

ISSN 1302 - 552X

REKABET DERGİSİ *COMPETITION JOURNAL*

Cilt/Volume: 14 Sayı/Number: 4 Ekim/October 2013

- ◆ **Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Hakim Durumda Olmayan Teşebbüslerin Tek Yanlı Uygulamaları**
Hasan KARAKILIÇ
- ◆ **Systems Markets and Antitrust: Competition Issues in Selected Industries**
Neş e Nur ONUKLU
- ◆ **AB, ABD ve Türk Hukukunda Rekabet İhlaline Dayanan Tazminat Davalarında Piş manlık Belgelerine Eriş im Sorunu**
Tahir SARAÇ

14. YIL
14th YEAR
2000'den beri yayında
Published since 2000

ISSN 1302 - 552X

REKABET DERGİSİ

COMPETITION JOURNAL

Cilt/Volume: 14 Sayı/Number: 4 Ekim/October 2013

Üç ayda bir yayımlanan hakemli dergi
Refereed journal published quarterly

**Rekabet Dergisi, EBSCO, Tübitak Ulakbim
ve Asos Index veri tabanlarında
dizinlenmektedir.**

*Competition Journal is indexed in the
EBSCO, Tubitak Ulakbim and Asos Index
databases.*

YAYINCI REKABET KURUMU ADINA SAHİBİ
OWNER ON BEHALF OF PUBLISHER TURKISH COMPETITION AUTHORITY
Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI

SORUMLU MÜDÜR
MANAGING DIRECTOR
Akın ŞİMŞEK

YAYIN KOMİSYONU
EDITORIAL BOARD
Ali İhsan ÇAĞLAYAN
Ali DEMİRÖZ
İbrahim AYDEMİR
Ömür PAŞAOĞLU

DANIŞMA KURULU
ADVISORY BOARD
Prof. Dr. Sabih ARKAN
Prof. Dr. Ömer Faruk ÇOLAK
Prof. Dr. Lale DAVUT
Prof. Dr.ERCÜMENT ERDEM
Prof. Dr. Celal GÖLE
Prof. Dr. Erden KUNTALP
Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY
Prof. Dr. Güven SAK
Prof. Dr. Turgut TAN
Prof. Dr. Erol TAYMAZ
Prof. Dr. Ünal TEKİNALP
Prof. Dr. Bilgin TİRYAKİOĞLU
Prof. Dr. Nahit TÖRE
Prof. Dr. Ercan UYGUR
Prof. Dr. Ejder YILMAZ
Prof. Dr. İsmail KIRCA
Prof. Dr. Osman GÜRZUMAR
Doç. Dr. İzak ATİYAS
Doç. Dr. Hasan ERSEL
Doç. Dr. Ünal ZENGİNOBUZ

EDİTÖRLER
EDITORS
Dr. Murat ÇETİNKAYA
Yüksel KAYA
Ş. Demet KORKUT

YAYIN SEKRETERİ
PUBLISHING SECRETARY
Özlem ERDOĞAN

Rekabet Dergisi, Rekabet Kurumu tarafından üç ayda bir yayımlanan hakemli bir dergidir. EBSCO, Tübitak Ulakbim ve Asos Index veri tabanlarında dizinlenen Rekabet Dergisi'nde, rekabet hukuku, politikası ve sanayi iktisadı alanlarındaki Türkçe veya İngilizce özgün makalelere, vaka yorumları ve benzeri görüşler ile haberlere yer verilmektedir. Yazılarda belirtilen düşünce ve görüşlerden yazarlar sorumludur; bu düşünce ve görüşler Rekabet Kurumu açısından bağlayıcılık teşkil etmez.

Competition Journal is a refereed journal published quarterly by the Turkish Competition Authority. Competition Journal, indexed in the EBSCO, Tubitak Ulakbim and Asos Index databases, publishes original articles, case comments and news in Turkish and English in the field of competition law, policy and industrial organization. Any opinions expressed in the Competition Journal represent solely the views of contributing writers and not necessarily those of the Turkish Competition Authority.

Yönetim Yeri / Managing Office:

Üniversiteler Mahallesi 1597. Cadde No: 9 06800
Bilkent-Çankaya/ANKARA

Telefon-Faks / Telephone-Fax: (90) 312 291 44 44 - (90) 312 291 40 00

E-posta / E-mail: rekabetdergisi@rekabet.gov.tr

Web Adresi / Web Address: <http://www.rekabet.gov.tr/rekabetdergisi>

Basımcı / Printer:

Pelin Ofset Matbaacılık San. Tic. Ltd. Şti.
İvedik Organize Sanayi Bölgesi
Matbaacılar Sitesi 1514. Sok. No: 28
06378 Yenimahalle / Ankara
www.pelinofset.com.tr

REKABET DERGİSİ
COMPETITION JOURNAL

Cilt/Volume: 14

Sayı/Number: 4

Ekim/October 2013

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

1 MAKALELER / ARTICLES

3 Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Hakim Durumda Olmayan Teşebbüslerin Tek Yanlı Uygulamaları / *Unilateral Conducts of Non-Dominant Undertakings According to the Competition Law of the European Union*
Hasan KARAKILIÇ

49 Systems Markets and Antitrust: Competition Issues in Selected Industries / *Sistem Pazarları ve Antitröst: Bazı Pazarlarda Öne Çıkan Rekabet Sorunları*
Neş e Nur ONUKLU

