

TÜRK REKABET HUKUKUNDA UYUMLU EYLEMLERİN İSPATI ODAKLI İSPAT TARTIŞMALARI

*A DISCUSSION ON PROOF MATTERS IN TURKISH COMPETITION
LAW FOCUSING ON PROOF OF CONCERTED PRACTICES*

Av. Gönenç GÜRKAYNAK*

Av. K. Korhan YILDIRIM*

Av. M. Hakan ÖZGÖKÇEN*

Av. A. Buğra AYDIN*

Öz

4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un, Rekabet Kurulu'nun kararlarına esas teşkil edebileceği ispat usullerine yönelik olarak açık ve kesin düzenlemelere bünyesinde yer vermemiş olması nedeniyle, meselenin farklı hukuk disiplinlerinin yerleşik kurallarının karşılaştırılması yoluyla ele alınması ve çıkan sonucun, ülkemiz mevzuatına mehzaz veya örnek teşkil eden hukuk düzenleriyle karşılaştırmalı bir şekilde, Rekabet Kurulu'nun içtihadi yaklaşımı ile ne ölçüde örtüştüğünün tespitinin yapılması, konuya yönelik mevcut durumun fotoğrafının çekilmesi için en uygun yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır.

İşbu çalışma bu amaca hizmet etme niyetindedir ve işbu çalışma kapsamında genel olarak rekabet hukuku soruşturmalarında ispat kavramları tartışılacak, kimi özel rekabet hukuku ihlali tipleri için söz konusu olan özellikli ispat meseleleri üzerinde durulacak ve bu kapsamda uyumlu eylemin ispatı üzerine mehzaz Avrupa Toplulukları rekabet hukuku ve ABD rekabet hukuku disiplinlerindeki duruma ilişkin özet tespitler yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: İspat Hukuku, Uyumlu Eylem Karinesi, Deliller, İspat Yükü, AT ve ABD Hukuku.

Abstract

Law on Protection of Competition No. 4054 does not include clear and specific provisions that set out the proof procedures to be followed by the Turkish

* **ELİG** Ortak Avukat Bürosu; Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi.

* **ELİG** Ortak Avukat Bürosu

* **ELİG** Ortak Avukat Bürosu

* **ELİG** Ortak Avukat Bürosu.

Competition Authority in conducting their duties. Therefore, the most convenient method for understanding the situation in Turkey is to make a comparative study across different jurisdictional regimes, which constitute good examples for the Turkish competition law regime, in order to determine how the outcome matches with the case law practice of the Turkish Competition Board.

In this respect, this study aims at providing an overview on the proof concept in competition investigations, as well as focusing on specific proof procedures for specific types of competition law infringements. To that end, an analysis on the proof of the concerted practice under European Union and USA competition law regimes will also be drawn within the scope of this study.

Keywords: *Law of Proof, Presumption of Concerted Practice, Evidences, Burden of Proof, EC and US Law.*

GİRİŞ

4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un ("4054 Sayılı Kanun") 1. maddesinde Kanun'un amacı "*Mal ve hizmet piyasalarında rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamak*" olarak açıklanmaktadır. Öte yandan, rekabet süreçlerinin korunmasının başlı başına bir amaç değil ancak iktisadi etkinliği hedeflemek suretiyle toplumsal refahın en çoklaştırılması amacıyla hizmet eden bir araç olarak görülmesi gerektiği hususu da tartışılmış¹ ve her durumda, tüketici refahı da olsa toplam refah da olsa, rekabet hukukunun ana amacının refahın en çoklaştırılması olduğu genel kabul görmüştür.

Rekabet Kurumu'nun icra organı olarak Rekabet Kurulu bu amacı gerçekleştirmek üzere 4054 Sayılı Kanun'un 27. maddesi çerçevesinde kendisine yüklenen görevi yürütürken, rekabet hukuku ihlallerini ispat eden (ihbar veya şikâyet vasıtasıyla veya kendiliğinden ortaya çıkan şüphe üzerine soruşturma araçlarının tetiklenmesinin akabinde) somut maddi vakıaları ortaya koymak ve çıkan sonuç çerçevesinde, olaya rekabet hukuku kurallarını en etkin şekilde uygulamak yükümlülüğü altındadır.

Bu faaliyetin en önemli unsurlarından birisi, rekabet hukuku ihlallerinin ispatı meselesidir. Gerçekten, Rekabet Kurumu'nun Türkiye'de faaliyete geçmiş olduğu 1997 yılından günümüze yürütmüş ve yürütmekte olduğu soruşturma süreçlerinde, iddia konusu rekabet hukuku ihlallerinin ispatı meselesi,

¹ GÜRKAYNAK, G. (2003); *Türk Rekabet Hukuku Uygulaması İçin "Hukuk ve İktisat" Perspektifinden "Amaç" Tartışması*, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara.

sorgulanan bir konu olagelmıştır. Özellikle, başta uyumlu eylem olmak üzere, hakim durumun kötüye kullanılması ve tek taraflı etkilerle ortaya çıkan kimi rekabet hukuku ihlali tiplerinin ispatı konusunda önemli sorunlar ve hukuki tartışmalar ortaya çıkmıştır.

Bu durumun şüphesiz pek çok nedeni bulunmaktadır. Ancak bununla birlikte, bu durumun temelinde yatan kimi başlıca hususlar şu şekilde sıralanabilir: (i) Rekabet hukuku Türkiye için görece yeni bir hukuk disiplini. (ii) Rekabet Kurumu, bağımsız idari otorite sıfatıyla², kendisine yüklenen vazifeleri yerine getirirken “yargı benzeri” faaliyetlerde bulunmaktadır.³ (iii) Rekabet hukukunun ortaya çıkış ve uygulanışının arkasında birincil olarak elbette kamu yararı bulunmaktadır.⁴ (iv) Rekabet otoritesi, çağdaş medeni yargılama hukuklarında egemen ilke olan “şekli hukuk” kavramından ziyade fiili gerçeğe ulaşma çerçevesinde maddi vakıalara ulaşma konusunda esnek bir yaklaşım (delil serbestisinin genişliği) benimsemekte ve bu nedenle fiili gerçeğe ulaşma ilkesi çerçevesinde (ve çoğu zaman ceza yargılamasına yaklaşan re’sen araştırma, delillerin serbestliği ve vicdani delil ve şüpheden sanığın faydalanması gibi egemen ilkeler ışığında) hareket etmektedir.

Bu durumun arkasında, rekabet hukukunun usul ve ilkeleri bakımından genel hukuk içindeki yerinin Türkiye’de yerleşik teşebbüslerce tam olarak anlaşılmasının yattığı söylenebilir. Bunun yanı sıra, söz konusu usul ve ilkelerin teoride ve uygulamada karma bir şekilde medeni yargılama hukuku⁵, ceza hukuku ve idare hukuku ilkelerinden beslenmesi nedeniyle teşebbüslerin 4054 Sayılı Kanun çerçevesinde muhatap kaldıkları iddiaları üzerlerinden atabilmek için somut olayın kendi dinamikleri çerçevesinde bu üç hukuk

² GÜNDAY, M. (2002), *İdare Hukuku*, Ankara, 6. Baskı, s. 479.

³ Rekabet Kurulu’nun faaliyetlerinin yargı benzeri faaliyetlerden sayıldığına ilişkin daha ayrıntılı bilgi için bkz. BUDAK, A. (2004), “AT Konsey ve Komisyonu’nun Yeni Rekabet Tüzükleri ve Rekabet Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler Işığında Delillerin Toplanması ve İspat”, *Rekabet Kurumu Yayınları Perşembe Konferansları Mayıs 2004* s. 138 v.d.; BUDAK, A.C. (2003) “Rekabet Hukukunda Deliller ve İspat” Kayseri Sempozyumu I, Erciyes Üniversitesi ve Rekabet Kurumu Yayını, Kayseri, s. 45-62 ve EROL, K. (1998), “Rekabet Kurumu ve Uygulamaları”, *Rekabet Kurumu Türkiye Birinci Uluslararası Rekabet Sempozyumu*, 5-6 Ekim 1998 İstanbul içinde, Şubat 1999, Rekabet Kurumu Yayını No: 18, Ankara, s.147-15.

⁴ Bu konuda bkz. TAN, T., (2004) *Rekabetin Korunmasında Rekabet Kurulu ile Yargı Organlarının Rolü*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan, C. II (Kamu Hukuku), 2/2004. Ayrıca bkz. Gürkaynak, 2003.

⁵ 4054 Sayılı Kanun’un ve uygulamasının medeni usul hukukuna yakınsamasına ilgili kanunun “Sözlü Savunma Toplantısına İlişkin Esaslar” başlıklı 47. maddesinin son fıkrasının ilk bendi en açık örneği teşkil etmektedir. İlgili hükmün tam metni şu şekildedir: “Sözlü savunmada ilgili taraflar Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun İkinci Babının Sekizinci Faslında düzenlenen her türlü delil ve ispat vasıtasından yararlanabilirler.”

disiplininde yer alan ilkelerden tümünden yararlanma istekleri de göz ardı edilmemelidir.

4054 Sayılı Kanun, Rekabet Kurulu'nun kararlarına esas teşkil edebileceği ispat usullerine yönelik olarak açık ve kesin düzenlemelere bünyesinde yer vermemiştir. Bu nedenle, meselenin farklı hukuk disiplinlerinin yerleşik kurallarının karşılaştırılması ve çıkan sonucun, ülkemiz mevzuatına mehzaz veya örnek teşkil eden hukuk düzenleriyle karşılaştırmalı bir şekilde, Rekabet Kurulu'nun içtihadı yaklaşımı ile ne ölçüde örtüştüğünün tespitinin yapılması, konuya yönelik mevcut durumun fotoğrafının çekilmesi için en uygun yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu çerçevede işbu çalışma kapsamında genel olarak rekabet hukuku soruşturmalarında ispat kavramları tartışılacak, kimi özel rekabet hukuku ihlali tipleri için söz konusu olan özellikli ispat meseleleri üzerinde durulacak ve bu kapsamda uyumlu eylemin ispatı üzerine mehzaz Avrupa Toplulukları rekabet hukuku ve ABD rekabet hukuku disiplinlerindeki duruma ilişkin özet tespitler yapılacaktır.

1. REKABET HUKUKUNDA UYUMLU EYLEMLERİN İSPATI

4054 Sayılı Kanun'un 4., 47. ve 59. maddelerinde, ispat kavramına ilişkin özel hükümler öngörülmektedir. 4054 Sayılı Kanun'da da ifadesini bulan "ispat" kavramı, öncelikle bir yargılama hukuku kavramıdır. Bu bakımdan rekabet hukuku anlamında ve özellikle uyumlu eylemler bakımından "ispat" konusunun ayrıntılarına geçmeden önce, genel yargılama hukuku anlamında "ispat" kavramının ve bu kavramın "ispat yükü" ve "ispat vasıtaları" şeklindeki açılımlarının üzerinde durulması yerinde olacaktır. Zira doğası gereği soruşturma faaliyetleri "yargı benzeri"⁶ olarak nitelendirilen Rekabet Kurumu nezdindeki "ispat" meselelerinin içeriği ve özelliklerinin değerlendirilmesi, genel yargılama hukuku kavramlarıyla birlikte mümkün olabilecektir. Bunun yanında, genel yargılama hukukuna ilişkin kavramlar, bu çalışmada yalnızca rekabet hukuku açısından ispat konusunu ilgilendirdikleri takdirde ve bu ölçüde ele alınacaktır.

1.1. Yargılama Hukukunda İspat

1.1.1. Genel Olarak

Yargılama hukuku anlamında ispat kavramına yönelik olarak öğretide çeşitli farklı -ancak büyük ölçüde birbirine benzeyen- tanımlar geliştirilmiştir:

⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Budak 2004, s. 138 vd.

Kuru, ispat kavramını “*dava konusu yapılan hakkın (mesela alacağın) gerçekten var olup olmadığı; maddi hukukun doğumunu veya sona ermesini kendisine bağladığı vakıaların doğru olup olmadığı (...) hakkında mahkemeye kanaat verilmesi işlemi*” olarak tanımlamaktadır.⁷ İspat kavramı Konuralp’e göre “*bir önermenin doğruluğu hakkında kanaat verilmesi için bir nedenselliğin ortaya konulması*”dır.⁸

Sunay, ispat kavramını “*mahkemeler önünde açılmış bir davada hak iddiasında bulunan şahsın lehine bir karar elde etmek amacıyla dayandığı vakia veya vakıaların gerçek olup olmadığına hakimi inandırma faaliyeti*” olarak tanımlamaktadır.⁹ Sunay ayrıca idari yargıya ilişkin olarak getirdiği tanımda, yukarıda alıntı yaptığımız tanımı “*idari mahkeme*” ve “*idari yargı hakimi*” unsurlarına uyarlamaktadır.

Yukarıdaki tanımlardan da görüldüğü üzere, yargılama hukuku açısından ispat, bir “*taraf*” faaliyeti olma niteliğini taşımaktadır. Nitekim Konuralp, bu hususu isabetli bir şekilde teşhis etmekte ve ispatın “*davanın çözümüne etkili olan bir vakıanın gerçekleştiği konusunda mahkemeyi ikna etmeye yönelik bir faaliyet*” niteliğini taşıdığını belirtmektedir.¹⁰

Öğretide getirilen söz konusu tanımlardan yola çıkılarak bir sonuca ulaşmak gerekirse, yargılama hukuku anlamında ispat kavramının, “*yetkili bir yargılama mercii önünde sürmekte olan bir yargılama sürecinde bir olgu veya olayın doğruluğunu ve/veya gerçekliğini ortaya koymak üzere iddia sahibi tarafça yürütülen bir ikna faaliyeti*” niteliğini taşıdığı sonucuna ulaşmak yerinde olacaktır.

1.1.2. Yargılama Hukukunda İspat Yükü

İspat yükü kavramı, “*mahkemede bir vakıayı beyan veya bir hak iddiası ile bunlardan kendi lehine bir netice çıkarmak isteyen kimsenin bunları ispat etmek*

⁷ KURU, B. (2001), *Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt II*, 6. Baskı, İstanbul, s. 1966.

⁸ KONURALP, H. (1999), *Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, s.8.

⁹ ŞENLEN SUNAY, S. (1997), *İdari Yargılama Usulüne Hakim Olan İlkeler Karşısında İspat ve Delil Hususları*, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, s. 27.

¹⁰ Konuralp ayrıca, uyumlu eylem karinesi düzenlemesini getiren 4054 Sayılı Kanun’un 4. maddesinin 3. fıkrasında geçen “*ispatlama*” sözcüğünün yargılama hukuku anlamında “*ispat*” kavramından farklı olduğunu ve burada asıl kastedilenin “*tespit*” kavramı olduğunu belirtmektedir. Uyumlu eylem karinesi ve sonuçlarına ilişkin değerlendirmelere bu çalışmanın 2.1.6.2 başlıklı bölümünde yer verilecektir. Aynı tespit için bkz. Budak 2004, s. 150. Budak’a göre, ispat yalnızca yargılamada söz konusudur. İdare, bir vakia tespiti yapmaktadır ve idarenin yaptığı söz konusu tespitler, iddia ve savunma arasındaki uyuşmazlığı çözümlenmeye yönelik yargılama süreci içinde bağımsız mahkemeler tarafından yapılan vakia tespitlerinden farklıdır.

durumunda olması” şeklinde tanımlanmaktadır.¹¹ İspat yükü kavramının, delil gösterilmesi faaliyetinin sona ermesinin ardından, uyuşmazlık konusu olay veya olguya ilişkin belirsizlik halinde gündeme geleceği ve belirsizlik olmaması durumunda ispat yükü kavramının gündeme gelmeyeceği kabul edilmektedir. Kuru, bu yaklaşımdan hareketle ispat yükünü “hakimin davada hangi (çekişmeli) vakıaların ispat edilmesi gerektiğini tespit ettikten sonra, karşılaştığı bu vakıaların ispat edilmesi gerektiği sorunu” şeklinde tanımlamaktadır.¹² Kuru ayrıca, iki tarafın (veya bir tarafın) gösterdiği deliller sonucunda davaya ilişkin tüm çekişmeli olayların aydınlanmamış olması durumunda, ispat yükünün hangi tarafa ait olacağı hususunun araştırılması gerekeceğini, aksi takdirde –diğer bir deyişle gösterilen deliller sonucunda davaya ilişkin tüm çekişmeli olaylar aydınlanmış ise- ispat yükünün hangi tarafa ait olacağının araştırılmasının gerekmeceğini belirtmektedir.

4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 6. maddesinde, ispat yüküne ilişkin genel ve evrensel hukuk kuralı düzenlenmektedir. Söz konusu genel hukuk kuralına göre kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, iddia sahibi kişi iddiasını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür. İspat yükünün belirlenmesinde, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 6. maddesinde ifadesini bulan genel hukuk kuralı doğrultusunda ve söz konusu kuralın yanında (i) olağan durum kriteri, (ii) ispat yükü konusunda kanunda öngörülen hükümler, (iii) ilgili kişinin delil sağlayabilecek durumda olup olmaması, (iv) olumlu vakıa-olumsuz vakıa ayrımı, (v) ikrar veya inkar durumu, (vi) iyiniyet durumu, (vii) ispatta kullanılan delillerin ispat gücü ve (viii) eğer mevcutsa, ispat yükü sözleşmesi hükümleri dikkate alınacaktır.¹³

1.1.3. İspat Vasıtaları (Deliller)

Genel yargılama hukuku anlamında ispat vasıtaları (deliller), ispatı gerekli olan vakıaların vuku buldukları veya bulmadıkları hususunda karar veren mercide kanaat yaratmak için başvuru araç anlamına gelmektedir. 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun (“HUMK”) 238. maddesinin birinci fıkrası da delili “(...) *davanın haline tesir edebilecek münazaalı hususları ispat için ikame olunur*” şeklinde tarif etmektedir. Aynı hüküm 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 187. maddesinde de “*ispatın konusunu tarafların üzerinde anlaşamadıkları ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıalar oluşturur ve bu vakıaların ispatı için delil gösterilir*” şeklinde yer almaktadır.

¹¹ UYANIK, P. (2003), *Rekabet Hukuku Açısından Delil*, Rekabet Kurumu Yayınları Uzmanlık Tezi, Ankara, s. 34.

¹² Kuru2001, s. 1972.

¹³ Bu konuda bkz. Kuru 2001, s. 1972-2017.

