olan ... teşebbüsler arası anlaşmalar, teşebbüs birlikleri kararları ve uyumlu eylemler ... yasaktır" ibaresi yer almaktadır. Rekabet Kanunu’nun yukarıdaki hükme paralel olarak düzenlenen 4’üncü

⁴⁵ Ersin, 1996: 44; Öz, 2000: 69.

⁴⁶ Rekabet Kurulu’nun 01-42/424-107 sayılı ve 31/08/2001 tarihli kararı (25010 sayılı ve 31.01.2003 tarihli RG).

⁴⁷ Hukukumuz açısından "karar" kavramı ile, bir şahıs topluluğunda hukuki bir sonucu gerçekleştirmek üzere iç ilişkiye dayanılarak yeter sayıda şahsın iradelerini aynı yönde açıklamaları ile gerçekleştirilen hukuki işlemler kastedilmektedir. Anlaşma ise, karşılıklı irade uyumu veya danışıklılığa dayanmaktadır. Dolayısıyla, anlaşmadan farklı olarak, kararın ortaya çıkabilmesi için irade beyanlarının karşılıklı olması gerekmediği gibi, taraflar arasında mutlak bir uyumun bulunması da gerekli değildir (Rekabet Kurulu’nun 02-04/39-20 sayılı ve 22.01.2002 tarihli kararı - 25409 sayılı ve 21.03.2004 tarihli RG).

⁴⁸ Rekabet Kurulu’nun 00-35/392-219 sayılı ve 18.9.2000 tarihli kararı (24304 sayılı ve 31.01.2001 tarihli RG). Ayrıntı için bkz. Topçuoğlu, 2001: 185 vd.; Akıncı, 2001: 180 vd.

⁴⁹ Rekabet Kurulu’nun 02-66/814-332 sayılı ve 31.10.2002 tarihli kararı (25170 sayılı ve 16.07.2003 tarihli RG).

maddesinde "... doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır" denilmektedir. Bu çerçevede incelenmesi gerekli hususlar, rekabetin engellenmesi, bozulması ya da kısıtlanması, yatay kısıtlama ve dikey kısıtlama, potansiyel rekabet ile amaç ve etki kavramlarıdır.

Rekabet Kanunu’nun 4’üncü maddesindeki engelleme, bozma ve kısıtlama kavramlarına ayrı anlamlar yüklenmesi, örneğin, pazardan dışlayıcı bir uygulama için *engelleme*, ayırıcı bir uygulama için *bozulma*, ek yükümlülükler getiren bir anlaşma için *kısıtlama* ibarelerinin kullanılması düşünülebilir. Diğer taraftan, bu kavramların birbirleri yerine kullanılması mümkün olabileceği gibi, böyle bir ayırımın hukuksal bir neticesi de bulunmamaktadır. Önemli olan, rekabet düzenine olumsuz bir etkide bulunulması ya da böyle bir ihtimalin ortaya çıkmasıdır⁵⁰.

Yatay anlaşmalar, aynı üretim seviyesinde bulunan teşebbüsler arasında gerçekleştirilen işbirliği davranışlarıdır. Dikey anlaşmalar ise, üretim zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren teşebbüsler arasında gerçekleştirilen ve genellikle, tekelden dağıtım, müşteri paylaşma, yeniden satış fiyatının tespiti şeklinde ortaya çıkan kısıtlamalar doğururlar. Dikey anlaşmaların rekabeti kısıtlamalarının yanı sıra, dağıtım ve satış sonrası hizmetleri rasyonelleştirmesi gibi olumlu yönleri de bulunmaktadır; bu nedenle, rekabet kurallarına ne ölçüde tabi olacakları hususu tartışma konusu olmaktadır. Bu tür anlaşmaları rekabet kanunları dışında tutmak yerine, belirli koşullar altında muafiyet sağlamak, bu tür anlaşmaların etkin rekabet denetimine tabi tutulması bakımından daha uygun bir çözüm yolu olarak ortaya çıkmaktadır⁵¹.

⁵⁰ Sanlı, 2000: 90-91. Bkz. ayrıca, Topçuoğlu, 2001: 143.

⁵¹ Aslan, 2001: 97-99; Peepkorn, 2002: 77-88. Gerek söz konusu dikey kısıtlamalar gerekse kartel niteliğini taşımayan yatay işbirliği davranışları bakımından, Rekabet Kanunu’nun 4’üncü maddesindeki yasağın mutlak bir şekilde uygulanması bazı istenmeyen sonuçlara yol açabilir. Bu nedenle, oluşturduğu zararlı etkilere nazaran ortaya çıkan yararlı etkilerin daha fazla olması halinde rekabeti kısıtlayıcı uygulamalara 4’üncü madde yasağından muafiyet sağlanmaktadır (4054 sayılı Kanun’un 5’inci maddesinin gerekçesi. 01.09.2004.
<<http://www.rekabet.gov.tr/word/maddegerekce.doc>>

Rekabet Kanunu’nun 4’üncü maddesi uyarınca bir anlaşmanın yasaklanması, rekabeti sınırlama amacının olması veya doğrudan ya da dolaylı olarak rekabeti sınırlayıcı bir etkiyi içermesine bağlıdır. Rekabet Kanunu ve AT Antlaşmasının ilgili hükümlerinden anlaşılacağı gibi, Rekabet Kanunu, "*veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan*" ibaresi ile, potansiyel rekabeti sınırlamaya yönelik anlaşmaları açıkça yasaklamıştır. Kanun’un amaç ve etkiye ilişkin ifadeleri, bir anlaşmanın rekabeti ihlal edip etmediğinin incelenmesi esnasında üç aşamalı bir inceleme yöntemini gerekli kılmaktadır. Buna göre, öncelikle, ele alınan anlaşmanın rekabeti sınırlayıcı bir amacının olup olmadığına bakılacaktır. Rekabeti sınırlamaya yönelik bir amaç tespit edildiğinde, başkaca bir incelemeye gerek kalmadan yasaklama yoluna gidilecektir. Anlaşmanın amacı açıkça rekabeti bozmaya yönelik değilse, bu takdirde, anlaşmanın başka unsurlarla birleşmek suretiyle rekabeti sınırlayıcı etkiler doğurup doğurmadığına bakılacaktır. Bu şekilde, esasen rekabeti sınırlama amacı olmayan, ancak pazar koşulları ile birleştiğinde böyle bir sonuç doğuran, bir başka ifadeyle, rekabeti sınırlayıcı etkisi tespit edilen anlaşmalar yasaklanacaktır. Eğer anlaşmanın, fiili etkileri itibarıyla da rekabeti kısıtladığı görülmezse, söz konusu anlaşmanın ileriye dönük olarak, rekabeti sınırlayıcı etkiler doğurmaya elverişli olup olmadığına bakılacaktır. Anlaşmanın, pazara giriş engellerinin varlığı ve yüksekliği gibi unsurlar ile birlikte değerlendirildikten sonra, potansiyel rekabeti etkileme ihtimali olduğu düşünüldüğü takdirde yasak işlerlik kazanacaktır⁵².

⁵² Aslan, 2001: 103.

1.3. Açık Kartel Uygulamaları

Teşebbüsler, kârlarını azami ölçüde artırmak ve tekelci firma gücüne ulaşmak isterler, ancak rekabet koşullarının mevcut olduğu piyasalarda bu amaçlarına ulaşamazlar. Aynı pazarda faaliyet gösteren firmalar, kârlarını artırmak amacıyla, anlaşarak piyasayı kontrol etmeye çalışırlar. Bu doğrultuda, fiyat tespiti, miktar kısıtlama, pazar paylaşma ve ihalelere danışıklı girme gibi yollar kullanmak suretiyle, rekabet baskısından kurtulmaya ve daha yüksek kâr elde etmeye çalışırlar⁵³.

Açık kartel uygulamalarına ilişkin olarak kanunların caydırıcı bir etkisi olmadığı sürece, teşebbüsler, bu tür anlaşmalara taraf olup olmama konusunda serbestçe karar verebileceklerdir. Diğer taraftan, ekonomik etkenler ve kartel anlaşmalarının uygulanması esnasında karşılaşılan zorluklar, tarafların kartele dahil olmaya ilişkin kararlarını etkileyecektir. Ekonomik açıdan bakıldığında, açık kartele taraf olan teşebbüslerin muhtemel ekonomik avantajları, her şeyden önce, talebin fiyat esnekliğine bağlıdır. Talebin fiyat esnekliği düşük ise, teşebbüsler arasında gerçekleştirilecek bir açık kartel, onların menfaatine sonuçlar doğuracaktır. Bu şekilde, kartel üyeleri, üretim ve fiyatlar konusunda yapacakları işbirliği ile müşterilerini önemli ölçüde kaybetmeksizin üretimlerini kısımlayacak ve fiyatları artırmayabileceklerdir. Diğer taraftan, talebin fiyat esnekliği yüksek olduğunda, fiyatlarda yaşanacak bir yükselme, satışlarda önemli bir azalma meydana getirecektir⁵⁴.

Kartel anlaşmalarının uygulanması esnasında karşılaşılan zorluklardan ilki, çok sayıda kartel üyesinin bulunduğu durumlarda, söz konusu üyelerin anlaşma ile bağlı kalmalarının sağlanmasıdır⁵⁵. Ayrıca, açık kartellerin en sık rastlanılan örneklerinden birisi olan fiyat tespiti anlaşmalarında, bu tür anlaşmalarının maliyeti de teşebbüsler tarafından göz önünde bulundurulacaktır. Bu tür bir işbirliğinin maliyetinin değerlendirilmesinde iki etken öne çıkmaktadır. Birinci etken, rekabetçi ortamda oluşan fiyattan daha yüksek bir fiyatı belirlemenin

⁵³ Akıncı, 2001: 69-70.

⁵⁴ Fejo, 2001: 151-152.

⁵⁵ Akıncı, 2001: 69-70.

maliyetidir. Bu durumdan özellikle fiyatlarını düşürmüş olan teşebbüsler etkilenecektir. İkinci etken ise, belirlenen fiyatın anlaşmaya taraf olan diğer teşebbüsler tarafından izlenmesini temin amacıyla katlanılan maliyettir. Belirtmek gerekir ki, gerek bu tür anlaşmaların gerçekleştirilmesi gerekse vücuda getirilen anlaşmaların istikrarlı bir şekilde devam etmesinin sağlanması kolay olmamakta ve ayrı maliyetler getirmektedir. Bunlardan daha önemli olan husus, özellikle anlaşmaya taraf olan çok sayıda teşebbüsün bulunduğu durumlarda kartelin rekabet kurumlarından gizlenmesidir. Bu nedenle, çok sayıda teşebbüs arasında fiyat belirleme konusunda işbirliğine gidilmesi pek mümkün görünmemektedir. Buna karşılık, az sayıda teşebbüsün faaliyet gösterdiği bir pazarda, teşebbüsler arasında fiyat tespiti ve benzeri açık kartel uygulamalarının gerçekleştirilmesi daha kolay olacaktır. Ayrıca, rakip teşebbüslerin birliklere üye olmaları sonucu aralarında gelişen işbirliği duygusu, çok taraflı kartel anlaşmaları ile sonuçlanabilmektedir⁵⁶.

Kartellerin caydırıcı olacak şekilde cezalandırılması gerektiği açıktır⁵⁷. Ancak, kartellerle mücadelenin birtakım zorlukları bulunmaktadır. Kartele taraf olan teşebbüsler, bu davranışlarının rekabet kanunlarınca nasıl değerlendirildiğini gayet iyi bilmektedirler. Bu nedenle, karteller rekabet kurumlarından kaçmak için büyük bir gizlilik içinde çalışmaktadırlar. Toplantılar dikkat çekmeyecek yerlerde yapılmakta, ilgili belgeler ya imha edilmekte ya da şirket binaları dışında bir yerlerde saklanmakta ve uygulamalar olağan pazar davranışları gibi gösterilmeye çalışılmaktadır⁵⁸.

⁵⁶ Fejo, 2001: 152-153.

⁵⁷ Diğer taraftan, kriz dönemlerinde rekabet ilkelerinden tavizin mümkün olup olmadığı tartışma konusu olmaktadır. Talepte dönemsel dalgalanmaların yaşandığı bu tür dönemlerde, rekabet kurallarından vazgeçmenin haklı bir sebebi bulunmamaktadır. Kriz döneminde zor durumda kalacak teşebbüslerin iflasla karşı karşıya kalacağı ve dolayısıyla toplumun da bundan zarar göreceği iddia edilmekle birlikte; kriz döneminde oluşan kartellerin amacı toplam üretimi artırmak değil, rekabet koşullarında elde edilecek kârdan daha fazla kazanmanın bu tür işbirliği davranışları ile gerçekleştirilmesinin sağlanmasıdır. Dolayısıyla, kriz dönemlerinde de, fiyat tespiti gibi kartel anlaşmalarından ziyade rekabeti koruyucu uygulamaların işlemeye devam etmesi, verimliliğin ödüllendirilmesini ve tüketicilerin daha iyi mallar alabilmesini sağlayacaktır (Akıncı, 2001: 72-76). Amerikan Yüksek Mahkemesinin eski tarihli kararlarında, durgunluk döneminin de etkisiyle, fiyatların makul seviyelerde tespit edilmesi halinde fiyat tespiti anlaşmalarının yasak kapsamı dışında bırakılması eğilimi gözlenmekle birlikte, bu dönemin ardından verilen kararlarda *per se* kuralından ayrılma söz konusu olmamıştır (Whish, 1993: 393).

⁵⁸ Monti, 2001: 17-21.

Karteller her sektörde aynı yoğunlukta yer almamaktadır. Bazı sektörlerde kartelleşme eğilimi oldukça fazladır. Bu sektörlerin genel özellikleri, yüksek düzeyde yoğunlaşma, pazara girişte önemli engeller bulunması, homojen ürünler üretilmesi, benzer maliyet yapıları ve eski teknolojilerin varlığıdır. Çelik ve kimya gibi geleneksel sektörlerde görülen bu durum diğer sektörlerde de gözlemlenebilmektedir. Çok sayıda aktörün bulunduğu pazarlarda ise karteller genellikle teşebbüs birlikleri aracılığıyla kurulmaktadır^{59 60}.

1.3.1. Fiyat tespiti anlaşmaları

Fiyat rekabeti sayesinde, fiyatlar mümkün olan en düşük seviyede gerçekleşir, kaynakların etkin dağılımı sağlanır ve tüketicilere, mallar ve hizmetler bakımından geniş bir seçim imkanı doğar⁶¹. Aynı pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin, malların satış fiyatını tespit etmeleri ile, pazarda rekabet ortadan kalkacaktır. Tespit edilen fiyat, piyasa fiyatının üzerinde, tam rekabet koşullarında oluşacak seviyede ya da piyasa fiyatının altında olabilir⁶².

Rekabetin en çok yaşandığı alan fiyat olduğundan, fiyat tespiti anlaşmaları rekabet hukukunun en önemli ihlalini oluşturmaktadır⁶³. Serbest piyasa ekonomisinde fiyatlar, hiçbir müdahale olmaksızın, pazar koşullarına göre serbestçe oluşur. Fiyatın bu şekilde değil, rakiplerin iradelerinin uyuşması sonucunda oluşması açık bir rekabete aykırılık teşkil etmektedir. Fiyat kartelinde hukuka aykırılığın gerçekleşmesi için anlaşmanın mevcudiyeti yeterli olup, uygulamaya geçmesi ya da fiyatın makul olup olmaması aranmamaktadır⁶⁴.

Fiyat kartelleri, rakip teşebbüslerin mal ve hizmetlerinin fiyatlarını sabitleştirmek suretiyle rekabeti ortadan kaldırırlar. Bunun sonucunda, fiyatları aynı olan çeşitli mallar arasından müşterilerin seçim yapması güçleşir. Böylece, rakip teşebbüsler, fiyatları düşürmek, kaliteyi yükseltmek ve müşteri hizmetlerini artırmak

⁵⁹ Monti, 2001: 15-16.

⁶⁰ Açık kartel uygulamalarına ilişkin olarak aşağıda verilen açıklamalarda Amerikan rekabet hukukundan ve özellikle Avrupa Topluluğu uygulamalarından örnekler verilecek; Rekabet Kurulu'nun konuya ilişkin kararlarına ise ilgili bölümde ayrıntılı olarak değinilecektir (Bkz.: aş. 3.2.).

⁶¹ Ritter et al., 2000: 142.

⁶² Akıncı, 2001: 77.

⁶³ Faull and Nikpay, 1999: 336-337; Bellamy and Child, 1993:173.

⁶⁴ Sanlı, 2000: 107.

zorunluluğundan kurtulmuş olurlar. Fiyat kartelleri, rakip teşebbüslerin mal talebinde buldukları hammadde ve ara mal üreticilerine karşı da kurulabilir. Alış karteli olarak da ifade edilebilecek olan bu tür kartellerde, üreticiler, fiyat karteline konu olan malları, belirlenen fiyattan arz etmek zorunda kalırlar⁶⁵.

Fiyat tespitinin farklı şekillerde ortaya çıkabilmesi karşısında, ortak muhasebe teknikleri, oran, kâr ve indirim gibi konularda yapılan anlaşmalar ile, fiyatı doğrudan tespit etmeyen fakat fiyata etkide bulunmaya yönelik olan, tavsiye, hedef, taban ve tavan fiyat uygulamaları ve bilgi değişimi anlaşmaları fiyat tespiti kapsamında değerlendirilmektedir⁶⁶.

Fiyat tespiti anlaşmaları ile rekabetin kısıtlanması, Sherman Kanunu’nun 1’inci maddesinde, AT Antlaşmasının 81/1/a maddesinde ve RKHK’nın 4/II/a maddesinde yasaklanmıştır. AT Antlaşmasının 81/1/a maddesinde "doğrudan veya dolaylı olarak, alış veya satış fiyatlarının veya diğer ticaret koşulların belirlenmesi"; RKHK m. 4/II/a’da “Mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kâr gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesi” ibareleri yer almaktadır.

Amerikan rekabet hukukunda, yatay fiyat tespitlerinin rekabeti kısıtladığı ve dolayısıyla Sherman Kanunu’nun 1’inci maddesi kapsamında değerlendirmeye tabi tutulması gerektiği yaygın kanaattir. *United States v Addyston Pipe and Steel Co.* davasında mahkeme, tarafların rekabeti kısıtlamak amacından başka bir amaç gütmeksizin akdettikleri sözleşmelerde, kısıtlamanın toplumun ne kadar yararına ne kadar zararına olduğunun değerlendirilmesinin söz konusu olamayacağını ve bu tür anlaşmaların rekabeti açık bir şekilde ihlal ettiğini belirtmiştir⁶⁷.

Topluluk rekabet hukukunda, alış ya da satış piyasasında gerçekleştirilecek bir fiyat tespiti anlaşması, *de minimis* doktrini kapsamına girmemek ve üye devletler arası ticareti engellemek kaydıyla, AT Antlaşmasının 81’inci maddesi anlamında yasaklanmıştır. Söz konusu maddede, doğrudan ya da dolaylı olarak alış ya da satış fiyatlarının tespit edilmesi yasaklanmakta; ayrıca, Adalet Divanı ve Komisyon,

⁶⁵ Tekinalp ve Tekinalp, 2000: 420.

⁶⁶ Sanlı, 2000: 108.

⁶⁷ *United States v Addyston Pipe and Steel Co.*, 85 F. 271 (1988) (Akıncı, 2001: 77).

önlerine gelen olaylarda, fiyat tespiti anlaşmalarının amaçları itibarıyla ihlale yönelik olduklarını ve dolayısıyla etkilerinin gözlenmesine gerek olmadığını göz önünde bulundurmaktadır⁶⁸.

Divan, *Cementhandelaren v Commission* davasında, hedef fiyatın tespit edilmesinin rekabeti etkilemesinin nedeninin, bu anlaşmaya taraf olan rakiplerin birbirlerinin izleyecekleri fiyat politikaları hakkında bilgi sahibi olacak olmaları olduğunu ifade etmiştir⁶⁹. Aynı şekilde, *Polypropylene*⁷⁰ davasında Komisyon, piyasada liste fiyatı ya da resmi fiyatlar adları altında belirli bir fiyatın yer almasının, müşteriler ile satıcılar arasında geçebilecek bir pazarlığı engellediğini ve rekabet şartlarının mevcudiyeti halinde sahip olacakları fırsatlardan onları alıkoyduğunu belirtmektedir⁷¹.

Komisyon, sadece doğrudan fiyat tespitine yönelik anlaşmaları yasaklamamakta, doğrudan veya dolaylı olarak fiyat rekabetini etkileyen her tür anlaşmayı 81’inci madde kapsamında değerlendirmektedir. Bu doğrultuda, *IFTRA Rules on Glass Containers*⁷² kararında, cam üreticileri birliğinin, indirim uygulamama, teşebbüsler arası açık bir bilgi sistemi tesisi etme, ortak muhasebe standardı kabul etme, ortak fiyat politikası uygulama yönündeki kararları yasaklanmıştır⁷³.

İthal edilen mallar bakımından gerçekleştirilen fiyat tespiti anlaşmaları da yasak kapsamındadır. Ucuz fiyatlardan yapılan ithalattan zarar gören ulusal işletmelerin baskısı sonucu ortaya çıkan söz konusu anlaşmalar ile, ithal fiyatları artırılarak iç piyasa fiyatlarına yaklaştırılmaktadır. Diğer taraftan, Topluluk uygulamasında, ihracat fiyatlarının tespitine yönelik anlaşmalar yasak kapsamında değerlendirilmemektedir. Bunun nedeni, Antlaşmanın ilgili maddelerinin ortak pazar dahilindeki rekabeti korumaya yönelik olmasıdır. Bununla birlikte, bu tür bir

⁶⁸ Whish, 1993: 396.

⁶⁹ Case 8-72, *Vereeniging van Cementhandelaren v Commission* [1972] ECR 977.

⁷⁰ OJ (1986) L 230/1.

⁷¹ Faull and Nikpay, 1999: 337.

⁷² OJ (1974) L 160/1.

⁷³ Whish, 1993: 397-398.

anlaşmanın ortak pazarı etkileyen bir unsurunun bulunması halinde, 81’inci madde yine uygulama alanı bulacaktır⁷⁴.

Komisyon, fiyat tespiti anlaşmalarına muafiyet tanımaktan özenle kaçınmaktadır. Onuncu Rekabet Politikası Raporunda, fiyat kartellerinin Antlaşmanın 81’inci maddesini doğrudan ihlal ettiği ve tüketicilere uğrattıkları toplam zararın büyüklüğü karşısında söz konusu anlaşmalara muafiyet tanınmasının mümkün olmadığı ifade edilmektedir. Diğer taraftan, fiyat rekabetini kısıtlayabilecek anlaşmalardan çok azına, tali kısıtlamalar arz etmeleri ve birtakım yararları ihtiva etmeleri dolayısıyla muafiyet tanındığı vakidir⁷⁵.

1.3.2. Miktar kısıtlama anlaşmaları

Rekabetçi fiyatın üzerinde kâr elde edilmesini sağlayan bir diğer yol, kartel üyelerinin üretim miktarının kısıtlanmasıdır. Fiyat tespiti anlaşmasının doğrudan yapılamadığı durumlarda, kartel üyeleri, belirli bir zaman dilimi içerisinde pazara belirli bir oranda mal arz etmeleri hususunda anlaşılır. Kotalar belirlendikten sonra, anlaşmanın kartel üyelerinin biri veya birkaçı tarafından ihlalini önleyecek bir sistemin kurulması gerekir. Bunun bir yolu, üretim ve satışlar konusunda merkezi bir bilgi toplama merkezine düzenli olarak ayrıntılı bilgi aktarımının sağlanmasıdır. Ayrıca, kendisi için belirlenen kotaları aşan firmalar tarafından, zarara uğrayan diğer kartel üyelerinin zararları tazmin edilebilir. Bu halde, fazla üretim yapan firma, normalde kâr edeceği fiyatın daha üzerinde bir fiyattan malı satarak diğer kartel üyelerinin zararlarını karşılamaya çalışacak, bu durum ise, açıkça tüketicilerin zararına sonuçlar doğuracaktır⁷⁶.

Bir ürünün fiyatı arz ve talebin bir fonksiyonu olduğundan, miktar konusundaki bir kısıtlama fiyatları etkileyecektir. Bu nedenle, fiyat konusunda anlaşma yapan tarafların, tespit edilen fiyatları desteklemek amacıyla, miktar kısıtlamasına yönelik bir anlaşma da yapmaları doğaldır⁷⁷. Miktar kısıtlaması suretiyle fiyatların etkilenmesine yönelik anlaşmalar, rekabetin kısıtlanmasının en

⁷⁴ Badur, 2001: 92-93.

⁷⁵ Bkz. *Re De Laval-Stork*, OJ (1977) L 215/11.; *Re GEC Ltd and Weir Agreement*, OJ (1977) L 327/26.

⁷⁶ Whish, 1993: 404.

⁷⁷ Faull and Nikpay, 1999: 339-340. Bkz. *Zinc producer Group* OJ (1984) L 220/27.

belirgin örneklerindedir. Bu tür anlaşmalar, fiyatların tespit edilmesi veya pazarların paylaşılmasına yönelik anlaşmaların bir parçası olarak görülmektedir⁷⁸. Rakip teşebbüslerin pazara arz edecekleri mal miktarı üzerinde anlaşmaları, kuşkusuz rekabeti sınırlayıcı etkiler doğurmaktadır. Kartel üyeleri, arzı kısırarak ya da artırarak piyasadaki rekabeti kendi lehlerine olacak şekilde bozmaktadır. Arzın kısılması, fiyatları yükselterek teşebbüslerin haksız kâr elde etmelerini sağlar. Öte yandan, arzın artırılması, fiyatların düşmesine ve rakiplerin pazar dışına itilmesine neden olur⁷⁹.

Arzın yanı sıra, talebin kontrol edilmesi de mümkündür. Talebin sınırlanması, nihai tüketim aşamasında değil, ara tüketim malları bakımından söz konusu olabilir. Talep miktarının kontrol edilebilmesi için, ilgili ürün piyasasının sınırlı olması ve büyük stoklara sahip olma ya da malı başka pazarlardan da tedarik edebilme gibi, talep eden teşebbüslerin pazarlık gücünü artıran faktörlerin bulunması gerekir⁸⁰.

Miktar kısıtlama anlaşmalarının en belirgin örneği olan kota uygulamaları ile, rakip teşebbüslerin üretecekleri ya da pazarlayacakları malların veya hizmetlerin miktarları tespit edilmekte veya denetim altında tutulmaktadır. Kotalar, toplam ürün miktarını sınırlayabilecekleri gibi, belirli bir bölgedeki satış miktarını da kısıtlayabilirler⁸¹. Arz edilen ürün miktarının kontrol altında tutulması sayesinde, kartel üyesi teşebbüsler, fiyat seviyelerini muhafaza etme veya sistemli olarak artırma imkanına sahip olacaklardır. Kota anlaşması, kartel üyelerinin üretim ve satış miktarlarına ait ayrıntılı bilgilerin toplanması ile, her bir teşebbüsün kota çerçevesinde kendisine tahsis edilen miktarı aşmamasını öngörür ve bunu sağlayacak tedbirleri ihtiva eder. Bu şekilde, üzerinde anlaşmaya varılan kotalarla sınırlı mal veya hizmet arzı sonucunda oluşan suni pazar koşullarında fiyatlar kontrol altında tutulabilecektir⁸².

⁷⁸ Bellamy and Child, 1993: 191.

⁷⁹ Sanlı, 2000: 112.

⁸⁰ Sanlı, 2000: 112-113.

⁸¹ Ritter at all, 2000: 177.

⁸² Topçuoğlu, 2001: 225.

Miktar kısıtlamaya ilişkin olarak Topluluk uygulamasında görülen *Italian Cast Glass* örneğinde⁸³, üç İtalyan üretici İtalyan pazarındaki satış limitleri üzerinde anlaşmaya varmışlar; *Welded Steel Mesh* kartelinde⁸⁴, Fransız, Alman ve Benelüks pazarları paylaşılmış ve *Cartonboard*⁸⁵ karteli üyeleri, üreticilerin mevcut pazar paylarına sadık kalma konusunda mutabakata varmışlardır⁸⁶. Bu tür anlaşmalarda, kotalar genellikle kartel üyelerinin sahip oldukları pazar paylarına göre tespit edilmektedir.

Miktar kısıtlama, RKHK'nın 4'üncü maddesinde, "Mal veya hizmetin arz ya da talep miktarının kontrolü veya bunların piyasa dışında belirlenmesi"; AT Antlaşmasınının 81'inci maddesinde, "üretimin, piyasaların, teknik gelişimin veya yatırımın sınırlanması veya kontrol edilmesi" şeklinde ifade edilmektedir.

1.3.3. Pazar paylaşma anlaşmaları

Pazar paylaşma kartellerinde teşebbüsler, bir pazarı belirli oranlarda bölmekte ve herkesin sadece kendisine ayrılan bölge dahilinde faaliyette bulunması hususunda anlaşmaktadırlar. Pazar paylaşmanın en yaygın örneği, pazarın coğrafi esaslara göre bölüşülmesini hedef alan anlaşmalardır. Bu tür anlaşmalar ile teşebbüsler, mal veya hizmetleri kendi bölgelerinde rekabet şartlarını ortadan kaldırarak ve istedikleri fiyat ve şartlarda tüketicilere arz edebileceklerdir. Bunun sonucunda, teşebbüsler kendi bölgelerinde hakim konuma gelecek ve tüketicilerin seçme hakkı ortadan kalkacaktır⁸⁷. Piyasanın coğrafi anlamda paylaşılması, AT Antlaşmasınının temel hedeflerinden olan ortak pazarın kurulmasına aykırılık teşkil ettiğinden, Komisyon tarafından yasaklanmıştır. Komisyon, *Cement* davasında⁸⁸ otuzdan fazla çimento üreticisinin kendi pazarlarının korunmasına yönelik anlaşma dolayısıyla, 120 milyon euro tutarında para cezasına hükmetmiştir⁸⁹.

⁸³ OJ (1980) L 383/19.

⁸⁴ OJ (1989) L 260/1.

⁸⁵ OJ (1994) L 243/1.

⁸⁶ Faull and Nikpay, 1999: 340.

⁸⁷ Topçuoğlu, 2001: 224-225.

⁸⁸ OJ (1994) L 343/1.

⁸⁹ Faull and Nikpay, 1999: 342-343.

Bu tür anlaşmaların rekabet kurumlarınca tespit edilebilmesindeki zorluklar ve bu anlaşmaların ihlalinin kartel üyeleri tarafından fark edilmesindeki kolaylık⁹⁰ gibi nedenler, fiyat kartelleri ile kıyaslandığında, pazar paylaşma anlaşmalarının rekabetin sınırlanmasında daha elverişli ve daha sık kullanılan bir vasıta olmasını sağlamaktadır⁹¹.

AT Antlaşması m. 81/1-c’de "piyasaların veya temin kaynaklarının bölüşülmesi" şeklinde yer alan söz konusu durum, RKHK m. 4/2-b’de "mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması ya da kontrolü" olarak ifade edilmiştir.

1.3.4. İhalelerde damışıklılık⁹²

İhale kartellerinde, bir grup teklif sahibi ihale öncesinde bir kartel oluşturur ve bir malı piyasa fiyatının üzerinden satmak ve ortaya çıkan kartel kârını paylaşmak üzere anlaşma yapar. İhalelerde kartel anlaşmasını bozan teşebbüs, sonraki ihalelerde, yıkıcı fiyat uygulaması gibi yöntemlerle diğer kartel üyeleri tarafından cezalandırılabilir⁹³. İhale kartelleri, fiyatları piyasa fiyatının üzerinde tutarak, kaynak tahsisinde etkinliği bozmakta ve kamu kaynaklarının israfına neden olmaktadır. Söz konusu kartel oluşumlarının soruşturularak cezalandırılması gerekmektedir. Bu çerçevede, ihalelerde etkinliğin artırılması ve dolayısıyla rekabetin korunması için ulusal ve uluslararası düzeyde girişimler yapılmaktadır. OECD’nin 25 Mart 1998 tarihli Açık Kartellerle Etkili Mücadeleye İlişkin Tavsiye Kararı ile uyumlu bir şekilde, Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planında "... Kamu ihalelerinde rekabet ortamını bozmaya yönelik, yarışmacılar arasında yapılacak yatay anlaşmalar veya yarışmacıların hakim durumlarını kötüye kullanmaya yönelik davranışları etkin bir biçimde izlenecek ve soruşturulacaktır" politika önermesinde bulunulmuştur⁹⁴.

⁹⁰ Teşebbüslerden birisine ait tek bir malın bir diğer firmaya ayrılan bölge içinde satılıyor olması, kartel anlaşmasının ihlalinin açıkça göstermektedir (Whish, 1993: 401).

⁹¹ Sanlı, 2000: 109.

⁹² "Bid rigging".

⁹³ Emek, 2002: 35.

⁹⁴ Emek, 2002: 46-47.