65 AB, ABD ve Türk Hukukunda Rekabet İhlaline Dayanan Tazminat Davalarında Pişmanlık Belgelerine Erişim Sorunu / *The Issue of Access to Leniency Materials in the Actions for Damages Based on the Breach of Competition Rules in EU, USA and Turkish Law*
Tahir SARAÇ

129 YAYIN İLKELERİ VE MAKALE YAZIM KURALLARI / *PUBLICATION POLICY AND NOTES FOR CONTRIBUTORS*

MAKALELER
ARTICLES

**AVRUPA BİRLİĞİ REKABET HUKUKUNDA HAKİM DURUMDA
OLMAYAN TEŞEBBÜSLERİN TEK YANLI UYGULAMALARI**

*UNILATERAL CONDUCTS OF NON-DOMINANT UNDERTAKINGS
ACCORDING TO THE COMPETITION LAW OF THE
EUROPEAN UNION*

Hasan KARAKILIÇ*

Öz

Hakim durumda olmayan bir teşebbüsün alıcılara karşı başvurduğu tavsiye, uyarı, talimat veya istek gibi tek yanlı uygulamaların rekabeti sınırlayıcı anlaşmaları yasaklayan hükümler ile bağdaşırılığı önemli bir tartışma konusudur. Bu durum aynı zamanda rekabet hukukunun teşebbüslerin rekabet karşıtı davranışlarına yönelik maddi hükümlerinin kapsamı ile de ilgili bir sorundur. Rekabet hukukunda teşebbüslerin tek yanlı uygulamaları ancak hakim durumun kötüye kullanılması yasağı kapsamında değerlendirilmektedir. Hakim durumda olmayan üretici konumundaki bir teşebbüsün kendisi ile ticari ilişki içinde olan alıcılara karşı başvurduğu tek yanlı uygulamaların somut olayın özelliğine göre rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma olarak değerlendirilmesi de mümkün olmakla birlikte, bu durum yine de tartışmalıdır. Çalışmamızda bu sorun Avrupa Birliği rekabet hukuku uygulaması açısından ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: *Tek Yanlı Uygulamalar, Anlaşma, Bayer Adalat Kararı, Ürün Tedarikinden Kaçınma, Tüketici Refahı*

Abstract

The compatibility of a non-dominant undertaking's unilateral conduct such as recommendation, warning, direction or request and the provisions which prohibit anti-competitive agreements is an important discussion. This case is also related to the scope of those provisions of competition law which regulate anti-competitive conduct of companies. In competition law, unilateral conduct of companies is evaluated in the concept of the abuse of dominant position. In some cases it might be possible to consider the unilateral conduct of a non-dominant producer to its purchasers as anti-competitive agreement, but this situation is still arguable. The article will examine this problem from the perspective of the praxis of European Union's competition law.

Keywords: *Unilateral Conducts, Agreement, Bayer Adalat Decision, Avoidance of Product Supply, Consumer Welfare*

* Dr., Celal Bayar Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İşletme Bölümü Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

GİRİŞ

Üretici veya sağlayıcı konumundaki bir teşebbüsün kendisi ile ticari ilişki içindeki alıcılara karşı başvurduğu tek yanlı uygulamaların rekabeti sınırlayıcı anlaşmaları yasaklayan hükümler ile bağdaşırılığı önemli bir tartışma konusudur¹. Bu sorun aynı zamanda rekabet hukukunun teşebbüslerin rekabet karşıtı davranışlarına yönelik yaptırımlar öngören maddi hükümlerinin kapsamı ile de ilgilidir. Rekabet hukukunda teşebbüslerin ticari faaliyet özgürlüğü bağlamında rekabetin sınırlanması açısından üç ihtimalden söz etmek mümkündür². Bunlardan birincisi somut davranışın rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma, karar veya uyumlu eylem kapsamında değerlendirilmesidir. Bu durum Avrupa Birliği (AB) rekabet hukukunda, Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Anlaşma (ABİDA)³ açısından 101. madde kapsamında yapılacak bir değerlendirmeye konu olabilir⁴. İkinci olasılık ise rekabeti sınırlayıcı nitelikte bir davranışın hakim durumun kötüye kullanılması yasağı kapsamında ele alınabilmesidir. Hakim durumdaki teşebbüslerin sahip oldukları pazar gücünü kötüye kullanmaları sonucu ortaya çıkan rekabet karşıtı davranışlar, gerekli koşulların varlığı halinde ABİDA'nın 102. maddesi kapsamında değerlendirilebilir⁵. Rekabetin sınırlanması açısından üçüncü olası durum ise birleşme ve devralmalar sonucunda pazarda ortaya çıkan yoğunlaşmalar olup, bu konu esasen bu çalışmanın dışındadır.