Deliller, kanunlarda açıkça düzenlenmiş olsun ya da olmasın, fonksiyonları itibarıyla birbirlerine benzememektedir. Bazılarının (ör. teyp bantları) delil karakteri de tartışmalıdır.¹⁴ Evvelce vuku bulmuş vakıayı mahkeme önüne taşıyan deliller senet ve şahitliktir. Bilirkişi, olaya ilişkin teknik bilgi sağlar, keşif hakimin vakıa ile temasını sağlar, ikrar vakıayı ihtilaflı olmaktan çıkarır, yemin, konusu olan vakıanın doğru olduğu sonucunun kabulü gereğini yasa dolayısı ile sağlar; kesin hüküm ise konusunu teşkil eden vakıanın hükümde yer aldığı gibi olduğunun yasal olarak farz edildiği bir “delil”dir.¹⁵ Dolayısıyla yargılama hukuku açısından “delil”, uyuşmazlık konusu vakıanın gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda yargıçta bir kanı oluşturmaya yarayan ispat aracı olarak tanımlanabilir.¹⁶

Nitekim Konuralp, delili çok genel bir tanımla “*ispat için başvurulacak araç*” olarak tanımlamış ve kavramın farklı kullanımlarını Anglo-Amerikan hukukundaki “*evidence-proof*” ayırımı ile açıklamıştır.¹⁷

“*Evidence*” sözcük anlamıyla delili, ispat aracını karşılar. “*Evidence*”, davada bir olgunun varlığı ya da yokluğunu ispat etmek üzere sunulan tanıklar, yazılı belgeler, nesnelere ve diğer şeylerdir. “*Proof*” kavramının ise sözcük anlamı iki açıdan bakıldığında kavranabilir:

a- *Fiili Olarak: Bu anlamda “proof” ileri sürülen bir iddianın doğruluğunu gösteren delillerle sonuca varmayı; yani ispat etmeyi ifade eder.*

b- *İsim Olarak: “Proof” bu anlamda salt hukuki bir terim değildir. Daha geniş olarak, kendisinden yola çıkılarak bir sonuca varılmasını, bir seçim yapılmasını, geleceğe yönelik bir tanıtım yapılmasını sağlayan her türlü nesnedir.*

“*Proof*” ve “*evidence*”, birbirinden farklı kavramlardır. “*Proof*”, davada iddia edilen olgunun doğruluğunun kabul edilmesinin yeterli mantıki nedenini teşkil etmektedir. Hukuki anlamda “*proof*”, geniş bir kavramdır; buna karşılık “*evidence*” daha dar bir anlam taşır. (...).”

Bu noktada, bu çalışmanın maksadı ve kapsamını aşacağından, medeni yargılama hukuku açısından önem taşıyan “*taraf hakimiyeti*”, “*mahkemenin*

¹⁴ Kuru 2001, s. 2878-2879.

¹⁵ ALANGOYA, Y. (2001), *Medeni Usul Hukuku Esasları*, 2. Baskı, İstanbul, s. 300.

¹⁶ Uyanık 2003, s. 21.

¹⁷ Konuralp 1999, s. 536.

pasifliği”, “katı delil sistemi”, “kesin delil”, “takdiri delil” ve benzeri kavramların üzerinde durulmayacaktır.¹⁸

1.2. Rekabet Hukuku Açısından Uyumlu Eylemlerde İspat ve İspat Yükü

1.2.1. Genel Olarak

Bu başlık altında, Rekabet Kurulu kararlarının yargısal denetimi süreçlerine ilişkin ispat meseleleri değil, söz konusu kararların temelini teşkil eden soruşturma süreçlerine ilişkin ispat meseleleri ele alınacaktır. Rekabet Kurulu kararlarına karşı ilk derece mahkemesi olarak Danıştay nezdinde açılan davalar, idari yargılama hukuku kurallarına tabi olacaktır. Rekabet Kurulu kararlarının temelini teşkil eden soruşturma süreçleri ise, hem 4054 Sayılı Kanun’un 4. maddesi anlamında rekabeti bozucu anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarına, hem de 4054 Sayılı Kanun’un 6. maddesi anlamında hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin yürütülen soruşturma süreçlerini kapsamaktadır. Bunun yanında 4054 Sayılı Kanun’un 7. maddesi anlamında hakim durum yaratan veya mevcut bir hakim durumu güçlendiren ve buna bağlı olarak rekabeti önemli ölçüde kısıtlayan yoğunlaşma işlemlerine¹⁹ ilişkin olarak gerçekleştirilen soruşturma süreçlerini de ifade etmektedir. Bu çalışma kapsamında uyumlu eylemlerin ispatı meselesi üzerinde yoğunlaşılacak ve her ne kadar 4054 Sayılı Kanun’un 5. ve 8. maddesi çerçevesinde gerçekleştirilen menfi tespit ve muafiyet inceleme süreçleri de usul açısından yukarıda belirtilen süreçlere yaklaşırsa da, ispat kavramı açısından pratik olarak kayda değer bir önem arzeden herhangi bir mülahaza içermedikleri için, bu başlık altında ele alınmayacaktır.

1.2.2. Rekabet Hukuku Anlamında İspatın Özellikleri

Yukarıda da değinildiği üzere, ispat faaliyeti esas itibariyle bir taraf faaliyetidir ve yargılama hukukunda söz konusu olmaktadır. Rekabet hukuku soruşturmalarında ise 4054 Sayılı Kanun, “taraf” kavramına ilişkin olarak, Rekabet Kurumu’nu, Rekabet Kurulu’nu ve/veya soruşturma heyetini içerecek şekilde bir tanımda bulunmamaktadır.²⁰ Bu nedenle “ispat” terimini, rekabet

¹⁸ Rekabet hukuku disipliniinde delil kavramına ilişkin kapsamlı bir çalışma için bkz. GÜRKAYNAK, G. K.K.YILDIRIM ve M.H. ÖZGÖKÇEN (2009) “Rekabet Hukuku’nda Delil”, *Haluk Konuralp Anısına Armağan*, Cilt 3, Yetkin Yayınları, Ankara.

¹⁹ Bilindiği üzere 4054 Sayılı Kanun’un 10 numaralı maddesi, bir yoğunlaşma işleminin Kurul tarafından nihai incelemeye alınması durumunda kanunun 4. ve 6. maddesinde öngörülen işlem ve eylemlere yönelik olarak yürütülen soruşturmaları düzenleyen 40 ila 59 numaralı maddelerinin uygulanacağını öngörmektedir.

²⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ÜNLÜ, H. (2003), *Rekabet Hukuku Soruşturmalarında Taraf Kavramı ve Tarafların Hakları*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara.

hukuku anlamında kullanmanın teknik anlamda doğru olmayacağı savunulmaktadır. Budak, bu konuya ilişkin olarak,

“[İ]spat, bir vakianın doğruluğuna hakimi inandırmak anlamına gelir. Bu anlamı ile ispat yalnızca yargılamada söz konusu olur. İspat terimini (yargı benzeri faaliyet kapsamında da olsa) bir vakianın doğruluğuna idarenin inandırılması için kullanmak doğru değildir. Gerçekten, trafik polisi bir sürücünün trafik kanunu ihlal ettiği kanaati ile trafik cezası verirken veya belediye imar müdürlüğü bir yapının imar mevzuatına aykırı inşa edilmekte olduğu sonucuna vararak inşaatın durdurulmasına karar verirken, belirli maddi vakıaların (sürücünün hangi süratle seyrettiği, inşaatın arazinin neresinde bulunduğu) gerçeğe uygunluğunu tespit eder. Bu vakıa tespitini yaparken ilgililere dinlenilme hakkı da tanıyabilir. Fakat bu türlü tespitler, iddia ve savunma arasındaki uyumsuzluğu çözümlenmeye yönelik yargılama süreci içinde bağımsız mahkemeler tarafından yapılan vakıa tespitlerinden farklıdır. Rekabet Kurulu kararlarında, rekabet hukuku ihlallerinin tespiti ile ilgili olarak sık sık “ispat” ve “delil” terimleri kullanılmaktadır. Bu terimlerin kullanılması ifade kolaylığı sağlaması bakımından mazur görülebilirse de, ifade edilenin tam ve teknik anlamı ile ispat ve delil olmadığı gözden uzak tutulmamalıdır. Başka bir ifade ile, ispat ve deliller konuları ile ilgili olarak usul hukukunda geçerli olan kural ve ilkeler, idari işlemlerde ve bu arada yargı benzeri faaliyetlerde ancak niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanır.”

demektedir.

Kanımızca da bu görüş, teknik açıdan isabetli bir görüştür. Ancak yargılama hukuku anlamında kullanılan ispat teriminin rekabet hukuku anlamında artık başkalaşmış olduğunu göz önünde tutarak, Budak’ın “tespit” olarak nitelendirdiği faaliyeti de kapsamına aldığı kabulü, kanımızca daha da yerinde bir yaklaşım olacaktır. Zira rekabet hukuku soruşturmalarında bir taraf olarak nitelendirilmeyen (ve dolayısıyla yargılama hukuku anlamında bir taraf faaliyeti olan ispat faaliyeti göstermediği teknik olarak savunulabilecek olan) rekabet otoritesinin rekabet hukuku soruşturmalarındaki faaliyetinin, soruşturma konusu rekabet hukuku ihlalinin varlığını ispat olduğunun kabulü, en azından rekabet hukuku uygulamasında benimsenmesi gereken ispat standartlarının ortaya koyulabilmesi bakımından daha isabetli olacaktır. Kanımızca “tespit” kavramının kullanılması, rekabet hukuku soruşturmalarından çok, 4054 Sayılı Kanun’un 5. ve 8. maddesi çerçevesinde gerçekleştirilen menfi tespit ve muafiyet inceleme süreçleri için geçerli olmalıdır. Nitekim Yılmaz bu konuya ilişkin olarak benzer bir görüş benimseyerek,

“Karar konusu, yalnızca bir olgunun (vakianın) tespitinden ibaret ise, bu olgunun var olup olmadığı araştırılır ve varlığı sonucuna varılırsa bu olgu

(vakıa), yaptırılan tespitin amacına uygun şekilde (gerektiğinde) kullanılmak üzere, ayırt edici özellikleri ile eksiksiz bir biçimde ve (tercihan yazılı belgeye dökülerek) kayıt altına alınır. Bazı hallerde yapılan tespit, bir kararın konusunu da oluşturabilir. Rekabet hukukundaki “muafiyet kararı” (m.5), “menfi tespit kararı” (m.8), “devir ve birleştirmeye izin kararı” (m.10 vd) da bu anlamda birer tespit olarak değerlendirilebilir. Karar konusu (yalnızca bir olgunun tespiti değil de), iddia (tez) ve savunmadan (antitezden) oluşan bir bütün ise, bu hususlara ilişkin bilgiler ve belgeler, iddia ve savunmada bulunan taraftan/taraflardan istenerek ve/veya resen (kendiliğinden) eksiksiz şekilde toplanır, bunlar üzerinde inceleme/değerlendirme yapılır ve sonuçta bir karara varılır. Rekabet hukukundaki “soruşturma” buna örnek olarak gösterilebilir (m.43 vd).”

demektedir.²¹ Kanımızca da bu görüş isabetlidir.

Bir idari mercii, düzenleyici ve denetleyici işlemler yapabildiği kadar yargılama benzeri faaliyetler de yürütebildiği kabul edilmektedir.²² İdari merciler, söz konusu yargılama benzeri faaliyetleri kapsamında birtakım cezalar da verebilmektedirler. Ancak, idari mercilerin ceza verme yetkilerinin beraberinde birtakım riskleri de getirdiği kabul edilmektedir.²³

Bu nedenlerden ötürü, rekabet hukuku anlamında “ispat” kavramının, genel yargılama hukukunda geçerli olan esastan bir miktar farklı olarak, Rekabet Kurumu ve soruşturma heyetinin rekabet soruşturmalarındaki faaliyetlerini de kapsayacak şekilde anlamak yerinde olacaktır.

1.2.3. Rekabet Hukukunda İspat Yükü

1.2.3.1. Genel Olarak Rekabet Hukuku Soruşturmalarında İspat Yükü

- Avrupa Toplulukları Rekabet Hukukunda

Avrupa Komisyonu’nun birtakım eski tarihli kararlarına bakıldığında yalnızca “bazı ifadelerin incelenen belgelerde yer almasının” bir rekabet hukuku ihlalinin varlığının ispatı bakımından yeterli bulunduğu görülmektedir.²⁴ Avrupa

²¹ YILMAZ, E. (2004), “Rekabet Hukukunda Deliller, Delillerin Toplanması ve Değerlendirilmesi Üzerine Düşünceler”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu - II*, 9 Nisan 2004, Kayseri, s. 78-79.

²² Bkz. Yukarıda, 2 numaralı dipnot ve orada geçen eserler.

²³ FORRESTER, I. (2009), “A Bush in Need of Pruning: the Luxuriant Growth of ‘Light Judicial Review’”, *European Competition Law Annual 2009: Evaluation of Evidence and its Judicial Review in Competition Cases*”, Hart Publishing, Oxford ve Portland,

<http://www.eui.eu/Documents/RSCAS/Research/Competition/2009/2009-COMPETITION-Forrester.pdf>, Erişim Tarihi: 05.01.2011.

²⁴ Forrester 2009

Komisyonu 1987 tarihli *Sandoz* kararında, Sandoz tarafından kullanılan faturaların üzerinde “ihracat yasaklı” ibaresinin bulunmasını bir rekabet hukuku ihlalinin vuku bulunduğunu ispatlamak için yeterli görmüştür.²⁵ Avrupa Komisyonu 1991 tarihli bir başka kararında Japonya merkezli uluslararası bir şirketi, sözleşme düzeltme ve hukuka uyum çalışmalarında sehven gözden kaçan ve hiç uygulamaya koyulmayan birtakım sözleşmeler nedeniyle cezaya çarptırmıştır.²⁶ Avrupa Komisyonu bu kararında söz konusu sözleşmeleri ilgili şirketin ana şirketi konumundaki teşebbüs aleyhine yapılan ve nihai olarak sonuçsuz kalan bir şikayet neticesinde elde etmiştir.

Avrupa Komisyonu’nun bu eski içtihatlarıyla benimsediği ve inceleme konusu ihlal iddiasının olgusal bazda etki doğurup doğurmadığı ve/veya desteklenip desteklenmediğini değerlendirmeyen bu pozisyon, bazı yazarlar tarafından “ortaçağ papalığına” benzetilerek eleştiri konusu olmuştur.²⁷ Bu eleştirilerin kaynağında Avrupa Komisyonu’nun yeteri kadar maddi gerçekler²⁸ üzerinden bir değerlendirme yapmayıp, rekabet hukuku kurallarının ihlal edildiğine yönelik ihtimallere işaret edebilecek birtakım emarelerle temellendirmiş yaptırım faaliyetleri yürütmesi yatmaktadır. Öğretide, Avrupa Komisyonu’nun faaliyetlerini yürütürken, üye devlet mahkemeleri veya AT İlk Derece Mahkemesi (“İDM”) kadar maddi gerçeklere dayanan bir değerlendirme yapmasının, adaletin sağlanması bakımından elzem olduğu ifade edilmiştir.²⁹

Gerçekten de rekabet otoritelerinin elleri altında bulunan soruşturma yetkilerinin (veya daha doğru bir ifadeyle delillere ulaşabilme imkanlarının) artmasıyla, teşebbüsler aleyhine verecekleri cezalar bakımından ispat eşiklerinin yükselmesi doğal bir süreçtir.^{30 31} Bu bakımdan AT rekabet hukukunun konu

²⁵ Avrupa Komisyonu’nun 13.07.1987 tarihli ve IV/31.741 sayılı *Sandoz* kararı.

²⁶ Avrupa Komisyonu’nun 05.06.1991 tarihli ve IV/32.879 sayılı *Vihot/Toshiba* kararı.

²⁷ Forrester 2009

²⁸ “Maddi delillerin başında, *smoking gun* niteliğindeki notlar, teşebbüsler arası toplantı ve doğrudan iletişimi gösteren diğer deliller gelmektedir.” Bkz. KEKEVİ, H.G. (2003), “Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Birlikte Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasında Kolaylaştırıcı Eylemler”, Rekabet Kurumu, Ankara, <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/tezler/tez21.pdf>, Erişim Tarihi: 09.01.2011.

²⁹ Forrester 2009, s. 6-7.

³⁰ Massey burada rekabet otoritelerinin ister istemez bir tercih ile karşılaşacağını belirtmektedir. Soruşturma konusu rekabet ihaleleri ne kadar ciddi olursa o kadar yüksek ispat eşikleri gerektiğinden rekabet otoriteleri ya daha alçak ispat eşikleri gerektiren nispeten daha az ciddi ihlallerin ya da yüksek ispat eşikleri gerektiren ciddi ihlallerin peşine düşeceği belirtilmektedir. Bkz. MASSEY, P. (2004), “Criminal Sanctions for Competition Law: A Review of Irish Experience.”, Address to Competition Law Scholars Forum: Decentralised Enforcement: From the Idea to the Reality, <http://www.compecon.ie/Classf%2004.pdf>, Erişim Tarihi: 10.02.2011.

hakkında ulaştığı noktanın ve bu rekabet hukuku rejiminde uygulanan ispat eşiklerinin iyi bir şekilde incelenmesi, konu hakkında yapılacak değerlendirmeler açısından önem arz etmektedir:

İDM, Avrupa Komisyonu'nun rekabet hukuku ihlali tespit edebilmesi için gereken şartları tutarlı bir şekilde ortaya koymamıştır. Mahkeme bazı kararlarında “iddia edilen ihlalin gerçekleştiğine dair kati hükmü destekleyen yeterli seviyede kesin ve tutarlı delili” gerekli görürken³² bazı kararlarında ihtiyaç duyulan ispat eşliğini düşürerek “yakınsak ve ikna edici”³³ veya “muhik”³⁴ delilin rekabet hukuku ihlalinin tespit etmek için yeterli olduğunu belirtmiştir. Mahkeme diğer bir kararında “beraber değerlendirildiğinde ve diğer başka mantıklı açıklamaların yokluğunda rekabet hukuku ihlallerine delil teşkil edebilecek rastlantı ve belirtiler” şeklinde bir ispat eşliği getirerek bir anlamda olasılıklar dengesini benimsemiştir.³⁵ Rekabet otoritelerinin bu şekilde bir denge benimsemesi maddi gerekliliklerin bir sonucu olarak kabul edilebilecektir. Gerçekten de bazı rekabet hukuku ihlallerinin (özellikle en ağır ihlal türünü oluşturan kartel yapılanmalarının) ortaya çıkartılabilmesi oldukça zordur.³⁶ Rekabet otoritelerinin kartellerle mücadele için halihazırda sahip olduğu etkin aracın pişmanlık uygulamaları olduğu gerçeği, bu çıkarımı destekler niteliktedir. İDM her zaman kesin ve tutarlı delillere ulaşabilmekteki bu zorluğu fark ederek bir kararında, Avrupa Komisyonu'nun kesin ve tutarlı delillere ulaşması halinde dahi bunların eksik ve parçalara ayrılmış halde olacağını ifade etmiş ve belirli bazı bilgilerin çıkarım yoluyla elde edilebileceğini kabul

³¹ Yükselen ispat eşiklerinin gizli anlaşmaların ve birlikte hakim durumların ortaya çıkarılmasını zorlaştıracığı konusu hakkında bkz. SCOTT, A. (2002), ““An Immovable Feast”: Tacit Collusion and Collective Dominance in Merger Control after *Airtours*” CCR Working Paper CCR 02-6, http://www.uea.ac.uk/polopoly_fs/1.104458!ccr02-6.pdf, Erişim Tarihi: 10.02.2011.

³² İDM'nin 08.07.2004 tarihli ve T-67/00, T-68/00, T-71/00 ve T-78/00 sayılı *JFE Engineering Corp. and others v Commission of the European Communities* kararı.

³³ İDM'nin 27.09.2006 tarihli ve T-314/01 ECR II-3085 sayılı *Avebe v. Commission* kararı, [2006] E.C.R. II-3085;

³⁴ İDM'nin 20.04.1999 tarihli ve T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94 to T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 ve T-335/94 sayılı *Limburgse Vinyl Maatchappij e.a. v Commission* kararı.

³⁵ Forrester 2009.