Avrupa Komisyonunun ihalelere anlaşmalı olarak girme karşısındaki tavrı, *Re European Sugar Cartel*⁹⁵ davasında net bir şekilde ortaya konmaktadır. Buna göre; ihalelerde rekabet büyük önem taşımaktadır ve eğer teklifler, teklif edenlerin kendi hesaplarına değil, diğer katılımcıların tekliflerine ait bilgilere dayanıyorsa, rekabetin önlenmesinden, bozulmasından ya da kısıtlanmasından söz edilir⁹⁶. *Building and Construction Industry in the Netherlands* davasında ise⁹⁷, Hollanda’daki inşaat sektöründe fiyatların ve ihalelerin düzenlenmesi dolayısıyla 22,5 milyon euro para cezasına hükmedilmiştir. Söz konusu olayda, yirmi sekiz işletme birliği, tüm üyeler için bağlayıcı olan bir fiyat düzenleme sistemi tesis etmiştir. Üyelerin ihaleler öncesinde bilgi değişiminde bulunması, teklif edilecek fiyatlar konusunda işbirliğine gidilmesi ve belirlenen firmanın ihaleyi kazanmasını garanti altına alan bir sistemin işletilmesine ilişkin kurallar şüphesiz rekabet kurallarını ihlal etmektedir. Komisyon, bu anlaşmaya muafiyet tanınmasına ilişkin talebi geri çevirmiştir⁹⁸.

⁹⁵ OJ (1973) L 140/17.

⁹⁶ Faulstich and Nikpay, 1999: 344.

⁹⁷ OJ (1992) L 92/1.

⁹⁸ Whish, 1993: 409.

2. ULUSLARARASI ALANDA AÇIK KARTELLER İLE MÜCADELE

Açık kartellerle mücadele hususunun uluslararası alanda ele alınması ve muhtemel işbirliği mekanizmalarının değerlendirilmesi kapsamında, OECD, DTÖ, UNCTAD, ICN gibi uluslararası kuruluşlar tarafından birtakım çalışmalar yürütülmektedir⁹⁹. Ayrıca, rekabet hukukunun doğduğu ve diğer ülkelere oranla daha fazla geliştiği ABD’de ve tam üyelik sürecinde ülkemiz için büyük önem arz eden Avrupa Topluluğu uygulamasında da açık kartellerle daha etkin mücadele edebilmeye yönelik gelişmeler gözlemlenmektedir. Bu çerçevede, öncelikle diğer uluslararası kuruluşlara oranla açık karteller ile mücadeleye daha fazla odaklanmış olan ve bu alanda önemli çalışmalar yapan OECD’nin anti-kartel programına ilişkin açıklamalar, daha sonra ABD’de ve Avrupa Topluluğunda kartellerle mücadeleye ilişkin gelişmeler incelenecektir.

2.1. OECD Anti-Kartel Programı

OECD anti-kartel programı, 1998 tarihinde Açık Kartellerle Etkili Mücadeleye İlişkin Tavsiye Kararının yayımlanmasıyla başlamıştır. 2000 yılında, söz konusu tavsiye kararının ilk aşamasının uygulanmasına ilişkin bir Rapor hazırlanmıştır. Ardından, 2001 yılında, gizli olarak yapılan kartel anlaşmalarının tespit edilmesi ve cezalandırılmasındaki güçlükleri konu alan Açık Kartellerle Mücadelede Pişmanlık Programları Raporu yayımlanmıştır. Söz konusu Rapor, mevcut pişmanlık programlarının (leniency programs) temel özelliklerini gözden geçirmektedir. 2002 yılında ise, Açık Kartellerin Nitelikleri ve Etkisi ile Ulusal Rekabet Kanunlarında Öngörülen Yaptırımlara İlişkin Rapor çıkartılmıştır. Raporda, kartellerin nitelikleri ve etkileri, mevcut yaptırımlar ve kartellere karşı caydırıcılığın sağlanabilmesi için yaptırımların etkin bir şekilde uygulanması hususları incelenmektedir. Ayrıca, kartellerin her yıl tüketicilerin milyarlarca dolar zarara uğramasına sebebiyet verdiği için bahisle, yeni kartellerin oluşturulmasını önleyici ve kartel üyelerini pişmanlık programlarına başvurmaya zorlayıcı nitelikte ağır

⁹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Schoneveld, 2003: 433-436, 462-471.

yaptırımlar öngörülmesi gereği vurgulanmaktadır¹⁰⁰. Son olarak, 2003 yılında, anti-kartel programının ikinci aşamasının sonuçlarına ilişkin bir Rapor yayımlanmıştır.

2.1.1. Açık Kartellerle Etkili Mücadeleye İlişkin Tavsiye Kararı¹⁰¹

Kararda, açık kartellerin rekabet hukukunun en ağır ihlallerini oluşturdukları; fiyatları yükseltmek ve üretim miktarlarını kısıtlamak suretiyle tüketicileri zarara uğrattıkları; bu şekilde, malları ve hizmetleri bir kısım üreticiler için tamamen ulaşılamaz, tüketiciler için ise gereğinden oldukça pahalı hale getirdikleri vurgulanmaktadır. Bu çerçevede, dünya ticaretine önemli zararlar veren ve rekabet düzenini bozdukları ülkelerde verimsizliğe yol açan açık kartel anlaşmaları ile etkin mücadele yürütebilmek için birtakım önerilerde bulunmaktadır¹⁰².

Önerilerden ilki, açık kartel anlaşmalarını yasaklayan kanunların uyumlu ve etkili olmasıdır. Üye devletlerin rekabet kanunları bu anlamda açık kartelleri caydırıcı nitelikte olmalıdır. Kanunlar, şirketleri ve bireyleri bu tür kartellere katılmaktan alıkoyacak düzeyde etkili olmalı; uygulamayı yürüten kurumlar, bilgi ve belge temin edilmesi ve hukuka aykırılıklara ceza uygulanması dahil olmak üzere, açık kartellerin tespitine ve cezalandırılmasına elverişli yetkilerle donatılmalıdır.

İkinci olarak, açık kartelleri yasaklayan kanunların uygulanmasında uluslararası işbirliğinin sağlanması hususu yer almaktadır. Buna göre, üye devletler, kendi mevzuatlarına, önemli çıkarlarına, ticari anlamda hassas olan ve sır niteliği taşıyan diğer bilgilerine uygun olduğu ölçüde işbirliğine gitmelidirler. İşbirliği, bilgi ve belgelerin diğer ülkelerin rekabet kurumları ile paylaşılması ya da gerektiğinde zorlayıcı kuralları da uygulamak suretiyle yabancı rekabet kurumu adına bilgi ve belge toplanması şeklinde olabilir. Bununla birlikte, bir devlet, talep edilen işbirliğini, mevzuatına ya da menfaatlerine uygun olmaması, kendi rekabet kurumunda kaynak yetersizliği bulunması veya soruşturmayı birlikte yürütmede karşılıklı menfaat bulunmaması gibi nedenlerle reddedebilir, sınırlandırabilir ya da şarta bağlayabilir.

¹⁰⁰ OECD, 2002: 3.

¹⁰¹ Recommendation of the Council concerning effective action against hard core cartels (adopted by the Council at its 921. session on 25 March 1998 (C/M (98) 7/PROV), C (98)35/FINAL.

¹⁰² Kararda verilen açık kartel tanımı için bkz.: yuk. 1.1.

2.1.2. Programın Birinci Aşamasının Sonuçlarına İlişkin Rapor

Söz konusu Raporda, Tavsiye Kararının, geniş yasal reformların ve uygulamaya ilişkin tedbirlerin katalizörü olduğu vurgulanmaktadır. Bu çerçevede, Danimarka, Hollanda ve İngiltere’de yeni ve güçlü rekabet kanunları çıkarılmış, Kanada’da yeni soruşturma araçları geliştirilmiş ve Almanya’da cezai sonuçları da içeren katı yaptırımlar getirilmiştir. 2000 yılı itibarıyla dokuz OECD üyesi devlette açık kartellere cezai yaptırımlar öngörülmüştür: ABD, Kanada, İrlanda, Japonya, Kore, Norveç, Fransa, Yunanistan ve İsviçre. Bu esnada, Fransa’da ilk kez cezai mahkumiyet kararı verilmiş; İngiltere’de ilk uluslararası kartel davası görülmüş; ABD’de birçok kartel vakasında mahkumiyete hükmedilmiş ve rekor miktarda para cezaları verilmiştir. Özetle, cezai yaptırımlar öngörülmesi ve para cezalarının artırılması yönünde önemli gelişmeler sağlanmıştır. Uluslararası işbirliğinin geliştirilmesi konusunda fazla başarı sağlanamamıştır. Çoğu kamu görevlisinin ve hukukçunun kartellerin ortaya çıkardığı zarar konusunda bilgi sahibi olmamasının kartellerle mücadeleyi olumsuz yönde etkilediğine ise, Raporda ayrıca dikkat çekilmektedir¹⁰³.

Söz konusu veriler ışığında, OECD anti-kartel programında üç yıllık ikinci bir aşamaya geçilmesi çağrısında bulunulmuş olup, ikinci aşamada rekabet kurumlarının ele alması gereken beş temel sorundan bahsedilmektedir. Bunlar; karteller dolayısıyla elde edilen aşırı kârın boyutu ve ortaya çıkan diğer zararlar; karteller konusunda uluslararası işbirliği önündeki kısıtlamaların neden olduğu etki; kartel davalarında optimal işbirliği; soruşturma araçları ve son olarak yaptırımlardır.

Karteller dolayısıyla elde edilen aşırı kârın boyutu ve ortaya çıkan diğer zararların bilinmesi ile, kartellerle mücadelenin engellerinden birisi olan bilgi eksikliği giderilecek ve kartellerle etkili mücadele yönünde önemli bir adım atılmış olacaktır. İkinci husus, karteller konusunda uluslararası işbirliğinin sağlanması amacıyla yasal kısıtlamaların kaldırılmasıdır. Son üç sorun bakımından Komitenin amacı ise, üye ülkelere en iyi uygulamalar konusunda yol göstermektir¹⁰⁴.

¹⁰³ OECD, 2000: 6-7.

¹⁰⁴ OECD, 2000: 5, 7-8.

Tablo 2.1. AB’de Açık Kartellere Uygulanan Yaptırımlar

Ülke	Yaptırım
Almanya	<ul style="list-style-type: none"> . 511 milyon euro’ya kadar veya ihlalden kaynaklanan haksız kazancın üç katı kadar para cezası . İhalelerde danışıklılık durumunda, 1,840 milyon euro’ya kadar para cezası ve/veya hapis cezası . Anlaşmanın geçersizliği; tazminat
Avusturya	<ul style="list-style-type: none"> . Bireyler için cezai sorumluluk . Firmalara para cezası . Anlaşmanın geçersizliği, tazminat, sebepsiz zenginleşme sonucu edinilen menfaatin iadesi
Birleşik Krallık	<ul style="list-style-type: none"> . Bir önceki yıla ait gelirin yüzde 10’una kadar para cezası . Tazminat
Çek Cumhuriyeti	<ul style="list-style-type: none"> . Belirli bir miktar veya bir önceki yıla ait gelirin yüzde 10’una kadar para cezası . Tazminat
Finlandiya	<ul style="list-style-type: none"> . Bir önceki yıla ait gelirin yüzde 10’unu geçmemek kaydıyla 672 bin euro’ya kadar para cezası . Anlaşmanın geçersizliği; tazminat
Fransa	<ul style="list-style-type: none"> . Bir önceki yıla ait gelirin yüzde 10’una kadar para cezası . Bireyler için cezai yaptırım: 1,5 milyon euro’ya kadar para cezası
Hollanda	<ul style="list-style-type: none"> . 450 bin euro’ya veya bir önceki yıla ait gelirin yüzde 10’una kadar para cezası
İrlanda	<ul style="list-style-type: none"> . Teşebbüsler için, 3,8 milyon euro’ya veya yıllık gelirin yüzde 10’una kadar para cezası (büyük olan miktar uygulanır) . Bireyler için para cezası ve 2 yıla kadar hapis cezası
İspanya	<ul style="list-style-type: none"> . 900 bin euro’ya veya bir önceki yıla ait gelirin yüzde 10’una kadar para cezası . Bireyler için para cezası . Tazminat
Macaristan	<ul style="list-style-type: none"> . Bir önceki yıla ait gelirin yüzde 10’una kadar para cezası . Anlaşmanın geçersizliği
Polonya	<ul style="list-style-type: none"> . Bir önceki yıla ait gelirin yüzde 10’unu geçmemek kaydıyla 5 milyon euro’ya kadar para cezası
Slovakya	<ul style="list-style-type: none"> . Belirli bir miktar veya bir önceki yıla ait gelirin yüzde 10’una kadar para cezası . Bireyler için para cezası ve 5 yıla kadar hapis cezası
Türkiye	<ul style="list-style-type: none"> . 11,8 milyar TL’den aşağı olmamak üzere bir önceki yıla ait gelirin yüzde 10’una kadar para cezası . Anlaşmalara ilişkin bildirim ve başvurularda ya da bilgi isteme ve yerinde inceleme hallerinde eksik, yanlış veya yanıltıcı bilgi verilmesi halinde, bireyler için, teşebbüse verilen cezanın yüzde onuna kadar para cezası . Anlaşmanın geçersizliği; tazminat.

Kaynak: OECD, 2000, pp. 49-53; OECD, 2002, pp. 100-102.

Tablo 2.2. AB Dışındaki Ülkelerde Açık Kartellere Uygulanan Yaptırımlar

<i>Ülke</i>	<i>Yaptırım</i>
ABD	<ul style="list-style-type: none"> . Teşebbüsler için 100 milyon dolara kadar, diğerleri için 1 milyon dolara kadar para cezası ya da ihlal dolayısıyla ihlal eden firma tarafından kazanılan veya zarara uğrayanlar tarafından kaybedilen zararın iki katı miktarında para cezası (büyük olan miktar uygulanır) ve 10 yıla kadar hapis cezası . Bireyler, uğradıkları zararın üç katı oranında tazminat talebiyle mahkemelere başvurabilirler.
Avustralya	<ul style="list-style-type: none"> . Firmalara 10 milyon Avustralya Doları kadar, bireylere 500 bin Avustralya Doları kadar para cezası . Tazminat
İsviçre	<ul style="list-style-type: none"> . Haksız olarak elde edilen kazancın üç katı kadar veya bir önceki yıla ait gelirin yüzde 10’una kadar para cezası . Bireyler için cezai yaptırım: 100 bin İsviçre Frankına kadar para cezası . Tazminat
Kanada	<ul style="list-style-type: none"> . 10 milyon Kanada Dolarına kadar para cezası ve/veya 5 yıla kadar hapis cezası . Tazminat
Kore	<ul style="list-style-type: none"> . 1 milyar Güney Kore Vonu’na kadar veya gelirin yüzde 5’ine kadar para cezası . Bireyler için 200 milyon Güney Kore Vonu’na kadar veya üç yıla kadar hapis cezası . İhlalin kamuoyuna duyurulması gibi tedbirler ve bu tedbirler uygulanmadığında, 150 milyon Güney Kore Vonu’na kadar para cezası veya 2 yıla kadar hapis cezası
Meksika	<ul style="list-style-type: none"> . Teşebbüsler için 1,5 milyon dolara kadar para cezası . Bireyler için ise 30 bin dolara kadar para cezası
Norveç	<ul style="list-style-type: none"> . Bireyler için para cezası ve 6 yıla kadar hapis cezası . Teşebbüsler için para cezası . Kartel dolayısıyla elde edilen menfaatlerin iadesi
Japonya	<ul style="list-style-type: none"> . Anlaşmaya konu mallar veya hizmetlerin satışından elde edilen gelirin yüzde 6’sına kadar idari para cezası . Bireyler için 5 milyon Japon Yenine kadar para cezası veya hapis cezası . Tazminat
Yeni Zelanda	<ul style="list-style-type: none"> . Teşebbüsler için 10 milyon Yeni Zelanda Dolarına kadar, veya elde edilen haksız kazancın üç katı oranında ya da bir önceki yıla ait gelirin % 10’una kadar para cezası . Bireyler için 500 bin Yeni Zelanda Dolarına kadar para cezası . Tazminat

Kaynak: OECD, 2000, pp. 49-53; OECD, 2002, pp. 100-102; U.S. Department of Justice Press Release, 23.06.2004.

2.1.3. Pişmanlık Programları Raporu¹⁰⁵

Pişmanlık programları, bilgi sağlama ve işbirliğine gitme karşılığında cezada meydana gelecek herhangi bir azalmayı sağlamaya yönelik tüm programlardır. Açık karteller ile mücadelenin önündeki en büyük engelin gizlilik duvarı olması dolayısıyla pişmanlık programları önem kazanmaktadır. Kartel üyelerini itirafa teşvik etmek ve gerçekleştirilen toplantılar ve haberleşmeler hakkında ilk elden bilgi edinmek için, rekabet kurumlarının daha az ceza uygulamaları ya da tam bağışıklık kurumunu işletmeleri şeklinde ortaya çıkan pişmanlık programları, normal şartlar altında tespit edilemeyecek eylemleri ortaya çıkarma ve mevcut soruşturmaların daha etkili bir şekilde yürütülmesini sağlama bakımından olumlu sonuçlar vermektedir. Örneğin, ABD’de uygulanmakta olan pişmanlık programında muafiyetin kapsamının genişletilmesine ve netleştirilmesine yönelik olarak 1993 yılında yapılan değişikliklerin sonucunda, başvuruların sayısı yıllık bazda yirmiye katlanmış, onlarca mahkumiyet kararı verilmiş ve 1 milyar doları bulan para cezaları uygulanmıştır. Avrupa Birliğinde de ilk olarak 1996 yılında cezalarda indirim ya da muafiyeti doğuracak işbirliğinin koşulları açıklanmış ve geçen süre içinde onlarca dava bu kapsamda görülmüştür¹⁰⁶.

Pişmanlık programları belirli asgari özellikleri ihtiva etmek durumundadır. Öncelikle, pişmanlık programlarında netlik ve kesinlik büyük önem taşımaktadır. Zira, koşullar ve bu koşullar yerine getirildiğinde elde edilecek menfaat belirli olduğunda, kartel üyeleri işbirliğine daha fazla eğilim gösterecektir. Cezaları indirme konusunda yapılacak genel bir teklif ise, teşebbüsleri işbirliğine teşvik etmek bakımından yetersiz kalacaktır. İşbirliği sonucu ortaya çıkması beklenen belirsiz ödül ile kıyaslandığında, kartelden elde edilecek olan menfaat, bu durumda daha büyük ve daha kesin görünecektir. Örneğin, genel bir teklifi içeren ABD eski pişmanlık programı, yılda sadece bir başvuru ile sonuçlanırken; söz konusu programda 1993 yılında yapılan değişiklik sonrasında başvurulara belirli koşulları sağlaması kaydıyla otomatik bağışıklık tanınması, programı çok daha etkili hale getirmiştir. Bu tür programların başarılı olmasını sağlayacak bir diğer etken, cezaların ağır olması ve

¹⁰⁵ Report on leniency programmes to fight hard core cartels, DAFPE/CLP(2001)13, 27.4.2001.

¹⁰⁶ OECD, 2002: 7-8.

dolayısıyla elde edilecek muafiyetin önem taşımasıdır. Bu anlamda, şirket yöneticilerinin bireysel sorumluluklarına da gidilebilmesi, programı daha cazip hale getirecektir. Cezaların hafif olması veya düzenli bir şekilde uygulanmaması halinde ise, firmaların işbirliğine gitme olasılığı daha az olacaktır. Ayrıca, bu programların idare edilmesi, verilen bilgilerin doğrulanmasını ve firmaların işbirliğini devam ettirmelerinin sağlanmasını gerektirir. Pişmanlık programlarının öngördüğü indirimler ya da muafiyetler, işbirliği yapmayı teklif eden teşebbüsün soruşturma boyunca buna sadık kalmasını teminen, sürecin sonunda işlerlik kazanır. Güven unsuru, bir başka ifadeyle, sağlanan bilgilerin amaç dışı kullanımının önlenmesi oldukça önemlidir. Zira, bilgi sağlayan teşebbüsler, bu bilgiler nedeniyle farklı yargılamalara muhatap olma tehlikesi ile karşı karşıya kalabilirler. Pişmanlık programlarından faydalanmak isteyen kartel üyelerinin sağladıkları bilgilerin daha sonra kendilerinin yargılanmasına yol açma ihtimalinin bulunması halinde, işbirliğine gitme potansiyeli büyük düşüş gösterecektir¹⁰⁷.

Diğer taraftan, programdan yararlanmak isteyen firmalar, ilgili kurumların halihazırda bilmedikleri bir bilgiyi sağlamalı ya da kurumun normal şartlar altında öğrenemeyeceği bir karteli ortaya çıkarmalıdır. Buna ilaveten, kurumların hukuka aykırılığı ispat etmesini kolaylaştıracak itiraflarda bulunan firmalar da pişmanlık programlarından yararlanabilmelidirler. 1993 yılında ABD pişmanlık programına getirilen ve esasen gerek Avrupa Birliğinin gerekse diğer ülkelerin programlarında mevcut olan husus, bağışıklığı ya da indirimi, soruşturmanın başlamasından sonrası için de mümkün kılmak olmuştur. Belirtmek gerekir ki, işbirliğine ilk giden firmanın elde ettiği menfaat, her halükarda, işbirliği çağrısına daha sonra karşılık veren firmalardan açık bir şekilde fazla olmalıdır. Bu noktada çözülmesi gereken bir diğer husus, pişmanlık mekanizmasından faydalanmanın ne ölçüde sağlanan delillerin değerine bağlı olacaktır. İngiltere’de, ABD’de ve son değişikliklerden sonra Avrupa Birliğinde kesin delil mecburiyeti bulunmamaktadır. Yazılı delilin geçerli olduğu sistemlerde, işbirliği teklif eden firmanın başka şekillerde sunacağı deliller, tali önemi haiz olmaktadır. Buna karşılık, önemli yazılı delillere ulaşma konusunda

¹⁰⁷ OECD, 2002: 8-10.

sağlanan bir bağlantıya bağlılık tanınmasının garanti edilmesinin birtakım kartellerin çözülmesinde oynadığı belirgin rol, ABD örneğinde görülmüştür¹⁰⁸.

Yukarıda zikredilen hususlar ışığında ve üye devletler tarafından sunulan belgeler doğrultusunda hazırlanan ve mevcut programların özellikleri ile muhtemel sorunları ele alan söz konusu Rapor ile getirilen öneriler şu şekilde özetlenebilir: Kartel uygulamalarını gizleyen sessizlik duvarının aşılması bakımından pişmanlık programları gereklidir. Pişmanlık programlarının etkin bir şekilde işlemesi, işbirliğine ilk giden firma için açık ve net bir bağlılık taahhüdünde bulunulmasını gerektirir. Ağır cezalara maruz kalma ihtimali, teşebbüslerin işbirliğine gitmesi konusunda teşvik edici olacaktır. Diğer taraftan, işbirliğine giden firmanın soruşturma süresince katkısını sürdürmesi, pişmanlık programlarından faydalanmanın önemli bir koşuludur. Ayrıca, pişmanlık programları çerçevesinde yararlı bilgiler sağlayan tanıkların korunması için, gizlilik şarttır¹⁰⁹¹¹⁰.

2.1.4. Açık Kartellerin Etkisi ve Uygulanan Yaptırımlara İlişkin Rapor¹¹¹

Açık kartellerin fiyatlar, pazar ve kapasite kullanımı üzerinde olumsuz etkileri bulunmaktadır. Fiyatlar üzerindeki etki yükselme şeklinde görülmektedir. Pazarın ürün veya bölge itibarıyla bölünmesi sonucunda, her bir teşebbüs kendi faaliyet alanında özgürce hareket etme imkanı bulmaktadır. Kapasite üzerindeki etki, kapasitenin daraltılması ya da daha verimli bir şekilde kullanılmasının önlenmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır¹¹². Bu etkilerin sonucu olarak, tüketiciler kartele konu olan malı almaktan vazgeçmek ya da daha yüksek fiyattan almak zorunda kalmaktadırlar. Birinci durumda tüketicilerin seçim imkanı kısıtlanırken, ikinci durumda tüketicilerden kartel üyelerine bir refah kayması söz konusu olmaktadır¹¹³. Ayrıca, teknolojiye yenilik ve üretimde verimliliğin artırılmasına yönelik teşebbüslerin azalması sonucunda maliyetler artmakta, uluslararası alanda rekabet

¹⁰⁸ OECD, 2002: 9-10.

¹⁰⁹ OECD, 2001: 4. Pişmanlık programları hakkında bkz. ayrıca Uyanık, 2002: 32-49.

¹¹⁰ Bu çalışma bakımından önem taşıyan, ABD ve Avrupa Birliği uygulamalarına ilişkin açıklamalar ilgili bölümlerde yer almaktadır (Bkz.: aş. 2.2. , 2.3.).

¹¹¹ Report on the nature and impact of hard core cartels and sanctions against cartels under national competition laws, DAFNE/COMP (2002)7, 9.4.2002.

¹¹² OECD, 1999: 17-18.

¹¹³ OECD, 2002: 76.

gücü zayıflamakta, yeni istihdam alanları açılmamakta ve dolayısıyla ekonomik büyüme yavaşlamaktadır¹¹⁴.

Ne var ki, söz konusu etkileri hesaplamak oldukça zordur. Bunun için, kartelin mevcut olduğu pazarda geçerli olan durum ile varsayımsal rekabetçi pazarda olması beklenen durum arasındaki farkı bulmak gerekmektedir. Kartelin ortaya çıkardığı zararı bulmak için, genellikle, kartel dolayısıyla elde edilen fazla kâr esas alınmaktadır. OECD Rekabet Komitesi, kartellerin neden olduğu zararı ortaya çıkarmak amacıyla yaptığı araştırmada, üyeleri tarafından 1996 ile 2000 yılları arasında görülen kartel davalarını incelemiş ve araştırmaya konu olan 119 vakadan 16’sının toplam 55 milyar dolar zarara yol açtığını belirlemiştir. Araştırmada, kartel dolayısıyla fiyatlarda meydana gelen yükselmenin ortalama % 10 düzeyinde olduğu sonucuna varılmıştır. Bundan hareketle, kartellerin yılda milyarlarca dolar zarara neden olduğu sonucuna varılmaktadır¹¹⁵.

Kartellerin neden olduğu zararlar ile bu tür ihlaller için öngörülen yaptırımların karşılaştırılması, caydırıcılığın değerlendirilmesi bakımından önem arz etmektedir. Bu anlamda, verilecek cezalar, kartelden elde edilecek kârı bertaraf edecek nitelikte olmak durumundadır. Ayrıca, çok az ülkede mümkün olmakla birlikte, bireylerin de yaptırıma tabi olması, caydırıcılığın sağlanabilmesi bakımından önemlidir. Şirketlere ve bireylere önemli cezalar uygulanması, kartel üyelerinin işbirliği eğilimi göstermeleri ve pişmanlık programları ile kartellerin ortaya çıkarılması konusunda oldukça etkili olmaktadır. Birçok ülkenin rekabet kanunu kartel üyesi şirketlere ağır cezalar öngörmektedir. Bazı ülkelerde bireylere de para cezaları verilebilmekte, fakat henüz çok az ülkede bireyler için hapis cezası öngörülmektedir. Bununla birlikte, cezaların artırılması yönünde güçlü bir eğilim gözlemlenmektedir. OECD’nin yaptığı araştırmalar, halihazırda uygulanmakta olan kanunlarca öngörülen yaptırımların karteller bakımından caydırıcılığı sağlayacak düzeyde olmadığını göstermektedir¹¹⁶.

¹¹⁴ Commission Notice on the non-imposition or reduction of fines in cartel cases, OJ C 207, 18.07.1996.

¹¹⁵ OECD, 2002: 71-72, 80.

¹¹⁶ OECD, 2002: 72-74.

Tablo 2.3. Davalar İtibarıyla AB’de Açık Kartellerin Neden Oldukları Zararlar ve Uygulanan Yaptırımlar
(Para miktarı euro üzerinden gösterilmiştir)

<i>Ülke</i>	<i>Dava</i>	<i>Ticarete etki</i>	<i>Tahmini zarar</i>	<i>Yaptırımlar</i> (verilen tazminatlar dahil)	<i>Ceza/ ticarete etki (%)</i>	<i>Ceza/ tahmini zarar (%)</i>
Avrupa Komisyonu	<i>Graphite electrodes</i>	2 milyar +	% 50	218,8 milyon	% 11	% 22
Avrupa Komisyonu	<i>Lysine</i>	-	-	110 milyon	-	-
Avrupa Komisyonu	<i>British sugar</i>	-	-	50,2 milyon	-	-
Avrupa Komisyonu	<i>Pre-insulated pipe</i>	2 milyar +	-	92,210 milyon	% 5	-
Avrupa Komisyonu	<i>Vitamins</i>	-	-	855,22 milyon	-	-
Almanya	<i>Ready-mix concrete</i>	1,406 milyar	112 milyon	153 milyon	% 12	% 136
Almanya	<i>Road markings</i>	358 milyon +	yüzlerce milyon	13,1 milyon	% 3	-
Almanya	<i>Power cables</i>	milyarlarca euro	% 50	127,6 milyon	-	-
İspanya	<i>Hotel association</i>	6 milyar	180 milyon	6,6 milyon	% 1	% 1
İspanya	<i>Sugar</i>	1,1 milyar	25,2 milyon	8,7 milyon	% 1	% 35
Slovakya	<i>Flour</i>	-	200/300/ton	2,24 milyon	-	-
Slovakya	<i>Beer</i>	4 milyar	-	1 milyon	% 1	-

Kaynak: OECD 2002, pp. 96-98; OECD 2003, pp. 53-56.

Tablo 2.4. Davalar İtibarıyla AB Dışında Açık Kartellerin Neden Oldukları Zararlar ve Uygulanan Yaptırımlar
(Para miktarı ABD ve Kore için ABD Doları, diğer ülkeler için yerel para birimleri üzerinden gösterilmiştir)

Ülke	Dava	Ticarete etki	Tahmini zarar	Yaptırımlar (verilen tazminatlar dahil)	Ceza/ ticarete etki (%)	Ceza/ tahmini zarar (%)
ABD	<i>Citric acid</i>	Dünyada 4,8 milyar ABD’de 320 milyon	ABD’de 100 milyon	141,89 milyon	% 44	% 142
ABD	<i>Graphite electrodes</i>	Dünyada 6 milyar ABD’de 1,7 milyar	% 65	410 milyon; iki idareciye hapis	% 24	-
ABD	<i>Marine construction</i>	Dünyada 1 milyar ABD’de 107 milyon	-	49,3 milyon; bir idareciye hapis	% 46	-
ABD	<i>Sorbates</i>	Dünyada 2,2 milyar ABD’de 1 milyar	-	123,2 milyon	% 12	-
ABD	<i>Vitamins</i>	Dünyada 33 milyar	-	1 milyar para cezası; 1 milyar tazminat; 8 idareciye hapis	-	-
ABD	<i>Lysine</i>	Dünyada 1,4 milyar	ABD’de 78 milyon	147,48 milyon; üç idareciye hapis	-	% 189
Avustralya	<i>Installation of fire protection devices</i>	500 milyon +	% 5-15 fiyat artışı	15,386 milyon	% 3	% 31
Kore	<i>Military fuel</i>	548,3 milyon	-	14,6 milyon	% 3	-
Kanada	<i>Snow removal</i>	16 milyon	% 20	4,048 milyon	% 25	% 127
Norveç	<i>Hydro-electric power equipment</i>	1,6 milyar	140 milyon	75 milyon	% 5	% 54

Kaynak: OECD 2002, pp. 96-98; OECD 2003, pp. 53-56.

Uygulanan para cezaları ile kartellerin neden olduğu zarar arasında bir karşılaştırma yapma imkanı veren yukarıdaki tablolarda görüleceği üzere, verilen cezaların zarara oranı yüzde 1’den yüzde 189’a varan oranda farklılık arz etmektedir. Bu durum, önerilen oran olan iki ya da üç kat cezanın oldukça gerisinde olduğunu ve para cezalarının artırılması gerektiğini göstermektedir¹¹⁷.

2.1.5. Programın İkinci Aşamasının Sonuçlarına İlişkin Rapor

Kartellerle mücadelede kaydedilen son gelişmeler ve devam eden sorunlara ilişkin bu Raporda, daha önceki raporlardan farklı olarak, kartellerle mücadele alanında üye ülkelerdeki gelişmeler, soruşturmalarda etkinliğin artırılması ve kartel davalarında uluslararası işbirliği konuları öne çıkmaktadır.

OECD Tavsiye Kararının yayımlanmasından bu Raporun hazırlanmasına kadar geçen süre içinde, ulusal rekabet kurumları tarafından yürütülen kartel soruşturmalarının sayısı ve bu soruşturmalarda uygulanan yaptırımların boyutu büyük oranda artmıştır. Örneğin, Avrupa Birliğinde, 2001 yılında on kartel vakasında 56 şirkete toplam 1,836 milyar euro tutarında para cezası uygulanmıştır. Bir rekoru ifade eden bu rakam, OECD anti-kartel programının başladığı yıl olan 1998’dekinin on katı büyüklüğündedir. Ayrıca, Avrupa Birliğinin pişmanlık programı yenilenmiş; Komisyonun soruşturma yürütme, bilgi isteme ve belge edinme yetkileri önemli ölçüde genişletilmiştir¹¹⁸.