Bununla birlikte bazı somut durumlarda tek yanlı gibi görünen bir davranışın gerçekten tek yanlı mı olduğu yoksa birden fazla teşebbüsün işbirliği şeklindeki bir davranış sonucu mu gerçekleştiği ilk bakışta açık olmayabilir. Bu tarz görünüşte tek yanlı olmakla birlikte⁶, gerçekte teşebbüsler arasındaki bir işbirliği sonucu gerçekleşen davranışların rekabet üzerindeki etkileri dikkatli değerlendirilmelidir. Üretici veya sağlayıcının hakim durumda olmadığı davranışlar açısından bu durum sorunludur. Rekabet hukukunun maddi hükümleri dikkate alındığında, somut olayda hakim durum koşulu gerçekleşmediği için bu davranışın, örneğin ABİDA'nın 102. maddesi bağlamında, hakim durumun kötüye kullanılması yasağı kapsamında

¹ HIRSBRUNNER, S. ve A. SCHWARZ (2006), "Die Vereinbarkeit von einseitigen Maßnahmen eines Herstellers gegenüber seinen Händlern mit dem Kartellverbot", I. Brinker, D. H. Scheving, K. Stockmann (der.), *Recht und Wettbewerb, Festschrift für Rainer Bechtold zum 65. Geburtstag* içinde, Verlag C. H. Beck, München, s. 171.

² KAUFMANN, C. (2003), *Wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden*, Schulthess, Zürich, Schweiz, s. 5.

³ *Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)*.

⁴ Benzer şekilde bu durum Türk rekabet hukuku uygulaması açısından 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesi kapsamında değerlendirilebilir.

⁵ Aynı şekilde bu durum Türk rekabet hukuku uygulaması açısından 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesi kapsamında değerlendirilebilir.

⁶ EuGH, 18.9.2003, Slg. 2003, I-9189, 9557 f., Nr. 60 - "Volkswagen"; EuGH, 13.7.2006, Rs. C-74/04, Nr. 14 - "Volkswagen".

değerlendirilmesi söz konusu olmayacaktır. Aynı şekilde taraflar arasındaki ilişkinin, ilk bakışta, bir anlaşma, karar veya uyumlu eylem olarak tanımlanamadığı durumlarda da somut davranışın ABİDA'nın 101/1. maddesi bağlamında rekabeti sınırlayıcı anlaşmaları yasaklayan hükümler kapsamında da değerlendirilmesi söz konusu olmayacaktır. Ancak bu tarz davranışların alıcı veya nihai tüketicilerin tercih ve bu anlamda seçme özgürlüğünü sınırlama potansiyelleri dikkate alındığında, rekabet karşıtı etkilerinin doğru değerlendirilmesi önem kazanmaktadır⁷.

Rekabet hukuku uygulamasında hakim durumda olmayan bir teşebbüsün, rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma, karar veya uyumlu eylem kapsamında da değerlendirilemeyen 'tek yanlı uygulamalarının' (*einseitige Maßnahmen, 'unilateral' conduct*)⁸ rekabeti sınırlayıcı etkilerinin nasıl değerlendirileceği hususu tartıřmalıdır⁹. Tek yanlı uygulamalar, pratikte üretici veya sağlayıcı konumundaki bir teşebbüsün bir diğer teşebbüs veya teşebbüslere karşı başvurduğu tavsiye (*Empfehlung*), uyarı (*Warnung*), talimat (*Weisung*) ve istek/talep (*Aufforderung*) gibi davranışlar şeklinde ortaya çıkabilirler¹⁰. AB Komisyonunun (Komisyon) bu tarz davranışları anlaşma kavramını geniş yorumlamak suretiyle ABİDA'nın 101. maddesi bağlamında değerlendiren yaklaşımı öğretilerde tartışmalı bulunmuřtur¹¹. Öğretilerde bazı yaklaşımlara göre ABİDA'nın 101. maddesinin lafzından böyle bir sonuç çıkarmak mümkün olmadığı gibi, bu durum ABİDA'nın 101. maddesi ile 102. maddesi arasında bir belirsizliğe de yol açmaktadır¹². Bununla birlikte, aşağıda daha ayrıntılı olarak yapılacak değerlendirmelerde de görüleceği gibi,

⁷ Bu anlamda örneğin dikey anlaşmalar kapsamında ortaya çıkan tek yanlı bir uygulamanın rekabeti sınırlayıcı etkileri marka içi rekabet (*Intern-Brand-Wettbewerb*) yanında markalar arası rekabet (*Intra-Brand-Wettbewerb*) açısından da söz konusu olabilir. Bu anlamda somut davranışın rekabeti sınırlayıcı olası etkilerinin dikey anlaşmalar yanında yatay anlaşmalar (*Horizontale Wirkungen*) gibi sonuç doğurması da mümkün olduğundan, somut olay bağlamında değerlendirme yapılması gerektiği belirtilmiştir. Bu hususta daha ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. BEUTELMANN, M. (2004), *Selective Vertriebssysteme im europäischen Kartellrecht*, 1. Auflage, Fachmedien Recht und Wirtschaft, Frankfurt am Main, Deutschland, s. 52-53.

⁸ WHISH, R. (2005), *Competition Law*, Fifth Edition, Oxford University Press, New York, US, s. 103; JONES, A. ve B. SUFRIN (2004), *EC Competition Law Text, Cases, and Materials*, Second Edition, Oxford University Press, New York, US, s. 134.

⁹ Hirsbrunner ve Schwarz 2006, s. 171; Türk rekabet hukukunda benzer yönde değerlendirmeler için bkz. ARI, Z. (2004), *Rekabet Hukukunda Danışıklılık Kavramı ve Hukuki Sonuçları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Türkiye, s. 49-52.