³⁶ Rekabet hukuku ihlallerini tespit edebilecek delillere ulaşmanın zorluğu hususu uyumlu eylem karinesini meşru gösterebilecek hususların en önemlisi olarak ileri sürülmektedir (ASLAN, Y. (2001), *Rekabet Hukuku*, 2. Baskı, Bursa, s.85). Bu durum rekabet ihlallerine karşı mağdur olan kişilerin tazminat talebi ile yargı mercilerinin önüne gitmesinin önündeki önemli engellerden olarak görülebilmektedir. Bkz. WOOD, D. (2004), “Private Enforcement of Antitrust Rules- Modernization of the EU Rules and the Road ahead”, 16 *Loy. Consumer L. Rev.* 4, s.431, <http://leadershape.luc.edu/law/academics/special/center/antitrust/pdfs/woods.pdf>, Erişim Tarihi: 09.02.2011. Ayrıca bkz. Gürkaynak, vd. 2009.

etmiştir.³⁷ Mahkemenin bu yaklaşımı hakkında Forrester şu yorumu getirmektedir:

“Bu yaklaşım ikinci derece (dolaylı) delillerin suçluluğu ispatlamak için yeterli olması anlamına geliyorsa buna bir itirazım bulunmamaktadır.”³⁸ Zira, cezai hükümler ikinci derece deliller ile verilebilmektedir. Ancak bu yaklaşım, ikna edebilirliği noksan olan delillerin sırf kartellerle mücadele önemli diye kabul edilebilmesini anlamına geliyorsa bunun doğru olduğunu söylemek mümkün değildir. (vurgu eklenmiştir)”³⁹

Bu çerçevede, rekabet otoritelerinin ellerinde bulunan geniş soruşturma yetkilerine⁴⁰ rağmen elde ettikleri delilleri yanlış değerlendirebileceği ihtimalinin de gözlerden kaçırılmaması ve “şüpheden sanık yararlanır” ilkesinin dikkate alınması yerinde olacaktır.⁴¹ Nitekim İDM, bazı kararlarında Avrupa Komisyonu’nun elinde bulunan delilleri yanlış değerlendirdiğine hükmetmiştir.⁴² Nitekim rekabet ihlallerinin incelenmesi, karara bağlanması ve haklarında cezai yaptırım uygulanması birçok ülkede aynı kurum tarafından yapıldığı için “yanlış pozitiflerin” (*false positives*) ortaya çıkması doğal olarak daha kolay olmaktadır.⁴³ ⁴⁴ Bu kapsamda, her yargılama faaliyetinde veya yargılama benzeri faaliyette olduğu gibi, eldeki kesin delillerin bile yanlış değerlendirilmesi ihtimalinin olduğu bir ortamda, teşebbüsler üzerinde ciddi

³⁷ İDM’nin 08.07. 2008 tarihli ve T-53/03 sayılı *BPB plc v Commission* kararı.

³⁸ Ayrıca bkz. OECD (2006) “Roundtable on Prosecuting Cartels Without Direct Evidence of Agreement, Contribution from the European Commission Session II”, Global Forum on Competition,

[http://www.cade.gov.br/Internacional/OECD/DAF_COMP_GF_WD\(2006\)15_ENG.pdf](http://www.cade.gov.br/Internacional/OECD/DAF_COMP_GF_WD(2006)15_ENG.pdf),

Erişim Tarihi: 11.02.2011.

³⁹ Forrester 2009.

⁴⁰ Gürkaynak vd.2009.

⁴¹ Nitekim 1/2003 sayılı Avrupa Konseyi Tüzüğü’nün yürürlüğe girme sürecinde Almanya delegasyonu 2. Madde ile getirilmek istenen düzenin “şüpheden sanık yararlanır” gibi ceza yargılamasını düzenleyen prensiplerde bir değişikliğe sebep olmaması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. MONTAG, F. ve A. ROSENFELD (2003), “A Solution to the Problems? Regulation 1/2003 and the modernization of competition procedure”,

<http://www.freshfields.com/publications/pdfs/practices/Regulation12003.pdf>,

Erişim Tarihi: 09.02.2011.

⁴² İDM’nin 10.03.1992 tarihli ve T-68/69, T-77/89 ve T-78/89 sayılı *Società Italiana Vetro SpA and others v Commission* kararı; 17.12.1991 tarihli ve T-7/89 sayılı *SA Hercules Chemicals v Commission* kararı; 31.03.1993 tarihli ve C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 ve C-125/85 C-129/85 sayılı *Ahlström v Commission (Wood Pulp)* kararı; 06.06.2002 tarihli ve T-342/99 25 sayılı *AirTours/ First Choice v. Commission* kararı.

⁴³ Massey 2004.

⁴⁴ Ancak, ATAD’ın 07.06.1983 tarihli ve C- 103/80 sayılı *SA Musique Diffusion française and others v Commission* kararında, iddia ve yargılama makamının aynı bünye altında birleşmesinin doğal hukuk prensipleriyle ters düştüğü iddialarını reddetmiştir.

yaptırım gücünü hissettiren rekabet otoritelerinin hukuk güvenliğini sağlamak adına en az ceza yargılaması yürüten mahkemeler kadar maddi gerçeklere dayanan delillere önem verilmesinin isabetli olacağı savunulmaktadır.^{45 46 47}

Bu çerçevede verilecek idari yaptırımların da ceza yargılaması ilkeleri kapsamında değerlendirilebileceğinin belirtilmesi de isabetli olacaktır. Adil yargılanma hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ("AİHS") 6. maddesi altında düzenlenmiştir. Bu madde uyarınca, herkes gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir. Bu madde altında düzenlenen adil yargılanma hakkının mahkemeler dışındaki yargı kuruluşları bakımından uygulanabilir olup olmadığı konusunda AİHS kapsamında açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak adil yargılanma hakkının sadece yargısal usulleri değil, medeni hak ve yükümlülük veya cezai alanda yöneltilen bir suçlama bakımından belirleyici olan tüm usulleri kapsadığı kabul edilmektedir.⁴⁸ Bu sayede birtakım idari yaptırımlar⁴⁹ AİHS kapsamında tanınan adil yargılanma güvencesi altına girmektedir. AİHM'in rekabet hukuku usulüne ilişkin verdiği kararlar⁵⁰ incelendiğinde, AİHS'in 6. maddesinin rekabet hukuku soruşturmalarında da uygulanacağı şeklinde bir sonuç çıkarmak yersiz

⁴⁵ Forrester 2009.

⁴⁶ Nitekim benzer bir çıkarım Birleşik Krallık Rekabet Hukuku Temyiz Mahkemesi (The United Kingdom Competition Appeal Tribunal) tarafından *Napp v Director General of Fair Trading* ([2002] CAT 1 [2002] CompAR 13) kararında da verilmiştir. Bu kararda ciddi ekonomik sonuçlar doğuran rekabet hukuku yargılamasının sağlam deliller ile desteklenmesi gerektiği belirtilmiştir. Söz konusu karar için bkz. <http://www.catribunal.org.uk/files/JdgNapp260302.pdf>. Erişim Tarihi: 09.02.2011.

⁴⁷ Bazı yazarlar ise ceza hukukunda hakim olan ispat eşiğinin rekabet hukuku ihlallerini yakalamakta yetersiz kalabilme ihtimalini kabul etmiştir. Bkz. Massey 2004.

⁴⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium* kararı (Başvuru No: 6878/75, 7238/75, 18.10.1982). Ayrıca bkz. GÜNDÜZ, H. (2009), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Rekabet Hukuku Uygulamasına Etkileri*, Rekabet Kurumu Yayınları Uzmanlık Tezi, Ankara, s. 40.

⁴⁹ AİHM, *Engel and Others v. Netherlands* (Başvuru No: 5100/71, 23.11.1976) ve *Öztürk v. Germany* (Başvuru No: 8544/79, 23.10.1984) kararlarında hangi durumların bu değerlendirme kapsamına dahil olacağını belirlemek için bir takım kriterleri dikkate almaktadır. Bu kriterler şunlardır: ilgili normun ulusal hukuktaki sınıflandırması, suçlamanın niteliği, muhtemel cezanın ağırlık derecesi ve niteliği. Mahkeme *Lutz v. Germany* (Başvuru No: 9912/82, 25.08.1987) kararında son iki kriterin birbirine alternatif nitelikte olduğunu belirtmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gündüz 2009, s.41.

⁵⁰ Bkz. *Societe Stenuit v. France* kararı (Başvuru No: 11598/85, 27.02.1992), *Lilly France v. France* kararı (Başvuru No: 53892/00, 14.10.2003), *Netse St. Petersburg v. Russia* kararı (Başvuru No: 69042/01, 03.06.2004) ve *Fortum Corporation v. Finland* kararı (Başvuru No: 32559/96, 15.07.2003).

olmayacaktır. Bir başka ifadeyle bir rekabet hukuku soruşturmasına muhatap olan teşebbüslerin AİHS'in 6. maddesi çerçevesinde bir korumadan yararlanabileceği kabul edilmektedir. Dolayısıyla, AİHS'in 6. maddesinin ikinci fıkrası⁵¹ altında yer bulan suçsuzluk karinesinin rekabet hukuku soruşturmalarında da dikkate alınması gerekmektedir.⁵²

1/2003 sayılı Avrupa Konseyi Tüzüğü'nün 2. maddesi uyarınca, rekabet hukuku ihlallerine ilişkin ispat külfeti Avrupa Komisyonu'nun üzerindedir. Soruşturma konusu teşebbüsler açısından basitçe olayı inkar etmek yeterli olmaktadır.⁵³

AT rekabet hukuku uyarınca teşebbüslerin bir kartel toplantısına katıldığına ispatında toplantıdaki diğer teşebbüsler tarafından kaleme alınmış birtakım belgeler kullanılabilir.⁵⁴ Dolayısıyla, bir teşebbüs söz konusu kartel toplantısına başka bir amaçla gittiğini açık bir şekilde toplantıda bulunanlara ifade ederek kendini toplantıda konuşulan konulardan açık bir şekilde uzaklaştırmadığı müddetçe rekabet hukuku ihlali gerçekleştirmiş sayılmaktadır.⁵⁵ Bu bakımdan ihlalin ispatı için sadece tek bir kanıtın yeterli görüldüğü kararlar⁵⁷ bulunsa da, mahkeme bir kararında sadece teşebbüslerden birisinin ifadesine dayanılarak verilen karara, ihlali belirlemek için “yeterli delil” teşkil etmediği gerekçesiyle karşı çıkmıştır.⁵⁸

⁵¹ “Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır.”

⁵² ATAD'ın 08.07.1999 tarih ve C-199 / 92 sayılı *Hüls v. Commission* kararı, [1999] ECR I-4287 para. 149-150. Ayrıca bkz. BALKI, B. (2009), “The Evaluation of the Presumption of Concerned Practices in the Turkish Competition Act and of Its Utilization under the Case Law of the European Court of Justice”, *Rekabet Dergisi*, Cilt 10, Sayı 3, sayfa 88.

⁵³ İDM'nin 29.04.2004 tarihli ve T-236/01, T-239/01, T-244/01, T-246/01, T-251/01 ve T-252/01 [2004] sayılı Tokai v. Commission kararı. Ayrıca bkz. KERSE, C.S. ve N. KAHN (2005), *EC Antitrust Procedure*, Fifth Edition, Sweet&Maxwell, Londra, s. 478.

⁵⁴ İDM'nin 11.03.1999 tarihli ve T-157/94 sayılı *Empresa Nacional Siderurgica SA v Commission* kararı ve 15.03.2000 tarihli ve T-25/95 sayılı *Cimenteries CBR v Commission* kararı.

⁵⁵ İDM'nin 14.07.2005 tarihli ve C-57/02 sayılı *Acerinox v Commission* kararı.

⁵⁶ Bazı yerel mahkeme kararlarında toplantıya katılmanın başlı başına bir kartel davranışı ortaya çıkarmayacağı karar altına alınmıştır. Gerçekten de Lüksemburg Rekabet Konseyi 5 Mart 2010 tarihli bir kararında kartel toplantısına katılması gerçeğinin iradelerin uyumunu gösteren birtakım ek emarelerle desteklenmesi gerektiğine karar vermiştir. Lüksemburg Rekabet Konseyi'nin AT rekabet hukuku kurallarını bu şekilde “yumuşatmasının” altında yatan nedenin söz konusu ihlale sebebiyet veren toplantıya katılan katılımcıların küçük ve orta ölçekli şirketler olduğu belirtilmiştir. İki katılımcı irade uyumunu açığa vurmuş eylemlerle desteklemedikleri için söz konusu soruşturmanın kapsamı dışına çıkartılmıştır. İlgili karar için bkz.

http://www.concurrences.com/IMG/pdf/20100426Luxembourg01Doc_A_M-81.pdf, ayrıca bkz.

http://www.concurrences.com/article_bulletin.php?id_article=33986, Erişim Tarihi: 09.02.2011.

⁵⁷ *Cimenteries CBR v Commission* kararı.

⁵⁸ İDM'nin 15.03.2000 tarihli ve T-337/94 sayılı *Enso-Gutzeit v Commission* kararı.

AT üye devlet uygulamaları rekabet hukuku ihlallerinin ispat eşiği bakımından farklı yorumları da içermektedir. İngiliz otoriteleri “yüksek derece olasılık”⁵⁹ testini, İrlanda otoriteleri “ihtimallerin dengesi”⁶⁰ testini benimseyebilmektedir.

Sonuç olarak, AT rekabet hukukunda ispat kavramının, söz konusu hukuk rejiminin doğal evrimi sonucunda günümüzde Türkiye’deki rekabet hukuku rejimine oranla çok daha “olgu ağırlıklı” bir yapıda olduğu söylenebilecektir.

- Türk Rekabet Hukukunda

Türkiye’deki rekabet hukuku soruşturmalarda kural olarak, yukarıda açıklanan ve Türk Medeni Kanunu’nun 6. maddesinde ifadesini bulan genel ispat yükü kuralları geçerlidir. Teşebbüslerin bir rekabet ihlalinin ötürü 4054 Sayılı Kanun çerçevesinde yürütülen soruşturmalar kapsamında sorumlu tutulabilmeleri için Rekabet Kurumu’nun hukuka uygun surette elde ettiği ispat vasıtalarıyla, söz konusu rekabet ihlalinin varlığını yeterli şekilde ispat etmesi gerekmektedir. Rekabet soruşturmaları sonucunda 4054 Sayılı Kanun’da öngörülen yaptırımlardan herhangi birinin bir teşebbüs aleyhine uygulanabilmesi için, soruşturma konusu olayların gerçekliğinin makul bir kuşkuya mahal bırakmayacak şekilde ispat edilmiş olması gerekecektir. Şüphe ve belirsizlik durumlarından, soruşturmaya konu teşebbüsler yararlanacaktır.^{61, 62}

Rekabet hukuku teorisi ve uygulamasında yukarıdaki durumun bir istisnası olarak rekabet hukuku ihlallerinin uyumlu eylemler vasıtasıyla işlenmesi örnek olarak gösterilebilecektir. Gerçekten de uyumlu eylem yoluyla gerçekleştirilen rekabet hukuku ihlallerinin ispatı meselesi gerek ABD ve AT gerekse Türk rekabet hukuku çevrelerince esaslı bir tartışma konusu olarak değerlendirilmiştir. Bundan dolayı uyumlu eylemlerin ispatı meselesinin mukayeseli olarak incelenmesi gerekmektedir.

1.2.3.2. Uyumlu Eylemlerin İspatı

Uyumlu eylem⁶³ ve ispatı konusu, özellikle Türkiye’de rekabet hukukunun en hassas ve tartışmalı konularının başında gelmektedir. Bu nedenle, AT rekabet

⁵⁹ *Shearson Lehman Hutton, Inc. v. Maclaine Watson Co. Ltd.*, [1989] 3 C.M.L.R. 429 (S.C.J. 1989).

⁶⁰ *Masterfoods Ltd. v. HB Ice Cream Ltd.*, [1992] 3 C.M.L.R. 830 (Ire. H. Ct. 1992).

⁶¹ Budak 2004, s. 151.

⁶² Ayrıca bkz. YILMAZ, E. (1999), “Rekabet Kanunu Uygulamasında Usul ve İspat Sorunları”, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara, Rekabet Kurumu, <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/perskonfyyn/perskonfyyn87.pdf>, Erişim Tarihi: 10.02.2011.

⁶³ Rekabet hukukunda uyumlu eylem kavramı için bkz. YÜKSEL, O. Y. (2004), “Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem”, Rekabet Kurumu Yayınları Uzmanlık Tezi, Ankara,

hukukunda ispat meselesine ilişkin yukarıda yer verilen genel nitelikli açıklamaların yanında, spesifik olarak bu konu üzerindeki mevzuat AT ve ABD rekabet hukuku uygulamalarını da dikkate alarak derinlemesine değerlendirmelerde bulunulması gerekecektir.⁶⁴

4054 Sayılı Kanun'un 4. maddesinin 2 ve 3 numaralı fıkraları, uyumlu eylemlerin ispatına ilişkin olarak özel bir hüküm öngörmektedir. Söz konusu hükme göre:

“Bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin⁶⁵ veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder.

Ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir.”

Görüldüğü üzere, 4054 Sayılı Kanun, uyumlu eylemlere yönelik olarak bir karine⁶⁶ getirmekte ve diğer rekabet hukuku ihlalleri için geçerli olan ispat kurallarını tersine çevirerek, “rekabet hukuku ihlalinin var olmadığını” hususunun ispatını soruşturmaya konu teşebbüslere yüklemektedir. Söz konusu hüküm böylelikle, ispat yükünün yerini değiştirmekte ve genel kural olan “ihlalin Rekabet Kurumu tarafından ispatlanması” esasını tersine çevirerek soruşturulan teşebbüsleri sorumluluktan kurtulabilmek için “ihlalin var olmadığını” ispatlama, diğer bir deyişle olağan durumun tersini ispatlama durumunda bırakmaktadır.

Öğretide, hükmün ispat yükünün yer değiştirmesine neden olmadığı ve burada söz konusu olanın uyumlu eylemlerin ortaya koyulmasında esas alınacak

<http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/tezler/tez61.pdf>, Erişim Tarihi: 09.02.2011.

⁶⁴ Uyumlu eylem karinesinin olası kullanım alanlarına ve bu kullanım tercihlerinin sonuçlarına ilişkin olarak hukuk ve iktisat perspektifinden yapılmış kapsamlı bir çalışma için bkz. GÜRKAYNAK, G. ve İ. ATIYAS (2006), “Uyumlu Eylem Karinesi Üzerine Hukuki ve Ekonomik Çözümler”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu - IV*, 7 Nisan 2006, Kayseri.

⁶⁵ Burada belirtilmesi gereken bir husus uyumlu eylem konu işbirliği davranışlarının piyasadaki fiyat dengelerini etkilememe ihtimalinin söz konusu olmasıdır. Nitekim oligopolistik pazarlarda fiyat birlikteliğinden ziyade firmaların karşı karşıya buldukları riski bertaraf etme güdülerini bulunabilmektedir. Bkz. Yüksel, 2004.