Raporda üzerinde durulan bir diğer husus, kartellerin ortaya çıkarılmasında kullanılacak soruşturma araçlarıdır. Soruşturmalarda kartel üyelerinin işbirliğini temin etmek her zaman mümkün olmadığından, yazılı ispat araçları soruşturmanın başarısı açısından önem kazanmaktadır. Araştırılan vakalarda, eylemlerinin zararlı ve dolayısıyla rekabete aykırı olduğunun bilincinde olan kartel üyelerinin, aralarındaki anlaşmaya ilişkin belgeleri özel mülklerinde sakladıkları ve rekabet kurumlarınca bilgi talebinde bulunulduğunda ilgili belgeleri yaktıkları ve hatta kendilerini ele verebilecek belgelerin şirketlerinde bulunup bulunmadığından emin olmak için bu konuda ayrı bir iç denetim mekanizması kurdukları gözlemlenmiştir. Söz konusu

¹¹⁷ OECD, 2002: 74-75.

¹¹⁸ OECD, 2003: 15-16.

belgeleri edinmek amacıyla kullanılan yöntem baskın düzenlemektir. Pişmanlık programlarının etkili olmadığı ülkelerde, baskınlar etkin bir soruşturma aracı olarak kullanılmaktadır. Baskınlarda yazılı belgelerin yanı sıra elektronik ortamdaki belgeler de incelemeye tabi tutulmaktadır. Zira, önemli belgelerin elektronik ortamda bulunma ihtimali daha fazladır. Bu nedenle artık baskınlarda elektronik kayıtlar titizlikle incelenmektedir. İlgili belgelerin saklanabileceği cihazlar, bilgisayardan cep telefonuna kadar çeşitlendirilebilir. Bu nedenle, baskınlarda bilgi teknolojileri uzmanlarının bulunması büyük önem arz etmektedir. Baskınlar için bazı ülkelerde mahkeme kararı gerekirken bazı ülkelerde rekabet otoritelerinin böyle bir izin almaları gerekmemektedir. Kartel anlaşmalarının yapıldığı toplantıların dinlenmesi bir diğer araçtır. Örneğin ABD’de *Lysine* davasında gizli kartel toplantılarına ilişkin dinleme kasetleri önemli bir delil oluşturmuştur¹¹⁹. Ancak, bu şekilde delil elde edilmesi oldukça zordur. Dinleme yoluyla delil toplama, ancak, kartelin soruşturma esnasında sürüyor olması, rekabet kurumunun kartel üyelerinin faaliyetleri ile ilgili gizli bilgilere ulaşabilmesi ve bu amaçla örneğin içeriden bir bilgi sağlayıcı edinmesi, daha da önemlisi, toplantıları izleme yeterliliğine sahip olunması ile mümkündür. Ayrıca, milli mevzuatlarda, bu tür bir aracın kullanımı oldukça katı kurallara bağlanmaktadır. Bu tarz bir soruşturma usulünün kullanılması genellikle cezai soruşturmalarda mümkün olmaktadır ki, kartel faaliyeti çoğu ülkede bu anlamda suç olarak kabul edilmemektedir¹²⁰.

Açık kartellerle mücadelede uluslararası işbirliğinin sağlanmasının gerekliliği kapsamında ise, küreselleşmenin pazarlara yaptığı etki sonucunda birçok devleti kapsayan ve bazen dünya çapında faaliyet gösteren kartellerin ortaya çıkmasından bahsedilmektedir. Örneğin 1990’ların başlarında Amerikan Antitröst Dairesi, bir yıl içinde sadece iki adet dış kaynaklı kartel davasına bakmış ve yerel teşebbüslerin de katıldığı söz konusu kartelde bireyler aleyhine hiçbir cezaya hükmetmemiştir. Buna karşın, 2002 yılında kartelden açılan davaların yüzde 70’i dış kaynaklı olup, ceza verilen bireylerin yüzde 33’ü yabancıdır. Aynı yıl, uluslararası kartel şüphesi ile Antitröst Dairesi tarafından yürütülen soruşturmalara sayısı ise 35’i bulmuştur¹²¹.

¹¹⁹ Dinleme yoluyla elde edilen kayıt çözümü örnekleri için bkz. Griffin, 2001: 41-54.

¹²⁰ OECD, 2003: 23-27; OECD, 2002: 72.

¹²¹ OECD, 2003: 30-31.

2.2. Amerika Birleşik Devletleri

2.2.1. Mevzuat

ABD’de, rekabeti engelleyici birleşmeler ve tekelleşmelere karşı ilk kapsamlı düzenleme, 1890 tarihli Sherman Kanunu’dur. Kanun’un birinci maddesi, ticareti kısıtlayıcı sözleşmeleri, birleşmeleri ve gizli anlaşmaları; ikinci maddesi, tekelleşmeyi ve tekelleşmeye teşebbüsü düzenlemektedir¹²². Birinci madde, doğrudan pazarda rekabeti kısıtlamaya yönelik anlaşmaları ve diğer işbirliği davranışlarını, rekabet ya da ekonomik refah üzerindeki etkisine bakmaksızın yasaklamaktadır. Yüksek Mahkeme, 1911 tarihli *Standart Oil* davasında, söz konusu yasağın, rekabeti haksız olarak sınırlayan ticaret kısıtlamalarını kapsadığını belirtmiştir. Uygulamada, haksız kısıtlama kavramının iki şekilde değerlendirmeye tabi tutulması neticesinde *per se* ve *rule of reason* ilkeleri ortaya çıkmıştır¹²³.

Per se yasak ilkesine göre, bazı anlaşmaların rekabeti bozacağına kesin gözle bakılır, çünkü bu tür anlaşmalarda rekabeti sınırlama amacı açıktır. Bu durumda, anlaşma, rekabet üzerindeki etkilerinin incelenmesine gerek duyulmadan yasaklanır. Bu anlamda, tarafların, yaptıkları anlaşmanın ticareti kısıtlamadığına ya da fiyatların makul ölçüde tespit edildiğine ilişkin iddialarını dinlemeye gerek duyulmaz. Mahkemelerin tespit etmesi gereken tek husus, *per se* hukuka aykırı olan bir anlaşmanın mevcut olup olmadığıdır¹²⁴. *Rule of reason* ilkesi gereğince ise, kanunun ihlal edilip edilmediğine karar vermeden önce, rekabeti sınırladığı iddia edilen anlaşma ve uygulamalar değerlendirmeye tabi tutulur; rekabeti bozduğu ve piyasaları olumsuz etkilediği düşünülen davranışlar yasaklanır^{125 126}.

¹²² Sherman Kanunu m. 1: “Eyaletler arasında veya yabancı devletlerle yapılan ticareti sınırlayan her tür sözleşme, tröst ve benzeri birleşme ve anlaşma hukuka aykırıdır...” Sherman Kanunu m. 2: “Tekel kuran ya da tekel kurmaya teşebbüs eden veya eyaletler arasında ya da yabancı devletlerle yapılan ticarete tekel kurmak amacıyla bir veya birden fazla kimseyle işbirliği ya da anlaşma yapan herkes suç işlemiş sayılır...”

¹²³ Shenefield and Stelzer, 2001: 16.

¹²⁴ Fiyat tespiti, pazar paylaşılması, miktar kısıtlanması ve ihalelere fesat karıştırılmasına yönelik açık kartel anlaşmaları *per se* hukuka aykırı kabul edilir.

¹²⁵ Whish, 1993: 19; Öz, 2000: 27; Aslan, 1999: 68-70; Topçuoğlu, 2001: 69-70; Rekabet Kurulu’nun 17.06.1999 tarihli ve 99-30/276-166 (a) sayılı kararı (24192 sayılı ve 06.10.2000 tarihli RG); Rekabet Kurulu’nun 93/750-159 sayılı ve 26.11.1998 tarihli kararı (24255 sayılı ve 09.12.2000 tarihli RG).

Sherman Kanunu’nu takip eden rekabet hukuku düzenlemeleri, 1914 tarihli Clayton Kanunu ve Federal Ticaret Komisyonu Kanunu’dur¹²⁷. Clayton Kanunu ile, fiyat ayrımcılığı, bağlayıcı sözleşmeler ve şirket birleşmeleri ile ilgili özel düzenlemeler getirilmiştir. Clayton Kanunu’nun ayırıcı özelliği, geleceğe yönelik olarak, rekabet üzerinde doğabilecek muhtemel etkiyi incelemesidir. 1914’de yaygın olan düşünce, Sherman Kanunu’nda öngörülen yaptırımların, ticaretin kısıtlanması ya da tekelleşmeye yönelik kısıtlamanın gerçekleşmesi şartını aradığı, bunun ise müdahalede gecikmeye neden olduğu yönündeydi. Bu nedenle, Clayton Kanunu ile, önleyici denetim getirilmiştir. Aynı tarihli Federal Ticaret Komisyonu Kanunu ile ise, rekabet politikasından sorumlu olmak üzere, Federal Ticaret Komisyonu kurulmuştur¹²⁸.

2.2.2. Uygulama

Amerikan rekabet kanunları dört şekilde uygulanmaktadır. Adalet Bakanlığı Antitröst Dairesi, Sherman Kanunu ve Clayton Kanunu uyarınca hukuki ve cezai sorumluluk doğurabilecek davranışları incelemekte ve ilgili soruşturmaları yürütmektedir. Antitröst Dairesi, ihlalin engellenmesine yönelik hukuk davaları açabileceği gibi, teşebbüsler için para cezası, bireyler için ise hem para hem de hapis cezası ile sonuçlanabilecek ceza davaları açabilmektedir. Federal Ticaret Komisyonu, rekabete aykırılık teşkil eden uygulamaları önlemekle görevlidir. Komisyon, yapacağı soruşturmalarda, rekabete aykırı bir durumun varlığı sonucuna varırsa, bu uygulamaya son verilmesini ister. Bu emir yerine getirilmediği takdirde,

Per se ve *rule of reason* ilkeleri ve bu ilkelerin mahkeme kararlarında ele alınışı hakkında bkz. Singer, 1968: 28-32; Whish, 1993: 206-211.

¹²⁶ *Per se* ve *rule of reason* ilkelerinin uygulanacağı olaylar net bir şekilde birbirinden ayıramamaktadır. *Per se* ilkesi çerçevesinde değerlendirilecek birçok olay, pazar şartları, pazar payı ve rekabet üzerinde doğan etki gibi hususlar çerçevesinde değerlendirmeye tabi tutulabilmektedir. Doğrudan yasaklama ise daha az rastlanan bir durumdur. Son yıllarda, Sherman Kanunu’nun 1’inci maddesi kapsamına giren davranışlara *rule of reason* ilkesinin uygulanma oranı giderek artmıştır. Bu durum, tabii ki, bir otel odasında gizlice fiyat tespiti anlaşması yapanların da pazar şartları çerçevesinde değerlendirileceğini göstermemektedir. Fakat, örneğin, bir rakibin ticaret odasından çıkarılmasına ilişkin olarak rakip firmalar arasında bir anlaşma yapıldığı takdirde, mahkemeler, olayı *rule of reason* ilkesi çerçevesinde ele alıp, söz konusu kısıtlamanın ciddi anlamda miktar kısıtlama ya da fiyat yükseltme gibi bir sonucu olup olmadığını değerlendirme eğilimindedirler (Shenefield and Stelzer, 2001: 16-18).

¹²⁷ Sherman Kanunu’ndan sonra yapılan diğer değişiklikler için bkz. Özsunay, 1985: 23-24; Fox and Pifotsky, 1997: 241; Singer, 1968: 9-14. Sherman Kanunu’ndan sonra çıkartılan bütün kanunlar, bu kanundaki hükümleri değiştirmeye ya da geliştirmeye yöneliktir (Shenefield and Stelzer, 2001: 15).

¹²⁸ Shenefield and Stelzer, 2001: 22.

Komisyon, emrin yerine getirilmesini sağlamak üzere mahkemeye başvurur. Komisyon, hukuki yaptırımlar uygulanması ve tüketicinin zararının karşılanması taleplerinde bulunabilir. Üçüncü olarak, eyalet makamları, eyalet kanunlarını uygulamanın yanı sıra, belirli şartlar altında, federal kanunlar uyarınca, ihlal ya da zarara ilişkin olarak hukuk davaları açabilirler. Son olarak, rekabete aykırı eylemler sonucunda zarar gören kişiler, yetkili kurumlara şikayette bulunabilecekleri gibi, bu fiilden kaynaklanan zararların tazmini için adli yargı yoluna da başvurabilirler¹²⁹.

Antitröst Dairesi, Clayton Kanunu’nun hukuki hükümlerinin uygulanmasını Federal Ticaret Komisyonu ile paylaşırken, Sherman Kanunu’nun hukuki ve cezai hükümlerinin uygulanmasından münhasıran sorumludur. Antitröst Dairesi, hukuki ve cezai uygulamalarının yanı sıra, üç ayrı araca daha sahiptir. Birincisi, politikalara ilişkin kılavuzların yayımlanmasıdır. Ayrıca, bir teşebbüsün talebi üzerine, belirli şartlar dahilinde söz konusu olabilecek muhtemel uygulamasına ilişkin görüş bildirir. Son olarak, Antitröst Dairesi, rekabet hukuku bakımından önemli olan hukuki davalara müdahil olarak katılabilmektedir¹³⁰.

Antitröst Dairesi, bir şikayet başvurusu ya da kendi araştırmalarından çıkan bir sonuç üzerine, konuyu merkez veya şubelerden birine havale eder. Burada, somut olayın bir rekabet ihlali oluşturup oluşturmadığı ve ihlalin mevcut olduğu durumlarda ihlalin soruşturmaya tabi tutulup tutulmayacağı kararlaştırılır. Rekabetin ihlal edilmiş olabileceği yönünde bir kanaate ulaşıldığı takdirde önaraştırma açılır. Önaraştırma, soruşturma açılmasının uygun olup olmayacağına karar vermeden önce gerekli bilgilerin toplanması amacına hizmet eder. Bu aşamada, rekabeti ihlal etmesi muhtemel olan teşebbüslerin, sorulara cevap verme ya da belge sunma mecburiyeti bulunmamaktadır. Önaraştırma esnasında, daha derin bir araştırmaya ihtiyaç duyulması halinde, FBI’dan yardım talep edilebilir. Bu takdirde, FBI, ifadelere başvurma ve belgelerin incelenmesi suretiyle, araştırmaya katkıda bulunur. Ne var ki, FBI, bu aşamada kimseyi ifade vermeye ya da belge vermeye zorlayamaz. FBI sonuçları da alındıktan sonra, Antitröst Dairesi, ihlalin hukuki veya cezai takibatına başlama konusunda karar verir. Hukuki yaptırımla amaçlanan, hukuka aykırı

¹²⁹ Shenefield and Stelzer, 2001: 24.

¹³⁰ Wamser, 1994: 29-30.

durumun ortadan kaldırılması iken, cezai yaptırımlardan beklenen, ihlal edeni cezalandırmak ve muhtemel ihlal vakaları bakımından caydırıcılığı tesis etmektir¹³¹.

Antitröst Dairesi, rekabet hukukunu hukuki açıdan uygulamaya karar verirse, ilgili tüm bilgi ve belgeleri herkesten isteyebilir. Gerçek kişiler, kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkı çerçevesinde istenen bilgileri vermekten kaçınabilecek iken, tüzel kişilerin bu tür bir hakkı bulunmamaktadır. Hukuk davası açıldığı takdirde, davalının başvurabileceği iki yol bulunmaktadır. Birincisi, yargılamayı tercih etmek, ikincisi ise, Antitröst Dairesi ile anlaşmaya varma yoluna gitmektir. İkinci halde, davalı, rekabet hukukunu ihlal eden eyleme karıştığını ne kabul ne de inkar etmektedir. Üzerinde anlaşmaya varılan husus ise, gelecekte söz konusu olabilecek bir ihlalin yasaklanmasıdır. Bu tür bir uzlaşmada devletin amacı, başarılı bir yargılama sonucunda elde edeceği faydayı yargılama yapmadan elde etmektir. Vakaların yüzde 90’ında bu yol tercih edilmektedir. Bu şekilde, davalılar, hem yargılama giderlerinden kurtulmakta hem de sonraki muhtemel yargılamalar esnasında karine kabul edilecek bir delilden kaçınmış olmaktadır. Zira, yargılama tercih edildiği takdirde, söz konusu yargılamada ortaya çıkan hususlar başka davalara vücut verebilecek ve hatta o davalarda delil olarak kullanılabilir. Bu tür bir uzlaşmaya varıldığı takdirde, söz konusu anlaşma ilgili mahkemeye tevdi ve ilan edilir. Sonraki 60 gün boyunca ilgililer, yorumlarını bildirirler ve Antitröst Dairesinin cevaplarını alırlar. Son olarak, mahkeme, anlaşmanın kabul edilip edilmemesi hususunu karara bağlar. Antiröst Dairesinin dava açma yoluna gitmesi halinde muhtemel hüküm, rekabet kanunlarını ihlale yönelik genel bir yasaklama, belirli bir müşteriye karşı ayrımcılığı sona erdirmeye gibi özel bir yasaklama ya da boykota maruz bırakılan müşteriye mal verme şeklinde olabilir¹³².

Federal Ticaret Komisyonu, Federal Ticaret Komisyonu Kanunu’nu, Clayton Kanunu’nu ve tüketicileri korumaya yönelik bir dizi kanunu uygulamakla görevlidir. Komisyonun yürüttüğü soruşturmalar, rakiplerin ya da tüketicilerin şikayetleri, Komisyonun kendi çalışmaları ve diğer kurumlar tarafından iletilen bilgiler

¹³¹ Wamser, 1994: 31-32.

¹³² Wamser, 1994: 34-36.

doğrultusunda başlatılır¹³³. Ele alınan vakaların çoğunluğu, Komisyonun kendi çalışmaları neticesinde ortaya çıkmaktadır. Bir rekabet ihlaline ilişkin şüphe doğrultusunda Komisyonun harekete geçmesinde bazı ölçütler uygulanır. Bunlar; söz konusu eylemin coğrafi ve maddi etkisinin büyüklüğü, bu eylemin kamu ve özellikle rakipler ve tüketiciler üzerinde doğurduğu etki, soruşturma sonunda elde edilecek faydanın soruşturmanın maliyetine oranı ve Komisyonun harekete geçmemesi durumunda kanunların diğer kişi ya da kurumlar eliyle yürütülüp yürütülmeyeceği gibi idari etkenlerdir. Komisyon, soruşturmaya devam etme yönünde karar alırsa, öncelikle, ihlali gerçekleştirdiği öne sürülen taraf ile bağlantıya geçerek bilgi edinmeye çalışır. Elde edilen bilginin yetersiz olması durumunda, şirket kayıtlarına ve tanıkların ifadesine başvurur. Soruşturmanın sonunda, Komisyon, idari sürecin başlatılıp başlatılmaması hususunda karar verir. Komisyon, bu sürecin başlatılması yönünde karar alırsa, bir şikayet başvurusunda bulunur. İhlali gerçekleştiren, bu aşamada uzlaşma yoluna gidebilecektir. Uzlaşma yoluna gidilmez ya da uzlaşma çabaları netice vermezse, durum idari yargıya intikal ettirilir. Hakim, bir ihlal olup olmadığı konusunda bir ön karar verir. Komisyon, bu kararlar mutabık kalabileceği gibi, hakimin kararını reddederek kendi görüşlerini nihai karar haline getirebilir. Komisyonun nihai kararlarını temyiz etmek mümkündür¹³⁴.

Özel kişiler tarafından rekabet ihlallerine karşı dava açılması, Sherman Kanunu’nun ilk elli yılında yaygın olmamakla birlikte, 1940’lardan itibaren, rekabet hukuku yargılamasında hakim bir konum elde etmiştir. Şöyle ki, 1941 ile 1984 yılları arasında özel kişiler tarafından açılan davalar, kamu kurumlarının on katı oranında gerçekleşmiştir. Özel kişiler tarafından dava açılmasının yasal dayanağı, Clayton Kanunu’nun 4’üncü maddesidir. Bu maddeye göre, rekabet kanunlarınca yasaklanan bir eylem dolayısıyla zarar görenler, zararlarının karşılanması amacıyla dava açabilecek ve ihlali gerçekleştirenlerin elde ettikleri kârın üç katı oranında tazminat alabileceklerdir¹³⁵.

¹³³ Komisyon, ancak kamu yararının bulunduğu hallerde bir şikayeti dikkate almakta veya soruşturma başlatmaktadır. Kamu yararı kavramının yorumlanması konusunda mahkemeler Komisyona oldukça geniş bir takdir yetkisi tanımışlardır (Wamser, 1994: 37).

¹³⁴ Wamser, 1994: 40-41.

¹³⁵ Wamser, 1994: 42-43.

2.2.3. Yaptırımlar

ABD’de şirketlere 100 milyon bireylere de 1 milyon dolara kadar para cezası verilebilmektedir. Bu oran yerine, kartel dolayısıyla şirketler tarafından kazanılan miktarın ya da mağdurlar tarafından görülen zararın iki katı kadar para cezasına hükmedilmesi de mümkündür. Bunun yanı sıra, bireylere 10 yıla kadar hapis cezası verilebilmektedir. Eylemden zarar gören kişiler, ayrıca, özel mahkemeler nezdinde zararlarının tazmini için dava açabilmekte ve bu davalarda uğranılan zararın üç katı kadar tazminata hükmedilebilmektedir¹³⁶. Söz konusu dava, davalının suçlu bulunduğu bir idari işlemde sonra açılmışsa, bu davada, idari işlemin sonucu, ihlalin kanıtı olarak kabul edilir¹³⁷.

2.2.4. Pişmanlık Programı

Amerikan rekabet hukukunda, açık kartellerle mücadelenin en etkili araçlarından birisi pişmanlık programlarıdır. Teşebbüsler için ve şahıslar için iki ayrı pişmanlık programı bulunmaktadır.

Antitröst Dairesi, belirli şartları taşımaları halinde, rekabete aykırı faaliyetini önceden bildiren teşebbüslerin ceza almamasını ifade eden pişmanlık programını uygulamaktadır. Söz konusu program, af politikası ya da bağışıklık politikası olarak da adlandırılmaktadır. Soruşturma başlamadan önce hukuka aykırı eylemi bildiren teşebbüsün söz konusu programdan faydalanabilmesi için altı koşulun yerine getirilmesi gerekmektedir. Bahse konu şartlar;

- Teşebbüsün ihlali bildirmesinden önce Antitröst Dairesinin bu ihlali başka bir kaynaktan öğrenmemiş olması;
- İhlali öğrenen firmanın, ihlali oluşturan faaliyetten derhal çekilmesi;
- Teşebbüsün, rekabete aykırı eylemi tümüyle bildirmesi ve soruşturma boyunca etkin işbirliğinde bulunması;

¹³⁶ Amerikan rekabet hukuku kaynaklı üç katı kadar tazminat kuralı, rekabete aykırı eylemlerin önlenmesi bakımından önemli bir caydırıcı rol oynamaktadır. Bu kural sayesinde, rekabeti sınırlayan eylemler, ilgili kurumların yanı sıra, bu eylemlerden bizzat zarar gören kişiler tarafından da denetlenmekte ve etkili bir oto-kontrol mekanizması oluşturulmaktadır (Boner and Krueger, 1991: 27; Aslan, 1999: 68; Whish, 1993: 17; Fox and Pifotsky, 1997: 241-242; Shenefield and Stelzer, 2001: 22; Özsunay, 1985: 15-22; Öz, 2000: 30; Topçuoğlu, 2001: 72-74).

¹³⁷ OECD, 2002: 82, 102; U.S. Department of Justice Press Release, 23.06.2004.

- İhlalin sadece teşebbüsün birtakım yetkilileri tarafından değil, tüm teşebbüs tarafından kabul edilmesi;
- Mümkün olduğu hallerde, zarar görenlerin zararının söz konusu teşebbüs tarafından tazmin edilmesi ve
- Teşebbüsün, ihlali gerçekleştiren faaliyetin kurucusu veya lideri olmaması ve aynı zamanda başka teşebbüsleri ihlale katılmaya teşvik etmiş olmamasıdır¹³⁸.

Pişmanlık programından yararlanmak isteyen bir teşebbüs, yukarıda belirtilen altı şartın hepsini yerine getiremediği takdirde, bu şartlara alternatif olarak getirilen yedi şartı karşılamak durumunda kalır. Bu şartlar:

- İlk gelen teşebbüs olunması ve bildirilen eylemin pişmanlık programından yararlanmayı sağlaması;
- Teşebbüs geldiği zaman, Antitröst Dairesinin şirketin ihlaline yönelik yeterli delile sahip olmaması;
- İhlali öğrenen firmanın, ihlali oluşturan faaliyetten derhal çekilmesi;
- Teşebbüsün, rekabete aykırı eylemi tümüyle bildirmesi ve soruşturmayı geliştirecek tam ve sürekli işbirliğini sağlaması;
- İhlalin sadece teşebbüsün birtakım yetkilileri tarafından değil, tüm teşebbüs tarafından kabul edilmesi;
- Mümkün olduğu hallerde, zarar görenlerin zararının söz konusu teşebbüs tarafından tazmin edilmesi ve
- Antitröst Dairesinin, teşebbüsün pişmanlık programından yararlanmasının diğer teşebbüsler bakımından hakkaniyete aykırı olmadığına, ihlalin niteliğini, itirafta bulunan teşebbüsün eylemdeki yerini ve işbirliğinin gerçekleştiği zamanı dikkate alarak karar vermesidir.

Son şartın uygulanmasında, teşebbüsün, ihlali gerçekleştiren faaliyetin kurucusu veya lideri olmaması, başka teşebbüsleri ihlale katılmaya teşvik etmiş

¹³⁸ OECD, 2002: 33.

olmaması ve işbirliğine gidilen zaman öncelikle dikkate alınır. Soruşturma başlamadan önce işbirliğinin gerçekleştirilmesi halinde, son koşulu sağlama yükü daha hafif olacaktır. Söz konusu yük, Antitröst Dairesinin sonuca giden delillere yaklaşması oranında ağırlaşacaktır¹³⁹.

Teşebbüsün pişmanlık programından faydalanması halinde, teşebbüsün ihlali kabulünün bir parçası olarak, rekabete aykırı eyleme iştiraklerini kabul eden tüm teşebbüs yöneticileri ve çalışanları, programdan faydalanabilecektir. Bunun için, şirket personelinin tam ve doğru işbirliğini sağlaması ve soruşturma süresince Antitröst Dairesine yardım etmesi gerekir. Teşebbüsün pişmanlık programından faydalanamaması halinde, işbirliğine giden teşebbüs yöneticileri ve çalışanları, programdan bu defa bireysel başvuruda bulunmuş gibi faydalanabileceklerdir¹⁴⁰.

Şahıslar için pişmanlık programından faydalanmak için ise, rekabete aykırı eylemi soruşturma başlamadan önce bildiren bir şirket yöneticisi ya da çalışanı, üç şartı yerine getirmek durumundadır. Bu şartlar:

- Şirket çalışanının ihlali bildirmesinden önce Antitröst Dairesinin bu ihlali başka bir kaynaktan öğrenmemiş olması;
- Rekabete aykırı eylemin tümüyle bildirilmesi ve soruşturma boyunca etkin işbirliğinde bulunulması ve ihlali gerçekleştiren faaliyetin kurucusu veya lideri olunmaması ve
- Başka teşebbüslerin ihlale katılmaya teşvik edilmemiş olmasıdır.

Belirtilen şartları taşımayan şirket çalışanının cezai yaptırımlardan muaf tutulması ise, Antitröst Dairesinin, somut olay için kullanacağı takdir yetkisine bağlı olacaktır. Bir teşebbüs pişmanlık programından faydalanmak için başvurduğu takdirde ise, teşebbüsle birlikte işbirliğine giden şirket yöneticileri ve çalışanları, şirketler için öngörülen pişmanlık programındaki şartları taşımak durumundadırlar¹⁴¹.

¹³⁹ OECD, 2002: 33-34.

¹⁴⁰ OECD, 2002: 34.

¹⁴¹ OECD, 2002: 35.

2.3. Avrupa Birliği

Avrupa Birliğinde rekabet hukukunun işlevi, AT Antlaşmasının ilk maddelerinde ifade edilmektedir. Topluluğun amaçlarının zikredildiği ikinci maddeye göre “Topluluk, ortak bir pazarın ve ekonomik ve parasal birliğin kurulması ve üçüncü maddede belirtilen faaliyetlerin ve ortak politikaların uygulanması yoluyla, ekonomik faaliyetlerin uyumlu ve dengeli bir şekilde geliştirilmesini, yüksek seviyede istihdamı ve sosyal korumayı, kadın erkek arasında eşitliği, sürdürülebilir ve enflasyonsuz büyümeyi, yüksek seviyede rekabet edebilirliği ve ekonomik performansın dönüşümünü, çevrenin kalitesinin ileri derecede korunmasını ve geliştirilmesini, hayat standardının ve hayat kalitesinin yükseltilmesini, üye devletler arasında ekonomik ve sosyal uyumu ve dayanışmayı geliştirir”. Madde 3/g’de, ikinci maddede belirtilen amaçlara ulaşmak üzere Topluluğun göstereceği faaliyetlerden birisinin de, iç pazarda rekabetin bozulmamasını sağlayacak bir sistemin kurulması olacağı belirtilmektedir. Madde 4/1’de ise, Topluluğun ekonomi politikalarının, rekabete dayalı serbest piyasa ekonomisi üzerine inşa edileceği belirtilmektedir¹⁴². Söz konusu maddeler, Topluluk rekabet hukukunun Avrupa entegrasyonuna ulaşmada bir araç olarak görüldüğünü ortaya koymaktadır¹⁴³. Bu çerçevede, gizli kartel anlaşmaları, fiyatlarda meydana getirdikleri aşırı artış nedeniyle, Avrupa Birliğinde de rekabet kurallarının en ağır ihlalleri olarak kabul edilmektedir. Fiyat tespiti, miktar kısıtlama, pazar paylaşma hallerinden her biri, ekonomiyi ve tüketicileri olumsuz yönde etkilemektedir. Bu tür davranışlar ile, düşük kalitedeki mallar daha yüksek fiyatlardan satılmakta ve uzun vadede, rekabet ortamının yok olmasına ve istihdamın azalmasına sebebiyet vermektedirler. Bu nedenlerle, kartellerin yasaklanması ve cezalandırılması Topluluk rekabet politikasının en önemli önceliklerinden birisi olmuştur¹⁴⁴.

¹⁴² Jones and Sufrin, 2001: 30-32 . AB ile ilgili kavramların kullanımı için bkz. Özdemir, 2001.

¹⁴³ Whish, 1993: 28-29; Pappalardo, 1993: 17; Aslan, 1999: 87. Belirtilen hedeflere hizmet etmek amacıyla, Topluluk, rekabet politikalarını belirlerken, sosyal değerlere de önem vermiştir. Bu çerçevede, Topluluk rekabet hukukunda, istihdam ve sosyal refah, firmaların uluslararası rekabet gücüne kavuşması ön planda tutulmuştur. Bu amaçla, tüketicinin korunması, pazara eşit koşullarda girebilme ve büyük firmaların yanı sıra küçük ve orta ölçekli teşebbüslerin de ekonomik hayatta yer alabilmeleri gibi hususlara yönelik tedbirler alınmaktadır (Esin 1998a: 10-11; Schröter, 1999: 52).

¹⁴⁴ European Commission. "Commission adopts new leniency policy for companies which give information on cartels", Press Release - IP/02/247 - 13.02.2002. 1 Temmuz 2004. <http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.gettxt=gt&doc=IP/02/247|0|RAPID&lg=EN>

2.3.1. Mevzuat

Kartellerle mücadeleye ilişkin temel hüküm AT Antlaşmasının 81’inci maddesidir. Söz konusu madde uyarınca, üye devletler arası ticareti etkileyebilecek nitelikte ve amacı veya etkisi ortak pazar içinde rekabetin önlenmesi, sınırlandırılması veya bozulması olan ve özellikle; doğrudan veya dolaylı olarak, alış veya satış fiyatlarını veya diğer ticaret koşullarını belirleyen; üretimi, piyasaları, teknik gelişimi veya yatırımı sınırlayan veya kontrol eden; piyasaları veya tedarik kaynaklarını paylaştıran; diğer ticari taraflarla yapılan eşdeğer işlemlere farklı koşullar uygulayan ve böylelikle onları rekabette zararlı duruma sokan ve sözleşmelerin yapılmasını, nitelikleri gereği veya ticari teamüllere göre bu tür sözleşmelerin konusuyla ilişkisi olmayan ek yükümlülüklerin diğer taraflarca kabulü şartına bağlayan tüm teşebbüsler arası anlaşmalar, teşebbüs birlikleri kararları ve uyumlu eylemler ortak pazarla bağdaşmadığı için yasaklanmıştır. Maddenin ikinci fıkrasında, bu madde uyarınca yasaklanan anlaşma veya kararların kendiliğinden geçersiz olacağı belirtilmekte; üçüncü fıkrada ise söz konusu yasaktan muafiyetin koşulları yer almaktadır. Buna göre, tüketicilere ortaya çıkan faydadan adil bir pay sağlayan, malların üretimi veya dağıtımının iyileştirilmesine veya teknik veya ekonomik gelişmenin hızlandırılmasına katkıda bulunan ve bunların yanı sıra ilgili teşebbüslere, bu amaçların elde edilmesi için zorunlu olmayan sınırlamaları yüklemeyen ve bu tür teşebbüslere söz konusu ürünlerin önemli bir bölümü için rekabeti ortadan kaldırma imkanı vermeyen anlaşma, uyumlu eylem ve kararlara birinci fıkrada yer alan yasağın uygulanmayacağı kararlaştırılabilir.