¹⁰ IMMENGA, U., E. J. MESTMÄCKER ve V. EMMERICH (2012), *Wettbewerbsrecht, Band 1. EU/Teil 1 Kommentar zum Europäischen Kartellrecht*, 5. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, Deutschland, ABİDA m. 101/1, Nr. 69.

¹¹ LANGEN, E. ve H. J. BUNTE (2010), *Kommentar zum Deutschen und Europäischen Kartellrecht, Band 2 Europäisches Kartellrecht*, 11. Auflage, Carl Heymanns Verlag/Luchterhand, Köln, Deutschland, m. 81 Genel İlkeler, Nr. 25.

¹² Beutelmann 2004, s. 246.

uygulamada bu konuda Komisyonun verdiği ve çoğu AB Mahkemeleri tarafından da onaylanan birçok karar ortaya çıkmıştır.

Tek yanlı uygulamalar çoğu zaman taraflar arasındaki iç ilişkide üretim miktarı yanında ilgili ürünün satış veya dağıtımının sınırlanmasına da uygun olduğundan, kural olarak hakim durumun kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil etmedikleri sürece, rekabet hukuku uygulamasında izin verilen davranışlardır¹³. Aynı şekilde bu tarz davranışların doğrudan rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma olarak değerlendirilememesinin önemli bir nedeni de, anlaşma kavramı açısından belirleyici olan taraf iradeleri ve bu anlamda taraflar arasında karşılıklı bir işbirliğinin gerekliliği koşulunun olmamasıdır¹⁴. Bununla birlikte, taraflar arasında süreklilik taşıyan bir ticari ilişki bağlamında üretici tarafından başvuru ve sıkı veya koruyucu bir pazar politikasını gerçekleştirmeye yönelik bu tarz önlemler aynı zamanda alıcıların ticari faaliyet özgürlüğünü (*Handlungsfreiheit*) de sınırlamaya elverişli olduğundan¹⁵, bunlar rekabet hukukunda üzerinde durulan davranışlardır.

Yukarıda da vurgulandığı üzere, tek yanlı uygulamalar bir teşebbüsün hakim durum (*Marktbeherrschung*) veya pazar gücüne (*Marktmacht*) sahip olmadan da başvurabileceği türden davranışlardır¹⁶. Uygulamada da tek yanlı uygulamalar daha çok teşebbüsler arasında süreklilik taşıyan ticari ilişkiler bağlamında ve üretici ile kendi dağıtım sistemindeki alıcıları arasındaki dikey ilişkiler¹⁷ çerçevesinde ortaya çıkmakla birlikte, bu tarz davranışların pazarda münferit bir alıcıya karşı uygulanması da mümkündür¹⁸. Taraflar arasında süreklilik

¹³ EuGH, 6.1.2004, Slg. 2004 I 64, Nr. 101, WuW/EuR 769, Nr. 88 - “*Bayer Adalat*”; EuGH, 13.7.2006, Slg. 2006 I 6602, Nr. 35 “*VW*”; EuG, 26.10.2000, Slg. 2000, II-3387, Nr. 66 - “*Bayer Adalat*”; EuG, 21.10.2003, Slg. 2003 II 4495, 4513, Nr. 58 - “*GM Opel*”, EuG, 15.9.2005, Slg. 2005 II 3319, Nr. 83 - “*Daimler-Chrysler*”.

¹⁴ ZÄCH, R. (2005), *Schweizerisches Kartellrecht*, 2. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, Schweiz, s. 177-178.

¹⁵ Langen ve Bunte 2010, m. 81 Genel İlkeler, Nr. 28.

¹⁶ Mestmäcker ve Schweitzer, § 9, Nr. 6.

¹⁷ Öte yandan dikey anlaşmalar açısından dikkat edilmesi gereken husus, bu tarz anlaşmaların esaslı rekabet sınırlamaları (*Kernbeschränkungen*) içermemek ve muafiyet için AB rekabet hukukunda öngörülen %30 pazar payı eşiğini geçmemek koşuluyla ilgili grup muafiyeti tüzükleri kapsamında grup muafiyetinden veya ABİDA'nın 101/3. maddesinde yer alan koşulların tümünü birlikte sağlamak üzere bireysel muafiyetten yararlanabilmeleridir. Bunların dışında kalan diğer tek yanlı uygulamaların rekabeti sınırlayıcı anlaşmaları yasaklayan ABİDA'nın 101/1. maddesinde yer alan yaptırımlarla bağdaşırılığının genel hükümlere göre yapılacak bir değerlendirme ile mümkün olabileceği ve AB rekabet hukuku uygulamasında bu konuda yeterli bir hukuk birikiminin oluştuğu belirtilmiştir. Bu hususta bkz. Hirsbrunner ve Schwarz 2006, s. 173.