⁶⁶ “Karine ile kastedilen dolaylı kanıtlama yöntemidir.” CENGİZ, D. (2008), “Uyumlu Eylem Karinesinin ve Rekabet Kurulu'nun Bu Karineye İlişkin Uygulamalarının Değerlendirilmesi”, *Rekabet Dergisi*, Sayı 35, Ankara, s. 13, <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/dergi/dergi35.pdf>, Erişim Tarihi: 09.01.2011.

ispat ölçüsünün belirlenmesi olduğu görüşü savunulmaktadır.⁶⁷ Söz konusu görüşe göre,

“(...) piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi” halinde bu benzerlik uyumlu eylemin kabulü için yeterli olacaktır. “Ancak buradaki “benzerliğin” sadece kuşku uyandıran, sıradan bir benzerlik olması yeterli değildir. Rekabet Kurulu, objektif ekonomik verilerden hareketle yaptığı incelemede, mevcut benzerliğin uyumlu eylemin varlığını gösterdiği konusunda, konunun uzmanı olan kişilerin bütün makul kuşkularını ortadan kaldıran bir kanaate varmış olmalıdır. Uyumlu eylemin varlığı konusunda böyle bir kanaate varılamamış olduğu, konunun “belirsiz” kalmış olduğu hallerde ise, bir rekabet kısıtlamasının bulunmadığına karar vermek gerekecek; ceza usulünde kullanılan terimle şüpheden sanık yararlanacaktır.” Hükmün devamında getirilen “ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir” düzenlemesinin ise, “hakkında soruşturma yapılan teşebbüsün, karineyi çürütmek üzere deliller ileri sürebileceği şeklinde anlaşılması (...)”

gerektiği savunulmaktadır.

Söz konusu görüşün, yukarıda ifade edilen “ispatın yargılama hukukuna özgü olduğu” ve rekabet hukuku açısından teknik anlamda bir ispattan söz edilemeyeceği şeklindeki teknik görüşe paralel olarak kabul edilmesi mümkün olsa da, kanımızca 4054 Sayılı Kanun’un 4. maddesinin 2. ve 3. fıkralarının ispat yükünün yer değiştirmesi sonucunu doğurduğunun kabulü daha isabetli bir yaklaşım olacaktır. Zira hüküm nedeniyle teşebbüslerin olağan durumun ta kendisini, diğer bir deyişle “bir ihlalin yokluğunu” ispatlamak zorunda oldukları bir duruma düşürüldükleri açıktır. Pazardaki göstergeler ne olursa olsun, teşebbüslerin bir rekabet hukuku ihlali gerçekleştirmemeleri olağan durum olduğuna ve teşebbüslerin yalnızca pazardaki birtakım göstergelere bakarak sürekli bir ceza tehdidi altında bırakılması da kabul edilemez bir yaklaşım olduğuna göre, bu hüküm anayasal düzeyde koruma altına alınan suçsuzluk karinesinin tam tersini karine olarak kabul etmekte ve olağan durumun aksini ispatlama yükünü soruşturmaya konu teşebbüslere yüklemektedir. Nitekim Rekabet Kurulu’nun uyumlu eylem karinesine ilişkin kimi uygulamaları da, pazarda gözlemlenebilen salt paralel davranışların dahi uyumlu eylem ihlali için

⁶⁷ Budak 2004, s. 152-153.

yeterli olduğu ve cezayı gerektirdiği; bunun aksini ispatın teşebbüslere düşüğünü teyit etmektedir.^{68 69}

Bu bağlamda, aşağıda da değinileceği üzere, rekabet ihlallerinden zarar gören kişilerin özel hukuk hükümlerine göre açacağı tazminat davalarındaki ispat yüküne ilişkin özel bir hüküm sevkeden 4054 Sayılı Kanun'un 59. maddesinin bu bağlamda bir referans olarak alınması kanımızca doğru olmayacaktır. Zira 4054 Sayılı Kanun'un 4. maddesi çerçevesinde rekabet hukuku ihlalini ortaya çıkararak ispatlamaya çalışan Rekabet Kurumu iken ve Rekabet Kurumu'nun elinde başta yerinde inceleme olmak üzere son derece geniş araştırma ve soruşturma yetkileri varken, 59. madde çerçevesinde rekabet hukuku ihlalini ispata çalışanın ihlalden zarar gören kişiler olduğu ve söz konusu kişilerin elinde de Rekabet Kurumu'na tanınmış olan yetkilerin hiçbirinin olmadığı unutulmamalıdır. Dolayısıyla 4054 Sayılı Kanun'un 59. maddesinde öngörülen hüküm bir ölçüde kabul edilebilecek ise de, aynı durum 4. maddede öngörülen uyumlu eylem karinesi için söz konusu olmayacaktır. Bu konuyla bağlantılı olarak, 4054 Sayılı Kanun'un 4. maddesinin 2 ve 3 numaralı fıkralarının Anayasa'ya aykırı olup olmadığı meselesi ise rekabet hukukundaki en canlı ve yerinde tartışma konularının başında gelmekle birlikte, doğrudan bu çalışmanın konusunu ilgilendirmediği için, bu tartışmaların üzerinde durulmayacaktır.⁷⁰

Bu noktada, ülkemiz rekabet hukuku mevzuatının mehzarını teşkil eden AT rekabet hukukunun veya ABD rekabet hukukunun mevcut durumunda, Türk rekabet hukukunda uygulama bulduğu şekliyle uyumlu eylem karinesi gibi bir kavramın söz konusu olmadığı; aksine AT ve ABD'deki rekabet otoritelerinin uyumlu eylemin ispatı konusunda Türkiye'de mevcut olan uygulamadan çok daha yüksek standartlar benimsediklerinin de altının çizilmesi gerekmektedir. Bu bakımdan, uyumlu eylem karinesi meselesine daha sağlıklı bakabilmek için, uyumlu eylemin ispatı kavramının ABD ve AT rekabet hukuku rejimlerinde nasıl ele alındığının da dikkatle incelenmesi yerinde olacaktır.

⁶⁸ Bu konuya ilişkin açıklamalara aşağıda, işbu çalışmanın 2.2.3.5 numaralı başlığı altında yer verilmektedir.

⁶⁹ Paralel davranışların her zaman taraflar arasındaki bir işbirliğinden doğmamış olabileceğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. BUCCIROSSI, P. (2006) "Does Parallel Behavior Provide Some Evidence of Collusion?", *Review of Law & Economics*: Cilt. 2 Sayı. 1, s. 86-102.

⁷⁰ Bu konuda bkz. GÜNDAY, M. (2007); "Rekabet Kurulu'nun İdari Para Cezalarına İlişkin Kararlarının Yargısal Denetimi ve Karşılaşılan Sorunlar", *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu V, 6-7 Nisan 2007, Kayseri* içinde, s. 9-10.

1.2.3.3. ABD Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem ve İspatı

Konuyu ABD rekabet hukuku öğretisi bakımından *Interstate Circuit v. United States*⁷¹ kararıyla başlatmak mümkündür. 1939 yılındaki bu örnek kararın ardından, *Theatre Enterprises*⁷² kararında bilinçli paralelliğin başlı başına bir rekabet hukuku ihlali olmadığı açıkça ortaya koyulmuştur.⁷³ Bu kararı takiben “destekleyici unsurlar (*plus factors*)”ın önemine değinen *United States v. Morton Salt Co.*⁷⁴ kararıyla tartışmanın yeni bir boyut kazandığını ve Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi tarafından farklı gerekçelerle onanan⁷⁵ *Pittsburgh Plate Glass Co. v. United States*⁷⁶ kararıyla ve *Delaware Valley Marine Supply Co. v. American Tobacco Co.*⁷⁷ kararıyla da ortaya çıkan öğretinin iyice şekillendiğini söylemek mümkündür. Teşebbüslerin paralel davranışını konu alan soruşturmalarda, cezaya konu edilebilir bir paralel davranıştan söz edebilmek için “destekleyici unsurlar”ın mutlaka aranması gerektiği ve söz konusu destekleyici unsurların neler olduğu açık hale gelmiştir. Bu süreci takip eden *Bogosian v. Gulf Oil Corp.*⁷⁸, *Quality Auto Body v. Allstate Ins. Co.*⁷⁹ ve *Japanese Elec. Prods. Antitrust Litigation*⁸⁰ gibi son dönem kararları sayesinde Sherman Yasası’nın teşebbüslerin paralel davranışa dayalı ve fakat anlaşma içermeyen eylemlerine hangi esaslar çerçevesinde uygulanacağı konusunda istikrar arz eden bir içtihat oluşmuştur.

4054 Sayılı Kanun çerçevesinde Türkiye’de uygulama bulan “uyumlu eylem karinesi” benzer bir imkan tanınmamış olmasının ABD rekabet hukuku sisteminin bilinçsiz bir eksikliği değil, -söz konusu karinenin genel ve evrensel hukuk ilkeleri bakımından arzettiği sakıncalar nedeniyle- bilinçli olarak yapılmış bir tercih olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bugün ABD rekabet hukukunda uyumlu eylemin varlığından veya “gizli işbirliği”nden (*tacit collusion*) bahsedebilmek için bilinçli bir paralelliğin yanısıra “destekleyici

⁷¹ *Interstate Circuit v. United States*, 306 U.S. 208 (1939).

⁷² *Theatre Enterprises v. Paramount Film Distributing Corp.* 346 US 537 (1954).

⁷³ Ayrıca bkz. Federal Ticaret Komisyonu’nun 101 F.T.C. 425 (1983) sayılı *Ethyl* kararı.

⁷⁴ *United States v. Morton Salt Co.*, 235 F.2d 573, 577 (10th. Cir. 1956).

⁷⁵ *Pittsburgh Plate Glass Co. v. United States*, 360 U.S. 395 (1959).

⁷⁶ *Pittsburgh Plate Glass Co. v. United States*, 260 F.2d 397, 401 (4th Cir. 1958).

⁷⁷ *Delaware Valley Marine Supply Co. v. American Tobacco Co.*, 297 F.2d 199, 205 n. 19 (3rd Cir. 1961), cert. denied, 369 U.S. 839 (1962).

⁷⁸ *Bogosian v. Gulf Oil Corp.*, 561 F.2d 434 (3rd Cir. 1977), cert. denied, 434 U.S. 1086 (1978).

⁷⁹ *Quality Auto Body v. Allstate Ins. Co.*, 660 F.2d 1195 (7th Cir. 1981), cert. denied, 455 U.S. 1020 (1982).

⁸⁰ *Japanese Elec. Prods. Antitrust Litigation*, 723 F.2d 238, 304 (3rd Cir. 1983), cert. granted, 105 S. Ct. 1863 (1985).

unsurlar”ın aranması gerektiği⁸¹ açıktır. Ancak, özellikle *In re Baby Food Antitrust Litigation*⁸² kararından bu yana, oligopol bir pazarda fiyat takipçiliğini gösteren delil ve bulguların pazarın yapısının zaten bunu gerektirmesi sebebiyle bilinçli paralellik unsurunu ortaya koymaya yetmediği benimsenmektedir. Üstelik her durumda bilinçli paralellige ek olarak “destekleyici unsurlar”ın da *Matsushita*⁸³ davası ile belirlenen ispat standardını tutturacak biçimde ortaya koyulması gerektiği kabul edilmektedir.

Matsushita kararı uyarınca, iddia sahibinin “soruşturulan teşebbüslerin bağımsız davranmış olabilecekleri olasılığını ortadan kaldırmaya yetecek ölçüde” delili ortaya koyması standardı aranmaktadır. ABD rekabet hukuku düzeninde uyumlu eylemlerin ispatında uyulması gereken ispat standardını - özellikle de oligopol piyasalarındaki uyumlu eylem iddialarına ilişkin yükseltilmiş ispat standardını- net bir biçimde ortaya koyan bir diğer karar ise *Williamson Oil Co.*⁸⁴ kararıdır. Söz konusu kararda, her ne kadar bilinçli paralellige ek olarak bir destekleyici unsurun ortaya koyulması bir uyumlu eylemin varlığını aksi ispatlanabilir bir biçimde ispatlamaya yetse de, bu “destekleyici unsur”un *başlı başına soruşturulan teşebbüslerin bağımsız davranmış olabilecekleri olasılığını ortadan kaldırmaya yetecek durumda olmasının* aranacağı belirtilmektedir. Bu davada söz konusu olan bir oligopol pazarı olduğu için, bilinçli paralellige ek olarak ortaya koyulan unsurlardan hiçbirinin *Matsushita* standardında bir “destekleyici unsur” ortaya koymaya yetmediği ve uyumlu eylemden ceza verilmesinin mümkün olmayacağı karara bağlanmıştır.

Keza *Bell Atlantic Corporation v. William Twombly*⁸⁵ kararında da, bir teşebbüsün davranışlarının mercek altına alınabilmesi için spesifik olgulara dayanılması gerektiği, aksi halde çok kolay bir şekilde danışıklılık iddiasının yapıp, soruşturma safhasına geçilebileceği ortaya koyulmakta ve teşebbüslerin bu yolla gereksiz ve maliyetli şikayetlerden korunması gerektiği esası benimsenmektedir.

Dolayısıyla, ABD rekabet hukuku pratiğinde, uyumlu eylem karinesi tipinde bir araç şöyle dursun, oligopol pazarlarında uyumlu eylemin ispatı için son derece katı ispat ölçütleri benimsenmiş ve bir teşebbüsün davranışının

⁸¹ “Amerikan mahkemeleri çoğunlukla iktisadi nitelikteki delillerin, bunların ortaya çıkarttığı maddi delillerle harmanlanıp sunulması halinde anlaşmanın varlığı sonucuna ulaşmaktadır.” Bkz. Kekevi, (2003).

⁸² *In re Baby Food Antitrust Litig.* (3rd Cir. 1999).

⁸³ *Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 US 574 (1986).

⁸⁴ *Williamson Oil Co. v. Philip Morris USA* (11th Cir. 2003).

⁸⁵ *Bell Atlantic Corporation, et al., Petitioners v. William Twombly et al.* (Supreme Court, 550 US, 2007).

rakiplerden bağımsız olması olasılığı varsa, bu olasılık delillerle ortadan kaldırılmaksızın teşebbüse ceza vermeye yer olmadığı açıklıkla ortaya koyulmuştur.

1.2.3.4. AT Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem ve İspatı

AT rekabet hukukunda da uyumlu eylem konusunda durumun ABD'den çok farklı olmadığını söylemek yanlış olmayacaktır. Uyumlu eylem kavramının kullanıldığı ilk karar olan *Dyestuffs* kararında⁸⁶ Avrupa Komisyonu, Topluluğun değişik ülkelerinde faaliyet gösteren üreticilerin çok yakın tarihlerde yaptıkları fiyat artışlarını incelemiş ve bu artışların bir uyumlu eylem sonucunda yapıldığına karar vermiştir. Avrupa Komisyonu ayrıca, üreticiler tarafından fiyat artışlarına ilişkin iştiraklerine ve temsilciliklerine gönderilen talimatların benzerlikler taşımasını üreticiler arasında uyumlu eylem olduğu görüşünün destekleyici delili olarak kullanmıştır.

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

*"Paralel davranış tek başına uyumlu eylem olarak tanımlanamasa da, şayet ürünün yapısı, teşebbüslerin sayısı ve büyüklükleri ile pazarın büyüklüğü dikkate alındığında pazarda gözlenen paralellikler pazarın normal koşullarına benzemeyen rekabet koşullarına yol açıyorsa, bu paralellikler uyumlu eylemin önemli bir delili olarak kabul edilebilir."*⁸⁷

Ayrıca, ATAD kararında teşebbüslerin fiyatlarını artırırken rakiplerinin mevcut ya da gelecekteki davranışlarını göz önünde bulundurmalarının ihlal kapsamında olmadığını belirterek paralel davranışları uyumlu eylem kapsamının dışına çıkarmıştır.

Dyestuffs kararından sonraki kararlarda ATAD'ın uyumlu eylem tanımı belirli ölçüde değişmiştir. Özellikle Avrupa Komisyonu'nun şeker üreticilerinin paralel ithalatın engellenmesi amacıyla uyumlu eylem halinde olduklarını ileri sürdüğü Suiker Unie kararında,⁸⁸ yukarıda açıklanan *Dyestuffs* kararlarından

⁸⁶ Avrupa Komisyonu'nun 24.07.1969 tarihli ve OJ L 195/11 sayılı *Dyestuff* kararı

⁸⁷ ATAD'ın 14.07.1972 tarihli ve 48/69 sayılı *ICI v. Comission* kararı, [1972] ECR 619.

⁸⁸ Avrupa Komisyonu'nun 16.12.1975 tarihli *Suiker Unie* kararı ve ATAD'ın 16.12.1975 tarihli ve 40-48,50,54-56,111,113&114/73 sayılı *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA and others v Commission* kararı, [1975] ECR 1663.

hareketle, ATAD uyumlu eylemin oluşabilmesi için gerekli unsurları aşağıdaki şekilde belirtmiştir:

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

Avrupa Komisyonu'nun kağıt hamuru pazarına ilişkin olarak 1984 yılında almış olduğu Wood Pulp II kararında⁸⁹ ise 41 kağıt hamuru üreticisi ve iki birliğin 1975-1981 yılları arasında uyumlu eylem içerisinde olduklarına karar verilmiştir. Kararda, fiyat artışlarını oligopolistik pazarlarda gözlenen bilinçli paralellikle açıklamanın mümkün olmadığı, “üreticiler arasında toplantılar yapıldığına ilişkin belgelerin varlığının ve ileriye yönelik olarak yapılan fiyat açıklamalarının pazarı yapay olarak şeffaf hale getirdiğinden bahsedilerek üreticiler arasında bu şekilde dolaylı iletişim kurulduğu” belirtilmiştir.

Avrupa Komisyonu'nun bu kararına karşı kağıt hamuru üreticileri ATAD'a başvurmuşlardır. ATAD konu ile ilgili olarak ekonomistlere pazara ilişkin bir inceleme yaptırmış ve bunun sonucunda Avrupa Komisyonu'nun aksine pazarın yapay nedenlerle değil yapısından kaynaklanan doğal nedenlerle şeffaf hale geldiğini ve bu nedenle pazardaki paralel fiyat hareketlerinin oligopolistik bağımlılık ile açıklanabileceğini⁹⁰ belirterek Avrupa Komisyonu kararının büyük bir bölümünü iptal etmiştir. Ayrıca ATAD, Avrupa Komisyonu'nun bilgi değişimine ilişkin bulunduğu dokümanları tüm teşebbüsler ile ilişkilendirmesini hatalı bularak bu belge ve dokümanları yaptığı değerlendirmenin dışında bırakmıştır.⁹¹

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

Bulunan bu belgeler doğrultusunda Avrupa Komisyonu, teşebbüslerin Roma Antlaşması'nın 81. maddesini ihlal eder nitelikte bir anlaşma veya

⁸⁹ Avrupa Komisyonu'nun 19.12.1984 tarihli ve 1985 OJ L 85/1 sayılı *Wood Pulp II* kararı.

⁹⁰ İlgili kararın 71. paragrafında şu ifadeler yer almaktadır: “paralel davranışların tek mantıklı açıklaması uyumlu eylem olmadığı sürece, paralel davranışın uyumlu eylemin birinci derecede delili olamayacağıdır...”

⁹¹ ATAD'ın *A. Ahlström Osakeyhtiö and others v Commission* kararı.

uyumlu eylemin tarafları olduğunu belirten bir soruşturma raporu hazırlanmıştır. Bu soruşturma raporuna teşebbüsler tarafından verilen yazılı savunmalarda söz konusu teşebbüsler arasında hiçbir zaman pazar paylaşımına ilişkin bir anlaşma veya uyumlu eylem bulunmadığı, teşebbüslerin ülke pazarlarına girişlerin her halükarda çok zor olduğunu ve bununla birlikte Avrupa Komisyonu'nun bulunan delillere dayanarak bu iddiayı sürdürmesi halinde ise bulunan delillerin teşebbüslerin cezai sorumluluklarını doğurabilmek için çok eski olduğunu belirtmişlerdir.