Karteller hakkındaki soruşturmalarda izlenen usul ise, AT Antlaşmasının 81 ve 82’nci maddelerinin uygulanmasına ilişkin kuralları belirleyen 1/2003 sayılı Tüzükte yer almaktadır¹⁴⁵ (Eski 17/62)¹⁴⁶. Söz konusu Tüzük ve bu Tüzüğü

¹⁴⁵ 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, 4.1.2003).

¹⁴⁶ 1999 yılında, AT Antlaşmasının 81 ve 82’nci maddelerinin uygulanmasına ilişkin hükümler içeren 17 sayılı Tüzüğün değiştirilmesine ilişkin Beyaz Kitap yayımlanmıştır. Söz konusu belgede; teşebbüsler bakımından geçerli olan idari formalitelerin azaltılması; Komisyonun, rekabet kurallarının ciddi şekilde ihlal edilmesine karşı daha etkili mücadele edebilmesinin sağlanması; ulusal makamların ve mahkemelerin rekabet hukukunu uygulama yetkilerinin genişletilmesi ve bunu yaparken rekabet kurallarının aynı şekilde uygulanmasının sağlanması önerilmiştir (Bkz. Rekabet Kurumu, 1999). Bu şekilde, teşebbüsler bakımından kuralların basitleştirilmesi ve Komisyonun ciddi rekabet ihlalleri ile

tamamlayıcı nitelikte olmak üzere çıkarılan ve bir dizi düzenlemeyi kapsayan reform paketi 1 Mayıs 2004’de yürürlüğe girmiştir. Komisyonun 81’inci madde çerçevesinde vereceği cezaları belirleyen bir de kılavuz bulunmaktadır¹⁴⁷.

17 sayılı Tüzükte yapılan reform, kartellerle mücadele ile doğrudan ilgilidir. 1/2003 sayılı yeni Tüzük ile getirilen yeni muafiyet sisteminin sonucu olarak bildirim usulünün kaldırılmasındaki amaç, Komisyonun bildirimlerle uğraşmaktan ziyade karteller ve diğer ihlallere odaklanmasını sağlamaktır. Ayrıca, Komisyonun soruşturma yetkileri artırılmıştır. Bu kapsamda, Komisyon, şirket yöneticilerinin ya da çalışanlarının evlerine baskın düzenleyebilecektir. 1/2003 sayılı Tüzük öncesinde, bu yetki sadece teşebbüslerin binalarında kullanılabilirdi. Oysa, ilgili belgeler daha ziyade evlerde saklanmaktadır. Bu nedenle, iş ile ilgili belgelerin evlerde saklandığından şüphelenildiği takdirde, bu evler de aranabilecektir. Bir diğer yenilik, Komisyonun soruşturmanın esasına ilişkin soru sorma yetkisine kavuşturulmasıdır. Eski uygulamada, Komisyon sadece elde edilen belgelere ilişkin sorular sorabilmekteydi. Öngörülen yetki artırımı, kendi aleyhine tanıklık etme konusundaki korumaya hanel getirmeyecektir¹⁴⁸.

1/2003 sayılı yeni Tüzüğü tamamlamak amacıyla, söz konusu Tüzük ile birlikte 1 Mayıs 2004’de yürürlüğe girmek üzere, bir Tüzük ve altı Bildirimden oluşan bir reform paketi çıkarılmıştır¹⁴⁹:

*Rekabet Usullerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük*¹⁵⁰: Söz konusu Tüzük, Komisyonun savunma, şikayet başvuruları ve belgelere ulaşmada kullandığı usullere ilişkin ayrıntılı düzenlemeler getirmektedir.

daha etkili bir mücadele yürütebilmesini teminen, 1999 tarihli Beyaz Kitap ile başlatılan süreç yeni Tüzüğün yayımlanmasıyla sonuçlanmıştır (European Commission. Application of Articles 81 and 82 of the EC Treaty (II). 1 Temmuz 2004. <<http://europa.eu.int/scadplus/leg/en/lvb/l26092.htm>>).

¹⁴⁷ Bkz.: aş. 2.3.3.

¹⁴⁸ Venit, 2003: 567. Monti, 2001: 19-20; European Commission. Application of Articles 81 and 82 of the EC Treaty (II). 1 Temmuz 2004. <<http://europa.eu.int/scadplus/leg/en/lvb/l26092.htm>>

¹⁴⁹ "European Commission. Commission finalises modernisation of the EU antitrust enforcement rules", Commission Press Release, Brussels, 30 March 2004. 2 Temmuz 2004. <<http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/04/411&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>>

¹⁵⁰ Commission Regulation (EC) No 773/2004 of 7 April 2004 relating to the conduct of proceedings by the Commission pursuant to Articles 81 and 82 of the EC Treaty (OJ L 123, 27.4.2004).

*Ticarete Etki Kavramına İlişkin Kılavuz*¹⁵¹: Ticarete etki kavramı, Topluluk rekabet kurallarının uygulama alanının belirlenmesinde kullanılmaktadır. Bu husus, üye ülke rekabet kurumlarının ve mahkemelerinin, üye devletler arası ticareti etkileyebilecek tüm anlaşma ve eylemlere Topluluk rekabet kurallarını uygulamaları bakımından önem kazanmaktadır.

*Komisyon ile Ulusal Mahkemeler Arasında İşbirliğine Yönelik Bildirim*¹⁵²: Teşebbüsler ve vatandaşlar, AB üyesi bir ülkede Topluluk rekabet kurallarının uygulanmasını talep edebilmektedir. Söz konusu Bildirim, bu çerçevede, ulusal mahkemelerin Topluluk rekabet kurallarının nasıl uygulayacağını gösteren önemli bir araç vazifesi görmektedir.

*Müteşebbislere Gayri Resmi Rehberlik Hakkında Bildirim*¹⁵³: Rehberlik faaliyeti ile, özellik gösteren durumların ortaya çıkması durumunda, Komisyon tarafından hazırlanacak kılavuzlar ile, teşebbüslerin davranışlarının rekabet hukuku çerçevesinde değerlendirilmesi amaçlanmaktadır.

*Şikayet başvurularının Komisyon Tarafından Ele Alınmasına İlişkin Bildirim*¹⁵⁴: Rekabet ihlallerinin tespitindeki güçlüklerden yola çıkarak, bireyler ve teşebbüslerin gerek şikayet başvuruları gerekse pazar hakkında doğrudan bilgi sağlamak yoluyla rekabet otoritelerine başvurmasına ilişkin usuller, bu Bildirimde açıklanmaktadır.

*Rekabet Kurumları Ağı Hakkında Bildirim*¹⁵⁵: Rekabet Kurumları Ağı daha önce kurulmuş olup bu Bildirim amacı, Avrupa Birliğindeki kamu kurumlarının daha sıkı işbirliğine gitmeleri için gerekli mekanizmaları oluşturmaktır. Bu doğrultuda, kamu görevlilerinin faaliyetlerinde işbirliği, sürmekte olan davalara ilişkin karşılıklı bilgilendirmeler ve ispat amacıyla kullanılmak üzere bilgi değişimi

¹⁵¹ Commission Notice Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty (OJ C 101, 27.4.2004).

¹⁵² Commission Notice on the co-operation between the Commission and the courts of the EU Member States in the application of Articles 81 and 82 EC (OJ C 101, 27.4.2004).

¹⁵³ Commission Notice on informal guidance relating to novel questions concerning Articles 81 and 82 of the EC Treaty that arise in individual cases (guidance letters) (OJ C 101, 27.4.2004).

¹⁵⁴ Commission Notice on the handling of complaints by the Commission under Articles 81 and 82 of the EC Treaty (OJ C 101, 27.4.2004).

¹⁵⁵ Commission Notice on cooperation within the Network of Competition Authorities (OJ C 101, 27.4.2004).

düzenlenmektedir. Bildirimde, pişmanlık programlarına özel önem atfedilmektedir. Buna göre, bilgiyi talep eden ülke kurumu tarafından başvuranın korunmasına ilişkin bir teminat alınması halleri dışında, başvuru sahibinin rızası olmaksızın, verilen bilgilerin Ağ ile paylaşımı söz konusu olmayacaktır.

*Antlaşmanın 81’inci Maddesinin Üçüncü Fıkrasının Uygulanması Hakkında Kılavuz*¹⁵⁶: 1/2003 sayılı Tüzük ile merkezi bildirim ve yetkilendirme usulü kaldırıldığından, Antlaşmanın 81’inci maddesinin üçüncü fıkrası ulusal mahkemeler ve rekabet kurumları nezdinde ileri sürülebilecektir. Uygulamalar arasında uyumun sağlanması ve teşebbüsler açısından bilgilendirici olması hasebiyle, Antlaşmanın 81’inci maddesinin üçüncü fıkrasının uygulanmasına ilişkin bir kılavuz çıkarılmıştır. Bu kılavuz, anlaşmalara ilişkin olarak daha önce çıkarılmış olan kılavuzları¹⁵⁷ ikame etmemekte, onları tamamlamaktadır.

2.3.2. Uygulama

Topluluk rekabet hukukunun uygulanmasında çeşitli kurumlar devreye girmektedir. Temel yasama organı olan Konsey, Antlaşmanın 83’üncü maddesinde belirtildiği üzere, Komisyonun önerisi üzerine ve Avrupa Parlamentosunun görüşünü aldıktan sonra, 81 ve 82’nci maddelerde belirtilen ilkelerin uygulanması için gerekli tüzük ve direktifleri kabul eder. Konsey, rekabet hukukuna ilişkin bazı yasama yetkilerini Komisyona devretmiştir. Komisyonun kararları, direktifleri ve görüşleri rekabet hukukuna yön veren diğer düzenlemelerdir. Topluluğun takip edeceği rekabet politikalarını belirleyen Komisyon, soruşturma yapma ve yaptırım uygulama yetkilerine de sahiptir¹⁵⁸. Yapacağı inceleme ve soruşturmalar sonucunda Komisyon, rekabeti bozucu bir uygulama olmadığına dair menfi tespit kararı verebilir, muafiyet kararı verebilir, anlaşmaları yasaklayabilir, sınırlayıcı bir uygulamanın

¹⁵⁶ Communication From The Commission Notice Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty (OJ C 101, 27.4.2004).

¹⁵⁷ Bkz. Commission notice of 13 October 2000: Guidelines on vertical restraints (OJ C 291, 13.10.2000); Commission notice of 6 January 2001: Guidelines on the applicability of Article 81 of the EC Treaty to horizontal cooperation agreements (OJ C 3, 06.01.2001).

¹⁵⁸ Kartellerle mücadele amacıyla Komisyonun getirdiği bir yenilik, kartel biriminin kurulmasıdır. Bu birimin amacı, kaynakların belirli bir yöne odaklanması ve çalışanlarının kartel soruşturmaları için daha iyi eğitilebilmesidir. Kartel vakalarının birçoğunda delillerin elde edilebilmesi karmaşık soruşturma yöntemleri gerektirmektedir. Kartel biriminin kurulması, Komisyonun kartellerle mücadeleye verdiği somut önemin göstergesidir (Schaub, 2001: 189-190).

durdurulmasını emredebilir ve rekabete aykırı davranışta bulunan firmalara para cezası verebilir¹⁵⁹. Kişiler ve firmalar, menfaatlerini zedeleyen Komisyon kararları ve para cezaları aleyhine İlk Derece Mahkemesine başvurabilir. İlk Derece Mahkemesi kararlarının temyizi için Avrupa Toplulukları Adalet Divanına (ATAD) başvurmak mümkündür. ATAD’ın devreye gireceği bir diğer hal, Antlaşmanın 234’üncü maddesi çerçevesinde, ulusal yargı makamlarının, nihai kararlarından önce, ön karar sürecini işletmeleri halidir¹⁶⁰. Avrupa İlk Derece Mahkemesinin ve Avrupa Adalet Divanının yargısal denetimi esnasında, Komisyonun karteller hakkında verdikleri cezalar indirilebilir ya da artırılabilir¹⁶¹.

Topluluk rekabet hukukunu uygulama konusunda, Komisyon ve ulusal kurumların yarışan yetkileri söz konusudur¹⁶². Yarışan yetki alanlarında yetkinin sınırlarını belirlemek üzere Maastricht Antlaşması ile getirilen süsidiarite¹⁶³ ilkesinin somut bir tezahürü bu şekilde ortaya çıkmaktadır. Söz konusu ilke gereğince, Topluluk, münhasır yetkisi dahilinde olmayan eylem alanlarında, ancak bir eylemin amaçları üye devletler tarafından yeterli bir biçimde gerçekleştirilemiyorsa ve bu eylem, boyutları ve etkileri nedeniyle Topluluk düzeyinde daha iyi gerçekleştirilebilecekse, müdahalede bulunmaktadır. Ulusal hukuk ise, ortak pazara etki etmeyen uygulamalara karşı kullanılmaktadır. Topluluk hukuku ile ulusal hukukun çatıştığı durumlarda ise, Topluluk hukukunun önceliği ilkesi gereği Topluluk hukuku uygulanacaktır¹⁶⁴.

¹⁵⁹ Sauter, 1997: 124; Topçuoğlu, 2001: 64-66; Öz, 2000: 43; Esin, 1998a: 20; Avrupa Komisyonu Türkiye Temsilciliği, 2000: 3; Whish, 1993: 31-32.

¹⁶⁰ Jones and Sufrin, 2001: 66; Öz, 2000: 44; Esin, 1998a: 18.

¹⁶¹ European Commission. Question & Answer, Memo - MEMO/02/23 - 13.02.2002. 1 Temmuz 2004. <http://europa.eu.int/rapid /start/cgi/guesten.ksh?p_action.gettxt=gt&doc=MEMO/02/23|0|RAP ID &lg=EN>

¹⁶² Avrupa Komisyonu Türkiye Temsilciliği, 2000: 3; Öz, 2000: 40. Üye ülke kurumlarının Topluluk rekabet hukuku kurallarını uygulaması, Topluluk hukukuna hakim olan *doğrudan uygulanabilirlik* ve *doğrudan etki* ilkeleriyle ilgilidir. *Doğrudan uygulanabilirlik*, Topluluk düzenlemelerinin iç hukuka aktarım işlemine gerek kalmaksızın üye devletlerde uygulanabilmesi anlamına gelmektedir. *Doğrudan etki* ise, kuralların, üye devlet makamları karşısında hak ve yükümlülük doğurabilmesini ifade etmektedir. Topluluk hukukunun ulusal hukukla ilişkisi ve uygulanması ile ilgili olarak bkz. Whish, 1993: 37-43; Jones and Sufrin, 2001: 66-69,77-83.

¹⁶³ İngilizce *subsidiarity* terimi için kullanılan diğer karşılıklar, *yetki ikamesi*, *yerellik*, *ikincillik* ve *hizmette halka yakınlıktır*. *Yetki ikamesi* ilkesi hakkında bkz. Canatan, 2001; Duff, 1993; Bianchi, 1996: 42-57, Weatherhill, 1995: 470-476.

¹⁶⁴ Tekinalp ve Tekinalp, 2000: 147 vd.; Goyder, 1993: 426 vd.; Weatherhill, 1995: 51 vd.; Bozkurt ve ark., 2001: 139-142; Günöğür, 1993: 71 vd.; Jones and Sufrin, 2001: 68.

2.3.3. Yaptırımlar

Topluluk rekabet hukukunda açık kartellere uygulanan temel yaptırımlar, teşebbüsler için, bir önceki yıla ait gelirin yüzde 10’una kadar para cezası ve anlaşma ve kararlar bakımından geçersizliktir. Amerikan hukukundan farklı olarak, Topluluk hukukunda Komisyonun cezai yaptırımlar uygulama imkanı bulunmamaktadır.

Avrupa Komisyonu tarafından uygulanan ilk cezalar 1960’larda *Quinine*¹⁶⁵ ve *Dyestuffs*¹⁶⁶ kartellerine verilen para cezalarıdır. 1980’lerde Batı Avrupa’daki birçok kimyasal üreticisi soruşturmaya tabi tutulmuştur. 1990’larda toplam 21 karar verilmiştir. 2000 ve 2001 yıllarında ise 11 kartel kararı mevcuttur. Görüldüğü gibi, kartel davalarında önemli bir artış gözlemlenmektedir. Bahse konu kartellerin ortak özellikleri; fiyatların birlikte artırılması ya da koordineli bir biçimde uyumlaştırması, üretimin kontrol edilmesi ve pazarın paylaşılmasıdır¹⁶⁷.

Komisyon, cezaların verilmesinde objektifliğin ve şeffaflığın sağlanması amacıyla 1997’de "Cezalar Hakkında Kılavuz"u¹⁶⁸ çıkarmıştır. Kılavuz uyarınca, verilen cezalarda, ihlalin boyutu ve süresi, ilgili teşebbüsün büyüklüğü ve ihlale katkısı ve pişmanlık programından yararlanmanın söz konusu olup olmaması gibi unsurlar dikkate alınmaktadır. İhlaller boyutlarına göre küçük, ciddi ve çok ciddi ihlaller ayırımına tabi tutulmaktadır. Karteller çok ciddi ihlal kategorisine girmektedirler ve bu alandaki cezalar 20 milyon euro’dan başlamaktadır. Bir yılı bulmayan kısa süreli ihlallerde, ihlalin boyutuna göre belirlenen temel miktar üzerinden bir artırım yapılmamaktadır. 1 yıl ile 5 yıl arasındaki orta vadeli ihlallerde bu miktar % 50 oranında artırılabilir. 5 yıldan uzun süreli ihlallerde ise, her yıl için % 10’luk bir artış uygulanmaktadır. Komisyonun uygulayacağı cezanın azami miktarı, teşebbüsün bir yıllık cirosunun % 10’unu aşmamaktadır¹⁶⁹.

Komisyonun verdiği cezalar başlangıçta mütevazı düzeyde olmakla birlikte, aşağıdaki tabloda da görüldüğü üzere, özellikle söz konusu Kılavuz sonrasında,

¹⁶⁵ OJ (1969) L 192/5.

¹⁶⁶ OJ (1969) L 195/11.

¹⁶⁷ Schaub, 2001: 186.

¹⁶⁸ Guidelines for setting fines imposed pursuant to Article 15(2) of Regulation No 17 of Article 65(5) of the ECSC Treaty (OJ C 9 14.01.1998).

¹⁶⁹ Monti, 2001: 19; Schaub, 2001: 188-189.

Komisyonun ceza politikasında önemli değişiklikler yaşanmıştır. Şöyle ki; Kılavuzda yer alan ilkelerin uygulanması, cezaların caydırıcı etkisini güçlendirmiş ve Komisyonun bu konudaki politikasını daha uyumlu ve şeffaf hale getirmiştir. Kılavuzun çıkarılmasının ardından Komisyon, o ana kadar bir teşebbüse (*Volkswagen*¹⁷⁰-102 milyon euro-1998) ve bir teşebbüs grubuna (TACA: *Trans-Atlantic Conference Agreement*¹⁷¹-272 milyon euro-1998) uygulanan en yüksek cezalara hükmetmiştir. Bu konudaki diğer örnekler, *Lysine*¹⁷² davasında üreticilere Haziran 2000’de verilen 110 milyon euro’luk ceza ile Aralık 1999’da *Steel Tubes*¹⁷³ davasında üreticilere verilen 99 milyon euro tutarında cezadır¹⁷⁴.

Tablo 2.5. Toplam Cezalar İtibarıyla En Büyük Kartel Davaları

Yıl	Dava	Toplam ceza (milyon euro)
2001	Vitamins	855,22
2001	Carbonless Paper	313,69
1998	TACA	272,940
2001	Graphite Electrodes	218,8
2001	Citric Acid	135,22
1994	Cartonboard	119,38
2000	Amino acids (Lysine)	109,99
1994	Cement	109,335
2001	German Bank Charges	100,8
1999	Steel tubes	99
1998	Volkswagen	102
2001	Belgian breweries	91,655
1994	Steel beams	79,550
1986	Polypropylene	67,850

Kaynak: European Commission. Question & Answer, Memo-MEMO/02/23-13.02.2002. 31 Aralık 2003.

<http://www.europa-kommissionen.dk/presse/bruxelles/aeldre/200202/MEMO_02_23_0_RAPID/>

¹⁷⁰ OJ (1998) L 124/60.

¹⁷¹ OJ (1999) L 95/1.

¹⁷² OJ (2001) L 152/24.

¹⁷³ OJ (2003) L 140/1.

¹⁷⁴ Monti, 2001: 18.

2.3.4. Pişmanlık Bildirimi

ABD’nin bu alandaki tecrübeleri ışığında Komisyon 1996 yılında ilk kez cezalarda indirimi ya da bağışıklığı sağlayan Pişmanlık Bildirimini yayımlayarak, kartellerin tespitini ve cezalandırılmasını kolaylaştırmaya çalışmıştır¹⁷⁵. Pişmanlık Bildirimi, Komisyonla işbirliğine giden firmalara verilen bir ödül olmaktan ziyade, bir soruşturma silahı olarak algılanmaktadır. Zira, karmaşıklaşan ilişkilerde delil bulmak zorlaşmaktadır. Pişmanlık Bildirimi çerçevesinde önemli ölçüde gerçekleşen söz konusu indirimlerin temelinde yatan etken, kartellerin belirlenmesi ve yasaklanmasındaki kamu menfaatinin, işbirliği içindeki teşebbüslere verilecek para cezalarından elde edilecek menfaatten fazla olduğunun kabul edilmesidir¹⁷⁶.

1996 yılındaki Pişmanlık Bildiriminin kabulünden sonra, 2001 yılının sonuna kadar Komisyon, firmaların soruşturmalarda işbirliğine gittiği 16 kartel vakasını ele almış ve cezalandırmıştır. Bu yöndeki kararlar; *Alloy Surcharge* (1998), *British Sugar* (1998), *Pre-insulated Pipes* (1998), *Greek Ferries* (1998), *Seamless Steel Tubes* (1999), *FETTCSA (Maritime Transport, 2000)*, *Lysine* (2000), *Graphite Electrodes* (2001), *SAS-Maersk Air* (2001), *Sodium Gluconate* (2001), *Vitamins* (2001), *Belgian Brewers* (2001), *Luxembourg Brewers* (2001), *Citric acid* (2001), *Zinc Phosphate* (2001) ve *Carbonless Paper*’dır (2001)¹⁷⁷. 16 davada toplam 2,240 milyar euro para cezası uygulanmıştır. Sadece 2001 yılında, 10 davada toplam 56 firmaya 1,836 milyar euro para cezası uygulanmıştır. Bu rakam, AT’nin kuruluşundan 2000 yılına kadar verilen toplam ceza miktarından daha fazladır. Ayrıca, bu şekilde ABD’nin 1,1 milyar dolarlık toplam yıllık ceza miktarı aşılmıştır. Beş yıl içinde 80 kadar şirket, pişmanlık bildiriminden yararlanmak için başvuruda bulunmuştur. Bunlardan sadece üçü tam bağışıklıktan yararlanmıştır. Bunlar, üç

¹⁷⁵ Commission Notice on the non-imposition or reduction of fines in cartel cases, OJ C 207, 18.07.1996.

¹⁷⁶ Schaub, 2001: 187-188; Monti, 2001: 17-21; " European Commission. Commission adopts new leniency policy for companies which give information on cartels", Press Release - IP/02/247 - 13.02.2002. 1 Temmuz 2004. <http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.gettxt=gt&doc=IP/02/247|0|RAPID&l g=EN>

¹⁷⁷ Bkz. sırasıyla; OJ (1998) L 100/55; OJ (1999) L 76/1; OJ (1999) L 24/1; OJ (1999) L 109/24; OJ (2003) L 140/1.; OJ (2000) L 268/1; OJ (2001) L 152/24; OJ (2002) L 100/1; OJ (2001) L 265/15; OJ (2001) L 152/24.; OJ (2003) L 6/1; OJ (2003) L 200/1; OJ (2002) L 253/21; OJ (2002) L 239/18; OJ (2003) L 153/1; OJ (2004) L 115/1.

vitamin kartelinin ikisine katılan *Rhône-Poulenc*; *Brasserie de Luxembourg* ve *Carbonless Paper* kartelinde değerli bilgileri sağlayan ve işbirliğine giden, bir Güney Afrika firması olan *Sappi*’dir. Buna ilaveten, 1996 tarihli Bildirinin B bölümü uyarınca, erken ve kararlı işbirliği sağlamaları sayesinde iki şirket yüksek düzeyde indirim almıştır. Bunlar; *Sodium Gluconate* kartelinde % 80 indirim alan *Fujisawa* ve *Citric Acid* kartelinde % 90 indirim alan *Cerestar* firmalarıdır. Bu firmaların tam bağışıklık alamamalarının nedeni, Komisyonun bilgi talebinde bulunmasından sonra işbirliğine gitmeleridir¹⁷⁸.

1996 tarihli Bildirimin ilgili hükmü doğrultusunda, Komisyon 14 Şubat 2002 tarihinde yeni bir bildirim yayımlamıştır¹⁷⁹. Yeni Bildirim, bir öncekinde olduğu gibi yine fiyat tespiti, üretim ve satış kotaları, pazar paylaşımı, ihale anlaşmaları ve ithalat ve ihracat kısıtlamalarına uygulanmaktadır. Farklı olarak, tam bağışıklık kolaylaştırılmış ve tam bağışıklık ile indirimin koşulları netleştirilmiştir. Bir diğer fark, eskisindeki kesin delil getirme zorunluluğunun ve karteli teşvik eden ya da liderlik eden konumunda olan şirketlerin bağışıklık kapsamı dışında tutulması hususunun kaldırılmış olmasıdır.

Yeni kurallara göre, tam bağışıklık iki halde mümkün olabilecektir. Söz konusu haller; Komisyonun ilgili şirketlerin binalarında bir soruşturmaya başlamasına imkan veren delilleri sağlayan ilk kartel üyesi olunması ve Komisyonun elinde bir soruşturmaya başlamak için yeterli fakat ihlali tespit etmeye yeterli olmayan bilgi olması halinde, ihlali tespit ettirebilecek delilleri ilk sunan kartel üyesi olunmasıdır. Ayrıca, yukarıdaki şartlardan birini yerine getiren firma üç koşulu daha yerine getirmek durumundadır. Bu şartlar; delilleri sunduktan sonra ihlalden çekilmek; Komisyonla işbirliğini sürdürmek ve elindeki tüm delilleri iletmek ile diğer şirketleri ihlale zorlamış olmamaktır.

Bu şartları yerine getirdiği takdirde, artık bir teşebbüs, kartelin teşvik edicisi ya da lideri olsa dahi bağışıklık kazanabilecektir. Eski Bildirimde bu tür şirketler

¹⁷⁸ European Commission. Question & Answer, Memo - MEMO/02/23 - 13.02.2002. 1 Temmuz 2004. <http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.gettxt=gt&doc=MEMO/02/23|0|RAP ID&lg=EN>

¹⁷⁹ Commission notice on immunity from fines and reduction of fines in cartel cases, OJ C 45, 19.2.2002.

bağışıklık kazanamamaktaydı. Diğer taraftan, bağışıklık kazanamayan şirketler ceza indirimi alabilmektedir. Eğer bir şirket halihazırda Komisyonun elinde bulunan delillere önemli bir katkı sağlayacak bir delil sunarsa ve kartel üyeliğine son verirse, söz konusu katma değeri ilk sağlayan şirket % 30-50 oranında; ikinci olarak sağlayan şirket % 20-30 oranında; daha sonra sağlayan bir şirket ise % 20’ye kadar indirim elde edebilmektedir. Komisyondaki uygulamanın yanı sıra, birçok AB üyesi devlet de kartel davalarında pişmanlık programını kabul etmektedir. Almanya, Fransa, İngiltere ve İrlanda’nın ardından, Danimarka, Hollanda ve İsveç’te bu yöndeki hazırlıklar sürmektedir¹⁸⁰.

2.3.5. ABD sistemi ile karşılaştırma

ABD’de ve Avrupa Birliğinde açık karteller *per se* hukuka aykırı kabul edilmekte ve rekabet kurumları tarafından katı bir şekilde denetlenmektedir. Bu tür uygulamalara çok ağır cezalar verilmesi, mevcut düzenlemelerin caydırıcı olduğu fikrini uyandırmakla birlikte, açık kartellere hâlâ rastlanıyor olması bu fikrin gözden geçirilmesini gerekli kılmaktadır. Bu çerçevede tartışılması gereken husus, açık kartellerin daha fazla cezalandırılması veya mevcut cezalara ek birtakım cezalar getirilmesinin gerekip gerekmediğidir¹⁸¹. Bu noktada, bireylerin cezai sorumluluğuna başvurma imkanı önem kazanmaktadır. ABD’de rekabet ihlalleri diğer beyaz yaka suçları gibi normal mahkemelerdeki cezai takibata uğramaktadır. Dolayısıyla, açık kartel anlaşmaları yapanlar için para cezasının yanı sıra 10 yıla kadar hapis cezası da öngörülmektedir. Avrupa’da ise, sadece teşebbüsler rekabet hukukunun konusunu oluşturmakta ve bireyler, ağır cezaların uygulanabilmesine karşın özgürlüklerini yitirme riskini yaşamamaktadır. Buna karşılık, İrlanda’da olduğu gibi, bazı ülkeler rekabet hukuku uygulamalarını ceza alanına da taşımaktadırlar¹⁸².

¹⁸⁰ European Commission. Question & Answer, Memo - MEMO/02/23 - 13.02.2002. 1 Temmuz 2004. <http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.gettxt=gt&doc=MEMO/02/23|0|RAP ID&lg=EN>

¹⁸¹ Fejo, 2001: 156-158.

¹⁸² Joshua, Julian Mathic. "If It's Wednesday It Must Be Brussels: A Brief Guide For Busy U.S. Lawyers To Understanding and Handling Cartel Cases in the EU". *Advanced International Cartel Workshop, Section of Antitrust Law*. February 16th, 2001 New York. 1 Temmuz 2004. <www.morganlewis.com/pdfs/EEBCD0BD-14C2-40CC-837678383CBAB1DC_Publication.pdf>

3. TÜRKİYE’DE AÇIK KARTELLER İLE MÜCADELE

3.1. Rekabeti Kısıtlayıcı Anlaşmalara Bağlanan Sonuçlar

3.1.1. İdare hukuku alanındaki sonuçlar

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un, Rekabet Kurulu’nun görev ve yetkilerini düzenleyen 27’nci maddesi uyarınca; Kanun’da yasaklanan faaliyet ve hukuki işlemler hakkında, başvuru üzerine veya resen inceleme, araştırma ve soruşturma yapma görevi Rekabet Kurulu’na verilmiştir. Buna göre, Kurul, rekabet kurallarının ihlal edildiğinin tespit edilmesi halinde, ihlale son verilmesi için gerekli tedbirleri alır ve ihlalden sorumlu olanlara idari para cezaları uygular. Muafiyet ve menfi tespit taleplerini değerlendirmek Kurul’un bir diğer görevidir. Kurul ayrıca, rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve kararlarla ilgili olarak diğer ülkelerin mevzuat, uygulama, politika ve tedbirlerini izlemekle görevlendirilmiştir.

Kurul kararlarına karşı Danıştay’a başvurulabilir¹⁸³. Danıştay, Rekabet Kurulu kararlarını usul ve esas yönünden inceler¹⁸⁴. Usul açısından incelemede, idare hukukunda geçerli olan genel usul kurallarına ek olarak Rekabet Kanunu’nun saptadığı usul kuralları da göz önünde bulundurulur. Esas açısından incelemede ise, Rekabet Kanunu’nun doğru uygulanıp uygulanmadığı kontrol edilir, bir başka ifadeyle, karara konu davranışın rekabeti bozup bozmadığı Rekabet Kurulu’ndan bağımsız olarak incelenir ve bunun sonucunda, karar iptal edilir ya da iptal talebi reddedilir¹⁸⁵.

¹⁸³ Kurul kararlarının idari niteliği ağır bastığından, Kanun’da yargı yolu olarak Danıştay öngörülmüştür. Kurul kararları esas itibarıyla ekonomik nitelikte kararlar olduğu için, bünyesinde Hukuk Fakültesi mezunları dışında üye de bulundurabilen Danıştay’ın Kurul kararlarını daha iyi değerlendirebilecek bir teşkilat yapısına sahip olması, Danıştay’ın yargı yolu olarak seçilmesinin diğer bir nedeni olarak sayılabilir (4054 sayılı Kanun’un 55’inci maddesinin gerekçesi. 01.09.2004. <<http://www.rekabet.gov.tr/word/maddegerekce.doc>>).

¹⁸⁴ Danıştay, Rekabet Kurumu’nun verdiği kararlara karşı açılan iptal davasına ilk derece mahkemesi olarak bakar. Danıştay’ın ilk derece mahkemesi olarak vereceği karara karşı temyiz başvurusunda bulunmak mümkündür. Bu hususta ayrıca bkz.: aş. 3.3.2.