¹⁸ Örneğin AEG olayında ABAD, AEG'nin bazı dağıtıcıları kendi dağıtım ağına kabul etmemesini tek taraflı bir davranış olarak değil, aksine üretici AEG ile dağıtıcıları arasındaki anlaşmalardan kaynaklandığına karar vermiştir. Bkz. EuGH, 25.10.1983, Rs 107/82, Slg. 1983, 3151, 3195, Nr. 170 - “*AEG*”.

taşıyan bu tarz ticari ilişkiler sırasında üretici veya satıcı, münhasır bir satış politikasının uygulanmasını sağlamak için alıcının ticari faaliyet özgürlüğünü tek yanlı bir uygulama veya önlem ile sınırlamaya gidebilir¹⁹. Üretici veya sağlayıcı konumundaki teşebbüslerin aynı zamanda alıcıları disipline etmek ve bu anlamda onları pazarda belirli bir ticari politika doğrultusunda davranışta bulunmaya zorlamak için de başvurabildikleri bu tarz davranışlar, ilk bakışta tek yanlı gibi görünmekle birlikte, aslında taraflar arasında önceden kararlaştırılmış bir işbirliğinin sonucu olarak da gerçekleşebilirler²⁰.

Çalışmamızda da tek yanlı uygulamalar hakim durumda olmayan teşebbüslerin davranışları açısından ele alınmıştır. Bu durum taraflar arasında süreklilik taşıyan ticari ilişkiler bağlamında, örneğin dikey anlaşmalar yoluyla gerçekleşebileceği gibi, hakim durumda olmayan bir teşebbüsün kendisi ile sürekli ticari ilişki içinde olmayan alıcı konumundaki bir teşebbüse karşı başvurduğu davranışlar yoluyla da gerçekleşebilir. Öte yandan hakim durumdaki teşebbüslerin de benzer yöndeki davranışları literatürde tek yanlı/taraflı davranışlar olarak tanımlanmaktadır²¹. Bununla birlikte bu çalışmanın konusunu oluşturan tek yanlı uygulamalar hakim durum veya esaslı bir pazar gücüne sahip olmaksızın bir teşebbüs tarafından başvuru olan davranışları kapsamak üzere kullanılmıştır.

AB rekabet hukuku uygulamasına bakıldığında, tek yanlı uygulamaların, rekabeti sınırlayıcı anlaşmaları yasaklayan ABİDA'nın 101/1. maddesi bağlamında anlaşma kavramı geniş yorumlanmak suretiyle değerlendirildiği görülmektedir. Çalışmamızda tek yanlı uygulamaların rekabet üzerindeki etkileri, AB rekabet hukuku uygulamasına paralel olarak, bu tarz davranışlar ile rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar arasındaki ayırım, başka bir anlatımla bu tarz davranışların rekabeti sınırlayıcı anlaşmaları yasaklayan hükümler ile bağdaşırılığı ekseninde değerlendirilmiştir.

Öte yandan çalışmamızın son bölümünde tek yanlı uygulamalar hakim durumun kötüye kullanılması yasağı açısından da ele alınmıştır. Tek yanlı uygulamaların hakim durumda olmayan bir teşebbüsün başvurduğu davranışlara karşılık geldiği açıklaması karşısında, bu durum ilk bakışta bir çelişki olarak görülebilir. Bununla birlikte, tek yanlı uygulamaların rekabet karşıtı etkilerinin değerlendirilmesi konusundaki tartışmalarda, somut davranışın rekabeti sınırlayıcı

¹⁹ Langen ve Bunte 2010, m. 81 Genel İlkeler, Nr. 28.

²⁰ EuGH, 17.9.1985, Rs 25/84 ve 26/84, Slg. 1985, 2725, Nr. 21 - "Ford".

²¹ Hakim durumdaki teşebbüsler tarafından başvuru olan tek yanlı davranışların rekabet karşıtı etkilerinin analizi konusunda daha ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. ODMAN BOZTOSUN, A. N. (2010), "Tek Yanlı Davranışlara Nasıl Yaklaşalım", *Rekabet Dergisi*, No:11(3), s. 131-176; DEMİRÖZ, A. ve Ç. TUNÇEL (2012), "Tek Taraflı Davranışların Değerlendirilmesine Yönelik Standart Arayışında Danıştay Kararlarının Yol Göstericiliği", *Rekabet Hukuku İle İlgili Kurul ve Yargı Kararları Sempozyumu-II* içinde, s.147.

etkilerine rağmen bir anlaşma olarak değerlendirilemediği durumlarda, ilgili ürün pazarını daha dar tanımlamak veya AB rekabet hukukunda son dönemde ortaya çıkan ve teşebbüslerin rekabeti sınırlayıcı davranışlarının analizinde tüketici refahını esas alan etki temelli yaklaşımlar bağlamında bu tarz davranışların ele alınıp alınmayacağı konusundaki tartışmalara kısmen de olsa yer verebilmek kaygısıyla, bu bölümdeki açıklamalara da değinme gerekliliği doğmuştur.

Nihayetinde AB rekabet hukuku uygulamasında bu tarz davranışların daha yoğun gözlenmesinin bir nedeni ise üye ülkeler arasında aynı ürün için ortaya çıkan fiyat farklılıklarıdır. Bu durum özellikle otomotiv ve ilaç pazarı açısından daha da belirgindir. Son yıllarda özellikle de ilaç pazarı açısından bu tarz davranışların tekrar tartışılır olmasının bir diğer önemli nedeni ise üye ülkelerin farklı ulusal sağlık politikaları nedeniyle, ulusal pazarlarda fiyat regülasyonu sonucu gerçekleşen fiyat farklılıklarıdır²².