Avrupa Komisyonu, tarafların sunduğu yazılı savunmalarda yapılan argümanlara karşı teşebbüslerin birbirlerinin ülke pazarlarında faaliyette bulunmasını kısıtlayacak anlaşma veya eylemlerinin ihlal olduğunu belirtmiş ve bununla birlikte soruşturmanın devam edebilmesi için soruşturma raporunda belirtilen iddiaların “destekleyici deliller” ile birlikte^{92 93} yer almasının gerektiğini açıklayarak teşebbüsler nezdindeki soruşturmayı geri çekmiştir.⁹⁴

Pazarda meydana gelen durum için herhangi alternatif bir açıklamanın varlığı halinde uyumlu eylemden bahsedilmesi mümkün olmamaktadır.⁹⁵ Nitekim ATAD yukarıda bahsedilen *Wood Pulp II* kararında paralel davranışların pazarda oluşan durumun tek açıklaması olamayacağı durumlarda bir uyumlu eylemden bahsedilmemesi gerektiğini belirtmiştir.^{96 97} Dolayısıyla, AT rekabet hukuku uygulamaları altında uyumlu eylemden ceza verilebilmesi için paralel davranışın tek mantıklı açıklamasının uyumlu eylem olduğunun gösterilmesi gerekmektedir.

⁹² Delillerin ayrı ayrı değerlendirilmesinden ziyade, bir bütün olarak ele alınması uyumlu eylem iddialarının değerlendirilmesinde önem taşımaktadır. Yüksel 2004.

⁹³ Destekleyici delillerin gerekliliği özellikle soruşturma taraflarından birisinin verdiği ve diğer taraflarca verilen bilgilerle çelişen bilgi ve açıklamaların ver aldığı soruşturmalarda ortaya çıkmaktadır. Bkz. İDM'nin *Enso-Gutzeit Oy v Commission* kararı.

⁹⁴ Basın Duyurusu No: IP/02/1603 Tarih: 04/11/2002.

⁹⁵ ATAD'ın 28.03.1984 tarihli ve C-29/83 ve C-30/83 sayılı *CRAM and Rheninzink v Commission*, kararı, [1984] ECR 1679, [1985] 1 CMLR 688.

⁹⁶ Nitekim ATAD, *Ahlström v Commission (Wood Pulp)* kararında şu ifadeleri sarf etmiştir: “81. Madde, ekonomik operatörleri rakiplerinin mevcut ve beklenen faaliyetlerine karşı akıllı bir şekilde adapte edebilme haklarından alı koymamaktadır.”

⁹⁷ Ancak, Vitzilaiou ve Lambadarios paralel davranışlara hangi hallerde izin verilmesi gerektiğinin zorluğuna dikkat çekerek “izin verilen bir paralel davranış için sığınacak bir liman bulmak imkansız değilse bile oldukça zordur” şeklinde bir ifade kullanmaktadırlar. VITZILAIU, L ve C. LAMBADARIOS (2009), “The Slippery Slope of Addressing Collective Dominance under Article 82 EC”, *Competition Policy International GCP: The Antitrust Chronicle*, Ekim 2009, s.10.

http://www.lambadarioslaw.gr/publications/en/2009/vitzilaiou_oct_09_1_.pdf,

Erişim Tarihi: 10.02.2011.

Ayrıca unutulmamalıdır ki dolaylı deliller⁹⁸ normal olarak delil değerini diğer olgularla bir arada değerlendirildiğinde kazanmaktadır. Bir delilin nasıl yorumlanacağı olayın tümüne göre belirlenmelidir.^{99 100}

Avrupa Topluluklarına üye ülke mahkemelerinin ve rekabet otoritelerinin son zamanlarda verdiği kararların büyük bir kısmı uyumlu eylemlerin ortaya koyulması için gerekli ispat eşiklerini yükseltir niteliktedir.¹⁰¹ Bu kararlara örnek olarak aşağıdakiler gösterilebilir:

- Hollanda Ticaret ve Endüstri Temyiz Mahkemesi bir kararında, AIHS'in 6. maddesini dikkate alarak, aralarında uyumlu eylem teşkil eden bir bilgi değişimine taraf oldukları iddia edilen teşebbüslerin bu iddiaları çürütmek için su götürmez deliller sunmasının bir gereklilik olmadığına aksine varsayımını zayıflatacak delillerin sunulmasının yeterli olduğuna karar vermiştir.¹⁰²
- Paris Temyiz Mahkemesi 2009 senesinde verdiği bir kararda, rekabet hukuku bakımından sıkıntı teşkil edebilecek teşebbüs birliği toplantılara katılımın tek başına rekabete aykırı davranışın ispatı olarak değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir.¹⁰³
- İngiltere Yüksek Mahkemesi 2008 senesinde verdiği bir kararda, sunulan delillerin uyumlu eyleme işaret edebilecek delillerin, İngiltere hukuk

⁹⁸ Avrupa Komisyonu'nun sadece dolaylı delillere (ekonomik incelemeler) dayanarak alınan tek karar da ATAD tarafından bozulmuştur. Bkz. *Ahlström v Commission (Wood Pulp)* kararı,

⁹⁹ Bkz. OECD (2006) "Roundtable on Prosecuting Cartels without Direct Evidence of Agreement, Contribution from the European Commission Session II", Global Forum on Competition, [http://www.cade.gov.br/Internacional/OECD/DAF_COMP_GF_WD\(2006\)15_ENG.pdf](http://www.cade.gov.br/Internacional/OECD/DAF_COMP_GF_WD(2006)15_ENG.pdf), Erişim Tarihi: 11.02.2011.

¹⁰⁰ "Delil parçaları izole bir şekilde değerlendirilmemeli [...] ve münferit delil parçaları konteksten ayrılmamalıdır", T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94 to T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 ve T-335/94 sayılı *Limburgse Vinyl Maatchappij e.a. v Commission* kararı, para 529.

¹⁰¹ Buna karşılık Kanada Rekabet Bürosu, rakipler arasındaki işbirliği anlaşmaları hakkında yeni yayımladığı kılavuzla kartellere karşı mücadeledeki ispat eşiklerini, önemli kartel davranışlarını *per se* ihlal olarak kabul ederek aşağı çekmiştir. Bkz.

<http://www.globalcompetitionreview.com/news/article/27913/canada-conspiracy-guidelinesforce>, Erişim Tarihi: 10.02.2011.

¹⁰² Hollanda Ticaret ve Endüstri Temyiz Mahkemesi'nin (College van Beroep voor het bedrijfsleven), 12.08.2010 tarihli, AWB 06/657, 06/660 ve 06/661, LJN: BN3895 sayılı *KPN, Orange Nederland N.V., Telfort B.V., T-Mobile Netherlands B.V., Vodafone Libertel N.V. v. Nma* kararı. İlgili kararın İngilizce özeti için bkz.

http://www.concurrences.com/article_bulletin.php?id_article=33984.

¹⁰³ Paris Temyiz Mahkemesinin 08.04.2009 tarihli ve RG 2008/01092 sayılı kararı. İlgili karar için bkz. http://www.concurrences.com/IMG/pdf/2009_06_15_France03Doc_LVS-81_.pdf.

Erişim Tarihi: 09.02.2011

sisteminde hakim olan ilkelerle çelişmeyecek bir biçimde, kuvvetli olması gerektiğine karar vermiştir.¹⁰⁴

- Hollanda Rekabet Otoritesi 2008 senesinde verdiği bir kararında, herhangi bir yazılı delil olmadan yapılan bir çıkarım sonrasında ispat yükünün karşı tarafa geçmesinin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi tarafından benimsenen şüpheden sanık yararlanır ilkesi ile çeliştiğine karar vermiştir.¹⁰⁵
- İtalya İdare Mahkemesi 2008 senesinde verdiği bir kararda piyasada görülen paralel davranışın ikincil dolaylı delillerle desteklenemediği durumlarda ispat yükünün rekabet otoritesinde olduğunu ve rekabet otoritesinin paralel davranışın danişıklı hareketten başka bir şekilde gerçekleşemeyeceğini ortaya koyması gerektiği belirtmiştir.¹⁰⁶
- Lizbon Ticaret Mahkemesi 2008 tarihli bir kararında soruşturma konusu teşebbüslerin geçmişte danişıklı olarak davranmasının uyumlu eylemin ispatı için yeterli delil teşkil etmeyeceğine karar vermiştir.¹⁰⁷
- Fransız Rekabet Konseyi, 2007 senesine verdiği bir kararda Fransız içtihat hukukunun uyumlu eylemlerin ispatı konusunda AT Rekabet Hukuku ispat ilkelerinden farkını ortaya koymuştur. Fransız hukuku uyarınca rekabete aykırı eylemlerin ispatı bakımından ikili bir ayırım yapmaktadır: (i) profesyonel bir örgüt çatısı altında gerçekleşen toplantılar ve (ii) teşebbüsler arasında gerçekleşen resmi olmayan toplantılar. İlk durumda ispat yükü, teşebbüsün kartelde belirlenen hususları kabul ettiğini ispatlamak zorunda olan Rekabet Konseyi üzerinde bulunmaktadır.¹⁰⁸

¹⁰⁴ İngiltere Yüksek Mahkemesi'nin (English High Court), 6 Kasım 2008 tarihli, HC07C02416 sayılı, Bookmakers/Racecourses ; [2008] EWHC 2688 (Ch) kararı, Söz konusu karar için bkz. <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2008/2688.html>. Erişim Tarihi: 09.02.2011.

¹⁰⁵ Hollanda Rekabet Otoritesi'nin (Nederlandse Mededingingsautoriteit), 13 Kasım 2008 tarihli, 2112/767 sayılı, *Betomortelcentrales* kararı. Söz konusu karar için bkz. http://www.nmanet.nl/Images/2112BBS_tcm16-121893.pdf. Erişim Tarihi: 09.02.2010.

¹⁰⁶ Lazio Bölge İdare Mahkemesi'nin (Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Roma - Prima Sezione, 06.06.2008 tarihli ve 1822/2007 sayılı, *Bristol Myers Squibb et al. vs Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato-AGCM* kararı. Söz konusu karar için bkz. http://www.concurrences.com/IMG/pdf/2009_01_12_Italy03Doc_LC-81_.pdf. Erişim Tarihi: 09.02.2011

¹⁰⁷ Lizbon Ticaret Mahkemesi'nin (Tribunal de Comércio de Lisboa), 21 Mayıs 2008 tarihli, 48/08.7TYLSB sayılı, *Aeronorte and Helisul v. Autoridade da Concorrência* kararı. Söz konusu kararın incelemesi için bkz. http://www.concurrences.com/article_bulletin.php?id_article=34000. Erişim Tarihi: 09.02.2011.

¹⁰⁸ Fransa Rekabet Konseyi'nin (Conseil de la Concurrence), 18.12.2007 tarihli ve 07-D-48 sayılı kararı. Söz konusu karar için bkz. <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/avisdec.php?numero=07d48>. Erişim Tarihi: 09.02.2011.

1.2.3.5. Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem ve İspatı Üzerine

4054 Sayılı Kanun bir uyumlu eylem tanımı içermemekle birlikte Kanun'un 4. maddesinin 3 ve 4. fıkralarından hareketle uyumlu davranışın şu şekilde tanımlanması mümkün olacaktır: "iki veya daha fazla işletmenin, ekonomik ve rasyonel gerekçelerle açıklanamayan ve bir anlaşmaya dayanmayan fakat bilinçli olarak birbirine paralel hale getirilmiş rekabeti sınırlayıcı pazar davranışları".¹⁰⁹ Bu tanım çerçevesinde uyumlu eylemin unsurları şu şekilde sıralanabilir:

(i) Uyumlu eylemden söz edilebilmesi için iki veya daha fazla işletmeye gerek vardır.

(ii) İşletmeler arasındaki paralellik bilinçli olmalıdır.

(iii) İşletmeler paralel davranışlarını ekonomik ve rasyonel gerekçelerle açıklayamamalıdır

(iv) Rekabetin sınırlandırılması.¹¹⁰

Uyumlu eylem karinesini düzenleyen 4. maddenin gerekçesinde şu ifadeler yer almaktadır:

*"Rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların yasaklandığı bir hukuk düzeninde genellikle bu tür anlaşmalar gizli yapılmakta ve bunların varlığının ispatı oldukça güç, bazen de imkansız olmaktadır. Bu nedenle maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen hallerin varlığı halinde teşebbüslerin uyumlu eylem içinde oldukları kabul edilmiştir. Böylece uyumlu eylem içinde olmadıklarını ispat yükü ilgili teşebbüslere geçirilmiş bulunmakta ve ispat güçlüğü nedeniyle kanunun işleme hale gelmesinin önlenmesi amaçlanmıştır."*¹¹¹

Ancak aşağıda açıklanacağı üzere, ispat yükünün yer değiştirmesi gibi yürütülen soruşturmanın usulünü ve esasını derinden etkileyebilecek bu uygulamanın, yargılama faaliyetinin güvenliği aleyhindeki olumsuz sonuçlarını en az düzeye çekilerek uygulanması gerekmektedir.

¹⁰⁹ Aslan 2001, sf. 81

¹¹⁰ BADUR, E. (2001), "Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar (Uyumlu Eylem ve Kararlar)", *Rekabet Kurumu Lisans Üstü Tez Serisi*, No:6, Ankara, s. 68-69, <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/tezler/tez90.pdf>, Erişim Tarihi: 09.01.2011.

¹¹¹ Bkz. Rekabet Kurumu İnternet Sitesi: <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=sayfaicerikhtml&icld=74&detId=100&ustId=74>, Erişim Tarihi: 09.01.2011.

Rekabet Kurulu, nispeten yakın zamandaki birtakım kararlara gelinceye kadar,¹¹² pek çok uyumlu eylem soruşturmasında -özellikle teşebbüslerde yapılan yerinde incelemelerde delil bulunmuşsa- uyumlu eylem karinesinin asgari kullanım şeklini örtülü danışıklık durumunu dışarıda bırakacak biçimde ve ABD ve AT standartlarına yakın olarak tanımlamıştır. Rekabet Kurulu da ayrıca, teşebbüsler aleyhine soruşturma açılmasına yer olmadığı kararını verdiği yine nispeten yakın tarihli birkaç kararında da, bu anlayışa geri dönmüştür.¹¹³ Bu duruma ilişkin somut bilgilere aşağıda yer verilmektedir:

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

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

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

Bu durumu her biri ihmal edilemeyecek büyüklükteki az sayıda üreticinin faaliyet gösterdiği, homojen bir malın söz konusu olduğu ve oligopolistik özellikler gösteren ekmek mayası pazarında gözlenen paralel fiyat hareketlerini pazarın yapısından kaynaklanan, piyasanın "ekonomik ve rasyonel gerçekler"i olarak değerlendirmek mümkündür.”¹¹⁴

şeklinde açıklanmıştır.

¹¹² Örneğin, 13.01.2005 tarih ve 05-05/42-17 sayılı Rekabet Kurulu Kararı (çimento) (ilgili karar Danıştay’ın 13. Dairesi’nce iptal edilmiştir. Bkz. aynı konuya ilişkin Rekabet Kurulu’nun 20.09.2007 tarih ve 07-76/908-346 sayılı kararı) ve 23.09.2005 tarih ve 05-60/896-241 sayılı Rekabet Kurulu Kararı (ekmek mayası) (ilgili karar Danıştay’ın 13. Dairesi’nce iptal edilmiştir. Bkz. aynı konuya ilişkin Rekabet Kurulu’nun 12.11.2008 tarihli ve 08-63/1050-409 sayılı kararı).

¹¹³ Örneğin - 31.7.2008 tarih ve 08-49/697-273 sayılı Rekabet Kurulu kararı (Ro-Ro taşımacılığı).

¹¹⁴ 27.6.2000 tarih ve 00-24/255-138 sayılı Rekabet Kurulu kararı (maya).

Buna ek olarak bu tür oligopolistik pazarlarda uyumlu eylem iddiasının ileri sürülebilmesi için paralel davranışın ötesinde başka destekleyici delillerin varlığı aranmış ve Rekabet Kurulu tarafından aynı kararda “*Oligopolistik pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüsler arasında gözlenen paralel davranışlar, tarafların uyumlu eylem halinde olduklarına dair önemli deliller olmakla birlikte, bunlar başka delillerle desteklenmeksizin tek başlarına uyumlu eylemi göstermezler*” denilerek belirtilmiştir. Bunun da nedeni,

“Bu tip pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüsler önemli kararlar verirlerken, rakiplerinin muhtemel tepkilerini de göz önünde bulundurmamak zorundadırlar. Zira, teşebbüsün söz konusu fiilden elde edeceği kazanç, rakiplerinin o fiile karşı gösterecekleri tepkiye bağlıdır. “Oligopolistik Bağımlılık”¹¹⁵ olarak ifade edilen bu özellik oligopolistik pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüslerin faaliyetlerinde paralelliklerin oluşmasına neden olabilmektedir”

şeklinde açıklanmıştır.¹¹⁶

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

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

Düzenlenen rapora, toplanan delillere ve incelenen dosya kapsamına göre; 4.11.2004 tarihli Akşam Gazetesi’nde yayımlanan Gültekin KARA imzalı haberde yer verilen, Otomotiv Distribütörleri Derneği’nde bir araya gelen otomotiv firmalarının 2.11.2004 tarihinde binek otomobillerin ÖTV oranlarında yapılan vergi artışını fiyatlarına yansıtma ve indirim yapmama konusunda ortak karar aldıkları yönündeki gazete haberi üzerine yapılan inceleme sonucunda,

¹¹⁵ “Bir teşebbüsün karı sadece teşebbüsün kendi kararına değil, rakiplerinin verdiği kararlara da bağlıdır.” bkz. ÇELEN, A. (2003), Oligopolistik Pazarlarda Gözlenen Paralel Davranışların Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi: Uyumlu Eylem ve Birlikte Hakim Durum”, Rekabet Kurumu Yayınları Uzmanlık Tezi, <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/tezler/tez10.pdf>, Erişim Tarihi: 09.02.2011.

¹¹⁶ Oligopolistik bağımlılık kavramı hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. KAHRAMAN, Z. (2008), *Rekabet Hukuku Açısından Oligopolistik Bağımlılık*, Vedat Kitapçılık, İstanbul.

Otomotiv Distribütörleri Derneği üyesi çeşitli teşebbüslerin 2004 yılı Kasım ve Aralık ayları içinde indirim kampanyaları düzenlediğinin görülmesi ve inceleme konusuna ilişkin olarak somut bir bulgu veya belgeye ulaşamaması nedenleriyle soruşturma açılmasına gerek bulunmadığına OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.”¹¹⁷

Benzer biçimde, Rekabet Kurulu'nun sigara pazarına ilişkin yaptığı incelemede pazarın oligopolistik yapısından kaynaklanan bir fiyat takipçiliğinin sabit olduğu ancak bu takipçiliğin bu tür şeffaf pazarlarda pazarın yapısından kaynaklandığı ve salt fiyatların teşebbüsler tarafından takip edilmesinin uyumlu eylem sayılamayacağı belirtilmiştir. Kararda ayrıca uyumlu eyleme ilişkin başka bir bulgunun tespit edilemediği belirtilerek şikayet reddedilmiştir.