¹⁸⁵ Ersin, 1996: 48; İnan, 1999: 18.

3.1.1.1. Soruşturma usulü

Rekabet Kurulu, resen veya kendisine intikal eden başvurular üzerine, doğrudan soruşturma açılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının tespit edilmesi amacıyla önaraştırma yapılmasına karar verir (m. 40/I). Soruşturma safhasında, Kurul, delillerin toplanması amacıyla, bilgi isteme ve yerinde inceleme yetkilerini kullanabilir.

Rekabet Kanunu’nun 14’üncü maddesine göre, Kurul, Rekabet Kanunu’nun kendisine verdiği görevleri yerine getirirken, gerekli gördüğü her türlü bilgiyi tüm kamu kurum ve kuruluşlarından, teşebbüslerden ve teşebbüs birliklerinden isteyebilir ve anılan makamlar, teşebbüsler ve teşebbüs birliklerinin yetkilileri istenen bilgileri Kurul’un belirleyeceği süre içinde vermek zorundadır¹⁸⁶.

Kanun’un 15’inci maddesi uyarınca ise, Kurul, bu Kanun’un kendisine verdiği görevleri yerine getirirken gerekli gördüğü hallerde, teşebbüs ve teşebbüs birliklerinde incelemelerde bulunabilir¹⁸⁷. Bu amaçla teşebbüslerin veya teşebbüs birliklerinin; defterlerini, her türlü evrak ve belgelerini inceleyebilir ve gerekirse suretlerini alabilir; belirli konularda yazılı veya sözlü açıklama isteyebilir ve teşebbüslerin her türlü mal varlığına ilişkin mahallinde incelemeler yapabilir. İnceleme, Kurul emrinde çalışan uzmanlar tarafından yapılır. Uzmanlar incelemeye giderken yanlarında incelemenin konusunu, amacını ve yanlış bilgi verilmesi halinde idari para cezası uygulanacağını gösteren bir yetki belgesi bulundurlar.

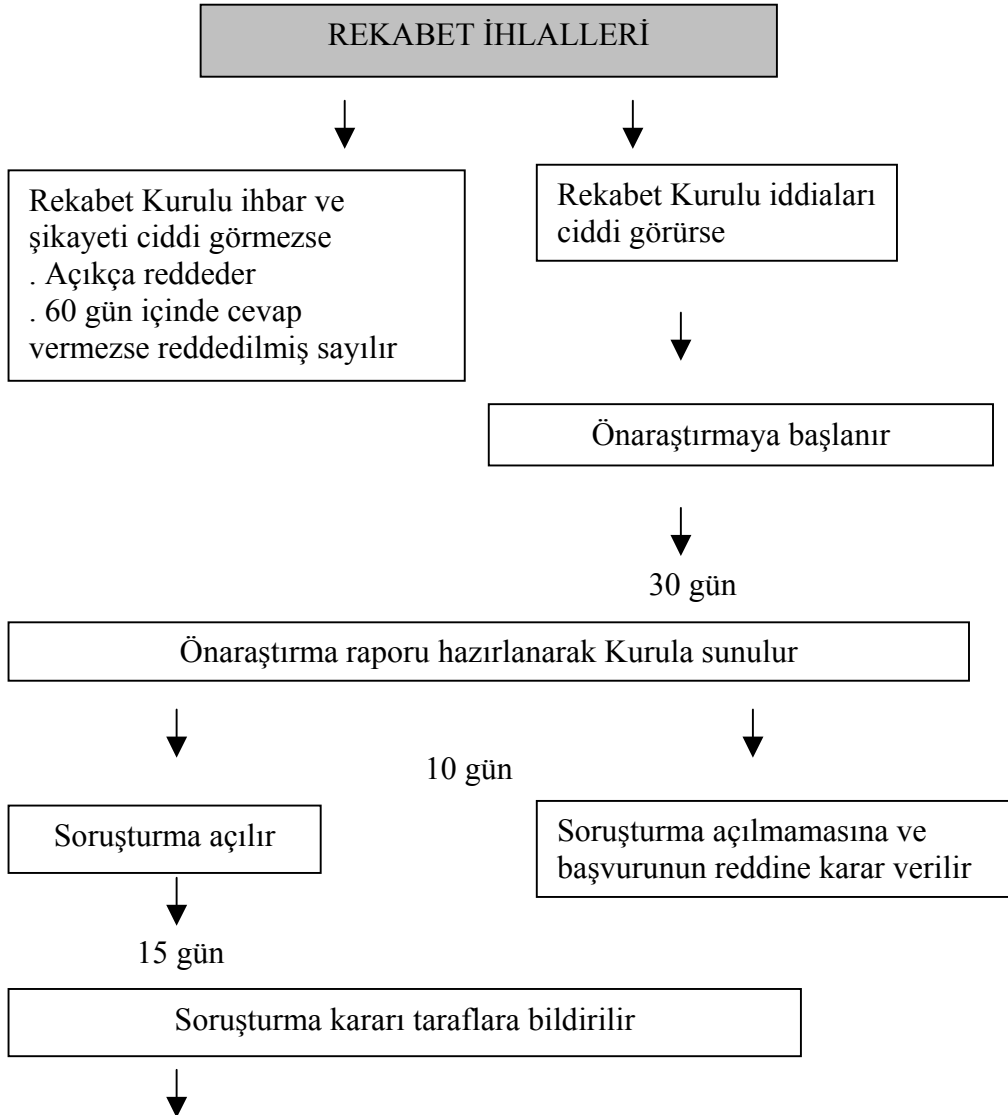
¹⁸⁶ Haklarında soruşturmaya başlandığı bildirilen taraflar, kararı etkileyebilecek her tür bilgi ve delili Kurul’a sunabilecekleri gibi; sözlü savunma hakkını kullanma taleplerine kadar Kurum bünyesinde kendileriyle ilgili düzenlenmiş olan evrakların ve elde edilen delillerin bir nüshasının verilmesini talep edebilirler. Tarafların bilgilendirilmediği ve savunma hakkı tanınmayan konular, Kurul kararlarına dayanak yapılamaz (m. 44).

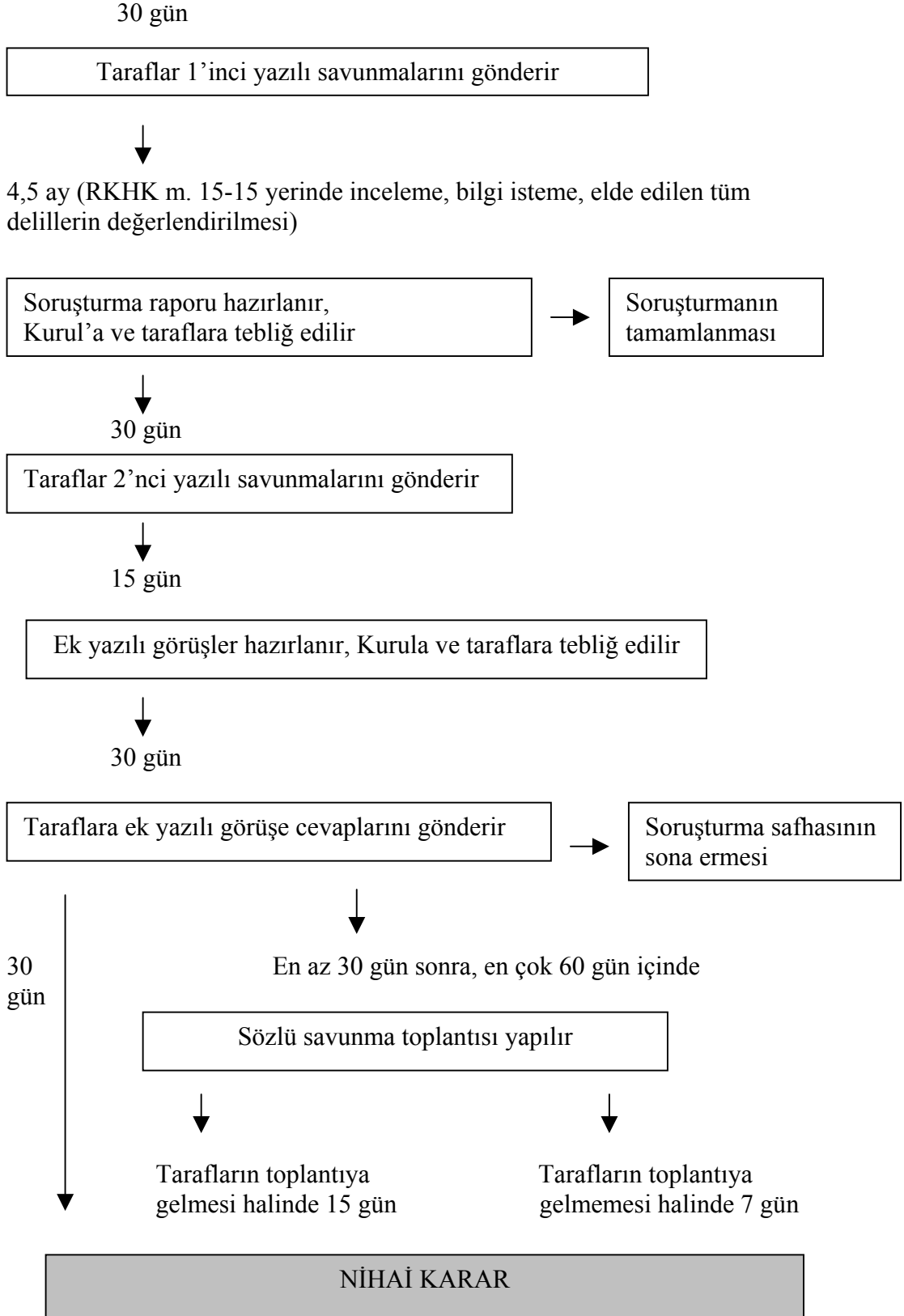
¹⁸⁷ Yılmaz (1999: 100-101)’a göre, yerinde inceleme yetkisi, esas itibarıyla, ilgilinin Kurul’a önceden verdiği bilgilerin doğruluğunun araştırılması ve yeni deliller elde edilmesi amacıyla yöneliktir. Söz konusu incelemeye tahammül etme ve gerekli işbirliği yapma yükümlülüğü, yalnızca doğrudan soruşturulan kuruluşları değil, üçüncü kişi konumundaki kuruluşları da kapsar. Bununla birlikte, bu yetkinin kullanımı, somut bir şüphenin varlığını gerektirir. Elde rekabet ihlalini gösteren hiçbir belge ve bilgi yoksa, yerinde inceleme yetkisi kullanılamaz. Yerinde inceleme yetkisi, bir işletmenin özel iç dünyasına girme anlamına gelir. Bu nedenle, bu yetkinin kullanılmasında genel hukuk kurallarına ve özellikle temel hak ve özgürlüklere riayet etmek gerekir. Ayrıca, yerinde incelemeye tahammül zorunluluğu bakımından, söz konusu kuruluşun inceleme sırasında avukatını hazır bulundurma hakkı vardır ve avukatı gelinceye kadar, yetkilileri bekletebilecektir. Yerinde incelemenin önceden bildirilmesine ilişkin olarak ise Kanun’da herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Buna karşın, asıl kural, önceden haber verme usulüdür. Ayrıca, deliller bakımından, her ne kadar resen araştırma ilkesi geçerli ise de, delilleri ilgililer sunar ve uzmanlar bunu hukuka uygun yollardan elde eder. Hukuka aykırı olarak elde edilen deliller karara esas alınmaz.

Kanun’un 15’inci maddesine 1 Ağustos 2003 tarihli ve 4971 sayılı Kanun’un 25’inci maddesi ile getirilen ek uyarınca; ilgililer istenen bilgi, belge, defter ve sair vasıtaların suretlerini vermekle yükümlüdür; yerinde incelemenin engellenmesi veya engellenme olasılığının bulunması durumunda sulh ceza hakimi kararı ile yerinde inceleme yapılır.

Soruşturmanın ardından hazırlanan rapor, Kurul üyeleri ve ilgili taraflara tebliğ edilir, tarafların savunmalarının alınmasından sonra Kurul, nihai kararı vermek üzere toplanır (m. 45-47). Rekabetin ihlal edildiği yönünde karar alındığı takdirde, ihlale son verilmesi istenebileceği gibi, ihlali gerçekleştiren teşebbüslere para cezası ve süreli para cezası da verilebilir.

Şekil 3.1. Soruşturma Usulü Şeması





Kaynak: Rekabet Kurumu. *Usule İlişkin Şemalar*. 21.06.2004.

<<http://www.rekabet.gov.tr/usul.html>>

3.1.1.2. İhlale son verme

Rekabet Kurulu, ihbar, şikayet ya da Bakanlığın¹⁸⁸ talebi üzerine veya resen 4’üncü maddenin ihlal edildiğini tespit ederse, ilgili teşebbüslere, ihlale son verilerek rekabetin yeniden tesis edilmesini ve ihlalden önceki durumun korunması için yerine getirilmesi ve kaçınılması gereken davranışları bildirir (m. 9/I). Şikayette bulunabilecek olanlar, meşru menfaati olan gerçek ve tüzel kişilerdir (m. 9/II). İhlale son verme kararını almadan önce, ihlale ne şekilde son verileceğine ilişkin Kurul görüşleri, teşebbüslere yazılı olarak bildirilir (m. 9/III). İhlale son verme kararının cebri icrası söz konusu olmamakla birlikte, 17’nci maddede yer alan süreli para cezaları, bu kararın uygulanması bakımından zorlayıcı nitelik taşımaktadır. Buna göre, nihai kararın alınması aşamasına kadar, ciddi ve telafi edilemeyecek zararların ortaya çıkma ihtimalinin bulunması halinde, ihlalden önceki durumu koruyacak ve nihai kararın kapsamını aşmayacak şekilde geçici tedbirler alınması mümkündür (m. 9/IV). Geçici tedbir kararlarına karşı da Danıştay’a başvurulabilir (m. 55/I).

3.1.1.3. İdari para cezaları

Rekabet Kanunu’nun 18’inci maddesinin birinci fıkrasında, bu Kanun ile verilen her türlü para cezasının idari nitelikte olduğu belirtilmiştir. Para cezaları ve süreli para cezalarından oluşan idari para cezaları, Kanun’un ikinci kısmının üçüncü bölümü altında düzenlenmiştir¹⁸⁹.

¹⁸⁸ Bakanlık ile kastedilen, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı’dır. Rekabet Kanunu’nun 20’nci maddesinin ikinci fıkrasında, Rekabet Kurumu’nun bu Bakanlık ile ilişkili olduğu ifade edilmiştir. Ulusoy (1999: 11-12)’a göre bu ilişki, Bakanlığın, hukuka aykırı gördüğü Rekabet Kurumu işlemlerinin iptali için, ayrıca özel bir menfaat koşulu aranmadan idari yargıya başvurma yetkisini kapsamaktadır. Zira, Bakanlığın böyle bir yetkisinin varlığının kabul edilmemesi, bu Kurum için Kanunla ilişkili bir bakanlığın belirlenmiş olmasının hiçbir anlamının ve pratik faydasının bulunmaması sonucunu doğuracağı gibi, Anayasa’daki idarenin bütünlüğü ilkesi açısından da sorun yaratacaktır. Yazara göre, söz konusu ilişkinin bu şekilde yorumlanmasının bir diğer faydası da, idarenin faaliyetlerinden dolayı yasama organı önünde siyasi sorumluluğu olan hükümete dahil bir bakanlığın Rekabet Kurumu’nun kararlarının denetimine ilişkin böyle bir yetkisinin bu tür kurumların faaliyetlerinin siyasi sorumluluk içine alınamamasından kaynaklanabilecek meşruluk sorununu da kısmen çözmüş olmasıdır.

¹⁸⁹ İdari para cezaları, her yıl, Rekabet Kurumu tarafından yayınlanan bir tebliğ ile artırılmaktadır. İdari para cezalarına ilişkin olarak bu çalışmada verilen bilgilerde, 14.02.2004 tarihli ve 25373 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan “4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 16 ve 17 nci Maddelerinde Düzenlenmiş Olan İdari Para Cezalarının 31/12/2004 Tarihine Kadar Geçerli Olmak Üzere Artırıldığına Duyurulmasına İlişkin Tebliğ” (Tebliğ No: 2004/1) esas alınmıştır. 1997-2001 yılları arasındaki ceza değişimleri için bkz. Rekabet Bülteni, Sayı 5, Yıl 2001. 2 Temmuz 2004. <<http://www.esrcr.com/www/bulten2bb.asp?bulsayID=60&altbas=altbas1&konu=konu1&k=1>>

Rekabet Kanunu’nun 16’ncı maddesinin birinci fıkrasına göre, Kurul, teşebbüs niteliğindeki gerçek ve tüzel kişiler ile teşebbüs birlikleri ve/veya bu birliklerin üyelerine; muafiyet ve menfi tespit başvurularında yanıltıcı veya yanlış bilgi verilmesi halinde 5.941.589.000 TL (m. 16/I-a); Kurul kararı ile bilgi isteme veya yerinde inceleme hallerinde eksik, yanlış veya yanıltıcı bilgi verilmesi halinde 5.941.589.000 TL (m. 16/I-b); 4’üncü madde kapsamına giren anlaşma, uyumlu eylem ve kararların süresi içinde bildirilmemesi^{190 191} halinde 2.970.794.000 TL (m. 16/I-c); Kanun’un 5’inci maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca Kurul’un verdiği muafiyet kararlarındaki yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde 3.564.952.000 TL (m. 16/I-d) para cezası verir.

Tüzel kişiliği olan teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin birinci fıkrada belirtilen para cezalarına çarptırılmaları halinde, bu tüzel kişiliğin yönetim organlarında görev alan gerçek kişilere de şahsen verilen cezanın yüzde onuna kadar ayrıca para cezası uygulanır (m. 16/III). Gerekçede, bu hükmün amacının caydırıcılığı sağlamak olduğu ifade edilmektedir¹⁹².

Kanun’un 4’üncü maddesinde yasaklanmış olan davranışları gerçekleştirdiği Kurul kararı ile sabit olanlara ve dolayısıyla açık kartel uygulamalarına 11.883.182.000 TL’den aşağı olmamak üzere, ceza verilecek teşebbüs niteliğindeki gerçek ve tüzel kişiler ile teşebbüs birlikleri ve/veya bu birliklerin üyelerinin bir yıl önceki mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan gayri safi

¹⁹⁰ Muafiyet ve menfi tespit için anlaşmaların Kurul’a bildirilmesi gereken sürelerin açıklandığı Rekabet Kanunu’nun 10’uncu maddesi uyarınca, 4’üncü madde kapsamına giren anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar yapıldıkları tarihten itibaren bir ay içinde Kurul’a bildirilir. Bildirilmemiş anlaşmalara muafiyet hükümleri uygulanmaz. Zamanında yapılmamış bildirimlere muafiyet verilmesi halinde muafiyet, bildirim tarihinden itibaren geçerlidir.

¹⁹¹ Süresi içinde bildirilmiş anlaşma ve kararlara, bu Kanun hükümlerini açık bir biçimde ihlal etmemeleri durumunda Kurul’un vereceği nihai karara kadar geçecek süre için para cezası uygulanmaz (m. 16/V).

¹⁹² 4054 sayılı Kanun’un 16’ncı maddesinin gerekçesi. 01.09.2004.

<<http://www.rekabet.gov.tr/word/maddegerekce.doc>>

Aslan (2001: 369-370)’a göre, üçüncü fıkrada, tüzel kişiliğin yanı sıra yönetim kurulu üyelerinin de sorumlu tutulması doğru değildir. Çünkü, bu durumda bir suç için iki ayrı ceza uygulanmış olmaktadır. Ayrıca, sadece hapis cezalarında uygulanmayan “tüzel kişilerin kendi fiil ve davranışlarından kendilerinin sorumlu olması ilkesinden” mali nitelikteki cezalarda ayrılmamak gerekir. Yazar, dördüncü fıkrayı da eleştirmekte, bu hükmün hakkaniyete uygun olmadığını, cezanın miktarı belirlenirken teşebbüslerin ekonomik gücünün değil, rekabet üzerinde yarattıkları sınırlayıcı etkinin dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir.

gelirlerinin yüzde onuna kadar para cezası verilir (m. 16/II). Bu şekilde, esasa ilişkin olarak verilecek cezanın alt ve üst sınırları belirlenmiş olmaktadır.

Para cezası verilirken dikkate alınan unsurlar; kastın varlığı¹⁹³, kusurun ağırlığı, teşebbüsün pazardaki ekonomik gücü ve muhtemel zararın ağırlığıdır (m. 16/IV).

Sürelili para cezaları ise, m. 17’de belirtilen hallerde uygulanmaktadır. İlk hal, verilen ihlale son verilmesine ve diğer tedbirlere ilişkin karara uyulmamasıdır. Bu durumda, her gün için 2.970.794.000 TL ceza uygulanır (m. 17/a). Kanun’un 13’üncü maddesinin birinci fıkrası uyarınca yasaklanan davranışların yapılması halinde, her gün için 1.485.395.000 TL süreli para cezası verilir (m. 17/c). Kurul uzmanlarının 15’inci maddeye dayanarak yerinde inceleme yapmasının engellenmesi halinde uygulanacak süreli para cezası ise, her gün için 1.188.315.000 TL’dir (m. 17/d).

Bu cezalar, Kurul’un alacağı kararların yerine getirilmesinde adli ve inzibati tedbirlerin kullanamayacak olması nedeniyle, kararların gecikmeksizin yerine getirilmesini sağlamak amacıyla öngörülmüştür¹⁹⁴. Kurul’un aldığı kararları ve tedbirleri uygulamaya koyabilmesi için, teşebbüsün bir an önce bu kararlara ve tedbirlere uymakta yarar görmesini sağlayacak başka bir zorlayıcı güce ihtiyacı vardır. Bunu sağlamak üzere, karara ya da tedbire uyulmadan geçen her gün için belirli bir para cezası uygulamak uygun görülmüştür¹⁹⁵.

Söz konusu para cezaları, idari nitelikte para cezalarıdır¹⁹⁶. Para cezası veya süreli para cezası bu Kanun’a aykırı hareket eden tarafların her birine ayrı ayrı

¹⁹³ Rekabet Kurulu bir kararında, tarafların kasıt ve suinayet bulunmadığına ilişkin savunmalarına cevaben; rekabeti engelleyici, sınırlayıcı, bozucu amaç ya da etkinin tarafların kastı ile gerçekleştirilmiş olup olmamasının, 4054 sayılı Kanun’un 4’üncü maddesinin uygulanabilmesi açısından önem taşımadığını; kasıt, ihmal veya kusur gibi, taraf iradelerine ilişkin subjektif değerlendirmelerin aykırılığı ortadan kaldırmadığını; bu tür hususların ihlalin ağırlığı ve süresi ile birlikte taraflar hakkında hükmedilecek ceza miktarının tespitinde göz önünde bulundurulduğunu ifade etmiştir (Rekabet Kurulu’nun 99-13/99-40 sayılı ve 04.03.1999 tarihli kararı-23744 sayılı ve 03.07.1999 tarihli RG).

¹⁹⁴ Ersin, 1996: 49; Müftüoğlu, 2000: 17; Topçuoğlu, 2001: 88.

¹⁹⁵ 4054 sayılı Kanun’un 17’nci maddesinin gerekçesi. 01.09.2004.

<<http://www.rekabet.gov.tr/word/maddegereke.doc>>

¹⁹⁶ Bu hüküm ile, 16 ve 17’nci maddelerde yer alan para cezalarının ceza hukuku anlamında ceza olmadığı, idari para cezası olduğu vurgulanmaktadır (4054 sayılı Kanun’un 18’nci maddesinin gerekçesi. 01.09.2004. <<http://www.rekabet.gov.tr/word/maddegereke.doc>>).

uygulanır (m. 18/I). Süreli para cezaları, kararda belirtilecek tarihten itibaren başlatılır. Buna karşılık, süreli para cezası verilmesine ilişkin karara karşı Danıştay’a başvurulur ve cezanın uygulanması hakkında yürütmeyi durdurma kararı alınır, Danıştay’a başvuru tarihinden itibaren süreli para cezası uygulanmaz (m. 18/II).

Kurul’un para cezası ya da süreli para cezası verme yetkisi; teşebbüslerin başvurusu veya bildirimle, bilgi verme ya da yerinde inceleme yapılmasıyla ilgili hükümlerin ihlali halinde üç yıl, diğer hallerde beş yıl zamanaşımına tabidir. Zamanaşımı, ihlalin gerçekleştiği gün işlemeye başlar. Sürekli veya tekrarlanan ihlaller söz konusu ise süre, ihlalin sona erdiği ya da en son tekrarlandığı günden itibaren başlar. Bu ihlalle ilgili olarak Kurul’un inceleme veya araştırma amacıyla yapacağı herhangi bir işlem, bu işlemin ilgili taraflardan birine tebliği anından itibaren zamanaşımını keser. Karar aleyhine yargı yoluna başvurulmuş olması da zamanaşımı süresini kesen bir diğer nedendir¹⁹⁷ (m. 19).

Kanun’un 55’inci maddesine göre, Kurul’un para cezalarına ve süreli para cezalarına karşı, kararın taraflara tebliğinden itibaren süresi içinde Danıştay’a başvurulabilir. Kanun’un eski halinde, bu süre içinde yargı yoluna başvurulmadığı takdirde kararın kesinleşeceği ve Kurul’un kararı kesinleşmeden para cezalarının tahsil edilemeyeceği belirtilmekteydi. Ancak, 4971 sayılı Kanun ile getirilen değişiklik uyarınca, Kurul kararlarına karşı yargı yoluna başvurulması kararların uygulanmasını ve para cezalarının takip ve tahsilini durdurmamakta ve para cezalarının, Kurul’un nihai kararının ilgisine tebliğ edildiği tarihten itibaren bir ay içinde ödenmesi gerekmektedir.

3.1.1.4. Menfi tespit kararı

Rekabet Kanunu’nun 8’inci maddesine göre, teşebbüsler ve teşebbüs birlikleri yaptıkları anlaşma, karar ve uyumlu eylemlerin yasal belirliliğini ve güvenliğini sağlamak amacıyla Rekabet Kurulu’na başvurarak yaptıkları işlemlerin rekabet kurallarına aykırılık teşkil etmediğine dair bir belgenin kendilerine

¹⁹⁷ Gerekece, bir ihlal hakkında Kurul’un para cezası ve süreli para cezası verme yetkisinin belirli bir süre ile sınırlanmasının yasal belirliliğin ve yasal güvenliğin sağlanması bakımından gerekli olduğu ifade edilmektedir (4054 sayılı Kanun’un 19’uncu maddesinin gerekçesi. 01.09.2004. <<http://www.rekabet.gov.tr/word/maddegerkece.doc>>).

verilmesini isteyebileceklerdir. Bu, ticari hayatın belirsizlikten kurtulması açısından bir zorunluluktur¹⁹⁸.

Menfi tespit kararının verilmiş olması, Kurul’un aynı konuyu daha sonra yeniden değerlendirerek soruşturma açmasına engel teşkil etmemektedir¹⁹⁹. Nitekim, menfi tespit belgesinin verilmesinden sonra; kararın alınmasına esas teşkil eden herhangi bir olayda değişiklik olması, kararın eksik ya da yanlış bilgiye dayanarak verilmiş olması yahut karara bağlanan şartların ve yükümlülüklerin yerine getirilmemesi gibi durumlarda, Rekabet Kanunu’nun 13’üncü maddesi uyarınca, menfi tespit belgesi geri alınabilir ya da teşebbüsün bazı davranışlarda bulunması yasaklanabilir. Menfi tespit belgesinin geri alınması halinde, Kurul’un görüş değiştirdiği süre için cezai müeyyide uygulanmayacaktır (m. 8/II). Diğer taraftan, menfi tespit kararı eksik bilgiye dayanarak verilmiş ve bu durum ilgili teşebbüsün hilesi veya kastı ile gerçekleşmişse, karar hiç alınmamış sayılır ve bu durumda m. 8/II’de belirtilen koruma söz konusu olmaz (m. 13/III).

3.1.1.5. Muafiyet

Muafiyeti düzenleyen 5’inci maddeye göre; Kurul, malların üretim veya dağıtımını ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması, tüketicinin bundan yarar sağlaması, ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması ve rekabetin söz konusu amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması kaydıyla, ilgililerin talebi üzerine, teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birlikleri kararlarının 4’üncü madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulmasına karar verebilir (m. 5/I).

Muafiyetin verilebilmesi için 5’inci maddede sayılan dört şartın aynı anda mevcut olması gerekir. Her şeyden önce rekabeti sınırlayıcı anlaşmanın veya uyumlu davranışın ya da teşebbüs birliği kararlarının, ekonomi üzerinde olumlu etkiler doğurması gerekir. Bu yararlı etkilerin tüketiciye yansımaya sadece firma kârları olarak kalması halinde muafiyet uygulanmayacaktır. Ortaya çıkan yarardan

¹⁹⁸ 4054 sayılı Kanun’un 8’inci maddesinin gerekçesi. 01.09.2004.

<<http://www.rekabet.gov.tr/word/maddegerekce.doc>>

¹⁹⁹ Topçuoğlu, 2001: 90.

tüketicinin adil bir pay alması suretiyle rekabet hukukunun sosyal yönü de ortaya çıkmaktadır. Eğer bu yararlı etkilerin elde edilmesi için daha az rekabet sınırlaması yeterli olacaksa anlaşmaya yine muafiyet verilmeyecektir. Sadece yararlı etkinin elde edilebilmesi için gerekli ve zorunlu olan rekabet sınırlamalarına muafiyet tanınabilecektir. Şu kadar ki bu sınırlamalarla rekabet, ilgili ürün pazarının önemli bir bölümünde tamamen ortadan kaldırılmamalıdır. Muafiyet kararları belirli süreler için verilecek ve belirlenen şartların varlığı halinde bu kararlar yenilenebilecektir. Böylelikle Kurul’a, ilgili pazarda muafiyet kararı verildikten sonra meydana gelebilecek değişimleri ve rekabetin kısıtlanması sonucunu doğurabilecek gelişmeleri sürekli izleme fırsatı verilmiş olmaktadır²⁰⁰.

Muafiyet kararları en çok beş yıl için verilir. Muafiyetin verilmesi belirli şartların ve/veya belirli yükümlülüklerin yerine getirilmesine bağlanabilir. Kurul tarafından verilen muafiyet süresi sona erdiğinde muafiyet şartları halen devam ediyorsa ilgili tarafların başvurusu üzerine muafiyet kararı yenilenebilir (m. 5/II). Ayrıca, birinci fıkrada gösterilen şartları taşıyan anlaşma gruplarına Rekabet Kurulu tarafından bir tebliğ ile grup muafiyeti sağlanabilme imkanı tanınmıştır (m. 5/III). Böylece hem bu anlaşmalar için yasal belirlilik sağlanmış olacak, hem de bu anlaşmaların sağladığı yararlı etkiler ekonomiye kazandırılmış olacaktır²⁰¹.

Konumuz çerçevesinde değerlendirildiğinde; ekonomik ve teknik gelişmenin ve tüketicilerin zararına sonuçlar doğuran ve ilgili pazarda rekabeti yok etmeyi amaçlayan açık kartel uygulamalarının muafiyete konu olamayacağı açıktır.

3.1.2. Özel hukuk alanındaki sonuçlar

Rekabet hukukunun kamu hukukunun yanı sıra özel hukuk karakterini de taşıması ve rekabet hukukuna konu olan işlemlerin temelde özel hukuk alanında gerçekleşmesi nedeniyle, kartel anlaşmaları, özel hukuk alanında da bazı sonuçlar doğurmaktadır²⁰². Uygulanacak özel hukuk yaptırımları konusunda hukuk mahkemeleri yetkilidir. Buna göre, hukuk mahkemeleri, geçersizlik sonucu söz

²⁰⁰ 4054 sayılı Kanun’un 5’inci maddesinin gerekçesi. 01.09.2004.

<<http://www.rekabet.gov.tr/word/maddegerekce.doc>>

²⁰¹ 4054 sayılı Kanun’un 5’inci maddesinin gerekçesi. 01.09.2004.

<<http://www.rekabet.gov.tr/word/maddegerekce.doc>>

²⁰² Sanlı, 2000: 387.

konusu olan iade davaları ve ihlalden kaynaklanan tazminat davalarına bakacaktır. Bir rekabet ihlali sonucunda zarar gördüğünü iddia edenlerin açtıkları davalarda mahkeme, öncelikle bir rekabet ihlalinin söz konusu olup olmadığını belirlemek durumundadır. Bu aşamada, adli mahkemelerin, ülkemizde yeni gelişmekte olan rekabet hukuku konusunda uzmanlaşmış bir kurum olan Rekabet Kurumu’nun yapacağı araştırmalar ve bunun sonucunda vereceği kararları beklemeleri, verecekleri kararın sıhhati açısından yerinde olacaktır. Aynı şekilde, mahkeme önüne gelen olay hakkında daha önceden Rekabet Kurumu veya Danıştay tarafından bir karar verilmiş olması halinde de, bu kararın hukuk mahkemelerince dikkate alınması gerekir. Bu şekilde, farklı yargı kolları arasında çıkabilecek olası bir farklılık da önlenmiş olacaktır²⁰³.