1. REKABET HUKUKUNDA TEK YANLI UYGULAMALAR

1.1. Genel Olarak Tek Yanlı Uygulamalar

Tek yanlı uygulamalar somut olayda hakim durumun kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil etmediği sürece, esasen yasaklanmayan davranışlardır. Bununla birlikte bu tarz davranışların görünüşte tek yanlı²³ olmakla birlikte, fiilen bir anlaşma gibi sonuç doğurduğu durumlarda ise rekabeti sınırlayıcı anlaşmaları yasaklayan hükümlerin sınırları da aşılmış olacaktır. Böyle durumlarda üretici ile alıcı arasındaki davranış aslında görünüşte tek yanlı olup, gerçekte ise taraflar arasında rekabeti sınırlayıcı bir davranış konusunda, karşılıklı bir irade uyuşmasının varlığından ve bu anlamda bir anlaşmadan da söz etmek

²² Çünkü birçok üye ülkede ilaç fiyatları doğrudan veya dolaylı olarak idari makamlar tarafından belirlenmektedir. Ulusal pazarlar bağlamında ortaya çıkan bu fiyat regülasyonunun doğal sonucu ise aynı ürün için farklı üye ülkelerde farklı fiyatların ortaya çıkmasıdır. Bu konuda daha ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. BEHRENS, P. (2008), "Paralelhandelsbeschränkungen und Konsumentwohlfaht – Zur neueren Rechtsprechung von EuG und EuGH", *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, No:1, s. 20. Ayrıca bkz. KÖRBER, T. (2007), "GlaxoSmithKline – Paralelhandel mit Medikamenten zwischen Binnenmarktziel, Konsumentenwohlfaht und Innovationswettbewerb", *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, No: 4, s. 515. Bununla birlikte ilaç pazarında paralel ticaretin önünün açılması durumunda sektörün üç noktada bu durumdan zarar göreceği belirtilmiştir: Bunlardan birincisi, ilaç üreticilerinin araştırma ve geliştirme faaliyetlerinde kullanacağı kâr, bu konuda fazla bir katkılanı olmayan diğer paralel ticaret yapan teşebbüslere aktarılmış olacaktır. İkincisi, paralel ticaret yüksek fiyatlarla ilaç alımı nedeniyle her üye ülkenin kendi ulusal ilaç şirketlerini sübvansane etmelerini ve bu nedenle de kendi ulusal araştırma ve geliştirme politikalarını olumsuz etkileyecektir. Üçüncüsü ise ilaç şirketleri için araştırma ve geliştirme faaliyetlerini teşvik açısından önemli olan kâr düşmüş olacaktır. Bu hususta bkz. MONTI, G. (2009), *EC Competition Law*, Reprinted, Cambridge University Press, Cambridge, UK, s. 43-44.

²³ Bkz. EuG, 26.10.2000, Rs. T-41/96, Slg. 2000, II-3387, Nr. 71 - "Bayer Adalat".

mümkündür²⁴. Dolayısıyla üretici ve alıcı arasında örneğin bir dağıtım anlaşması gibi ticari bir ilişki bağlamında, gelecekteki ortak satış politikasını yeniden düzenlemek veya somutlaştırmak üzere, başvuru tek yanlı uygulamaların somut olayın özelliğine göre rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma olarak değerlendirilmesi de mümkündür²⁵.

Tek yanlı uygulamaların rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar kapsamında değerlendirildiği durumlar genellikle taraflar arasında süreklilik taşıyan ticari ilişkilerdir. Çünkü bu tarz ticari ilişkiler uzun bir zaman diliminde belirli bir ürünün yeniden satışına yönelik çeşitli sınırlamalar içeren ve bu nedenle de rekabeti olumsuz etkileyen davranışlardır. Genellikle üretici veya sağlayıcı tarafından başvuru bu tarz önlemlerin ortaya çıkabileceği birinci olasılık, taraflar arasındaki mevcut bir anlaşmada yer alan ve ileriye dönük çekinceler içeren bir hükmün varlığı durumudur. Daha çok üretici ve alıcı arasındaki örneğin bir dağıtım anlaşması bağlamında ortaya çıkabilen bu ihtimalde, üretici sonradan pazara sunacağı yeni ürün modelleri ile ilgili başvurabileceği çeşitli önlemler konusundaki karar verme hakkını baştan saklı tutmaktadır. İkinci olası durum ise üreticinin tek yanlı uygulamaları herhangi bir anlaşma kapsamında olmamakla birlikte, alıcıların sonradan açık veya zımni bir irade beyanı ile onun bu davranışını onaylamak suretiyle bu ticari politikayı benimsemeleridir²⁶. Örneğin *BMW Belgium* olayında üretici BMW'nin Belçika'daki bayilerine yönelik ve bu ülkedeki fiyatlardan daha düşük fiyatlarla BMW motorlu araçlarının satıldığı ülkelerden paralel ithalat yoluyla araç alımından kaçınmaları yönündeki talebi²⁷, rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma olarak değerlendirilmiştir²⁸.