“Türkiye sigara pazarı, Tekel gibi önemli derecede pazar gücüne sahip olan bir firmanın bulunduğu yoğunlaşmış oligopol pazardır. Piyasadaki tüm firmalar kendi faaliyetlerini rakiplerinin hareketlerini dikkate alarak düzenlemektedirler. Pazarın sıkı oligopol özelliği olan şeffaf bir pazar olması dolayısıyla teşebbüsler başta fiyat hareketleri olmak üzere birbirlerinin hareketlerini sürekli olarak gözlemlemekte ve herhangi bir teşebbüsün piyasadaki bir uygulamasından kısa zamanda haberdar olmaktadır. Az sayıda firmanın varlığında karşılıklı bağımlılık ilişkisi ortaya çıkmakta bu durum da fiyat kararlarına etki etmektedir. Bahsedilen piyasa yapısı, az sayıda firma arasında denge oluşmasına neden olmakta, lider firmanın takip edilmesi ve izleyicilerden birinin yaptığı zammı diğerinin öğrenip ona uygun davranmasına yol açmaktadır.

Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre; PMSA Philip Morris Sabancı Pazarlama ve Satış A.Ş., JTI Tütün Ürünleri Pazarlama A.Ş., Tütün, Tütün Mamulleri Tuz ve Alkol İşletmeleri A.Ş. ve British American Tobacco Exports B.V. unvanlı firmaların sigara fiyatlarına birlikte yaptıkları zam uygulamalarına yönelik olarak önaraştırma yapılmasına veya soruşturma açılmasına yer olmadığına ve şikayetin reddine, OYÇOKLUĞU ile karar verilmiştir.”¹¹⁸

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

“Piyasada devlet kontrolündeki "TEKEL" İdaresinin (TEKEL Tütün Mamulleri, Tuz ve Alkol İşletmeleri Genel Müdürlüğü) varlığı ve faaliyette bulunması nedeniyle oluşan fiyat takipçiliği dolayısıyla teşebbüslerin paralel

¹¹⁷ 06.01.2005 tarih ve 05-01/8-7 sayılı Rekabet Kurulu kararı (otomotiv).

¹¹⁸ 03.05.2004 tarih ve 04-31/365-91 sayılı Rekabet Kurulu kararı (sigara).

davranışlar gösterdiği ilgili piyasanın özellikleri göz önüne alınarak, soruşturma sürecinde tespit olunan fiyat paralelliklerinin ekonomik ve rasyonel gerekçeler dışında hakkında soruşturma yürütülen teşebbüslerce 4054 sayılı Kanun kapsamında ihlal oluşturacak şekilde uyumlu eylem yoluyla gerçekleştirildiğine dair yeterli delil bulunmadığına; dolayısıyla idari para cezası uygulanmasına gerek olmadığına OYÇOKLUĞU ile karar verildi."¹¹⁹

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

"Yukarıda yer verilen bilgilerin ışığında; Dalsan Alçı Sanayi ve Ticaret A.Ş. ile Entegre Harç Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinde yasaklanmış olan davranışları gerçekleştirdiklerine ilişkin güçlü veri bulunmadığı anlaşıldığından, bu teşebbüsler hakkında soruşturma açılmasına gerek olmadığına OYÇOKLUĞU ile karar verilmiştir."¹²⁰

Rekabet Kurulu aşağıdaki kararında, ATAD'ın Polypropylene kararları ile uyumlu bir şekilde, uyumlu eylem karinesinin paralel davranışlar gösterilmeksizin de işletilebileceğini ifade etmiştir.

"Sıkı sıkıya lafza bağlı kalarak bir yorum yapılması halinde, karinenin kullanılabilmesi için, pazarda oluşmuş bir etkinin (ya da paralel davranışın) gösterilmesi gerekecektir. Ancak, amaçsal bir yorum, karinenin kullanılabilmesi için illa pazarda oluşmuş bir etkinin gösterilmesini, yani paralel davranışın ortaya konmasını gerektirmeyip, örneğin, teşebbüsler arasında stratejik, gizli nitelikli bilgi (örneğin, pazar payı, fiyat, satış miktarları...vs) değişimi gibi, rekabetçi bir yapıda olması beklenmeyen davranışların (ya da rekabetin bozulduğu pazarlardakine benzer davranışların) ortaya konmasını karinenin kullanılabilmesi için yeterli kılacaktır."¹²¹

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

¹¹⁹ 24.12.2002 tarih ve 02-80/937-385 sayılı Rekabet Kurulu kararı (sigara).

¹²⁰ 11.12.2002 tarih ve 03-78/948-392 sayılı Rekabet Kurulu Kararı (alçı).

¹²¹ 02.12.2004 tarih ve 04-77/1109-278 sayılı Rekabet Kurulu kararı (Ege hazır beton)

eylem iddiası desteklenerek teşebbüslerin uyumlu eylem içinde bulduklarına kanaat getirilmiştir.¹²² Önemi sebebiyle bu karardan detaylı bir alıntı yapılmıştır. Buna göre:

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

- Taraflar arasında genellikle sözlü ya da yazılı şekilde ifade edilen toplantılar, tartışmalar, bilgi değişimi veya araştırmaları içeren olumlu temaslar¹²³ olmalıdır.

- Bu temas; pazar davranışını etkileme ve özellikle bir teşebbüsün gelecekteki rekabetçi davranışının belirsizliğinin önceden ortan kaldırma amacı taşımalı.

- İlgili teşebbüslerin ticari davranışlarını, tam olarak rekabetçi etkiler tarafından belirlenmeyecek bir şekilde oluşturma ya da değiştirme etkisi olmalıdır.

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

Uyumlu eylem vakalarında önemli bir sorun da teşebbüslerin uyumlu eylem içerisinde olduklarının tespiti ve ispatıdır. 4054 sayılı Kanun piyasadaki fiyat değişimlerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi halini uyumlu eyleme karine göstermiş ve ekonomik ve rasyonel gerekçelere dayanarak uyumlu eylemde bulunulmadığının ispatını taraflara bırakmıştır. Ancak, burada olduğu gibi bir fiyat belirleme olayında, fiyat tespitinin rekabetin kısıtlandığı piyasalardaki eylemlere benzerliğinin ortaya konulması yeterli değildir. Bunun yanı sıra, teşebbüsler arasında kendi bağımsız davranışlarını engelleyen rekabetçi şartlar altında olmaması gereken bir ilişkinin ortaya konması da gereklidir.

¹²² “[Y]alnızca paralel davranışların gösterilmesi şeklindeki bir yaklaşımın, Kurulun ispat yükünü kolaylaştırmadığı belirtilmelidir. İktisadi nitelikli delillere rasyonel gerekçeler bulmak kolaydır. Nitekim Gazete kararında yalnızca paralel davranışlardan hareket edilseydi, fiyatlardaki farklılıklardan ve özellikle de “bayiler aracılığı ile rakibin fiyat stratejilerinin öğrenilip artış yapıldığı” şeklindeki savunmadan dolayı ihlal sonucuna ulaşılması zor olurdu (*vurgu eklenmiştir*)” Bkz. Kekevi 2003, s. 57.

¹²³ ATAD bir kararında rakipler arasındaki tek seferlik toplantının bile ilgili teşebbüslerin uyumlu eylemde bulunduğu dair yeterli temel oluşturabileceğini belirtmiştir. Bu karar hakkında daha detaylı bilgi için bkz. Rekabet Kurumu Araştırma Bülteni, Haziran 2009, Sayı 11, s.13.

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

i- Rakip teşebbüsler arasında bir ilişkinin varlığı,

ii- Rakip teşebbüsler arasında ortak tavır sonucunu doğuran ve diğer rakip teşebbüslerin hareketlerini etkileyen davranışların varlığı,

iii- Rakip teşebbüsler arasında bağımsız hareket etme durumunun ortadan kalktığı durumların varlığı.

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

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

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

Dağıtım kanalı ve bayiler aracılığı ile rakibin fiyat stratejilerinin öğrenildiği, bu nedenle de fiyat artışlarının aynı tarihe denk geldiği savunması ise, yapılan fiyat artışlarının, raportörler tarafından yapılan yerinde inceleme esnasında elde edilen ve fiyat değişikliği yapılacağına ilişkin bilgiler içeren toplantı notlarındaki tarihlerden sonra gerçekleşmesini açıklamaktan uzaktır.

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

...

Soruşturmaya konu günlük siyasi ve spor gazeteleri pazarları oligopolistik bir özellik taşımaktadır. Her iki Grubun da ilk madde malzeme

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

...

Ulaşılan ekonomik sonuçlar bir yana, gruplar arasında özellikle gazete fiyatlarının belirlenmesiyle ilgili toplantılar yapıldığı, bu konuda kararlar alındığı hatta uygulamaya geçirildiği dikkate alındığında, gruplar arasında günlük siyasi ve spor gazeteleri pazarında işbirliği olduğu açıktır. Bu işbirliği ve yapılan toplantılar, firmalar arasında rekabetin temelini oluşturan "bağımsız olarak karar alma" gerekliliğini ortadan kaldırmaktadır. Her firmanın içinde bulunduğu pazarın gereklerine göre davranışlarını belirleme özgürlüğü ticari hayatın bir gereğidir. Ancak, tarafların bir araya gelerek piyasa sistemi tarafından belirlenmesi gereken fiyat gibi unsurlar konusunda karar vermeleri piyasa sisteminin işleyişini engellemektedir. Dolayısıyla, rakip firmanın gelecekte nasıl davranacağını bilinememesi nedeniyle var olan belirsizliğin ortadan kaldırılması, piyasadaki aktörlerin, talep yönlü etkileri kararlarında dikkate almayacakları anlamına gelmektedir. Bu durum da rekabetin engellendiği piyasaların tipik bir örneğini oluşturur."¹²⁴

Dolayısıyla, aslında yukarıda yer verilen tüm kararlarda da görüldüğü üzere, uyumlu eylem meselesi ABD rekabet hukuku rejiminde, AT rekabet hukuku rejiminde ve epeyce bir süre Türk rekabet hukuku rejiminde benzer biçimlerde ele alınmış ancak daha sonra Rekabet Kurumu'nun nispeten yakın tarihli kararlarıyla¹²⁵ bu konuya ilişkin farklı ve daha da agresif bir "uyumlu eylem karinesi" yaklaşımı geliştirilmiştir. Şöyle ki, Rekabet Kurulu'nun daha yakın zamanda verilen kimi kararlarında, firmaların belirli dönemlerde paralel davranış göstermiş olmalarının uyumlu eyleme karine teşkil ettiği sonucuna varılmış, böylece ilgili her bir teşebbüsün ekonomik ve rasyonel gerekçelere dayanarak uyumlu eylemde bulunmadığını ispat etmesi istenmiştir. Gerçekten de 13.01.2005 tarih ve 05-05/42-17 sayılı çimento kararında Kurul uyumlu eylem karinesine götüren emareler hakkında oldukça aceleci bir yorum benimseyerek, teşebbüslerin, diğer teşebbüslerle birlikte, normal piyasa

¹²⁴ 17.7.2000 tarih ve 00-26/291-161 sayılı Rekabet Kurulu kararı (gazete).

¹²⁵ Örneğin, 13.01.2005 tarihli ve 05-05/42-17 sayılı Rekabet Kurulu kararı (çimento), 23.09.2005 tarih ve 05-60/896-241 sayılı Rekabet Kurulu kararı (ekmek mayası).

koşulları altında kendi çıkarı için doğru gözükmeyen bir hareketi yapmasını uyumlu eylem karinesinin işletilmesi için yeterli görmüştür.

Rekabet Kurulu, söz konusu kararını tesis ederken aşağıdaki hususları değerlendirmeye almıştır:

- Göltaş ve Denizli Çimento'nun aynı dönemde Ado Çimento ve Özgür Çimento'ya mal vermeyi kesmesinin gerekçesi olarak belirtilen ihracat bağlantılarının yurtiçi satışa göre avantajlı olup olmadığı,

- ihracat yapıldıktan sonra dahi kalan stokların şikayetçinin talebini karşılamaya yetip yetmediği,

- stokların soruşturulan teşebbüslerin kendi doğal ihtiyacını karşılayıp karşılamadığı,

- şikayetçinin klinker alımı karşılığı ödemelerini aksatıp aksatmadığı,

- şikayetçinin ithalata yönelmesinin sebebi ve ithalatın klinkeri iç pazardan almaktan daha avantajlı olup olmadığı,

- Göltaş'ın 17\$/ton ve Denizli Çimento'nun 19\$/ton ihracat fiyatlarına rağmen, teşebbüslerin şikâyetçiye 32\$/ton fiyat vermiş olmaları.

Rekabet Kurulu, ilgili kararında çimento pazarının oligopolistik yapısını dikkate almayarak piyasada oluşan durumun sadece ilgili teşebbüsler eliyle oluşabileceği sonucuna varmıştır. Halbuki, uyumlu eylem karinesinin oligopol piyasalarda uygulanması, bu piyasalarda faaliyet gösteren her teşebbüsü daha baştan suçlu konumuna düşürme riskini beraberinde getirmektedir. Rekabet Kurulu söz konusu kararda uyumlu eylem karinesini işletirken soruşturulan teşebbüslerin soruşturulan dönemdeki eylemlerine değil, süreç içinde ortaya çıkmış olan bir sonuca, "mal verilmiyor olması durumu"na, odaklanmıştır. Ayrıca, "mal verilmiyor olması durumu"nu yaratan bağımsız ticari davranışlar zamansal olarak da birbirlerinden son derece farklı dönemlere tekabül etmektedirler: Denizli Çimento ile Ado Çimento arasındaki mal alımına ilişkin sözleşme ve dolayısıyla mal temin ilişkisi 31.12.2002 tarihi itibarıyla sona ermiş iken, ilgili karara göre, Göltaş ile Özgür Çimento arasındaki mal temin ilişkisi Eylül 2003 tarihinden itibaren bozulmuş ve zaman zaman Göltaş tarafından talep edilenden az mal verilmiş ve bazen de mal teminini tamamen durdurma noktasına gelmiştir. Söz konusu kararın karşı oyunda da belirtildiği üzere, şikayette bulunan teşebbüsün karara konu teşebbüslerin eylemleriyle ekonomik olarak zora düşmesi hususu görecelidir. İlgili pazar salt ampirik pazar verileri ışığında değerlendirildiğinde, muhatap teşebbüsün düştüğü durum yahut iddia olunan bir paralellik hali teşebbüslerin uyumlu eylem gerçekleştirdiklerine dair yegane açıklamayı temin etmekten uzaktır. Bu çalışmada desteklenen ispat

standartları çerçevesinde, söz konusu kararda, teşebbüslerin bağımsız davranmış olabilecekleri olasılığını dışlayan ispat unsurlarının iddia sahibi tarafından ikame edilmesinin aranması ve bu suretle yaratılacak hukuki güvenlik ortamında da söz konusu dosyada alınan karara ulaşmak yönünden eldeki bu vasıtaların yeterli olmayabileceğinin tespit edilmesi beklenirdi.

Kurul ekmek mayası kararında da soruşturmaya konu teşebbüslerin pazarda sergilediklerini ileri sürdüğü paralel davranışlar dışında ihlal tespitini destekleyici herhangi bir delile dayanmamıştır. Keza, uyumlu eylem karinesinin önkoşulu olan ilgili pazardaki rekabet parametrelerinin “rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi” koşulunun yerine gelip gelmediğine ilişkin olarak, pazarın uzun bir dönem boyunca gösterdiği özelliklere dayalı hiçbir tespit, araştırma veya değerlendirmede bulunulmamıştır. Uyumlu eylem karinesinin işletilmesine bağlı olarak ispat yükü soruşturulan teşebbüslere geçirilmiş ve ihlal tespitini destekleyici nitelikte herhangi bir “destekleyici unsur” veya “kolaylaştırıcı eylem” bulunmamasına rağmen, ekonomik ve rasyonel bir gerekçe bulunmamasından bahisle salt paralel davranıştan dolayı cezaya hükmedilmiştir. Bu çerçevede soruşturulan teşebbüslerin paralelliğın pazarın yapısı ve niteliğinden kaynaklandığı ve davranışlarının ekonomik ve rasyonel gerekçelere dayandığı yönündeki savunmalarına itibar edilmemiş ve salt paralellikten yola çıkılarak ihlal tespitinde bulunulmuştur.¹²⁶

Rekabet Kurulu, söz konusu kararını tesis ederken aşağıdaki hususları değerlendirmeye almıştır:

- Teşebbüslerin fiyat hareketleri ile aynı dönemde gerçekleşen birim maliyetlerinin karşılaştırılması (ortalama satış fiyatlarının bahse konu dönemde yaklaşık olarak Pak Gıda’da % 180, Özmaya’da % 205, Akmaya’da % 172, Mauri Maya’da % 146 oranında artış gösterdiği),

- yine bu artışların aynı dönemdeki enflasyonun 25-30 kat üzerinde seyretmesi,

- koordinasyonu gösteren delilin olmadığı bir soruşturmada piyasadaki fiyat hareketlerinin daha uzun süreli bir periyotta izlenmesi gerekliliği,

- 2002 yılından başlayarak 2003 yılı Şubat ayına kadar süren sert rekabet sebebi ile teşebbüslerin maliyetin altında satış yapmak zorunda

¹²⁶ GÜRKAYNAK, G., K. K. YILDIRIM, ve M. DUMAN (2010), “Türk Hukukunda Uyumlu Eylem Karinesinin En Çıplak Uygulaması: Ekmek Mayası Kararı”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü ve Rekabet Kurumu, *Rekabet Hukuku İle İlgili Kurul ve Yargı Kararları Sempozyumu*, 15 - 16 Ekim 2010, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (İlgili sempozyumda yer alan tebliğler henüz yayımlanmamıştır).

kalmaları ve bu maliyetin altında satışların bir dönem sonra fiyat artışını zorunlu kıldığı.

Söz konusu kararda salt fiyat paralelliği uyumlu eylem tespitinde yeterli sayılmış ve bilinçli paralellik unsurunun dosya özelinde var olup olmadığı ve/veya destekleyici unsur ve/veya kolaylaştırıcı eylemlerin bulunup bulunmadığı hususları incelenmeksizin cezaya hükmedilmiştir. Keza, kısa süreli (8 aylık) bir salt fiyat paralelliği, ayrıca bir inceleme yapılmaksızın pazarın “rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik gösterdiği” tespitinde bulunmak için de yeterli görülmüştür. Rekabet Kurulu, soruşturma sonucunda, alıcıların maya markaları arasında herhangi bir fark gözetmediği, yaş ekme mayasının homojen bir ürün olduğu, pazarda sadece dört sağlayıcı bulunduğu ve pazarın oligopolistik bir yapı sergilediği sonuçlarına ulaşmıştır. Kararda oligopolistik pazarlarda ilgili ürünün de homojen olması halinde paralel fiyat hareketlerinin uyumlu eylem olarak değerlendirilmesinin güçleştiği belirtilmiştir. Ancak bütün bu unsurlara rağmen salt fiyat paralelliğine dayalı olarak kararın verilmesinde sakınca da görülmemiştir.