3.1.2.1. Geçersizlik

RKHK’nın 56’ncı maddesinde, 4’üncü maddeye aykırı anlaşma ve teşebbüs birlikleri kararlarının geçersiz olduğu belirtilmektedir. Bu anlaşmalardan ve kararlardan doğan edimlerin ifası istenemez. Daha önceki edimlerin geçersizlik sonucu iadesi ise, Borçlar Kanunu’nun sebepsiz zenginleşme ile ilgili 63’üncü ve 64’üncü maddelerine tabidir (m. 56). Rekabet Kanunu’nun 56’ncı maddesinde ifade edilen geçersizlik mutlak butlan olduğundan, tarafların, bu işlemin rekabete aykırılık sayılacağını bilmemesi veya bilerek kabul etmesi, sonradan icazet vermeleri veya işlemin üzerinden belirli bir süre geçmesi hukuki işlemi geçerli kılmayacaktır²⁰⁴.

Söz konusu maddede kullanılan “anlaşma” terimi, bu maddede rekabet hukukundaki geniş anlamını yitirmekte ve artık teknik ve dar anlamda sözleşmeyi, bir başka ifadeyle hukuki işlem niteliğindeki anlaşmaları ifade etmektedir²⁰⁵.

3.1.2.2. Tazminat

Rekabet Kanunu’nun 57’nci maddesine göre, Kanun’a aykırı olan eylem, karar, sözleşme veya anlaşma ile rekabeti engelleyen, bozan ya da kısıtlayanlar,

²⁰³ Cantürk, İsmet. “Rekabet Ortamı ve Rekabet Kurulu Kararları”. *Çimento İşveren Özel Eki.* <<http://www.cmis.org.tr/dergi/012001/%C3%B6zel%20ek.pdf>>. Rekabet kurallarının uygulanması bakımından, Rekabet Kurulu ve Danıştay ile adli yargı makamları arasındaki ilişki hususunda bkz. ayrıca Aslan, 2001: 411 vd.; Öz, 2000: 185 vd.

²⁰⁴ Öz, 2000: 179.

²⁰⁵ Gürzumar, 2002: 3.

bundan zarar görenlerin her türlü zararını tazmine mecburdur. Zarar görenler, bu amaçla hukuk mahkemelerine başvurabilir. Rekabete aykırı eylemden zarar gören ve dolayısıyla tazminat talep etme hakkına sahip olanlar, rakip teşebbüsler ya da tüketiciler olabilir. Ortaya çıkan zarar, birden fazla teşebbüsün davranışı ile oluştuğu takdirde, söz konusu teşebbüsler bu zarardan müteselsilen sorumlu olurlar.

Zararın tazmini başlıklı 58’inci maddede, tazminatın kapsamı açıklanmıştır. Buna göre; rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması sonucu zarar görenler, ödedikleri bedelle, rekabet sınırlanmasaydı ödemekte olacakları bedel arasındaki farkı zarar olarak talep edebilirler.

Rekabetin sınırlanmasından etkilenen rakip teşebbüsler, söz konusu davranış sonucu uğradıkları bütün zararların tazminini talep edebilirler²⁰⁶. Bu teşebbüslerin zararları belirlenirken, elde etmeyi bekledikleri bütün kârlar, geçmiş yıllara ait bilançolar da dikkate alınarak hesaplanır (m. 58/I).

Ortaya çıkan zarar, anlaşma, karar veya ağır ihmalden kaynaklandığında ise; zarar görenin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın ya da rekabete aykırı eylemi gerçekleştiren teşebbüslerin elde ettiği veya elde etmesi muhtemel kârların üç katı oranında tazminata hükmedilebilecektir (md.58/II).

Zarar hesaplanırken, rekabetin kısıtlanmasından zarar gören teşebbüsün malvarlığının rekabetin kısıtlanmasından sonraki değeri ile rekabet kısıtlanmamış olsa idi ulaşacağı değer arasındaki fark dikkate alınır. Üç katı oranında tazminatın hesaplanmasında rekabete aykırı eylemi gerçekleştiren teşebbüslerin kartel kârının esas alınması halinde ise, söz konusu teşebbüslerin malvarlığında kartel dolayısıyla kaydedilen artış aynı esasa dayanarak hesaplanır²⁰⁷. Uğranılan zararın ya da rekabete aykırı eylemi gerçekleştiren rakip teşebbüslerin bu eylemleri dolayısıyla elde ettikleri kârın miktarını ispat yükü davacıdadır.

²⁰⁶ Öz (2000:182)’e göre, maddenin ilk cümlesinde ihlalden zarar görenlerden, ikinci cümlede ise özellikle rakip teşebbüslerden bahsedilmesinden hareketle, ilk cümlenin, tüketicilerin tazminat taleplerini de içerdiği şeklinde bir yorum yapılabilir. Buna karşılık, İnan (1999: 16), tüketicinin 57 ve 58’inci maddelere dayanarak dava açmasının oldukça zor olduğunu belirtmektedir. Yazara göre, tüketicilerin zararı genel bir zarardır ve Türk hukuk sisteminde, Anglo-Amerikan sisteminde *sınıf davası* olarak adlandırılan bir dava olmadığı için, bir tüketicinin bütün tüketicileri temsilen bir dava açması mümkün değildir. Tek başına dava açması halinde de, kendi zararının ne olduğunu ispat etmesi gerekir ki bu durum tüketici açısından oldukça zordur.

²⁰⁷ Akıncı, 2001: 382.

3.2. Açık Kartellere Uygulanan Yaptırımlar

3.2.1. Fiyat tespiti anlaşmaları

Rekabet Kurulu, LPG kararında, haklarında soruşturma yapılan teşebbüslerin, Adıyaman ili LPG pazarında faaliyet gösteren yerel firmaları piyasa dışına çıkarma amacıyla rekabeti sınırlayıcı anlaşma yaparak 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’u ihlal ettikleri iddiasını incelemiştir. Kurul tarafından yapılan incelemede, şikayete konu teşebbüslerin yaptıkları toplantıda, yerel firmaları pazar dışına itmek amacıyla yıkıcı fiyat uygulamasını kararlaştırdıkları ve uyguladıkları tespit edilmiştir. Kurul, kararında, aşağıdaki değerlendirmelerde bulunmuştur²⁰⁸:

"Fiyat rekabeti, rekabetin en kolay hissedilen önemli bir çeşidi olup, fiyatları olabilecek en alt seviyede tutarak rekabeti teşvik eder ve bu sayede şirketlerin verimlilik ve rekabet koşullarına uyabilme yeteneğiyle doğrudan bağlantılı olarak kaynaklarını en uygun şekilde dağıtmasına imkân vererek tüketiciye geniş bir ürün ve hizmet yelpazesinden yararlanabilme avantajı sağlar. Rekabet Hukuku açısından fiyat tespitine yönelik bu tür anlaşmalar en ciddi rekabete aykırılık halleri arasında değerlendirilmiş ve çok açık bir biçimde yasaklanmıştır.

Teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem veya teşebbüs birliği kararları yoluyla maliyetin altında bir fiyatın belirlenmesi, bu uygulamaya uzun süre dayanabilecek yeterli finansal kaynakları bulunmayan bir rakibi pazar dışına atarak veya pazara girmeye istekli olan firmaları caydırarak 4054 sayılı Kanun’un 4’üncü maddesine açık bir aykırılık oluşturmaktadır".

Rekabet Kurulu, bu değerlendirmeler ışığında, somut olayda söz konusu olan anlaşma ve eylemlerin, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un; rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarını yasaklayan 4’üncü maddesinin “Mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kâr gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesi” şeklindeki (a) ve “rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması veya piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin boykot ya da diğer davranışlarla piyasa

²⁰⁸ Rekabet Kurulu’nun 93/750-159 sayılı ve 26.11.1998 tarihli kararı (24255 sayılı ve 09.12.2000 tarihli RG).

dışına çıkartılması yahut piyasaya yeni gireceklerin engellenmesi” şeklindeki (d) bentlerine aykırılık teşkil ettiği ve bu nedenlerden dolayı, ihlali gerçekleştiren teşebbüslerinin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 16’ncı maddesinin ikinci fıkrası uyarınca cezalandırılmaları gerektiği görüşüne ulaşmıştır. Bu doğrultuda; 4054 sayılı Kanun’un 16’ncı maddesinin ikinci fıkrası gereğince her bir şirket için ayrı ayrı takdir edilen ve 5.800.000.000. TL ile 43.374.322.500. TL arasında değişen idari para cezaları uygulanmıştır.

Karşı oy yazısında²⁰⁹ ise, belirlenen para cezasının çok sembolik ve yetersiz olduğunun açık olduğu; açık kartel anlaşmalarının varlığı halinde, ilgili ürün piyasasında hakim durumda olan teşebbüslerin böyle sembolik cezalarla cezalandırılmalarının zaten oligopolist bir yapıda olan piyasayı olumsuz yönde etkileyeceği ve dolayısıyla caydırıcılığın sağlanamayacağı ve bu durumun piyasaya girmek isteyen teşebbüslerin cesaretini de kırabileceği belirtilmiştir.

Rekabet Kurulu’nun, fiyat tespiti konulu bir diğer kararında, Hürriyet Gazetecilik ve Matbaacılık A.Ş., Milliyet Gazetecilik A.Ş., Simge Yayıncılık ve Dağıtım A.Ş. ve Sabah Yayıncılık A.Ş.’nin uyumlu eylem yoluyla Hürriyet, Milliyet ve Sabah gazeteleri ile Fanatik ve Taraftar-Fotomaç gazetelerinin fiyatlarını birlikte belirledikleri iddiası incelenmiştir. Anılan kararda aşağıdaki tespit ve değerlendirmeler yer almaktadır²¹⁰:

"Önaraştırma döneminde yapılan yerinde incelemeler sırasında günlük siyasi gazetelerin ve günlük spor gazetelerinin fiyatlarının belirlenmesi amacını taşıyan, Doğan ve Sabah Grupları arasında gazete yayıncılığı piyasasında kendi bağımsız davranışları yerine geçen ve piyasadaki fiyat konusunda belirsizlikleri ortadan kaldıran bir koordinasyon olduğunu gösteren bulgulara ulaşılmıştır. Bu çerçevede, Yönetim Kurulu Üyesi ve İcra Kurulu Başkan Yardımcısı H.İ.S.’in sekreteryasında mevcut belgeler üzerinde yapılan incelemede, icra kurulu toplantılarına ait olduğu anlaşılan bazı karar metinleri tespit edilmiştir. Söz konusu metinlerde aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

²⁰⁹ Bahaddin Elçi’ye ait karşı oy yazısı.

²¹⁰ Rekabet Kurulu’nun 17.07.2000 tarihli ve 00-26/291-161 sayılı kararı (15.04.2001 tarihli ve 24374 sayılı RG).

Pazar günleri verilen ilavelerin yüksek maliyetinden dolayı yapılması düşünülen zammın Ekim ayında olabileceği düşünüldü. Ayrıca Sabah Grubunun Eylül başından itibaren 125.000 TL’ye artırım fikri tartışıldı.

Milliyet-Sabah-Hürriyet-Radikal-Yeniyüzyıl Gazetelerinin satış rakamları incelendi, promosyon programları gözden geçirildi. Gazete fiyatları konusunda Sn. Y. E (Hürriyet Gazetecilik ve Matbaacılık A.Ş.’de Yönetim Kurulu üyesi), Sabah ile yapılan görüşme konusunda bilgi verdi...

Sabah Grubu ile mutabık kalarak Fotomaç ile Fanatik gazetesinin satış fiyatının 1 Eylül Salı gününden itibaren 40.000 TL’den 50.000 TL’ye artırılmasına karar verildi.”

Kararda, gazetelerin piyasa davranışlarını koordine ettiklerini, belirli sürelerde bir araya gelerek gelecekle ilgili kararlar aldıklarını ve doğrudan ya da dolaylı olarak fiyatı belirleyen unsurlar üzerinde karar verdiklerini gösteren bulguların ve alınan kararların hayata geçirilip geçirilmediğinin tespit edilmesi amacıyla, Hürriyet Gazetecilik ve Matbaacılık A.Ş., Simge Yayıncılık ve Dağıtım A.Ş., Milliyet Gazetecilik A.Ş.’ ve Sabah Yayıncılık A.Ş.’den alınan ve fiyat artışları ve tarihlerine ilişkin olan aşağıdaki tablolar verilmektedir.

Tablo 3.1. Taraftar - Fotomaç ve Fanatik Gazeteleri Fiyat Hareketleri

Tarih	Taraftar - Fotomaç	Fanatik	Fiyat Hareketi Niteliği
07.05.1997	20.000	20.000	Her ikisi de aynı gün
18.07.1997	30.000	30.000	Her ikisi de aynı gün
20.12.1997	40.000	40.000	Her ikisi de aynı gün
01.09.1998	50.000	50.000	Her ikisi de aynı gün
14.12.1998	60.000	60.000	Her ikisi de aynı gün
16.04.1999	60.000	75.000	Bir gün arayla
17.04.1999	75.000	75.000	

Kaynak: Rekabet Kurulu’nun 17.07.2000 tarihli ve 00-26/291-161 sayılı kararı (15.04.2001 tarihli ve 24374 sayılı RG).

Tablo 3.2. Hürriyet, Milliyet ve Sabah Gazeteleri Fiyat Hareketleri

Tarih	Hürriyet	Milliyet	Sabah	Fiyat Hareketi Niteliği
25.06.1995	20.000	15.000	15.000	
26.06.1995	20.000	15.000	20.000	Hürriyet-Sabah aynı gün
01.07.1995	20.000	20.000	20.000	
09.08.1995	20.000	20.000	25.000	6 gün içinde 25.000 yapılmış
12.08.1995	20.000	25.000	25.000	
15.08.1995	25.000	25.000	25.000	
16.11.1995	30.000	30.000	30.000	Her üçü de aynı gün
12.12.1995	35.000	35.000	35.000	Her üçü de aynı gün
13.01.1996	40.000	40.000	40.000	Her üçü de aynı gün
14.04.1996	45.000	45.000	45.000	Her üçü de aynı gün
01.06.1996	50.000	50.000	50.000	Her üçü de aynı gün
15.11.1996	50.000	50.000	60.000	
18.12.1996	70.000	50.000	80.000	
15.01.1997	70.000	80.000	80.000	
07.02.1997	70.000	90.000	90.000	Sabah-Milliyet aynı gün
17.02.1997	80.000	90.000	90.000	
03.03.1997	80.000	90.000	40.000	
28.03.1997	120.000	120.000	40.000	
06.04.1997	35.000	30.000	40.000	
18.04.1997	40.000	40.000	40.000	
19.07.1997	40.000	40.000	50.000	
06.08.1997	40.000	50.000	50.000	
07.08.1997	50.000	50.000	50.000	
08.09.1997	50.000	50.000	60.000	
20.09.1997	60.000	60.000	60.000	
02.10.1997	60.000	60.000	70.000	
25.10.1997	70.000	70.000	70.000	
29.11.1997	80.000	80.000	80.000	Her üçü de aynı gün
20.12.1997	100.000	100.000	100.000	Her üçü de aynı gün
15.03.1998	110.000	110.000	100.000	Bir gün ara ile fiyat artışı yapılmıştır.
16.03.1998	110.000	110.000	110.000	
11.05.1998	110.000	110.000	70.000	
29.06.1998	110.000	110.000	80.000	
29.07.1998	110.000	110.000	90.000	
14.08.1998	110.000	110.000	100.000	
01.09.1998	120.000	120.000	100.000	
09.11.1998	120.000	120.000	120.000	
14.12.1998	130.000	130.000	130.000	Her üçü de aynı gün

Kaynak: Rekabet Kurulu’nun 17.07.2000 tarihli ve 00-26/291-161 sayılı kararı (15.04.2001 tarihli ve 24374 sayılı RG)

Yukarıdaki tablolardan, çok kısa dönemler haricinde, fiyatların birbirine çok yakın, hatta fiyat artış oran ve tarihlerinin aynı olduğu görülmektedir. Bu bulgular ışığında, Kurul, Hürriyet Gazetecilik ve Matbaacılık A.Ş., Milliyet Gazetecilik A.Ş., Sabah Yayıncılık A.Ş. ve Simge Yayıncılık ve Dağıtım A.Ş.’nin günlük yayın yapan siyasi gazeteler ve spor gazeteleri pazarlarında, Hürriyet, Milliyet, Sabah ve Taraftar-Fotomaç, Fanatik gazetelerinin satış fiyatlarını kendi bağımsız davranışları yerine geçen uyumlu eylemler ile belirlediklerine; tarafların bu eylemlerinin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 4’üncü maddesinin "Mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kâr gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesi" şeklindeki (a) bendine uygunluk gösterdiğine; teşebbüslerin 1997 yılı ciroları esas alınmak üzere, 4054 sayılı Kanun’un 16’ncı maddesinin ikinci fıkrası gereğince, takdiren bu cirolarının % 0,5 oranında; Hürriyet Gazetecilik ve Matbaacılık A.Ş.’nin 246.142.680.000 TL, Milliyet Gazetecilik A.Ş.’nin 177.811.405.000 TL, Sabah Yayıncılık A.Ş.’nin 183.397.025.555 TL ve Simge Yayıncılık ve Dağıtım A.Ş.’nin 35.778.845.000 TL idari para cezası ile cezalandırılmalarına karar vermiştir.

Kararda ele alınması gereken bazı hususlar bulunmaktadır. Kararda, ilgili teşebbüslerden elde edilen bilgiler doğrultusunda ulaşılan ekonomik sonuçların yanı sıra, gruplar arasında fiyat tespitine yönelik olarak yapılan toplantılardan, gruplar arasında bir işbirliğinin olduğunun açık olarak ortaya çıktığı ifade edilmekte; buna karşın, kararın sonuç bölümünde, gazetelerin fiyatlarını kendi bağımsız davranışları yerine geçen uyumlu eylemler ile belirledikleri ve bu nedenle para cezasına hükmedildiği belirtilmektedir. Kartel ve benzeri bir işbirliğine ilişkin anlaşmaların açık bir şekilde görüldüğü durumlarda, bu durumun uyumlu eylemle açıklanmasına ihtiyaç duyulma nedeni anlaşılamamaktadır.

Ayrıca, maya üreticisi teşebbüslerle ilgili Rekabet Kurulu kararında²¹¹, soruşturmaya taraf olan teşebbüslerden Akmaya’nın uyumlu eylem ihlalinde yer almasına rağmen diğer teşebbüsler kadar yoğun olarak ihlal niteliğindeki faaliyetlerde bulunmadığı hususu göz önünde bulundurularak, cezanın

²¹¹ Rekabet Kurulu’nun 27.06.2000 tarihli ve 00-24/255-138 sayılı Kararı (29.11.2000 tarihli ve 24245 sayılı RG).

hesaplamasında, Pak Gıda, Özmaya, Safmaya ve Maurimaya’nın cirosunun % 1’i, Akmaya’nın ise cirosunun % 0,5’i esas alınmıştır. Buna karşılık, gazete olayında, söz konusu teşebbüslerin cirolarının % 0,5’i oranında cezaya hükmedilmesinin sebebi karar metninde bulunmamaktadır.

3.2.2. Pazar paylaşma anlaşmaları

Rekabet Kurulu, bir kararında, fiyat tespitinin yanı sıra, 4’üncü maddenin (b) bendinde ifadesini bulan pazar paylaşma eylemini gerçekleştirdikleri gerekçesiyle, BBD ve YAYSAT’ın Kanun’un 16’ncı maddesinin ikinci fıkrası gereğince para cezası ile cezalandırılmalarına karar vermiştir.

Söz konusu olaya ilişkin soruşturma esnasında; BBD Birleşik Basın Dağıtım Anonim Şirketi ve YAYSAT Yayın Satış, Pazarlama ve Dağıtım Anonim Şirketi’nin, birlikte kurmuş oldukları BİRİYAY Birleşik Yayın Dağıtım Anonim Şirketi vasıtasıyla koordinasyon sağlayarak; gazete ve dergi dağıtım piyasasını bölüşmek, müşteri yayınlarını paylaşmak, müşteri yayınevlerine ait gazete ve dergilerin dağıtımına ilişkin komisyon oranlarını ve dağıtılan yayınlardan alınacak sabit ücretleri birlikte tespit etmek suretiyle, Kanun’un 4’üncü maddesini açık bir biçimde ihlal ettikleri tespit edilmiştir. Pazar paylaşımına ilişkin olarak, kararda zikredilen tespitler şunlardır²¹²:

"Soruşturma safhasında taraflardan elde edilen bilgiler incelendiğinde, BİRİYAY’ın kurulduğu tarihte (Mayıs 1996) BBD ve YAYSAT ile cari dağıtım sözleşmeleri bulunan “müşteri yayınevlerinin” sözleşmelerinin 31 Mayıs - 1 Haziran tarihlerinde feshedildiği ve bu yayınevlerinin 1 Haziran 1996 tarihi itibarıyla BİRİYAY ile sözleşme imzaladıkları görülmektedir. BBD’den alınan verilere göre, BBD’nin 1996 yılı içerisinde toplam 89 adet yayınevi ile dağıtım sözleşmesi yürürlükte dir. Bu sözleşmelerden 13’ü BİRİYAY’ın kuruluşundan önce sona ermiştir. BİRİYAY kurulduğu sıralarda yürürlükte olan 76 sözleşmeden 64’ü 31.05.1996 tarihinde, TÜBİTAK ile yapılmış olanı ise 30.06.1996 tarihinde feshedilmiştir. Anılan tarihte devam eden 11 adet sözleşmenin tarafları ise, BBD’nin ortağı olan

²¹² Rekabet Kurulu’nun 17.07.2000 tarihli ve 00-26/292-162 sayılı kararı (26.04.2001 tarihli ve 24384 sayılı RG).

yayınevleridir. BİRYAY’ın kurulması ile birlikte BBD ile yapmış oldukları dağıtım sözleşmesi feshedilen 65 yayınevinden, 53’ünün 1 Haziran 1996 tarihinde BİRYAY ile dağıtım anlaşması yaptıkları, 10 tanesinin ise, daha sonraki tarihlerde BİRYAY ile sözleşme imzaladıkları tespit edilmiştir. YAYSAT ise, Mayıs 1996 tarihi itibarıyla 91 adet yayınevi ile cari dağıtım sözleşmesine sahip olup bunlardan 81’ini 1 Haziran 1996 tarihinde feshetmiştir. Bu yayınevlerinden 59’u 1 Haziran 1996’da, 9’u da daha sonraki muhtelif tarihlerde BİRYAY ile sözleşme imzalamıştır.

BİRYAY evrakı arasında, “BBD’DEN BİRYAY’A DEVREDİLEN YAYINEVLERİ” başlıklı ve 01.06.1996 tarihli beş adet liste bulunmuştur. Bu listelerde, “NO, MÜŞTERİ YAYINEVLERİ, YAYINLAR, KOMİSYON ORANI, SAYI BAŞINA DAĞITIM ÜCRETİ” alt başlıklı sütunlar yer almakta ve listelerde 58 ila 62 arasında yayınevinin ve bu yayınevlerine ait yayınların ismi bulunmaktadır.

BİRYAY tarafından YAYSAT’a gönderilen yazıda, aynen; “10 gün geçmiş olmasına rağmen, aşağıda adları yazılı yayınevlerinin BİRYAY A.Ş. ile yapmaları gereken sözleşmenin yasal olarak tamamlanmadığı saptanmıştır” denilmektedir.

YAYSAT tarafından BİRYAY’a gönderilen yazıda ise “Şirketimizce dağıtıma alınması uygun görülen yayına ait yayınevi ve yayın bilgileri aşağıda verilmiş olup, dağıtım sözleşmeleri onay için ekte gönderilmiştir...” denilmektedir.

BİRYAY tarafından “İMAJ YAYINCILIK A.Ş.”ye gönderilen yazıda ise; “Haftalık olarak yayınlamayı planladığınız mizah dergisini YAYSAT A.Ş. ile dağıtmanız uygun görülmüştür. Ancak, yayına başlamadan önce, gerekli evrakı tamamlayarak şirketimizle (BİRYAY A.Ş.) dağıtım sözleşmesi imzalamanız gerekmektedir” ifadeleri yer almaktadır.

BİRYAY tarafından BBD’ye gönderilen yazıda ise; “CEM BASIM YAYIN A.Ş. (CEM VAKFI)’nin sahibi bulunduğu AYLIK ‘CEM DERGİSİ’nin dağıtımının şirketiniz tarafından yapılması uygun görülmüştür” ifadesi yer almaktadır.

Bu doğrultuda, kararda, şu değerlendirmelerde bulunulmuştur: "Soruşturma safhasında taraflardan elde edilen bilgiler incelendiğinde, gerek BBD’nin gerekse YAYSAT’ın 01.06.1996 tarihi itibarıyla, müşteri yayınevleri ile yapmış oldukları bütün cari sözleşmeleri feshederek, bu sözleşmeleri BİRYAY’a devrettiklerini

bildirmeleri, müşteri yayınevlerinin de 01.06.1996 tarihinde BİRİYAY ile genellikle daha yüksek dağıtım komisyonu oranı ve tazminat rakamları gibi öncekilere oranla daha ağır şartlar içeren sözleşmeler imzalamaları, müşteri yayınevlerinden bir kısmının bu sözleşmeleri imzalamakta direnmeleri ve BİRİYAY’ın BBD ve YAYSAT’tan kendisi ile dağıtım sözleşmesi imzalamayan yayınevlerinin yayınlarının dağıtımının durdurulmasını talep etmesi dikkate alındığında, BBD ve YAYSAT’ın, ellerindeki müşteri yayınlarını BİRİYAY’a devretmek ve gazete ve dergi dağıtım piyasasını paylaşarak BİRİYAY’ı müşteri yayınevleri karşısında tek muhatap konumuna getirmek suretiyle piyasadaki rekabeti ortadan kaldırdıkları anlaşılmaktadır. BİRİYAY, faaliyete geçmesinden sonra kendisi ile dağıtım sözleşmesi yapan müşteri yayınevlerine ait yayınların dağıtımını BBD ile YAYSAT arasında paylaşmıştır. Dolayısıyla, pazar paylaşımının yanı sıra, BİRİYAY vasıtasıyla müşterilerin paylaşılması da söz konusudur".

Sonuç olarak, 4’üncü madde ihlallerinden dolayı, BBD’ye 268.662.251.500 TL, YAYSAT’a 495.126.185.000 TL para cezası verilmiştir.

3.2.3. İhalelerde danışıklılık

Rekabet Kurulu, bilgisayar ihalelerinde TSE uygunluk belgesi yerine yabancı standartlara uygunluk şartı aranması suretiyle rekabetin bozulduğu iddiasının incelendiği 1997 tarihli bir kararında 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un kamu alımlarını kapsamadığını ve dolayısıyla, kamu kuruluşlarının ihalelerinde ortaya çıkabilecek rekabet ihlallerine yönelik olarak dayanağını 4054 sayılı Kanun’dan alan herhangi bir işlem yapma imkanı bulunmadığını belirtmiştir²¹³.

Diğer taraftan, Kurul, 2000 tarihli bir kararında, “Ankara Motor Yenileme Atelyeleri Anlaşma Protokolü”nün 4054 sayılı Kanun’un 4’üncü maddesini ihlal edici nitelik taşıdığını; zira, Protokolde, fiyat listelerinin belirlenmesi, iskonto şartları, yayımlanan fiyat listelerinin altındaki bir fiyatla hizmet ya da teklif verilmemesi, kura seçimi sonucu belirlenen firmaların verilen sıra numarası ile

²¹³ Rekabet Kurulu’nun 03.12.1997 tarihli ve 41/269-19 sayılı kararı (23532 sayılı ve 14.11.1998 tarihli RG). 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un kamu alımlarını kapsamadığı yönündeki kararın bir dayanağının ve geçerliliğinin bulunmadığı görüşü için bkz. Emek, 2002: 50-51.

ihalelere girebilmesi ve gerek fiyat listelerinin oluşturulmasının gerekse alınmış olan kararlara göre verilen tekliflerin oluşturulan yönetim kurulunca denetlenebilmesi şeklinde sıralanabilecek yükümlülük ve sınırlamalar getirildiğini; söz konusu Protokolün, piyasaya yönelik olarak alınan ve 4054 sayılı Kanun’u açık bir biçimde ihlal etmek suretiyle ilgili pazardan hizmet bekleyen kurum ve kuruluşların ihtiyaçlarını rasyonel şekilde karşılayamamaları sonucunu doğuran bir teşebbüs birliği kararı olduğunu belirtmiştir²¹⁴.

İhalelere fesat karıştırılmasına ilişkin olarak birçok kanunda hüküm bulunması ve bu durumun kanun koyucunun belirli bir stratejisi çerçevesinde gerçekleşmemiş olması, bu husustaki karışıklığın başlıca nedenidir²¹⁵.

Emek (2002: 3), ihalelere fesat karıştırma hallerini rekabeti bozma, siyasi himaye ve yolsuzluk olarak üçe ayırmaktadır. Bu ayırım çerçevesinde ve ihalelerde rekabetin korunması hakkında çeşitli kanunlarda yer alan hükümleri de göz önünde bulundurarak, ihalelerde rekabetin korunması kapsamında aşağıda açıklanan yolu izlemek mümkündür²¹⁶.

Her ne kadar farklı kanunlarda ihalelerde rekabete aykırılığa ilişkin hükümler yer alsada, teşebbüsler arasında vücuda getirilen bir kartel dolayısıyla ihalelere fesat karıştırılması 4054 sayılı Kanun’un 4’üncü maddesi çerçevesinde Rekabet Kurumu’nca ele alınması gereken bir konudur. Rekabete aykırılığın varlığı yönünde bir karar alınması halinde yapılması gereken, soruşturmanın Rekabet Kanunu çerçevesinde sürdürülmesidir. Soruşturma 4054 sayılı Kanun’a göre sonuçlandırılıp, rekabeti bozucu davranışın tespiti halinde para cezası uygulanmalıdır. Türk Ceza Kanunu’nu ve cezai hükümler içeren diğer kanunları ilgilendiren bir durumun varlığında ise, Rekabet Kurumu Cumhuriyet Savcılığı’na suç duyurusunda bulunmalı; olayın mahkeme tarafından ele alınması halinde ise Rekabet Kurumu’nun

²¹⁴ Rekabet Kurulu’nun 27.2.2000 tarihli ve 01-10/100-24 sayılı kararı (24472 sayılı ve 24.07.2001 tarihli RG). Emek (2002: 52-54); bahse konu ikinci kararı isabetli bulmakta; Rekabet Kurumu’nun belirli eşik değerlerin üzerindeki kamu ihalelerinde 4054 sayılı Kanun’un kendisine verdiği yetkiye istinaden resen soruşturma başlatması gerektiğini ve bu çerçevede, ihalelerde etkinliğin artırılması için 4054 sayılı Kanun’un etkili bir biçimde uygulanmasının ve ihalelerde rekabeti bozucu davranışların Kanun kapsamında oluşturulmasının gerekli olduğunu ifade etmektedir.

²¹⁵ Bu hususta bkz. Emek, 2002: 3.

²¹⁶ Emek, Kasım 2004, sözlü görüşme.

yapmış olduğu soruşturma ve almış olduğu karar mahkeme tarafından delil olarak dikkate alınmalıdır.

İhale sürecinde idarenin ve tarafların 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar çerçevesinde uyması gereken kuralların denetimi ve yaptırımından ise Kamu İhale Kurumu sorumlu olmalıdır. Rekabet soruşturmasında olduğu gibi Kurum’un kararları Türk Ceza Kanunu ve Çıkar Amaçlı Suçlarla Mücadele Kanunu’nun uygulamaları açısından mahkemelerce delil olarak dikkate alınmalıdır. Esasen Kamu İhale Kanunu’nun ilgili hükümleri buna zaten cevaz vermektedir. Dolayısıyla, Kamu İhale Kanunu kapsamında ayrılması gereken husus, doğrudan rekabet düzenini korumaya yönelik soruşturmaların Rekabet Kurumu tarafından yürütülmesinin sağlanmasıdır. Rekabet Kurumu ile Kamu İhale Kurumu’nun kendi kanunlarını uygulama esnasında karşılaşacakları sorunun giderilmesi ve yukarıda bahsedilen yöntemin izlenmesi esnasında eşgüdümün sağlanması amacıyla her iki kurum arasında bir Protokol imzalanması gerekmektedir.

Belirtmek gerekir ki; bütün kanunlarda kamu ihalelerinde rekabet bozucu davranışlar suç sayılsa da, bu kanunların ilgi alanları birbirinden farklıdır. Kamu ihalelerinde Rekabet Kurumu’nun temel kaygısı rekabetin korunması amacıyla danışıklı teklifleri azaltmak ve ticari işlemlerde etkinliği artırmaktır. Kamu İhale Kurumu’nun temel kaygısı saydam, rekabetçi ve eşitlikçi bir ihale sürecinin tesisinin sağlanmasıdır. Ceza kanunlarının temel kaygısı ise, kamu kaynaklarının harcanması aşamasında, rekabetin engellenmesi, rüşvet ve siyasi himayecilik gibi araçlar ile ihaleye fesat karıştırarak kamu kaynaklarından kendilerine rant aktarmaya çalışanların cezalandırılmasıdır. Sonuç olarak ihalelerde rekabeti bozmanın çeşitli yöntemleri bulunmaktadır. İhalelerde danışıklı teklif vererek oluşturulan karteller Rekabet Kurumu tarafından cezalandırılmalıdır. İhale sürecinde idare ile teklif sahipleri arasındaki ilişkiden kaynaklanan davranışlar Kamu İhale Kurumu tarafından soruşturulmalı ve yaptırım uygulanmalıdır. Suçun boyutu ve kastın niteliğine göre de, bu iki kurumun kararları ceza kanunlarının uygulanmasında delil olarak dikkate alınmalıdır.