Tek yanlı uygulamaların rekabet karşıtı davranışlar olarak değerlendirilmesi hususu anlaşma kavramının hukuki niteliğiyle de ilgilidir. Bu konudaki rekabet yasakları üretici ile kendi alıcıları (özellikle dikey anlaşmalarda yeniden satıcılar) arasındaki davranışlar açısından bir koordinasyon veya işbirliğini gerektirmektedir²⁹. Burada sorun, üreticinin örneğin paralel ihracatı engellemeye yönelik olmakla birlikte, ABİDA'nın 101/1. maddesinde yer alan yasağın kapsamına girmeyen davranışlarının da bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilemeyeceđidir³⁰. Uygulamada Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD)

²⁴ Hirsbrunner ve Schwarz 2006, s. 172. AB rekabet hukuku uygulamasında bu yöndeki bazı kararlar için bkz. EuGH, 12.7.1979, *BMW Belgium/Kommission*, Slg. 1979, 2435 - "*BMW Belgium*"; EuGH, 17.9.1985, Slg. 1985, 2725, 2743 - "*Ford II*".

²⁵ Immenga vd. 2012, ABİDA m. 101/1, Nr. 69. Ayrıca bkz. EILMANSBERGER, T. (2004), "Die Adalat-Entscheidung des EuGH", *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, No: 2, s. 290.

²⁶ Hirsbrunner ve Schwarz 2006, s. 172-173; Langen ve Bunte 2010, m. 81 Genel İlkeler, Nr. 29.

²⁷ EuGH, 12.7.1979, *BMW Belgium/Kommission*, Slg. 1979, 2435, Nr. 28-30 - "*BMW Belgium*".

²⁸ Hirsbrunner ve Schwarz 2006, s. 174.

²⁹ Behrens 2008, s. 26.

³⁰ Immenga vd. 2012, ABİDA m. 101/1, Nr. 71.

ve Komisyonun, ürün tedarikinin kotaya bağlandığı (*Kontingentierung von Lieferungen*) tek yanlı uygulamaları ABİDA'nın 101/1. maddesi kapsamında bir anlaşma olarak değerlendirdiği kararlar da bulunmaktadır. Özellikle üretici tarafından başvuru ve miktar sınırlamaları ile ilgili bu tarz davranışlar konusunda *Bayer Adalat*³¹, *Volkswagen II*³² ve *Opel*³³ kararları örnek gösterilebilir.

Opel ve *Volkswagen II* kararlarında, motorlu taşıt üreticileri bayilerine karşı düşük fiyatlı ülkelere, örneğin Almanya gibi daha yüksek fiyatlı ülkelere yeniden ihracat endişesiyle bu tarz tek yanlı uygulamalara başvurdular. Her iki olayda da Komisyon, alıcıların üretici konumundaki teşebbüslerin tek yanlı uygulamaları ile uyum içinde sergiledikleri davranışları, ABİDA'nın 101. maddesi bağlamında rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma olarak değerlendirmiştir³⁴. Bununla birlikte, öğretiyeye göre³⁵ satıcının satış politikasını alıcılardan bağımsız olarak onların istek veya beklentilerinin aksine tek yanlı değiştirip, bu şekilde örneğin kısmen veya tamamen ürün tedarikinden kaçınmak suretiyle başvurduğu davranışlar rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma olarak değerlendirilemez. Alıcıların istek veya beklentilerinin aksine, onlara ürün tedarik etmekten kaçınmak veya sınırlama getirmek şeklindeki bu tarz davranışlar, ABİDA'nın 101/1. maddesi kapsamında rekabeti sınırlayıcı bir anlaşmadan ziyade, somut olaya göre ABİDA'nın 102. maddesi bağlamında ürün tedarikinden kaçınma olarak değerlendirilebilir³⁶. Fakat bu yaklaşım açısından asıl sorun, ABİDA'nın 102. maddesinin hakim durumdaki teşebbüslerin davranışlarına yönelik olmasıdır. Dolayısıyla hakim durumun kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil etmediği sürece, bu tarz tek yanlı uygulamaların yasaklanmasına yönelik AB rekabet hukukunda açık bir yasal düzenleme bulunmamaktadır³⁷.

Bütün bu tartışmalar açısından bir diğer önemli husus ise Komisyonun daha iktisadi bir yaklaşım (*more economic approach*) bağlamında geliştirmeye çalıştığı ve tüketici refahını da önemseyen iktisadi/etki temelli yaklaşımdır. Bu yaklaşım ile bağlantılı olarak uygulamada, teşebbüslerin rekabet karşıtı

³¹ Kommission, 10.1.1996, ABİ. EG 1996 Nr. L 201/1, Nr. 45 - "*Bayer Adalat*".

³² Kommission, 29.6.2001, ABİ. EG 2001 Nr. L 262/14 - "*VW*".

³³ Kommission, 20.9.2000, ABİ. EG 2001 Nr. L 59/1, Nr. 19 - "*GM Opel*".

³⁴ Bu hususta ayrıca bkz. SCHWINN, H. (2009), *Einseitige Maßnahmen in Abgrenzung zum europäischen Kartellverbot*, Nomos Verlag, Baden-Baden, Deutschland, s. 72; Hirsbrunner ve Schwarz 2006, s. 172.

³⁵ Hirsbrunner ve Schwarz 2006, s. 178.

³⁶ Immenga vd. 2012, ABİDA m. 101/1, Nr. 71.