İlgili kararda pazarın şeffaf yapısı üzerinde de durulmuş, alıcıların ürünün homojen yapısı nedeniyle rakip sağlayıcıların satış fiyatları hakkında diğer sağlayıcılara bilgi verdiği ve bu suretle indirimli maya almaya çalıştıkları gözlemine yer verilmiştir. Bu durumun, bir “kolaylaştırıcı eylem”in varlığından söz edilmesini olanaklı kıldığı ilk bakışta düşünülebilirse de, kolaylaştırıcı eylemin ihlalle suçlanan teşebbüsler arasında gerçekleşmesi gerektiği, oysa burada pazarın şeffaflaşmasına yol açan eylemin pazarın yapısına bağlı doğal bir durum olabileceği ve meselenin maya üreticilerinin değil, pazardaki alıcıların davranışları üzerinde yoğunlaşıyor olabileceği gibi hususların da, bu çalışmada desteklenen ispat standartları çerçevesinde, salt paralellikten kalkınan bir kararı engellemesi beklenirdi.¹²⁷

Karinenin anılan yorumunda kullanılan mantığı aşağı yukarı şu şekilde özetlemek mümkündür:

- 4. maddede uyumlu eylem karinesinin kullanılması için öngörülen söz konusu paralelliğin “rekabetin engellendiği piyasalara benzerlik göstermesi” şartı (buna “benzeme şartı” denebilir) genellikle hafif bir biçimde kullanılır. Örneğin söz konusu olan paralel fiyat artışları ise, bunların maliyet ve enflasyonun üzerinde olması, bu hareketlerin rekabetin engellendiği piyasadakilere benzediğini öne sürmek için yeterli sayılır.

- Dolayısıyla bu tür paralel hareketler uyumlu eylem karinesi teşkil eder.

¹²⁷ Gürkaynak, vd. 2010.

- Bu durumda söz konusu paralelliğin uyumlu eylem dışında ekonomik ve rasyonel gerekçeleri olduğunu göstermek teşebbüslere düşmektedir.

Dolayısıyla, Rekabet Kurulu'nun nispeten daha yeni tarihli uygulaması, yukarıda ifade edilen anayasallık tartışmalarını daha da alevlendiren bir görünüm sergilemektedir. Her ne kadar bazı yazarlar tarafından uyumlu eylem karinesinin, teşebbüslerin paralel davranışları rasyonel gerekçelerle izah etmesinin kolay olmasından ötürü Rekabet Kurulu'nun ispat yükünü kolaylaştırmadığı iddia edilse de¹²⁸, karine, özellikle oligopolistik piyasalarda, beraberinde hukuki bir belirsizliği getirebilecektir. Bu bakımdan, yargılama benzeri faaliyetlerin yürütüldüğü bir idari işlem esnasında, ispat yükünün kolay bir şekilde teşebbüslere geçmesi evrensel yargılama prensipleri bakımından adil olmayan sonuçlar doğurabilecektir. Bu tehlike Savcı Darmon tarafından *Wood Pulp II* kararına ilişkin olarak sunulan mütalaada açıkça ortaya koyulmaktadır:

*“Uyumlu eylemin kanıtlanmasında, dolaylı deliller kullanılıyorsa, gerekli dikkatin sarfedilmesi gerekmektedir. Mahkemenin içtihat hukukuna göre, bu delillerin 'paralel davranışın...bir uyumlu eylemin sonucu olduğu...görüşünü doğrulamak bakımından, yeterli kesinlik ve tutarlılıkta' olması gerekmektedir. Diğer ifade ile bunun makul kuşkunun ötesinde bir kesinlik derecesinde kanıtlanması zorunludur. Kanıt yüküne ilişkin ilkelere göre, Komisyon bunun için şunu ortaya koyacaktır: Kanıt yükü, basit bir şekilde, bir paralel davranış bulgusuna dayanılarak, yer değiştiremez. Bu Mahkeme, sağlam temellere dayanan bir karineler (dolaylı deliller) bütünü ile tatmin edilmezse, uyum kanıtlanamayacaktır.”*¹²⁹

4. madde düzenlemesi, uyumlu eylemin varlığını doğrudan ve açıkça ortaya koyan doğrudan delillerin¹³⁰ mevcut olmadığı belirsizlik durumlarında uyumlu eylemin varlığına hükmedilebilmesi olanağını beraberinde getirmektedir. Cengiz'e göre bunun en belirgin ve yaygın örneği, oligopol piyasalarda rekabeti bozucu paralel davranışlar sergileyen teşebbüslerin aralarında rekabeti bozucu işbirlikli bir iletişim olduğunu ortaya koyan bağlantı delillerinin bulunmadığı durumlardır. Cengiz bu konu hakkında şu tespitte bulunmaktadır:

¹²⁸ Kekevi 2003, s. 57.

¹²⁹ Cengiz 2008.

¹³⁰ Rekabet hukukunda delil kavramı için bkz. Gürkaynak, vd. 2009

“...[E]n ayrıntılı iktisadi delillerin¹³¹ en ayrıntılı iktisadi analizlere rağmen yetersizliği karşısında¹³², Rekabet Kurulu’nun varlığını kanıtlayamadığı teşebbüsler arasındaki bir bağlantının, bu teşebbüsler tarafından yokluğunun kanıtlanması olanağı bulunmamaktadır. Böyle bir kuramsal çözüm teşebbüslerin somut olarak çıkmaza sokulması anlamına gelmektedir... Bu bağlamda Rekabet Kurulu’nun, uyumlu eylemin dolaylı kanıt yöntemiyle kanıtlanmasında belirsizlik durumlarında, uyumlu eylemin varlığına hükmetmesi ve paralel davranan teşebbüslerin bunun aksini kanıtlayamaması, çıkarmaya sokulmaları suretiyle belirsizliğin riskini teşebbüslere yüklemesi Rekabetin Korunması Hakkında Kanun sistemine egemen olan kanıt ilkeleriyle çelişki oluşturmaktadır... Bu nedenle, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun m.4/III, IV düzenlemesinin, mevcut ifadesine rağmen, sadece sözünden anlaşılan yorumun aşılması, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun sistemine egemen şüpheden sanık yararlanır ilkesi temelinde yorumlanması gereklidir. (vurgu eklenmiştir)”¹³³

Gerçekten de, uyumlu eylem karinesinin ihlalin vuku bulduğu şüphesinden teşebbüslerin yararlanacağı şeklinde yorumlanması mehz uygulamalar ile paralellik arz edecek ve yargı benzeri faaliyetlerin yürütülmesinde hukuk güvenliğinin sağlanmasına katkıda bulunacaktır.

1.2.4. Türkiye’de Rekabet Hukuku İhlallerine Dayanan Özel Hukuk Davalarında İspat¹³⁴

4054 Sayılı Kanun’un 56 ve devamı maddeleri, 4054 Sayılı Kanun’a aykırı anlaşma ve teşebbüs birliği kararlarının tabi olduğu geçersizlik rejimini düzenlemekte ve rekabet ihlallerinden doğan zararlara ilişkin olarak, özel hukuk

¹³¹ İktisadi nitelikli delillere örnek olarak şunlar gösterilebilir: (i) teşebbüslerin performansının yatay işbirliği sonucunu desteklemesi, (ii) endüstrinin yapısal özelliklerinin rekabetten kaçınılmasının kolaylaştırması, (iii) teşebbüslerin geçmişte rekabeti sınırlayıcı anlaşma içinde olmaları, (iv) teşebbüslerin kolaylaştırıcı eylemleri kullanması, (v) teşebbüslerin birlikte hareket etmeleri için rasyonel bir gerekçenin varlığı, (vi) işletmelerin kollektif biçimde gerçekleştirilmedikçe aleyhine olan davranışlar, (vii) pazardaki duruma, uyumlu eylem dışında rasyonel açıklama getirilememesi. Bkz. Kekevi 2003, s. 28-29.

¹³² “Gerçekten de pazar yapısının karteğe uygunluğu, teşebbüslerin performanslarının “rekabetçi” ya da “antirekabetçi” nitelendirmelerinden hangisine yakın olduğu gibi konularda, iktisatçıların önemli görevler üstlenmektedir. Ancak iktisadi yaklaşımlarla anlaşmanın varlığı kesin olarak ortaya konulamamaktadır.” Bkz. Kekevi 2003, s. 30.

¹³³ Cengiz 2006, s. 308-309.

¹³⁴ AT ve ABD rekabet hukuku rejimlerinde, rekabet hukuku ihlallerinden kaynaklanan özel hukuk tazminat davalarına ilişkin kurallar ülkeden ülkeye veya eyaletten eyalete değişebildiğinden, bu başlık altında incelenmeyecektir. Yalnızca AT’de, Topluluk üyelerinin bu konudaki hukuk düzenlerini yakınlaştırmak adına çabaların bulunduğu söylenmelidir. Bkz. Commission of the European Communities, WHITE PAPER on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, 2.4.2008 COM(2008) 165.

hükümleri çerçevesinde genel mahkemeler nezdinde açılacak tazminat davalarına ilişkin özel hükümler sevk etmektedir. Buna göre, rekabet hukuku ihlallerini gerçekleştirenler, söz konusu ihlalden zarar görenlerin her tür zararını tazminle sorumlu tutulmaktadır. Eğer ihlal birden fazla kişinin davranışları sonucu ortaya çıkmışsa, bunlar zararın tazmininden müteselsilen sorumlu olacaklardır (4054 Sayılı Kanun m. 57).

Ayrıca 4054 Sayılı Kanun zararın tazmini ile ilgili ayrı bir hüküm de öngörmektedir. Buna göre, herhangi bir rekabet ihlâlinin sonucunda, ihlalden zarar görenler, ödedikleri bedelle, rekabet sınırlanmasaydı ödemekte olacakları bedel arasındaki farkı (fazla ödeme nedeniyle uğranılan zarar), ihlali gerçekleştiren kişilerden talep edebileceklerdir. Rekabetin sınırlanmasından etkilenen rakip teşebbüsler, bütün zararlarının tazminini, rekabeti sınırlayan teşebbüs ya da teşebbüslerden talep edebilecektir. Ayrıca hakim, ortaya çıkan zararın bir anlaşma veya karar veya ağır ihmalin bulunduğu hallerden kaynaklanması durumunda, rekabet ihlalden zarar gören kişilerin talebi üzerine uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi olası olan karların üç katı oranında tazminata hükmedebilecektir (4054 Sayılı Kanun m. 58).

4054 Sayılı Kanun'un 59. maddesi ise, esasları yukarıda çok kısaca özetlenen rekabet hukuku ihlallerine dayanan özel hukuk davalarında uyumlu eylem ihlalinin ispatına ilişkin özel bir hüküm sevk etmektedir. Buna göre:

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

Görüldüğü üzere, 59. madde, 4. maddenin 3 ve 4 numaralı fıkralarına benzer şekilde, uyumlu eylem şeklinde ortaya çıkan rekabet ihlalinin varlığını ispat etme yükünü tersine çevirmektedir. Ancak yukarıda da değinildiği üzere¹³⁵, bu iki hükmün ayrı ayrı değerlendirilmesi yerinde olacaktır ve 59. madde hükmünün 4. maddenin 3 ve 4 numaralı fıkralarının değerlendirilmesine ilişkin referans olarak alınması yanlış sonuçlara yol açacaktır¹³⁶. Zira 4. madde

¹³⁵ Bkz. dipnot 12.

¹³⁶ Budak aksi görüştedir. Yazara göre 4054 Sayılı Kanun'un 4. maddesinin 2 ve 3 numaralı fıkralarıyla 59. maddesi paralel olarak değerlendirilmelidir. Yazar ayrıca 4. maddeye ilişkin olarak savunduğu hükmün bir olay karinesi öngördüğü ve ispat yükünün yerini değiştirmekten ziyade ispat ölçüsünü belirlediği yönündeki görüşünü 59. madde için de benimsemektedir. Bkz. Budak 2004, s. 51.

anlamındaki ispat meselesi rekabet hukuku soruşturmalarını ilgilendirmektedir ve ispatla yükümlü olan taraf¹³⁷ Rekabet Kurumu iken; 59. madde genel mahkemelerde açılacak tazminat davalarını ilgilendirmektedir ve ispatla yükümlü olan taraf, Rekabet Kurumu gibi araştırma ve soruşturma yetkileri bulunmayan ve rekabet hukuku ihlalinin zarar gördüklerini ileri süren davacılarıdır.¹³⁸ Ayrıca 4. maddede geçen “rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi” şeklindeki ifadeyle 59. maddede geçen “piyasada rekabetin bozulduğu izlenimi veren” ifadesi de bir nebze bu farklılığa işaret etmektedir.¹³⁹

Bu noktada, ispat yükünün yer değiştirmesine yol açan bu hükmün, yalnızca uyumlu eylemlere yönelik olarak geçerli olduğu ve diğer rekabet hukuku ihlallerinde bu tür bir ispat kuralının söz konusu olamayacağı belirtilmelidir.

59. maddenin son fıkrası ise, rekabet ihlallerinin genel mahkemelerde açılacak özel hukuka tabi tazminat davalarındaki ispatına ilişkin olarak özel hüküm sevk etmektedir. Buna göre “Rekabeti sınırlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaların varlığı her tür delille ispatlanabilir.”

Görüldüğü üzere, rekabet hukuku soruşturmalarında geçerli olan delil serbestisi ilkesi, rekabet ihlallerine ilişkin tazminat davalarında da benimsenmiştir. Çok kısaca belirtmek gerekirse, serbest delil sistemi çerçevesinde, rekabet sınırlamalarının ispatı her tür delille yapılabilmektedir ve Rekabet Kurulu uygulamasında deliller arasında hiyerarşik bir sınıflandırma yapılmadığı gözlemlenmektedir. Diğer bir deyişle rekabet hukuku uygulamasında delilin hakim kanatını etkileyebilme kabiliyeti olarak ifade edilen “delil değeri” (diğer bir deyişle ispat gücü) kavramına yer verilmediği görülmektedir. Ancak, HUMK’da öngörülen delille ispat kurallarının burada da yalnızca olayın bünyesine uygun düştüğü sürece uygulanabileceğinin belirtilmesi gerekmektedir.¹⁴⁰

Bu noktada, 59. madde çerçevesinde getirilen ispat kuralının yalnızca “rekabet hukuku ihlalinin varlığına” ilişkin olduğunun altının çizilmesi

¹³⁷ “Taraf” sözcüğü burada teknik anlamda kullanılmamıştır.

¹³⁸ Bu uygulama rekabete aykırı faaliyetler neticesinde zarara uğrayan kişilerin tazminat taleplerinin özel hukuk davaları aracılığıyla arandığı durumlarda davacı tarafın ispat yükünü düşürmesi bakımından önemlidir. Bkz. Dipnot 35.

¹³⁹ Karş. Aslan 2001, s. 87.

¹⁴⁰ Bkz. GÜVEN, P. (2007), “Rekabet Hukukuna Dayalı Tazminat Davalarının Mahkeme Kararları Işığında Değerlendirilmesi”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu - V*, 6-7 Nisan 2007, Kayseri, s. 222 ve SANLI, K. (2003), “Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-I*, Sayı: 1, (2003) s. 242 vd.

gerekmektedir. Rekabet hukuku ihlalinin varlığı ispatlandıktan sonra, zararın varlığının ispatı meselesi, genel hüküm olan Borçlar Kanunu'nun 42. maddesine tabi olacaktır.¹⁴¹ Söz konusu genel hükme göre, "Zararı ispat etmek müddeiye düşer, zararın hakikî miktarını ispat etmek mümkün olmadığı takdirde hâkim, halin mutat cereyanını ve mutazarrır olan tarafın yaptığı tedbirleri nazara alarak onu adalete tevfikân tayin eder."

Dolayısıyla, zararın ispatında 4054 Sayılı Kanun'un 59. maddesinde öngörülen özel hüküm uygulanmayacak ve davacı, uğradığını iddia ettiği zararı genel kurallara göre ispatla yükümlü olmaya devam edecektir. Bir başka ifadeyle zararın miktarı konusunda yapılacak tespit için kullanılacak ispat gücünün ihlal durumunun ispatında kullanılan delillere göre daha yüksek olacağı kabul edilmesi gerekir. İspat gücü arasındaki bu farkın üç sebepten kaynaklandığı söylenebilir. Birincisi, ispat gücünün nispeten düşük olması, açılan dava sayısının düşmesine neden olacaktır. İkincisi, davacı ile davalı arasında, davalı lehine bir bilgi asimetrisi mevcut bulunmaktadır. Son sebep ise, zararın daha kesin ve doğru ölçülmesinin ihlali caydırmadaki etkisi ile zarar verenin zararın miktarına ilişkin bilgisi arasındaki doğru orantıdır.¹⁴²

4054 SAYILI KANUN VE UYGULAMASINDA İSPATA İLİŞKİN YAKLAŞIMLARIN VE KAVRAMLARIN ÖZENLE VE İSTİKRARLA KULLANILMASI GEREKLİLİĞİNE İLİŞKİN SONUÇ DEĞERLENDİRMESİ

Artık Türk rekabet hukukunun en önemli dinamik kaynaklarından biri halini almış olan Rekabet Kurulu kararlarında ispat meselesine ve "ispat standartları" ile "ispat yükü" gibi kavramlar başta olmak üzere ispat ile ilgili tüm unsurlara yer verilerek her bir somut olayın ispat özelliklerinin bu kavramlar gereğince kullanılmak suretiyle dikkatle tartışılması, beklentilerin ortaya koyulması, kararlarda istikrar sağlanmak suretiyle ispat konusundaki eşiklerin netleştirilmesi, ispat vasıtalarının kabul edilebilirliğine ve takdir yetkisinin kullanımındaki etkisine ilişkin doyurucu bilgilerin verilmesi son derece önemlidir. Bu çerçevede uyumlu eylem yoluyla gerçekleştirildiği iddia edilen rekabet hukuku ihlallerinin ispatı meselesinin de hukuk güvenliğinin sağlanması için mehzaz uygulama ile paralellik teşkil edecek bir şekilde "olgu ağırlıklı" bir çizgiye çekilmesinde fayda bulunmaktadır.

İspat müesseselerinin ve kavramlarının özenli ve istikrarlı kullanımı sayesinde savunma haklarının kuralları belli bir çekişmeli usul içerisinde

¹⁴¹ Bkz. Güven 2007, s. 220 ve Sanlı 2003, s. 265.

¹⁴² ŞAHBAZ, A. U. (2008), *ABD Uygulaması Işığında Rekabet İhlallerinden Doğan Zararların Tayini ve Tazmini*, Rekabet Kurumu Yayınları Uzmanlık Tezi, Ankara, s. 32-34.

gereğince kullanılabilirdiği bir yargı benzeri faaliyet sonucunda maddi hakikate ulaşılması olasılıkları artmış olacaktır. Bu da soruşturmanın keyfilikten uzaklaşmasına, hukuki güvenlik içerisinde öngörülebilirlikten taviz verilmeden yürütülmesine, adil yargılanma hakkının güvence altına alınmasına ve bu sayede istikrarın somut olay adaleti feda edilmeksizin sağlandığı süreçlerin yaratılabilmesine imkan tanıyacaktır.