3.2.4. Birden fazla ihlal türünü kapsayan kararlar²¹⁷

Rekabet Kurulu’nun çimento kararına²¹⁸ konu teşebbüslerin, Ege Bölgesinde, yıllık satış miktarlarını birlikte tespit etmek suretiyle tonaj bazında pazar paylaşımına gittikleri, fabrikaların bulunduğu merkezlerin ve yakın çevresinin yöre fabrikasına terk edilmesi suretiyle pazarı coğrafi olarak da paylaştıkları, sürekli toplantılar düzenlemek suretiyle fiyatları piyasa koşullarının dışında tespit ettikleri, belirlenen fiyat düzeyini korumak amacıyla kapasite artışlarından kaynaklanan ve yıllık olarak tespit edilen satış tonajlarını aşan miktardaki ürün fazlalığının belli bir bölümünü zorunlu olarak ihracata tabi tutmak suretiyle bir ihracat karteli oluşturdukları tespit edilmiştir. Kararda; anılan eylemlerin, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un “Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar” başlıklı 4’üncü maddesinin birinci fıkrasına ve özellikle ikinci fıkranın (a), (b) ve (c) bendini açıkça ihlal eder nitelikli olduğu, bu nedenlerden dolayı, söz konusu teşebbüslerinin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 16’ncı maddesinin ikinci fıkrası uyarınca cezalandırılmaları gerektiği görüşüne ulaşılmıştır. Bu doğrultuda, kartel üyesi teşebbüslere, 71.159.004.329 TL ile 278.234.520.000 TL arasında değişen para cezaları verilmiştir.

Rekabet Kurulu, bir diğer kararında²¹⁹, teşebbüslerin; gübre satış fiyatlarını anlaşarak tespit ettiklerini; toplu gübre alım ihalelerinde uyumlu eylem halinde belli bölgeleri ve dolayısıyla bu bölgelerde tedarik edilen miktarları paylaştıklarını ve Tarım Kredi Kooperatifleri Merkez Birliğinin 1999 sonbahar ihalesine uyumlu eylem halinde girmediklerini tespit etmiş; bu eylemlerin, Rekabet Kanunu’nun 4’üncü maddesinin birinci fıkrasındaki genel hükmü ve özellikle de, ikinci fıkranın (a) ve (b) bentlerini açıkça ihlal eder nitelikli olduğu görüşüne ulaşmıştır.

Sonuç olarak; (i) fiyat tespiti anlaşmalarına katıldıkları anlaşılan teşebbüslere, katıldıkları anlaşma sayıları dikkate alınarak, 1999 yılı net satışlarının yüzde 0,71’i

²¹⁷ Miktar kısıtlamaya, bir başka ifadeyle arz ya da talep miktarının kontrol edilmesine ilişkin kartel anlaşmaları, genellikle diğer kartel türleriyle ve özellikle pazar paylaşma anlaşmalarıyla bir arada yer aldığından, konuya ilişkin örnekler bu başlık altında zikredilmektedir.

²¹⁸ Rekabet Kurulu’nun 17.06.1999 tarihli ve 99-30/276-166 (a) sayılı kararı (24192 sayılı ve 06.10.2000 tarihli RG).

²¹⁹ Rekabet Kurulu’nun 8.2.2002 tarihli ve 02-07/57-26 sayılı kararı (25444 sayılı ve 26.04.2004 tarihli RG).

ile yüzde 1’i arasındaki oranlarla ve 128 milyar TL ile 905 milyar TL arasında değişen miktarlarda para cezası verilmesine; (ii) toplu gübre alım ihalelerinde uyumlu eylem halinde belli bölgeleri ve dolayısıyla bu bölgelerde tedarik edilen miktarları paylaşan teşebbüslere, 1999 yılı net satışlarının yüzde 1’i oranında ve 180 milyar TL ile 905 milyar TL arasında değişen miktarlarda para cezası verilmesine; (iii) Tarım Kredi Kooperatifleri Merkez Birliğinin 1999 Sonbahar İhalesine uyumlu eylem halinde girmemek suretiyle 4054 sayılı Kanun’un 4’üncü maddesini ihlal eden teşebbüslere, 1999 yılı net satışlarının binde ikisi oranında ve 36 milyar TL ile 118 milyar TL arasında değişen miktarlarda para cezası verilmesine karar verilmiştir.

Söz konusu Karara karşı yazılan muhalefet şerhlerinde de belirttiği üzere, kararda, rekabeti ihlale yönelik amacın açık olduğu anlaşma ve kararlar değerlendirilirken, söz konusu kararlara ve anlaşmaya taraf teşebbüslerce uyulup uyulmadığı yönüyle bir değerlendirme yapılması ya da anlaşmalarda zikredilen hususların uygulandığına dair yeterli delil bulunmadığı yönünde görüş belirtilmesi ve idari para cezalarının miktarının belirlenmesi sırasında; kusurun ağırlığı, ceza uygulanan teşebbüslerin pazar içindeki güçleri ve muhtemel zararların boyutları dikkate alınmadan bir yıl önceki gayri safi gelirlerine oranla düşük cezaların belirlenmiş olması, ceza mantığı bakımından yasanın yaptırım gücü ve caydırıcılığının göz önünde bulundurulmadığını göstermektedir. Halbuki, Rekabet Kurulu’nun şirket net satışlarının % 10’una kadar ceza verme yetkisi bulunmaktadır. Kurul, bu yetkiyi kullanırken kastın varlığını, kusurun ağırlığını dikkate almalıdır. Gübre üreticisi şirketlerin yaptığı tespit edilen fiyat belirleme anlaşmalarının, en ağır rekabet ihlallerinden biri olması ve yıllar boyunca sürmüş bulunması nedeniyle, daha ağır para cezalarına hükmedilmesi gerekirdi²²⁰.

²²⁰ Bkz. Dr. Kemal Erol, İsmet Cantürk, A. Ersan Gökmen, Prof. Dr. Zühtü Aytaç, Rıfki Ünal ve Murat Gencer’e ait muhalefet şerhleri.

3.3. Değerlendirme

3.3.1. Avrupa Birliği ile uyum durumu

Açık karteller bakımından Türk rekabet hukuku ve uygulamasının AB ile uyum bakımından arz ettiği eksiklikler, 2003 yılı Katılım Ortaklığı Belgesi, 2003 yılı Ulusal Programı ile 2003 ve 2004 İlerleme Raporlarında aşağıdaki şekilde yer almaktadır:

2003 yılı Katılım Ortaklığı Belgesinde²²¹, kısa vadeli öncelikler arasında, antitröst alanındaki ikincil mevzuata uyumun tamamlanması ve rekabet ihlalleriyle ilgili temyiz başvurularının sonuçlandırılmasında karşılaşılan gecikmelerin azaltılması hususlarına değinilmiştir.

2003 yılı Ulusal Programında²²², Rekabet Kurumu’nun faaliyete geçtiği günden bugüne elde edilen tecrübeler ışığında özellikle bilgi toplama ve yerinde inceleme konularında karşılaşılan sorunların giderilmesi için, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da yapılması gerekli değişiklik ve ilavelerin hayata geçirilmesinin amaçlandığı ve söz konusu Kanun’la düzenlenen para cezalarının etkin olarak uygulanmasının hedeflendiği belirtilmektedir. Ulusal Programda yer alan mevzuat uyum takvimi tablosunda; Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşmanın 81’inci maddesinin yatay işbirliği anlaşmalarına uygulanması hakkında Kılavuz; Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşmanın 81’inci maddesi çerçevesinde rekabeti sınırlayabilecek ölçekte olmayan anlaşmalara ilişkin Komisyon Bildirisi ve Kartel davalarında cezalardan bağışıklık ve cezaların indirilmesi hakkında Komisyon Bildirisine uyum sağlanacağı belirtilmiş, zamanlama hususunda ise bir açıklamaya yer verilmemiştir²²³.

2003 ve 2004 yılı İlerleme Raporlarında²²⁴ aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

"İdari kapasite ile ilgili olarak, Rekabet Kurumu’nun inceleme yetkileri güçlendirilmiştir. Kurum, artık bir mahkeme kararıyla, soruşturulmakta olan

²²¹ Bkz. DPT, 2003a: 13.

²²² 24.7.2003 tarihli ve 25178 sayılı 1. Mükerrer Resmi Gazete: 185 vd.

²²³ Mevzuat uyumu takvimi tablosunda "Cezaların uygulanması hakkında Kılavuz" yer almamaktadır.

²²⁴ Bkz. DPT, 2003b: 68-69; DPT, 2004b: 80-81.

şirketlerden bilgi ve belgeleri edinmek amacıyla, yerinde incelemelerde bulunabilmektedir. Buna ilaveten, TBMM tarafından Rekabet Kanunu’nda değişiklik yapılmasına ilişkin bir Kanun kabul edilmiş ve söz konusu değişiklik ile, Rekabet Kurumu tarafından verilen cezaların Danıştay tarafından onaylanması beklenmeden tahsil edilmesine imkan sağlanmıştır. Bu hüküm, Rekabet Kurumu kararlarının daha etkili biçimde uygulanmasını sağlamaktadır (2003).

Genel olarak, Türkiye’nin rekabet mevzuatı büyük ölçüde Topluluk rekabet kurallarının temel ilkelerini örnek almıştır. ... Özellikle Topluluğun ... yatay işbirliği anlaşmalarına ilişkin yeni politikaları çerçevesinde daha fazla uyuma ihtiyaç bulunmaktadır (2004).

Hâlâ, rekabeti sınırlayabilecek ölçekte olmayan anlaşmalara ve yatay kısıtlamalara ilişkin uygulama mevzuatı bulunmamaktadır (2003).

Davaların Danıştay’da ele alınmasındaki gecikmeler endişeye neden olmaktadır. Rekabet Kanunu’nda geçen yıl yapılan değişikliklerin rekabet kurallarının uygulanmasındaki etkinliği artırması beklenmektedir. Bununla birlikte, 1998 yılından bu yana Rekabet Kurumu’nun uyguladığı 30 milyon Euro para cezasından sadece 500 bin euro’su tahsil edilebilmiştir. Bu durum, idari yargı sürecinin niteliğini ve hızını artırmak için, Danıştay’ın idari kapasitesinin acilen güçlendirilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır (2004)".

Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı ve 2005 yılı Programında ise, konumuzla ilgili olarak aşağıdaki hususlar yer almaktadır:

Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı²²⁵: "Rekabet mevzuatının AB mevzuatı ile uyumlu hale getirilmesi çalışmaları sürdürülecektir. Rekabet Kurulu kararlarının yargısal denetimini yapmak üzere Danıştay’da, rekabet politikaları konusunda uzmanlaşmış müstakil bir dairenin kurulması yönünde çalışmalar yapılacaktır. Kamunun iktisadi hayatı etkileyen faaliyetlerinden biri olan kamu ihaleleri alanındaki mevzuat gözden geçirilerek, rekabetin tam olarak gerçekleşmesini sağlayacak değişiklikler yapılacaktır. Kamu ihalelerinde rekabet ortamını bozmaya yönelik, yarışmacılar arasında yapılacak yatay anlaşmalar veya yarışmacıların

²²⁵ DPT, 2000: 210.

hakim durumlarını kötüye kullanmaya yönelik davranışları etkin bir biçimde izlenecek ve soruşturulacaktır".

2005 yılı Programı²²⁶: *"Kamu ihalelerinde, isteklilerin ihalelerde rekabet ortamını bozmaya yönelik davranış ve anlaşmaları Rekabet Kurumu'nca etkin bir biçimde izlenecek ve soruşturulacaktır. Rekabet Kurumu, monopolistik ve oligopolistik sektörlerdeki fiyat hareketlerini izleyerek, bu piyasalardaki rekabeti bozan fiyat ayarlaması ve pazar paylaşımı gibi anlaşmaları etkili bir biçimde soruşturup, bu sektörlerdeki fiyat hareketlerinin rekabetçi bir seviyede oluşumunu sağlayacak çalışmalara önem verecektir".*

Yukarıda verilen belgelerde değinilen hususların bazılarının hayata geçirilmesine yönelik olarak aşağıdaki gelişmeler kaydedilmiştir.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da, para cezalarının etkin olarak uygulanması ve bilgi toplama ve yerinde incelemeye ilişkin sorunların giderilmesi amacıyla, 4971 sayılı Kanun²²⁷ ile birtakım değişikliklere gidilmiştir.

Kanun'un değişik 55'inci maddesine göre *"Kurul kararlarına karşı yargı yoluna başvurulması kararların uygulanmasını ve para cezalarının takip ve tahsilini durdurmaz. Para cezaları, Kurul'un nihai kararının ilgisine tebliğ edildiği tarihten itibaren bir ay içinde ödenir".* Kanun'un 15'inci maddesine eklenen üçüncü fıkra hükmü uyarınca ise, *"İlgililer istenen bilgi, belge, defter ve sair vasıtaların suretlerini vermekle yükümlüdür. Yerinde incelemenin engellenmesi veya engellenme olasılığının bulunması durumunda sulh ceza hakimi kararı ile yerinde inceleme yapılır".* Böylece, para cezalarının daha etkili bir şekilde uygulanması sağlanmış; diğer taraftan, Kurul'un yapacağı soruşturmalarda kullanacağı yetki güçlendirilmiştir.

Ayrıca, 5183 sayılı Kanun²²⁸ ile Danıştay Kanunu'nda değişiklik yapılarak, Danıştay'ın Onüçüncü Dairesinin, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'dan doğan

²²⁶ DPT, 2004a: 258.

²²⁷ 4971 sayılı Bazı Kanunlarda ve Milli Piyango İdaresi Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (15.8.2003 tarihli ve 25200 sayılı RG).

²²⁸ 5183 sayılı Danıştay Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (9.6.2004 tarihli ve 25487 sayılı RG).

uyuşmazlıklardan Danıştay’ın diğer dava dairelerinin görevleri dışında kalan davaları çözümleyeceği hükme bağlanmıştır. Bu şekilde, davaların ihtisas dairelerinde görülmesi ve kısa sürede sonuçlandırılması yönünde önemli bir adım atılmış olmaktadır.

3.3.2. Yapılması gerekenler

Yukarıda zikredilen gelişmelere rağmen, hâlâ, kartellere karşı etkili mücadele edebilmek için ülkemizde hayata geçirilmesi gereken hususlar bulunmaktadır. Bunlar, kısaca, caydırıcılığın sağlanmasını teminen yaptırımların etkinleştirilmesi ve kartellerin ortaya çıkarılmasını kolaylaştıracak soruşturma araçlarının uygulamaya konulmasıdır.

Yaptırımların başlıca amaçları, caydırıcılık, cezalandırma ve kartel dolayısıyla ortaya çıkan zararın karşılanması, bir başka ifadeyle tazmin edilmesidir. Caydırıcılık, aynı veya benzer eylemin aynı kişi ya da teşebbüsler tarafından tekrarlanması bakımından ve aynı veya benzer eylemin diğer kişi ya da teşebbüsler tarafından gerçekleştirilmesi bakımından söz konusu olabilir. Cezalandırma, kartele taraf olan kişi ya da teşebbüsler için geçerlidir. Yaptırımların üçüncü işlevi olan tazmin etme ile amaçlanan, kartel dolayısıyla zarar görenlerin böyle bir eylem olmasaydı sahip olacakları durumun tesis edilmesi veya kartel dolayısıyla uğranılan zararın karşılanması amacıyla bir ödemede bulunulmasının sağlanmasıdır²²⁹.

Kartellere uygulanacak yaptırımların caydırıcı niteliğe haiz olması oldukça önemlidir. Yetersiz yaptırımlar, kişi ya da teşebbüslerin kartellere girmesi konusunda sınırlı caydırıcılığa sahip olurlar; kartelden zarar görenlerin zararlarını karşılamalarını sağlayamazlar; düşük cezalar karşısında elde edeceği kartel kârını düşünecek firmaların rekabete aykırı eylemlerde bulunma ihtimallerini güçlendirirler²³⁰.

Kartel davalarında uygulanabilecek cezaların, para cezaları, bireyler için hapis cezaları, zararın karşılanması amacıyla mahkemelerde açılan tazminat davaları ve kartele karışan bireylerin şirket idarecisi olarak çalışmasının yasaklanması

²²⁹ Schoneveld, 2003: 436-437.

²³⁰ Schoneveld, 2003: 449.

şeklinde sıralanması mümkündür. Para cezaları, kişilere ya da teşebbüslere uygulanabilir. Kişilerden kasıt, genellikle idareciler gibi üst düzey çalışanlardır. *Graphite Electrodes* davasında, ABD, *Mitsubishi* firmasına 134 milyon dolar para cezası verirken, bir tek kişiye 10 milyon dolar para cezası uygulamıştır ki bu, bugüne kadar bir bireye verilen en ağır para cezasıdır. Para cezalarının ağırlığı belirlenirken kullanılan başlıca ölçütler; sebep olunan zarar, belirli bir bölgedeki ortalama gelirin belirli bir katı, rekabete aykırı eylem dolayısıyla elde edilen gelir veya yıllık gelirin belirli bir oranıdır. İkinci tür cezalar, bireylere uygulanan hapis cezalarıdır. Hapis cezaları, para cezaları ile birlikte de verilebilir. Hapis cezası vermenin karteller bakımından oldukça etkili olduğu savunulmaktadır. Zararın tazmin edilmesi, bir başka yaptırım türüdür. Kartelden zarar görenlerin mahkemelerde tazminat davaları açmaları ve yüksek seviyede tazminat elde etmeleri ihtimali de, diğer yaptırım türleri gibi, karteller bakımından caydırıcı niteliği haizdir. Bahse konu dördüncü yaptırım türü, şirket yöneticilerinin faaliyetten men edilmesidir. İngiltere’de, mahkemenin 15 yıla kadar bu tür bir mahrumiyete karar verebilmesi için, söz konusu şahsın çalıştığı şirketin rekabete aykırı faaliyette bulunduğu ve bu şahsın, bir firmada yönetici olarak çalışmasının uygun olmayacağına ikna olması gerekmektedir²³¹.

Türk rekabet hukukunda yaptırımların etkili bir şekilde uygulanması bakımından birtakım eksiklikler bulunmaktadır.

Öncelikle hangi ölçekteki anlaşmaların Rekabet Kurumu tarafından denetime tabi tutulacağı, Kurul kararlarını yorumlamak suretiyle değil, ilgili bir tebliğ vasıtasıyla anlaşılmalı gerekir. Bu tür bir düzenleme, Rekabet Kurumu’na yapılan şikayet başvurularının belirli bir seviyenin üzerindeki eylemlere yönelik olmasını sağlayacak; bu sayede, Kurul, önemsiz kabul edilecek ve ticari hayata yansımaları yok denecek kadar az olan davranışlarla uğraşmayacaktır. Esasen, Rekabet Kurumu’nun varlığının asıl nedeni, küçük ölçekli ticari işlem ve eylemler ile uğraşmak değildir. Rekabet bilincinin ve rekabet ortamının sağlanmasını amaçlayan ve bu doğrultuda faaliyet göstermesi gereken Rekabet Kurumu, yürürlükte olan mevzuatın da etkisiyle, ekmek fiyatlarında meydana gelen bir artış veya küçük bir pazarda faaliyet gösteren gaz dağıtıcılarının Kanun kapsamına giren faaliyetleri ile uğraşmak durumunda

²³¹ Schoneveld, 2003: 437-441.

kalmaktadır. Diğer taraftan, telekomünikasyon ve basın alanında ortaya çıkan rekabete aykırı eylemlerin de Rekabet Kurumu tarafından takip edildiği ve bunlara para cezaları uygulandığı da vakidir. Ancak, herkesin malumu olan husus, özellikle oligopol pazarlarda uyumlu davranışların gözlemlendiği ve firmalar arası kartelleşme eğilimlerinin yoğunlukla yaşandığı bir piyasanın varlığı yönündedir. Hal böyle iken, Kurum’un, daha çok şikayet üzerine faaliyete geçmesi, şüphe uyandıran eylemler hakkında resen soruşturma başlatma konusunda yeterince aktif olmaması, rekabet düzeninin tesisi ve korunması bakımından yavaşlatıcı etki yaratmaktadır.

Bir diğer husus, yüksek oranda para cezalarının uygulanması konusundaki çekingenliktir. Kurum’un faaliyet raporlarında karşılaşılan rakamlar, yukarıda değinilen basın ve telekomünikasyon alanında verilenler başta olmak üzere, ilk bakışta yüksek görünmektedir. Fakat, tartışılmayan husus, bu cezaların, rekabete aykırı eylemlerde bulunan teşebbüslerin cirolarının ne kadarı olduğudur. Çok az Kurul kararında bu konuda bir açıklık vardır. Halbuki, hukukta güven ve belirliliğin, kamu yönetiminde şeffaflığın gereği, bu oranların her Kurul kararının mütemmim cüzü olmasıdır. Ciro ve oranların verildiği kararlarda ise, % 1 veya %2’lik bir fiili eşik dikkat çekmektedir. Kanun’un 16’ncı maddesinin ikinci fıkrasındaki % 10’luk kanuni eşığe yaklaşılma ihtimali ise gözlemlenmemektedir. Kurul kararlarına bakıldığında ise, bazı teşebbüslerin açıkça kartelleştikleri ve ekonomik hayata ve son tahlilde tüketicilere, hem hizmet hem de fiyat gibi unsurlar bakımından büyük zararlar verdiği ortadadır. Hatta, bazı eylemlerin, verilen cezalara rağmen tekrarlandığı gözlemlenmektedir. Dolayısıyla, Kurul’un mevcut cezalandırma politikasının, rekabete aykırı eylemlerde bulunma temayülünde olan teşebbüsler bakımından caydırıcı niteliği haiz olmadığı açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır.

Para cezalarının büyüklüğü tartışılırken yapılan bir hata, ağır para cezalarının, teşebbüslerin gelişimini olumsuz etkileyeceğinin düşünülmesidir. *De minimis* tebliğinin çıkması ile birlikte küçük teşebbüsler için böyle bir tehlike ortaya çıkmayacaktır. Rekabet kurallarına tabi olması hususunda şüphe bulunmayan ölçekteki ekonomik faaliyetler bakımından ise, bu tür bir değerlendirme yapmak yersiz olacaktır. Zira, teşebbüslerin gelişmesini sağlayan başlıca etkenler; bunların hukuk dışı yollarla ve diğer teşebbüsler ile tüketicilerin zararına olacak şekilde

haksız kazanç elde etmeleri değil; rekabet ortamı içinde üretim ve yönetimde kendilerini geliştirmeleridir.

Bu noktada, yerel teşebbüslerin, küreselleşen dünyada uluslararası ve hatta uluslararası şirketlerle rekabet edebilmeleri için güçlenmeleri gerektiği öne sürülebilmektedir. Öncelikle, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un uygulama sahası Türkiye Cumhuriyeti sınırları dahilidir. Dolayısıyla, bu Kanun ile amaçlanan, ülkemizde faaliyette bulunan ya da faaliyetlerinin etkisi ülkemizde hissedilen teşebbüslerin rekabete aykırı faaliyetlerini engellemektir. Netice itibarıyla Kanun, ülke sınırları dahilindeki her firmaya ve her ekonomik faaliyete uygulanmak durumundadır. Ulusal pazarda, herkesin eşit konumda olması ile, hiçbir firmanın bir diğeri aleyhine mevcut yasalar nedeniyle avantaj elde etmesi söz konusu olmayacaktır. Rekabetin sağlanmasına ilişkin bir kanun ve kurumun olmadığı yıllarda, birtakım teşebbüslerin diğerkleri aleyhine büyüdükleri ve tüketicilerin zararına olacak şekilde düşük kaliteli malları yüksek fiyatlardan sattıkları, buna karşın uluslararası atılımlar yapmak yerine mevcut hakim konumlarının sağladığı aşırı kâr artırma eğiliminde oldukları da yadsınamaz. Dolayısıyla, rekabete aykırılık pahasına büyük şirketlere sahip olma düşüncesinin ekonomik geçerliliği bulunmamaktadır.

Diğerk taraftan, yürürlükte bulunan bir kanun ile bu kanunu uygulamakla görevli bir kurumun varlığında bu tür tartışmalara girmek bir anlam ifade etmemektedir. Kanunlar uygulanmak için çıkarılırlar. "Nasıl bir rekabet düzeni" sorusunun cevabı, Kurum’un takdir yetkisi ile değil, yürürlükte olan mevzuat ve "olması gereken" kavramı çerçevesinde ortaya konulmalıdır.

Ersin (1996: 49), Rekabet Kanunu’nu ihlal edenlere hürriyeti bağlayıcı ceza öngörülmemesinin temelinde ekonomik suçta ekonomik ceza ilkesinin yattığını ifade etmektedir. Ancak, söz konusu ilkenin çalışmamızın konusu çerçevesinde yeniden değerlendirilmesi gerekmektedir. Kartel anlaşmaları gibi hukuk ihlallerinde, ihlalin neticesinin ekonomik alanda ortaya çıkması, ihlali oluşturan fiilin suç olma vasfını ortadan kaldırmamaktadır. Zira, bu ve benzeri ihlallerde, suç işlemeye yönelmiş bir irade, bir başka deyişle suç işleme kastı bulunmaktadır. Ortaya çıkan ekonomik kayıp, somut olarak tüketicilerin ve rakip teşebbüslerin, daha genel anlamda ise

ekonomik varlığın haksız olarak kartel üyelerine geçmesine sebep olmaktadır. Ortaya çıkan zarar ve bu zarara kasten sebep olma unsurlarını bir araya getirdiğimiz takdirde ortaya çıkan sonuç, hırsızlıktır.

RKHK m.16/III’e göre, birinci fıkraya aykırılık halinde idarecilere de para cezası uygulanmaktadır (Bkz. 17.07.2000 tarihli ve 00-26/292-162 sayılı Rekabet Kurulu kararı-26.04.2001 tarihli ve 24384 sayılı RG). Ancak bu hüküm, doğrudan kartellerle mücadeleye etki etmemektedir. Zira Kanun’un 16’ncı maddesinin birinci fıkrasında zikredilen haller; bildirim, başvuru, bilgi isteme veya yerinde inceleme hallerinde eksik, yanlış veya yanıltıcı bilgi verilmesi; anlaşma, uyumlu eylem ve kararların süresi içinde bildirilmemesi ve muafiyet kararlarındaki yükümlülüklerin yerine getirilmemesi gibi hususları içermektedir. Kanun’un 16’ncı maddesinin üçüncü fıkrasının aynı maddenin ikinci fıkrasına da teşmil edilmesi halinde ise, kartel dolayısıyla sadece teşebbüslere değil bireylere de para cezası verilmesi imkanı doğacak ve bu şekilde, açık kartellerle mücadelede önemli bir araç elde edilmiş olacaktır.

Yaptırımların ve dolayısıyla kartellerle mücadelenin etkili olması bakımından belirleyici olan bir diğer husus, cezalardan indirim ve bağışıklığı sağlayan pişmanlık programlarının varlığıdır. Gizlilik ilkesi çerçevesinde faaliyet gösteren kartellerin tespit edilebilmesi, öncelikle caydırıcılığı sağlayacak ölçüdeki cezaların varlığı ve daha sonra, söz konusu cezalardan indirim ve hatta muafiyet almak isteyen kartel üyelerini teşvik edici mahiyetteki pişmanlık programlarının uygulanması ile birlikte kolaylaştırılmış olacaktır. Ulusal Programda yer almasına karşın, bu imkanın yürürlüğe sokulmasına ilişkin bir gelişme ya da belirlilik gözlenmemektedir. Bu tür programlar, soruşturmaların daha etkili bir şekilde yürütülmesi bakımından önem taşımaktadır.

Bu çerçevede, Türkiye’nin Avrupa Birliğine uyumu ve rekabet alanında yaşanan uluslararası gelişmeler ışığında aşağıdaki önerilerde bulunmaktadır:

- Rekabeti sınırlayabilecek ölçekte olmayan anlaşmalara muafiyet sağlanması (de minimis); Kanun’un 4’üncü maddesinin yatay işbirliği anlaşmalarına uygulanması usulü; kartel davalarında cezalardan bağışıklık ve cezaların

indirilmesi (pişmanlık programı) ve para cezalarının uygulanması usulü (kılavuz) ile ilgili düzenlemeler hayata geçirilmelidir.

- Para cezalarının verilmesinde şeffaflığın ve hukuki belirliliğin sağlanması amacıyla, her Kurul kararında, ihlali gerçekleştiren teşebbüslerin cirosu ve verilen cezanın bu cironun ne kadarını teşkil ettiği belirtilmelidir.
- Açık kartel anlaşmalarının varlığının sübut bulunduğu durumlarda, Kurul, Kanun’un 16’ncı maddesinin ikinci maddesinde belirtilen, cironun % 10’una kadar ceza uygulama yetkisini caydırıcılığı sağlayacak oranlarda kararlılıkla uygulamalıdır.
- Rekabete aykırı eylemlerde bizzat rol alan teşebbüslerin üst düzey yöneticilerinin cezai sorumluluğu yoluna gidilmesine ve bu kişilerin belirli bir süre faaliyetten men edilmesine ilişkin düzenlemeler yapılmalıdır.
- İhalelerde rekabet ihlallerinin önlenmesi amacıyla, Kamu İhale Kurumu ile Rekabet Kurumu arasında bir işbirliği protokolü imzalanmalıdır.
- Ayrıca, rekabet bilincini oluşturmak ve kişi ve teşebbüsleri rekabet hukuku ve uygulaması hakkında bilgilendirmek durumunda olan Kurul’un kararlarının yol gösterici nitelikte olması gerekir. Adalet Divanı içtihatlarında ve hatta Komisyon kararlarında olduğu gibi, Kurul kararlarında da konuya ilişkin açıklayıcı bilgilerin yer alması gerekir. Yargı kararlarında da yaşanan bu eksikliğin, istisnai kararlar saklı kalmak kaydıyla, rekabet hukuku konusunda tek ve yetkili başvuru makamı olan ve bir nevi bilirkişi sayılabilecek Rekabet Kurumu’nun kararlarında da var olması, Kurum’un bilgi birikimi ve uzman potansiyeli göz önünde bulundurulduğunda, beklenenin ve olması gerekenin uzağında bir durum teşkil etmektedir.

SONUÇ

Aynı pazarda faaliyet gösteren teşebbüsler, fiyat tespiti, miktar kısıtlama, pazar paylaşma ve ihalelere danışıklı girme gibi açık karteller kurmak suretiyle, rekabet baskısından kurtulmaya ve daha yüksek kâr elde etmeye çalışırlar. Ülke ekonomilerine, rakip teşebbüslere ve tüketicilere büyük zararlar veren açık karteller, rekabeti sınırlama amacına yöneldikleri açık olduğu için etkilerinin incelenmesine gerek duyulmaksızın yasaklanmaktadır.

Rekabetin en çok yaşandığı alan fiyat olduğundan, fiyat tespiti anlaşmaları rekabet hukukunun en önemli ihlalini oluşturmaktadır. Fiyat rekabeti sayesinde, fiyatlar mümkün olan en düşük seviyede gerçekleşmekte, kaynakların etkin dağılımı sağlanmakta ve tüketicilere, mallar ve hizmetler bakımından geniş bir seçim imkanı doğmaktadır. Aynı pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin, malların satış fiyatını tespit etmeleri sonucunda ise, pazarda rekabet ortadan kalkmaktadır. Fiyatın pazar koşullarına göre değil, rakiplerin iradelerinin uyuşması sonucunda oluşması rekabete *per se* aykırılık teşkil etmektedir. Fiyat kartelinde hukuka aykırılığın gerçekleşmesi için anlaşmanın uygulamaya geçmesi ya da fiyatın makul olup olmaması aranmamaktadır.

Rekabetçi fiyatın üzerinde kâr elde edilmesini sağlayan bir diğer yol, kartel üyelerinin üretim miktarının kısıtlanmasıdır. Miktar kısıtlama anlaşmalarının en temel örnekleri, coğrafi pazarların paylaşılması, müşteri paylaşma anlaşmaları ve özellikle kota uygulamaları olarak ortaya çıkmaktadır. Kartel üyeleri, arzı kısıtlayarak ya da artırarak piyasadaki rekabeti kendi lehlerine olacak şekilde bozmaktadırlar. Arzın kısıtlanması, fiyatları yükselterek teşebbüslerin haksız kâr elde etmelerini sağlamaktadır. Öte yandan, arzın artırılması, fiyatların düşmesine ve rakiplerin pazar dışına itilmesine neden olmaktadır. Arzın yanı sıra, talebin kontrol edilmesi de mümkündür. Talebin sınırlanması, nihai tüketim aşamasında değil, ara tüketim malları bakımından söz konusu olabilmektedir.