KAYNAKÇA

- ALANGOYA, Y. (2001), *Medeni Usul Hukuku Esasları*, 2. Baskı İstanbul.
- ASLAN, Y. (2001), *Rekabet Hukuku*, 2. Baskı, Bursa
- BADUR, E. (2001), “*Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar (Uyumlu Eylem ve Kararlar)*”, Rekabet Kurumu Lisans Üstü Tez Serisi No:6, <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/tezler/tez90.pdf>, Erişim Tarihi: 09.01.2011
- BALKI, B. (2009), “The Evaluation of the Presumption of Concerned Practices in the Turkish Competition Act and of its Utilization under the Case Law of the European Court of Justice”, *Rekabet Dergisi*, Cilt 10, Sayı 3.
- BUCCIROSSI, P. (2006), “Does Parallel Behavior Provide Some Evidence of Collusion?,” *Review of Law & Economics*: Cilt. 2: Sayı 1, s. 85-102.
- BUDAK, A.C. (2003), “Rekabet Hukukunda Deliller ve İspat” *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu I, Kayseri* içinde, Erciyes Üniversitesi ve Rekabet Kurumu Yayını, Kayseri, s. 45-62.
- BUDAK, A.C. (2004), “AT Konsey ve Komisyonu’nun Yeni Rekabet Tüzükleri ve Rekabet Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler Işığında Delillerin Toplanması ve İspat” *Rekabet Kurumu Yayınları Perşembe Konferansları* içinde Mayıs 2004 s.138 vd.
- CENGİZ, D. (2006), *Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem ve Bu Eylemin Sonuçları*, Beta, İstanbul.
- CENGİZ, D. (2008), “Uyumlu Eylem Karinesinin ve Rekabet Kurulu’nun Bu Karineye İlişkin Uygulamalarının Değerlendirilmesi”, *Rekabet Dergisi*, Sayı 35, Ankara, s.3-47 <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/dergi/dergi35.pdf>, Erişim Tarihi: 09.01.2011
- COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES (2008), White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, 2.4.2008 COM (2008) 165.
- ÇELEN, A. (2003), *Oligopolistik Pazarlarda Gözlenen Paralel Davranışların Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi: Uyumlu Eylem ve Birlikte Hakim Durum*, Rekabet Kurumu Yayınları Uzmanlık Tezi, Ankara, <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/tezler/tez10.pdf>, Erişim Tarihi: 09.02.2011
- EROL, K. (1998), “Rekabet Kurumu ve Uygulamaları”, *Rekabet Kurumu Türkiye Birinci Uluslararası Rekabet Sempozyumu 5-6 Ekim 1998 İstanbul* içinde, Şubat 1999, Rekabet Kurumu Yayını No: 18, Ankara, s.147-15.

FORRESTER, I. (2009), "A Bush in Need of Pruning: the Luxuriant Growth of 'Light Judicial Review'", *European Competition Law Annual 2009: Evaluation of Evidence and its Judicial Review in Competition Cases* içinde, Hart Publishing, Oxford ve Portland, <http://www.eui.eu/Documents/RSCAS/Research/Competition/2009/2009-COMPETITION-Forrester.pdf>, Erişim Tarihi: 05.01.2011

GÜNDAY, M. (2002), *İdare Hukuku*, 6. Baskı, İmaj Yayınları, Ankara.

GÜNDAY, M. (2007), "Rekabet Kurulu'nun İdari Para Cezalarına İlişkin Kararlarının Yargısal Denetimi ve Karşılaşılan Sorunlar", *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu V, 6-7 Nisan 2007, Kayseri* içinde, s. 3-10

GÜNDÜZ, H. (2009), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Rekabet Hukuku Uygulamasına Etkileri*, Rekabet Kurumu Yayınları Uzmanlık Tezi, Ankara.

GÜRKAYNAK, G. (2003), *Türk Rekabet Hukuku Uygulaması İçin "Hukuk ve İktisat" Perspektifinden "Amaç" Tartışması*, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara.

GÜRKAYNAK, G. ve İ. ATIYAS (2006), "Uyumlu Eylem Karinesi Üzerine Hukuki ve Ekonomik Çözümler", *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu - IV, 7 Nisan 2006, Kayseri*. s.80-115

GÜRKAYNAK, G., YILDIRIM, K. ve H. ÖZGÖKÇEN (2009), "Rekabet Hukuku'nda Delil" *Haluk Konuralp Anısına Armağan*, Cilt 3, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 457-522.

GÜRKAYNAK, G., YILDIRIM, K. ve M. DUMAN (2010), "Türk Hukukunda Uyumlu Eylem Karinesinin En Çıplak Uygulaması: Ekmek Mayası Kararı", *Rekabet Hukuku İle İlgili Kurul ve Yargı Kararları Sempozyumu, 15 - 16 Ekim 2010*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü ve Rekabet Kurumu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

GÜVEN, P. (2007), "Rekabet Hukukuna Dayalı Tazminat Davalarının Mahkem Kararları Işığında Değerlendirilmesi", *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu V, 6-7 Nisan 2007, Kayseri*, s.211-259..

KAHRAMAN, Z. (2008), *Rekabet Hukuku Açısından Oligopolistik Bağımlılık*, Vedat Kitapçılık, İstanbul.

KEKEVİ, H.G. (2003), *Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Birlikte Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasında Kolaylaştırıcı Eylemler*, Rekabet Kurumu Yayınları Uzmanlık Tezi, Ankara, <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/tezler/tez21.pdf>, Erişim Tarihi: 09.01.2011

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

KONURALP, H. (1999), *Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No:51, Ankara.

KURU, B. (2001), *Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt II*, 6. Baskı, Demir Demir Yayınevi, İstanbul.

KURU, B., ARSLAN, R. ve E. YILMAZ (2001), *Medeni Usul Hukuku* genişletilmiş 13. baskı, Yetkin Yayınları, Ankara.

MASSEY, P. (2004), “Criminal Sanctions for Competition Law: A Review of Irish Experience.”, Address to Competition Law Scholars Forum: Decentralised Enforcement: From the Idea to the Reality, <http://www.compecon.ie/Clasf%2004.pdf>, Erişim Tarihi: 10.02.2011

MONTAG, F. ve A. ROSENFELD (2003), “A Solution to the Problems? Regulation 1/2003 and the modernization of competition procedure”, <http://www.freshfields.com/publications/pdfs/practices/Regulation12003.pdf>, Erişim Tarihi: 09.02.2011

OECD (2006), “Roundtable On Prosecuting Cartels Without Direct Evidence of Agreement, Contribution from the European Commission Session II”, Global Forum on Competition. [http://www.cade.gov.br/Internacional/OECD/DAF_COMP_GF_WD\(2006\)15_ENG.pdf](http://www.cade.gov.br/Internacional/OECD/DAF_COMP_GF_WD(2006)15_ENG.pdf), Erişim Tarihi: 11.02.2011

REKABET KURUMU (2009), Araştırma Bülteni, Haziran, Sayı 11, Ankara.

SANLI, K. (2003), “Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu I, Kayseri 4 Nisan 2003 içinde, Sayı: 1, (2003) s. 197-262.

SCOTT, A. (2002), ““An Immovable Feast”?: Tacit Collusion and Collective Dominance in Merger Control after *Airtours*” CCR Working Paper CCR 02-6, http://www.uea.ac.uk/polopoly_fs/1.104458!ccr02-6.pdf, Erişim Tarihi: 10.02.2011

ŞAHBAZ, A.U. (2008), *ABD Uygulaması Işığında Rekabet İhlallerinden Doğan Zararların Tayini ve Tazmini*, Rekabet Kurumu Yayınları Uzmanlık Tezi, Ankara.

ŞENLEN SUNAY, S. (1997), *İdari Yargılama Usulüne Hakim Olan İlkeler Karşısında İspat ve Delil Hususları*, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul.

TAN, T. (2004), “Rekabetin Korunmasında Rekabet Kurulu ile Yargı Organlarının Rolü”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan, C. II (Kamu Hukuku), s.43-62.

UYANIK, P. (2003), *Rekabet Hukuku Açısından Delil*, Rekabet Kurumu Yayınları Uzmanlık Tezi, Ankara.

ÜNLÜ, H. (2003), *Rekabet Hukuku Soruşturmalarında Taraf Kavramı ve Tarafların Hakları*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara.

VITZILAIU, L. ve C. LAMBADARIOS (2009), “The Slippery Slope of Addressing Collective Dominance under Article 82 EC”, *Competition Policy International GCP: The Antitrust Chronicle*, Eylül 2009, http://www.lambadarioslaw.gr/publications/en/2009/vitzilaiou_oct_09_1_.pdf, Erişim Tarihi: 10.02.2011

WOOD, D. (2004), “Private Enforcement of Antitrust Rules - Modernization of the EU Rules and the Road ahead”, 16 Loy. Consumer L. Rev. 4, s. 431-461, <http://leadershape.luc.edu/law/academics/special/center/antitrust/pdfs/woods.pdf>, Erişim Tarihi: 09.02.2011.

YILMAZ, E. (1999), “Rekabet Kanunu Uygulamasında Usul ve İspat Sorunları”, *Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları* içinde, Ankara, Rekabet Kurumu, s. 79-130. <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/perskonfyyn/perskonfyyn87.pdf>, Erişim Tarihi: 10.02.2011

YILMAZ, E. (2004), “Rekabet Hukukunda Deliller, Delillerin Toplanması ve Değerlendirilmesi Üzerine Düşünceler”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu - II* içinde, 9 Nisan 2004, Kayseri, s. 78-79.

YÜKSEL, O.Y. (2004), *Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem*, Rekabet Kurumu Yayınları Uzmanlık Tezi, Ankara, <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/tezler/tez61.pdf>, Erişim Tarihi: 09.02.2011.

REKABET KURULU KARARLARI

- 27.6.2000 tarih ve 00-24/255-138 sayılı Rekabet Kurulu kararı (maya).
- 17.7.2000 tarih ve 00-26/291-161 sayılı Rekabet Kurulu kararı (gazete)
- 02.12.2004 tarih ve 04-77/1109-278 sayılı Rekabet Kurulu kararı (Ege hazır beton)
- 11.12.2002 tarih ve 03-78/948-392 sayılı Rekabet Kurulu Kararı (alçı)
- 24.12.2002 tarih ve 02-80/937-385 sayılı Rekabet Kurulu kararı (sigara)
- 03.05.2004 tarih ve 04-31/365-91 sayılı Rekabet Kurulu kararı (sigara)

- 06.01.2005 tarih ve 05-01/8-7 sayılı Rekabet Kurulu kararı (otomotiv).
- 13.01.2005 tarih ve 05-05/42-17 sayılı Rekabet Kurulu kararı (çimento)
- 13.01.2005 tarihli, ve 05-05/42-17 sayılı Rekabet Kurulu kararı (çimento)
- 23.09.2005 tarih ve 05-60/896-241 sayılı Rekabet Kurulu Kararı (maya)
- 23.09.2005 tarih ve 05-60/896-241 sayılı Rekabet Kurulu Kararı (ekmek mayası)
- 7.12.2006 tarih ve 06-88/1136-333 sayılı Rekabet Kurulu kararı (çimento)
- 04.07.2007 tarih ve 07-56/634-216 sayılı Rekabet Kurulu kararı (telekomünikasyon)
- 04.07.2007 tarih ve 07-56/669-232 sayılı Rekabet Kurulu kararı (iş güvenliği)
- 31.7.2008 tarih ve 08-49/697-273 sayılı Rekabet Kurulu kararı (Ro-ro taşımacılığı)

AT VE AT ÜYESİ DEVLETLERDEKİ KARARLAR

- Adalet Divanı'nın 16.12.1963 tarihli ve 40-48, 50, 54-56, 111, 113 ve 114/73 sayılı *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA and others v Commission* kararı, [1975] ECR 1663.
- Avrupa Komisyonu'nun 24.07.1969 tarihli ve OJ L 195/11 sayılı *Dyestuff* kararı
- AT İlk Derece Mahkemesi'nin 14.07.1972 tarihli ve 48/69 sayılı *ICI v. Comission* kararı, [1972] ECR 619.
- Avrupa Komisyonu'nun 16.12.1975 tarihli *Suiker Unie* kararı
- Adalet Divanı'nın 07.06.1983 tarihli ve C- 103/80 sayılı *SA Musique Diffusion française and others v Commission* kararı, [1983] ECR 1825.
- Adalet Divanı'nın 28.03.1984 tarihli ve C-29/83 ve C-30/83 sayılı *CRAM and Rheninzink v Commission*, kararı, [1984] ECR 1679, [1985] 1 CMLR 688.
- Avrupa Komisyonu'nun 13.07.1987 tarihli ve IV/31.741 sayılı *Sandoz* kararı.
- Avrupa Komisyonu'nun 19.12.1984 tarihli ve 1985 OJ L 85/1 sayılı *Wood Pulp II* kararı.
- *Shearson Lehman Hutton, Inc. v. Maclaine Watson Co. Ltd.*, [1989] 3 C.M.L.R. 429 (S.C.J. 1989)
- Avrupa Komisyonu'nun 05.06.1991 tarihli IV/32.879 sayılı *Viho/Toshiba* kararı

- AT İlk Derece Mahkemesi'nin 17.12.1991 tarihli ve T-7/89 sayılı *SA Hercules Chemicals v Commission* kararı.
- *Masterfoods Ltd. v. HB Ice Cream Ltd.*, [1992] 3 C.M.L.R. 830 (Ire. H. Ct. 1992)
- AT İlk Derece Mahkemesi'nin 10.03.1992 tarihli ve T-68/69, T-77/89 ve T-78/89 sayılı *Società Italiana Vetro SpA and others v Commission* kararı.
- AT İlk Derece Mahkemesi'nin 31.03.1993 tarihli ve C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 ve C-125/85 C-129/85 sayılı *Ahlström v. Commission (Wood Pulp)* kararı, [1993] ECR 1307.
- AT İlk Derece Mahkemesi'nin 11.03.1999 tarihli ve T-157/94 sayılı *Empresa Nacional Siderurgica SA v Commission* kararı
- AT İlk Derece Mahkemesi'nin 20.04.1999 tarihli ve T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94 to T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 ve T-335/94 sayılı *Limburgse Vinyl Maatchappij e.a. v Commission* kararı.
- Adalet Divanı'nın 08.07.1999 tarih ve C-199 / 92 sayılı *Hüls v. Commission* kararı, [1999] ECR I-4287.
- AT İlk Derece Mahkemesi'nin 15.03.2000 tarihli ve T-25/95 sayılı *Cimenteries CBR v Commission* kararı.
- AT İlk Derece Mahkemesi'nin 15.03.2000 tarihli ve T-337/94 sayılı *Enzo-Gutzeit v Commission* kararı.
- Birleşik Krallık Rekabet Hukuku Temyiz Mahkemesi *Napp v Director General of Fair Trading* ([2002] CAT 1 [2002] CompAR 13) kararı
- AT İlk Derece Mahkemesi'nin 06.06.2002 tarihli ve T-342/99 sayılı *AirTours/ First Choice v. Commission* kararı, [2002] 5 CMLR 25.
- Carlsberg ve Heineken hakkında IP/02/1603 tarih ve 04/11/2002 sayılı Basın Duyurusu
- AT İlk Derece Mahkemesi'nin 29.04.2004 tarihli ve T-236/01, T-239/01, T-244/01, T-246/01, T-251/01 ve T- 252/01 [2004] sayılı *Tokai v. Commission* kararı.
- AT İlk Derece Mahkemesi'nin 08.07.2004 tarihli ve T-67/00, T-68/00, T-71/00 ve T-78/00 sayılı *JFE Engineering Corp. and Others v Commission of the European Communities* kararı.
- AT İlk Derece Mahkemesi'nin 14.07.2005 tarihli ve C-57/02 sayılı *Acerinox v Commission* kararı.

- AT İlk Derece Mahkemesi'nin 27.09.2006 tarihli ve T-314/01 ECR II-3085 sayılı *Avebe v. Commission* kararı, [2006] E.C.R. II-3085.
- Fransa Rekabet Konseyi'nin (Conseil de la Concurrence), 18.12.2007 tarihli ve 07-D-48 sayılı kararı
- Lizbon Ticaret Mahkemesi'nin (Tribunal de Comércio de Lisboa), 21.05.2008 tarihli ve 48/08.7TYLSB sayılı, *Aeronorte and Helisul v. Autoridade da Concorrência* kararı.
- Lazio Bölge İdare Mahkemesi'nin (Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Roma - Prima Sezione, 06.06.2008 tarihli ve 1822/2007 sayılı, *Bristol Myers Squibb et al. vs Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato-AGCM* kararı.
- AT İlk Derece Mahkemesi'nin 08.07.2008 tarihli ve T-53/03 sayılı *BPB plc v Commission* kararı.
- İngiltere Yüksek Mahkemesi'nin (English High Court), 06.11.2008 tarihli ve HC07C02416 sayılı *Bookmakers/Racecourses* kararı; [2008] EWHC 2688 (Ch).
- Hollanda Rekabet Otoritesi'nin (Nederlandse Mededingingsautoriteit), 13.11.2008 tarihli ve 2112/767 sayılı, *Betonmortelcentrales* kararı.
- Paris Temyiz Mahkemesi'nin 08.04.2009 tarihli ve RG 2008/01092 sayılı kararı.
- Hollanda Ticaret ve Endüstri Temyiz Mahkemesi'nin (College van Beroep voor het bedrijfsleven), 12.08.2010 tarihli ve AWB 06/657, 06/660 ve 06/661, LJN: BN3895 sayılı *KPN, Orange Nederland N.V., Telfort B.V., T-Mobile Netherlands B.V., Vodafone Libertel N.V. v. Nma* kararı

AİHM KARARLARI

- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium* kararı (Başvuru No: 6878/75, 7238/75, 18.10.1982).
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Engel and Others v. Netherlands* (Başvuru No: 5100/71, 23.11.1976)
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Öztürk v. Germany* (Başvuru No: 8544/79, 23.10.1984) kararları
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Lutz v. Germany* (Başvuru No: 9912/82, 25.08.1987) kararı
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Societe Stenuit v. France* kararı (Başvuru No: 11598/85, 27.02.1992)

- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Lilly France v. France* kararı (Başvuru No: 53892/00, 14.10.2003)
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Netse St. Petersburg v. Russia* kararı (Başvuru No: 69042/01, 03.06.2004)
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Fortum Corporation v. Finland* kararı (Başvuru No: 32559/96, 15.07.2003).

ABD KARARLARI

- *Interstate Circuit v. United States*, 306 U.S. 208 (1939)
- *Theatre Enterprises v. Paramount Film Distributing Corp.* 346 US 537 (1954)
- *United States v. Morton Salt Co.*, 235 F.2d 573, 577 (10th Cir. 1956)
- *Pittsburgh Plate Glass Co. v. United States*, 260 F.2d 397, 401 (4th Cir. 1958)
- *Pittsburgh Plate Glass Co. v. United States*, 360 U.S. 395 (1959)
- *Delaware Valley Marine Supply Co. v. American Tobacco Co.*, 297 F.2d 199, 205 n. 19 (3rd Cir. 1961), cert. denied, 369 U.S. 839 (1962)
- *Bogosian v. Gulf Oil Corp.*, 561 F.2d 434 (3rd Cir. 1977)
- *Quality Auto Body v. Allstate Ins. Co.*, 660 F.2d 1195 (7th Cir. 1981)
- *Japanese Elec. Prods. Antitrust Litigation*, 723 F.2d 238, 304 (3rd Cir. 1983)
- Federal Ticaret Komisyonu'nun 101 F.T.C. 425 (1983) sayılı *Ethyl* kararı
- *Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 US 574 (1986)
- *In re Baby Food Antitrust Litig.* (3rd Cir. 1999)
- *Williamson Oil Co. v. Philip Morris USA* (11th Cir. 2003)
- *Bell Atlantic Corporation, et al., Petitioners v. William Twombly et al.* (Supreme Court, 550 US, 2007)