Bir diğer açık kartel örneği pazarın firmalar arasında bölüşülmesidir. Pazar paylaşmaya yönelik karteller, rakip teşebbüsler arası rekabetin ortadan kalkması,

belirlenen pazarlarda söz konusu teşebbüslerin hakim duruma gelmesi ve tüketicilerin seçme özgürlüğünün kısıtlanması gibi sonuçlar doğurmaktadır. Ayrıca, bu tür anlaşmaların rekabet kurumlarınca tespit edilebilmesindeki zorluklar ve bu anlaşmaların ihlalinin kartel üyeleri tarafından fark edilmesindeki kolaylık gibi nedenler, fiyat kartelleri ile kıyaslandığında, pazar paylaşma anlaşmalarının rekabetin sınırlanmasında daha elverişli ve daha sık kullanılan bir vasıta olmasını sağlamaktadır.

İhale kartellerinde ise, bir grup teklif sahibi ihale öncesinde bir kartel oluşturmakta ve bir malı piyasa fiyatının üzerinden satmak ve ortaya çıkan kartel kârını paylaşmak üzere anlaşma yapmaktadır. İhalelerde kartel anlaşmasını bozan teşebbüs, sonraki ihalelerde, yıkıcı fiyat uygulaması gibi yöntemlerle diğer kartel üyeleri tarafından cezalandırılabilir. İhale kartelleri, fiyatları piyasa fiyatının üzerinde tutarak kaynak tahsisinde etkinliği bozmakta ve kamu kaynaklarının israfına neden olmaktadır. Zira, kartel dolayısıyla, işi yetersiz firma alacaktır. Bu nedenle, ihalelerde etkinliği bozan fiyat anlaşması ve pazar paylaşımı gibi kartel oluşumlarının cezalandırılması gerekmektedir.

OECD üyesi ülkelerin açık kartel anlaşmalarının önlenmesindeki tecrübeleri, bu tür kartellerin ekonomiye verdikleri zararın tahminlerin çok ötesinde olduğunu ortaya çıkarmıştır. Söz konusu zarar net olarak hesaplanamamakla birlikte, yıllık bazda milyarlarca doları bulduğu ifade edilmektedir. Karteller hem tüketicilerin zararına sonuçlar doğurmakta hem de ekonomik etkinliği olumsuz yönde etkilemektedir. Diğer taraftan, kartellerin ekonomik hayattaki belirsizlikleri önlediği, gelişmeleri ve daha nitelikli üretim yapılmasını teşvik ettiği ileri sürülmekle birlikte, bu tür iddialar kanıtlanamamıştır. Bir diğer tartışma konusu, kriz dönemlerinde rekabet ilkelerinden tavizin mümkün olup olmamasıdır. Talepte dönemsel dalgalanmaların yaşandığı bu tür dönemlerde, rekabet kurallarından vazgeçmenin haklı bir sebebi bulunmamaktadır. Kriz döneminde zor durumda kalacak teşebbüslerin iflasla karşı karşıya kalacağı ve dolayısıyla toplumun da bundan zarar göreceği iddia edilmekle birlikte; kriz döneminde oluşan kartellerin amacı toplam üretimi artırmak değil, rekabet koşullarında elde edilecek kârdan daha fazla kazanmanın bu tür işbirliği davranışları ile gerçekleştirilmesinin sağlanmasıdır.

Dolayısıyla, kriz dönemlerinde de, fiyat tespiti gibi kartel anlaşmalarından ziyade, rekabeti koruyucu uygulamaların işlemeye devam etmesi, verimliliğin ödüllendirilmesini ve tüketicilerin daha iyi mallar alabilmesini sağlayacaktır.

Genellikle gizli olarak yapılan kartel anlaşmalarının tespit edilmesi oldukça zordur. Bu tür rekabet ihlallerinin daha basit ve hızlı bir şekilde tespit edilmesi ve caydırıcılığı sağlayacak şekilde cezalandırılması için etkili araçlara ihtiyaç duyulmaktadır.

Kartellerle mücadelenin en önemli araçlarından birisi, uygulanan yaptırımlardır. Etkili yaptırımların mevcudiyeti bir taraftan muhtemel kartel anlaşmaları bakımından caydırıcılık sağlarken diğer taraftan rekabet kurumlarının mevcut kartelleri tespit etme ve cezalandırma kapasitelerini artıracaktır. Bu anlamda, verilecek cezalar, kartelden elde edilecek kârı bertaraf edecek nitelikte olmak durumundadır. Ayrıca, bireylerin de yaptırıma tabi olması, caydırıcılığın sağlanabilmesinde çok önemli bir etkidir. Buna karşın, bireylerin bu eylemler dolayısıyla ceza alması çok az ülkede mümkün olmaktadır. Şirketler ve bireylere önemli cezalar uygulanması, pişmanlık programları ile kartellerin ortaya çıkarılması ve kartel üyelerinin işbirliği eğilimi göstermeleri konusunda oldukça etkili olmaktadır.

Bir diğer husus, kartellerin ortaya çıkarılmasında kullanılacak soruşturma araçlarıdır. Söz konusu soruşturma araçlarından ilki pişmanlık programlarıdır. Açık kartellerle mücadelede en önemli sorun, gizlilik duvarının aşılmasıdır. Kartel üyelerini itirafa teşvik etmek ve gerçekleştirilen toplantılar ve haberleşmeler hakkında ilk elden bilgi edinmek için, rekabet kurumları, daha az cezalar uygulayabilir ya da tam bağışıklık kurumunu işletebilirler. Pişmanlık programları, normal şartlar altında tespit edilemeyecek eylemleri ortaya çıkaracak ve ayrıca, halen sürmekte olan soruşturmaların daha etkili bir şekilde yürütülmesini sağlayacaktır. Bu konudaki tecrübeler, pişmanlık programlarının olumlu sonuçlar verdiğini göstermektedir.

Soruşturmalarda kartel üyelerinin işbirliğini temin etmek her zaman mümkün olmadığından, yazılı ispat araçları da soruşturmanın başarısı açısından önem

kazanmaktadır. Söz konusu belgeleri edinmek amacıyla kullanılan yöntem baskın düzenlemektir. Pişmanlık programlarının etkili olmadığı ülkelerde, baskınlar etkin bir soruşturma aracı olarak kullanılmaktadır. Baskınlarda, yazılı belgelerin yanı sıra elektronik ortamdaki belgeler de incelemeye tabi tutulmaktadır. Kartel anlaşmalarının yapıldığı toplantıların dinlenmesi bir diğer araçtır. Ancak, bu şekilde delil elde edilmesi oldukça zordur. Dinleme yoluyla delil toplama, ancak, kartelin soruşturma esnasında sürüyor olması, rekabet kurumunun kartel üyelerinin faaliyetleri ile ilgili gizli bilgilere ulaşabilmesi ve bu amaçla örneğin içeriden bir bilgi sağlayıcı edinmesi, daha da önemlisi, toplantıları izleme yeterliliğine sahip olunması ile mümkündür. Ayrıca, milli mevzuatlarda, bu tür bir aracın kullanımı oldukça katı kurallara bağlanmaktadır. Bu tarz bir soruşturma usulünün kullanılması genellikle cezai soruşturmalarda mümkün olmaktadır ki, kartel faaliyeti çoğu ülkede suç olarak kabul edilmemektedir.

Türkiye’nin rekabet hukuku ve politikası alanında Avrupa Birliği’ne uyum durumu bugüne kadar olumlu değerlendirilmiş olmakla birlikte, gerek 17/62 sayılı Tüzükte yapılan değişiklik gerekse bu çerçevede çıkarılan modernizasyon paketi düşünüldüğünde, Türk rekabet hukukunun Avrupa Birliği’ne büyük oranda uyumlu olmayı sürdürmesi ve kartellerin ortaya çıkardığı zararın en aza indirilmesi amacıyla, ülkemizde geçerli olan rekabet hukuku mevzuatında birtakım yeniliklere gidilmesi ve uygulamanın daha etkili hale getirilmesi gerekmektedir.

Türk rekabet hukukunda, 4054 sayılı Kanun’da, para cezalarının etkin olarak uygulanması ve bilgi toplama ve yerinde incelemeye ilişkin sorunların giderilmesi amacıyla, 4971 sayılı Kanun ile birtakım değişikliklere gidilmiştir. Böylece, para cezalarının daha etkili bir şekilde uygulanması sağlanmış; diğer taraftan, Kurul’un yapacağı soruşturmalarda kullanacağı yetki güçlendirilmiştir. Ayrıca, Danıştay Kanunu’nda yapılan değişiklik ile, Danıştay’ın Onüçüncü Dairesinin, Rekabet Kanunu’ndan doğan uyuşmazlıklara ilişkin davaları çözümleyeceği hükme bağlanmıştır. Bu şekilde, davaların ihtisas dairelerinde görülmesi ve kısa sürede sonuçlandırılması yönünde önemli bir adım atılmış olmaktadır.

Ancak, hâlâ, kartellere karşı etkili mücadele edebilmek için ülkemizde hayata geçirilmesi gereken hususlar bulunmaktadır.

Uygulanan para cezalarının miktarı yeterli seviyede değildir. Kurum’un faaliyet raporlarında karşılaşılan rakamlar ilk bakışta yüksek görünmektedir. Fakat, bu cezaların, rekabete aykırı eylemlerde bulunan teşebbüslerin cirolarının ne kadarı olduğu çok az Kurul kararında belirtilmektedir. Halbuki, hukukta güven ve belirliliğin, kamu yönetiminde şeffaflığın gereği, bu oranların her Kurul kararının mütemmim cüzü olmasıdır. Ciro ve oranların verildiği kararlarda ise, % 1 veya % 2’lik bir fiili eşik dikkat çekmektedir. Dolayısıyla, kararlar, Kanun’un 16’ncı maddesinin ikinci fıkrasındaki % 10’luk kanuni eşiğin oldukça gerisinde kalmaktadır. Ayrıca, RKHK m. 16/III uyarınca birinci fıkraya aykırılık halinde idarecilere verilen para cezasının ikinci fıkraya teşmil edilmesi gerekmektedir.

Rekabet Kanunu’nda geçerli olan yaptırımlar içinde bireylere hapis cezasının bulunmaması, ekonomik suça ekonomik ceza ilkesinden kaynaklanmaktadır. Ancak, kartel anlaşmaları gibi hukuk ihlallerinde, ihlalin neticesinin ekonomik alanda ortaya çıkması, ihlali oluşturan fiilin suç olma vasfını ortadan kaldırmamaktadır. Zira, bu ve benzeri ihlallerde, suç işlemeye yönelmiş bir irade, bir başka deyişle suç işleme kastı bulunmaktadır. Ortaya çıkan ekonomik kayıp, somut olarak tüketicilerin ve rakip teşebbüslerin, daha genel anlamda ise ekonomik varlığının haksız olarak kartel üyelerine geçmesine sebep olmaktadır. Ekonomik zarar ve bu zarara kasten sebep olma unsurlarını bir araya getirdiğimiz takdirde ortaya çıkan sonuç, hırsızlıktır.

Türk rekabet hukuku uygulamasında pişmanlık programlarının olmaması bir diğer eksikliktir. Pişmanlık programlarının varlığı halinde, kartellerin tespitindeki güçlükleri aşma konusunda önemli bir araç elde edilmiş olacaktır.

Rekabeti sınırlayabilecek ölçekte olmayan anlaşmalara ilişkin olarak çıkarılması öngörülen mevzuat bakımından da durum aynıdır. Oysa, hangi ölçekteki anlaşmaların Rekabet Kurumu tarafından denetime tabi tutulacağı, Kurul kararlarını yorumlamak suretiyle değil, ilgili bir tebliğ vasıtasıyla anlaşılmalıdır. Bu tür bir düzenleme, Rekabet Kurumu’na yapılan şikayet başvurularının belirli bir seviyenin üzerindeki eylemlere yönelik olmasını sağlayacak; bu sayede, Kurul, önemsiz kabul edilecek ve ticari hayata yansımaları yok denecek kadar az olan davranışlarla uğraşmayacaktır.

Kartel oluşturmak suretiyle ihalelere fesat karıştırmaya ilişkin olarak; bütün kanunlarda kamu ihalelerinde rekabet bozucu davranışlar suç sayılsa da, bu kanunların ilgi alanları birbirinden farklıdır. Kamu ihalelerinde Rekabet Kurumu’nun temel kaygısı rekabetin korunması amacıyla danışıklı teklifleri azaltmak ve ticari işlemlerde etkinliği artırmaktır. Kamu İhale Kurumu’nun temel kaygısı saydam, rekabetçi ve eşitlikçi bir ihale sürecinin tesisinin sağlanmasıdır. Ceza kanunlarının temel kaygısı ise, kamu kaynaklarının harcanması aşamasında, rekabetin korunması, rüşvet ve siyasi himayecilik gibi araçlar ile ihaleye fesat karıştırarak kamu kaynaklarından kendilerine rant aktarmaya çalışanların cezalandırılmasıdır. Sonuç olarak ihalelerde rekabeti bozmanın çeşitli yöntemleri bulunmaktadır. İhalelerde danışıklı teklif vererek oluşturulan karteller, Rekabet Kurumu tarafından cezalandırılmalıdır. İhale sürecinde idarenin kendisi veya idare teklif sahipleri arasındaki ilişkiden kaynaklanan davranışlar Kamu İhale Kurumu tarafından soruşturulmalı ve yaptırım uygulanmalıdır. Suçun boyutu ve kastın niteliğine göre de, bu iki kurumun kararları ceza kanunlarının uygulanmasında delil olarak dikkate alınmalıdır.

Özetle, gerek Avrupa Birliğine uyum gerekse rekabet alanında yaşanan uluslararası gelişmeler ışığında; rekabeti sınırlayabilecek ölçekte olmayan anlaşmalar, Kanun’un 4’üncü maddesinin yatay işbirliği anlaşmalarına uygulanması usulü, pişmanlık programları ve para cezalarının uygulanmasına ilişkin yasal düzenlemeler çıkarılmalı; para cezalarının verilmesinde şeffaflığın ve hukuki belirliliğin sağlanması amacıyla, her Kurul kararında, ihlali gerçekleştiren teşebbüslerin cironun ve verilen cezanın bu cironun ne kadarını teşkil ettiği belirtilmeli; açık kartel anlaşmalarının varlığının sübut bulunduğu durumlarda, Kurul, cironun % 10’una kadar ceza uygulama yetkisini kararlılıkla uygulamalı; kartellerde rol alan üst düzey yöneticilerinin cezai sorumluluğu yoluna gidilmeli; kamu ihalelerinde rekabetin korunması hususunda Rekabet Kurumu’nun işlevi netleştirilmeli ve genel olarak, Kurul kararlarının yol gösterici nitelikte olması sağlanmalıdır.

KAYNAKLAR*

- AKINCI, Ateş, *Rekabetin Yatay Kısıtlanması*, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No:5, Ankara 2001.
- ASLAN, Yılmaz, *Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku*, Ankara 1992.
- ASLAN, Yılmaz, “*Amerikan Rekabet Hukuku Sistemi*”, Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu Yayını, Sayı 1, Ankara Ekim 1999, ss. 65-102.
- ASLAN, Yılmaz, *Rekabet Hukuku*, İkinci Baskı, Bursa 2001.
- AVRUPA KOMİSYONU TÜRKİYE TEMSİLCİLİĞİ, *AB Rekabet Politikası*, Ankara 2000.
- BADUR, Emel, *Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar (Uyumlu Eylem ve Kararlar)*, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No: 6, Ankara 2001.
- BELLAMY, CHILD, *Common Market Competition Law*, Fourth Edition, London 1993.
- BIANCHI, Patrizio, “*Subsidiarity and Its Significance*”, Competitiveness, Subsidiarity and Industrial Policy, Editors: Devine-Katsoulacos-Sugden, London 1996.
- BONER, Roger Alan, Reinald KRUEGER, *The Basics of Antitrust Policy*, The World Bank, Washington D.C. 1991.
- BOZKURT, Enver, Mehmet ÖZCAN, Arif KÖKTAŞ, *Avrupa Birliği Hukuku*, Ankara 2001.
- CANATAN, Bilal, *Yerellik İlkesi*, Ankara 2001.
- CANTÜRK, İsmet, “*Rekabet Ortamı ve Rekabet Kurulu Kararları*”, Çimento İşveren Özel Eki, ss.13-14, (çevrimiçi)
<http://www.cmis.org.tr/dergi/012001/%C3%B6zel%20ek.pdf>
- DİNLER, Zeynel, *İktisada Giriş*, Beşinci Baskı, Bursa 2000.
- DPT, *Uzun Vadeli Strateji ve Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı 2001-2005*, Ankara 2000.
- DPT, *Türkiye İçin Katılım Ortaklığı Belgesi*, Ankara 2003. (2003a)
- DPT, *Türkiye’nin Avrupa Birliğine Katılım Sürecine İlişkin 2003 Yılı İlerleme Raporu*, Ankara 2003. (2003b)
- DPT, *Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı (2001 - 2005) 2005 Yılı Programı*, Ankara 2004. (2004a)
- DPT, *Türkiye’nin Avrupa Birliğine Katılım Sürecine İlişkin 2004 Yılı İlerleme Raporu ve Tavsiye Metni*, Ankara 2004. (2004b)

* Aynı yazara ait olan eserlerin kısaltmaları parantez içinde gösterilmiştir.

- DUFF, Andrew, *Subsidiarity within the European Community*, A Federal Trust Report, London 1993.
- EGE, Yavuz, “Avrupa Birliği ve Türkiye’de Kamu Teşebbüsleri, Yasal Tekeller ve Rekabet”, *Rekabet Dergisi*, Rekabet Kurumu Yayını, Sayı 9, Ankara Ocak-Şubat-Mart 2002, ss. 3-19.
- EMEK, Uğur, *Kamu İhalelerinde Rekabetin Sağlanması ve Korunması*, Devlet Planlama Teşkilatı, İktisadi Sektörler ve Koordinasyon Genel Müdürlüğü Hukuki Tedbirler ve Kurumsal Düzenlemeler Dairesi Başkanlığı, DPT Yayın No: 2657, Ankara Kasım 2002.
- ERSİN, Mehmet Akif, “Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun Temel Hükümleri ve Rekabet Kurulunun Yetkileri”, *Rekabetin Korunması Türkiye ve Avrupa’daki Uygulamalar Semineri*, İstanbul 25 Mayıs 1995, İTO Yayın No: 1996-7, İstanbul 1996, ss. 39-49.
- ESİN, Arif, *Rekabet Hukuku*, İstanbul 1998. (1998a)
- ESİN, Arif, *Rekabet Hukukunda Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar*, TÜSİAD Yayın No: T/98-12/244, İstanbul 1998. (1998b)
- EUROPEAN COMMISSION, “*Application of Articles 81 and 82 of the EC Treaty (II)*”, (çevrimiçi)
<http://europa.eu.int/scadplus/leg/en/lvb/l26092.htm>, 1 Temmuz 2004.
- EUROPEAN COMMISSION, “*Commission adopts new leniency policy for companies which give information on cartels*”, *Press Release*, 13.02.2002, (çevrimiçi),
http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.gettxt=gt&doc=IP/02/247|0|RAPID&lg=EN, 1 Temmuz 2004.
- EUROPEAN COMMISSION, “*Question & Answer, Memo*” - MEMO/02/23 - 13.02.2002, (çevrimiçi),
http://www.europa-kommissionen.dk/presse/bruxelles/aeldre/200202/MEMO_02_23_0_RAPID/, 31 Aralık 2003.
- EUROPEAN COMMISSION, “*Commission finalises modernisation of the EU antitrust enforcement rules*”, *Commission Press Release*, Brussels, 30 March 2004, (çevrimiçi),
<http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/04/411&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>, 2 Temmuz 2004.
- FAULL, Jonathan, Ali NIKPAY, *The EC Law of Competition*, Oxford 1999.
- FEJO, Jens, “*Deterrent Effect of Competition Law on Hard Core Cartels*”, *Fighting Cartels*, Swedish Competition Authority, Göteborg 2001, pp. 151-155.
- FOX, Eleanor M., Robert PIFOTSKY, “*United States*”, *Global Competition Policy*, Ed. Graham-Richardson, Washington D.C. 1997, pp. 235-269.
- GOYDER D. G., *EC Competition Law*, Second Edition, Oxford 1993.

- GRIFFIN, M. James, *"An inside look at a cartel work: Common Characteristics of international cartels"*, Fighting Cartels, Swedish Competition Authority, Göteborg 2001, pp.29-55.
- GÜNUĞUR, Haluk, *Avrupa Topluluğu Hukuku*, İkinci Baskı, Ankara 1993.
- GÜRZUMAR, Osman B., *"4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'un 4. Maddesine Aykırı Sözleşmelerin Tabi Olduğu Geçersizlik Rejimi"*, Rekabet Dergisi, Sayı 12, Ekim-Kasım-Aralık 2002, ss. 3-76.
- INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, *Defining Hard Core Cartel Conduct, Effective Institutions, Effective Penalties: Building Blocks for Effective Anti-Cartel Regimes*, ICN 4th Annual Conference, 6-8 June 2005, Bonn, Germany.
- İNAN, Nurkut, *"Türk Rekabet Hukuku ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun"*, Türk Rekabet Hukuku ve Rekabet Kurumunun AB ve AB'ye Üye Ülkelerle Mukayesesi Toplantı ve Paneli, Ankara 1998, ss. 21-30.
- İNAN, Nurkut, *"Rekabet Hukukunun Diğer Disiplinlerle İlişkisi"*, Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu Yayını, Sayı 1, Ankara Ekim 1999, ss. 3-30.
- JONES, Alison, Brenda SUFRIN, *EC Competition Law*, Oxford University Press, New York 2001.
- JOSHUA, Julian Mathic, *"If It's Wednesday It Must Be Brussels: A Brief Guide For Busy U.S. Lawyers To Understanding and Handling Cartel Cases in the EU"*, Advanced International Cartel Workshop, Section of Antitrust Law, February 16th, New York 2001, (çevrimiçi)
http://www.morganlewis.com/pubs/EEBCD0BD-14C2-40CC-837678383C BAB1DC_Publication.pdf, 1 Temmuz 2004.
- KARLUK, Rıdvan, *Avrupa Birliği ve Türkiye*, Altıncı Baskı, İstanbul 2002.
- KÖKSAL, Tunay, *Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukuku Çerçevesinde Kamu Teşebbüsleri ve İnhisari Haklar*, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No:8, Ankara 2002.
- MONTI, Mario, *"Why Should We Be Concerned With Cartels And Collusive Behaviour?"*, Fighting Cartels, Swedish Competition Authority, Göteborg 2001, pp.14-22.
- MÜFTÜOĞLU, M. Tamer, *Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Uygulamaları*, İktisadi Araştırmalar Vakfı Yayını, İstanbul 2000.
- OECD, *Competition Law and Policy in Turkey*, 2005.
- OECD, *Hard Core Cartels, Recent Progress and Challenges Ahead*, 2003.
- OECD, *Fighting Hard Core Cartels-Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes*, 2002.
- OECD, *"Using Leniency to Fight Hard Core Cartels"*, Policy Brief, September 2001.
- OECD, *Hard Core Cartels*, 2000.
- OECD, *Oligopoly*, 1999.

- OKADA, Yosuke, “*How to Fight Hard Core Cartels? Comments on Collusion in Industrial Economics*”, *Journal of Industry, Competition and Trade*, Volume 5(3), 2005, pp. 223-229.
- ÖZ, Gamze AŞÇIOĞLU, *Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması*, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No: 4, Ankara 2000.
- ÖZDEMİR, Sahir, *Avrupa Ekonomik Topluluğu, Avrupa Topluluğu, Avrupa Toplulukları, Avrupa Birliği, Roma Antlaşması, Avrupa Tek Senedi, Avrupa Birliği Antlaşması, Maastricht Antlaşması, Amsterdam Antlaşması, Nice Antlaşması (Kavramlara İlişkin Açıklayıcı Not)*, Devlet Planlama Teşkilatı, Avrupa Birliği ile İlişkiler Genel Müdürlüğü, Ankara Haziran 2001.
- ÖZSUNAY, Ergun, *Kartel Hukuku*, İstanbul 1985.
- ÖZSUNAY, Ergun, “*Türk Kartel Hukukunda Teşebbüsler Arası Anlaşmalar ve Teşebbüs Birliklerinin Kararları*”, Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu Yayını, Sayı 5, Ankara Şubat 2000, ss. 39-69.
- PAPPALARDO, Aurelio, “*AT Rekabet Hukuku ve Uygulaması*”, Avrupa Topluluğu Rekabet Politikaları Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanun Tasarısı, Uluslararası Sempozyum, İstanbul 11-12 Mart 1993, İSO Yayını, İstanbul 1993, ss. 17-22.
- PEEPERKORN, Luc, (Çev. Meltem Bağış), “*Dikey Anlaşmaların İktisadi Boyutu*”, *Rekabet Dergisi*, Sayı 10, Nisan-Mayıs-Haziran 2002, ss. 77-88.
- REKABET BÜLTENİ, “*4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun 16 ve 17. Maddesinde düzenlenmiş olan Süreli ve Maktu İdari Para Ceza Miktarlarının Yıllara Göre Değişimi*”, Sayı 5, Yıl 2001, (çevrimiçi) <http://www.esrc.com/www/bulten2bb.asp?bulsayID=60&altbas=altbas1&konu=konu1&k=1>, 2 Temmuz 2004.
- REKABET KURUMU, *AT Antlaşmasınının 85. ve 86. Maddelerini Uygulayan Kuralların Modernizasyonu Hakkında Beyaz Kitap*, 99/027 Sayılı Komisyon Programı, Rekabet Kurumu Yayın No 34, Ankara 1999.
- REKABET KURUMU, *Usule İlişkin Şemalar*, (çevrimiçi) <http://www.rekabet.gov.tr/usul.html>, 21.06.2004.
- RITTER, Lennart, W. David BRAUN, Francis ROWLINSON, *EC Competition Law, A Practitioner’s Guide*, Second Edition., The Hague, The Netherlands 2000.
- RODGER, Barry J., Angus MacCULLOCH, *Competition Law and Policy in the EC and UK*, London 1999.
- ROTH, Wolf-Henning, “*Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku*” (Çev. Fazıl Sağlam), Avrupa Topluluğu Hukuku ve Türkiye’nin Uyumu Semineri, 18-21 Ekim 1998, İstanbul 1998, ss. 153-173.
- SANLI, Kerem Cem, *Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No: 3, Ankara 2000.

- SAUTER, Wolf, *Competition Law and Industrial Policy in the EU*, New York 1997.
- SCHAUB, Alexander, "Cartel Enforcement By The European Commission", Fighting Cartels, Swedish Competition Authority, Göteborg 2001, pp.185-190.
- SCHONEVELD, Frank R., "Cartel Sanctions and International Competition Policy: Cross Border Cooperation and Appropriate Forums of Cooperation", World Competition 26 (3), Netherlands 2003, pp. 433-471.
- SCHRÖTER, Helmuth, "Rekabet Kavramı ve Bunun Avrupa Topluluğu Rekabet Kurallarında Uygulanması", Türkiye Birinci Uluslararası Rekabet Sempozyumu, İstanbul 5-6 Ekim 1998, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 1999, ss. 51-60.
- SHENEFIELD, John H., Irwin M. STELZER, *The Antitrust Laws*, Fourth Edition, Washington D.C., 2001.
- SINGER, Eugene M., *Antitrust Economics, Selected Legal Cases and Economic Models*, New Jersey 1968.
- ŞENYÜCEL, Orçun - AKTAŞ, Cihan, "İlgili Pazar Kavramı", Rekabet Dergisi, Rekabet Kurumu Yayını, Cilt 1, Sayı 2, Ankara Haziran 2000, ss. 40-59.
- TAN, Turgut, "Rekabet Hukukunun Uygulama Alanı Açısından Kamu Kuruluşlarının Faaliyetleri", Rekabet Dergisi, Rekabet Kurumu Yayını, Cilt 1, Sayı 4, Ankara Ekim-Kasım-Aralık 2000, ss. 3-42.
- TEKİNALP, Gülören - TEKİNALP, Ünal, *Avrupa Birliği Hukuku*, İkinci Baskı, İstanbul 2000.
- TOPÇUOĞLU, Metin, *Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları*, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No:7, Ankara 2001.
- ULUSOY, Ali, "Türk İdare Sistemi İçerisinde Rekabet Kurumunun Yeri", Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu Yayını, Sayı 2, Ankara Kasım 1999, ss.3-30.
- UYANIK, Pelin, "Pişmanlık Programları (Leniency Programmes)" Rekabet Dergisi, Sayı 10, Nisan-Mayıs-Haziran 2002, ss. 32-49.
- VENIT, James S., "Brave New World: The Modernization and Decentralization of Enforcement Under Articles 81 and 82 of the EC Treaty", Common Market Law Review 40, 2003, pp. 545-580.
- WAMSER, Frank, *Enforcement of Antitrust Law: A Comparison of the Legal and Factual Situation in Germany, the EEC and the USA*, Frankfurt 1994.
- WEATHERHILL, Stephen, *Cases and Materials on EC Law*, Second Edition, Hampshire 1995.
- WHISH, Richard, *Competition Law*, London 1993.
- WHISH, Richard, "Fighting Cartels: The Legal Meaning of Conspiracy", Fighting Cartels, Swedish Competition Authority, Göteborg 2001, pp.100-115.

WYATT, Derrick, Alan DASHWOOD, *The Substantive Law of the EEC*, Second Edition, London 1987.

YILMAZ, Ejder, “*Rekabet Kanunu Uygulamasında Usul ve İspat Sorunları*”, Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu Yayını, Sayı 2, Ankara Kasım 1999, ss. 79-131.

DİZİN**A**

AB’de açık kartellerle mücadele 49-59

mevzuat 50-53

uygulama 53-54

yaptırımlar 55-56

Pişmanlık Bildirimi 57-59

AB’de Açık Kartellere Uygulanan Yaptırımlar 31

AB Dışındaki Ülkelerde Açık Kartellere Uygulanan Yaptırımlar 32

ABD’de açık kartellerle mücadele 41-48

mevzuat 41-42

uygulama 42-45

yaptırımlar 46

pişmanlık programı 46-48

açık kartel tanımı 4

açık kartel uygulamaları 18-27

Adalet Bakanlığı Antitröst Dairesi 42

anlaşma 11-12

AT Antlaşmasınının 81’inci maddesinin üçüncü fıkrasının uygulanması hakkında Kılavuz 53

B

bağımsızlık unsuru 7-8

C

Cezalar Hakkında Kılavuz 55

D

Danıştay 60, 64, 67, 70, 85-87

Davalar İtibarıyla AB’de Açık Kartellerin Neden Oldukları Zararlar ve Uygulanan Yaptırımlar 37

Davalar İtibarıyla AB Dışında Açık Kartellerin Neden Oldukları Zararlar ve Uygulanan Yaptırımlar 38

de minimis 9, 21, 89, 91

dikey anlaşmalar 16

doğrudan etki 54

doğrudan kısıtlama 3

doğrudan uygulanabilirlik 54

dolaylı kısıtlama 3

dönemsel pazarlar 10

E

ekonomik faaliyet unsuru 6-7
etki 17

F

Federal Ticaret Komisyonu 42
fiyat tespiti anlaşmaları 20-23, 72-76

G

geçersizlik 70

H

hard core cartel 4

İ

idari para cezaları 64-67
ihalelerde danışıklılık 26-27, 79-81
ihlale son verme 64
ilgili pazar 8-11
ilgili coğrafi pazar 10
ilgili ürün pazarı 10
İlerleme Raporları 84-85

K

Katılım Ortaklığı Belgesi 84
Komisyon ile ulusal mahkemeler arasında işbirliğine yönelik Bildirim 52

M

menfi tespit kararı 67-68
miktar kısıtlama anlaşmaları 23-25
muafiyet 68-69
Müşahhâtlere gayri resmi rehberlik hakkında Bildirim 52

O

OECD Anti-Kartel Programı 28-40
Açık Kartellerle Etkili Mücadeleye İlişkin Tavsiye Kararı 29
Programın Birinci Aşamasının Sonuçlarına İlişkin Rapor 30
Pişmanlık Programları Raporu 33-35
Açık Kartellerin Etkisi ve Uygulanan Yaptırımlara İlişkin Rapor 35-39
Programın İkinci Aşamasının Sonuçlarına İlişkin Rapor 39-40

P

para cezaları 65-66
pazar paylaşma anlaşmaları 25-26, 77-79
per se 41

R

Rekabet Kurulu soruşturma usulü 61-63
Rekabet Kurumları Ağı hakkında Bildirim 52-53
Rekabet usullerinin uygulanmasına ilişkin Tüzük 51
rekabetin kısıtlanması 15-17
rule of reason 41

S

Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı 85
sübsidiarite 54
sürelili para cezaları 66-67

Ş

Şikayet başvurularının Komisyon tarafından ele alınmasına ilişkin Bildirim 52

T

tazminat 70-71
teşebbüs 6-8
teşebbüs birliği kararları 14-15
Ticarete etki kavramına ilişkin Kılavuz 52
Türkiye’de açık karteller ile mücadele 60-92
rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalara bağlanan sonuçlar 60-71
uygulanan yaptırımlar 72-92

U

Ulusal Program 84
uyumlu eylem 12-14

Ü

üç katı oranında tazminat 46, 71

Y

yatay anlaşmalar 16
Yıllık Program 86