³⁷ Benzer durumun örneğin İsviçre rekabet hukuku açısından da geçerli olduğu belirtilmiştir. İsviçre "Kartel Kanunu"nun ("*Kartellgesetz*", KG) 4/1. maddesi sadece anlaşma ve uyumlu eylemlerden bahsetmekle birlikte, örneğin tavsiye şeklindeki tek yanlı davranışlar konusunda herhangi bir açık hüküm bulunmamaktadır. Bu hususta bkz. DOSS, A. (2009), *Vertikalabreden und deren direkte Saktionierung nach dem schweizerischen Kartellgesetz*, Schulthess, Zurich, Schweiz, s. 32.

davranışlarının analizinde iktisadi veya hukuki bir bağlamda veya ikisi de birlikte gözetilmek suretiyle bir değerlendirme yapılması yönünde bir gereklilik ortaya çıktığı vurgulanmıştır. Teşebbüslerin pazardaki davranışlarının daha çok iktisadi etkileri üzerinde yoğunlaşan bu yaklaşımın, daha önceleri ABİDA'nın 101. maddesinin uygulanmasında öncelikle dikkate alınan teşebbüslerin ticari faaliyet özgürlüğünün sınırlanması ile birlikte davranışın rekabeti sınırlayıcı etkilerinin de hissedilir olması şeklindeki yaklaşıma göre, farklılıklar taşıdığı söylenebilir³⁸.

1.2. Gerçek Tek Yanlı Uygulamalar ve Görünüşte Tek Yanlı Uygulamalar Ayrımı

ABİDA'nın 101/1. maddesi, üye ülkeler arasındaki ticareti olumsuz etkilemeye elverişli rekabeti sınırlayıcı anlaşma, teşebbüs birliği kararları ve uyumlu eylemleri yasaklamaktadır. Bu anlamda rekabetin sınırlandırılmasına yönelik olarak teşebbüsler arasındaki işbirliği bağlamında üç farklı rekabetçi davranış şeklinde söz etmek mümkündür. Bunlar teşebbüsler arasındaki anlaşmalar, teşebbüs birliği kararları ve uyumlu eylemlerdir³⁹. Anlaşma kavramı burada teşebbüsler arasında işbirliği veya koordinasyon bağlamında ortaya çıkan davranışları tanımlamak için kullanılmaktadır. Karar ise teşebbüs birliklerinin yasal karar organları veya bir birliğe üye teşebbüslerin doğrudan bir birlik kararı kapsamında ortaya çıkabilir. Rekabeti sınırlayıcı nitelikteki anlaşma, karar ve uyumlu eylemlere yönelik bu yasak, üretim sürecinin aynı seviyesinde faaliyet gösteren teşebbüsler arasındaki yatay anlaşmalar⁴⁰ yanında, üretim sürecinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren teşebbüsler arasındaki anlaşmalar olarak tanımlanan dikey anlaşmalar⁴¹ açısından da geçerlidir⁴². Bu anlamda yatay anlaşmalar ile dikey anlaşmalar arasında

³⁸ FUCHS, A. (2007), "Neue Entwicklungen beim Konzept der Wettbewerbsbeschränkungen in Art. 81 Abs. 1 EG", *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, No: 4, s. 369.

³⁹ SCHRÖTER, H., T. JAKOB ve W. MEDERER (2003), *Kommentar zum Europäisches Wettbewerbsrecht*, 1. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, Deutschland, m. 81/1, s. 200, Nr. 65; PERTEK, F. U. (2007), *Der Begriff der Vereinbarung im Sinne des Artikel 81 Absatz 1 EG im Rahmen von scheinbar einseitigen Maßnahmen*, Universität Konstanz, Konstanz, Deutschland, s. 3.

⁴⁰ Bu konuda tipik örnek fiyat karteli anlaşmalarıdır. Bkz. LOEWENHEIM, U., K. M. MEESEN ve A. RIESENKAMPFF (2009), *Kartellrecht Kommentar*, 1. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, Deutschland, m. 81/1, s. 257, Nr. 84. Ayrıca bkz. SCHMIDT, I. (2012), *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht*, 9. Auflage, Oldenbourg Verlag, München, Deutschland, s. 150-151.

⁴¹ Örneğin bir üretici ile dağıtıcıları arasında yapılan dağıtım anlaşmaları gibi. Bkz. Loewenheim vd. 2009, m. 81/1, s. 257, Nr. 84-85. Nitekim Rekabet Kurulu'nun Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nde dikey anlaşmalar; "Üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren iki ya da daha fazla teşebbüs arasında belirli mal veya hizmetlerin alımı, satımı veya yeniden satımı amacıyla yapılan anlaşmalar" olarak tanımlanmıştır. Bkz. Rekabet Kurulu, 2002/2 Sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, *Resmî Gazete*: 14.07.2002, Sayı: 24815.

⁴² Bkz. Aslan 2006, s. 71-72; Güven 2009, s. 74-77. Bununla birlikte esaslı rekabet sınırlamaları (*Kernbeschränkungen*) içermeyen dikey anlaşmaların, yasal düzenlemelerde yer alan koşulların tümünü birlikte sağlamak koşuluyla, grup muafiyeti veya bireysel muafiyetten yararlanması da mümkündür.

herhangi bir ayırım söz konusu olmayıp, bu anlaşmalar da rekabeti sınırlayıcı anlaşmaları yasaklayan hükümler kapsamında değerlendirilmektedir⁴³.

Rekabet hukukunda tek yanlı uygulamalar kavramı genellikle üretici konumundaki bir teşebbüsün, alıcı konumundaki bir diğer teşebbüs veya teşebbüslere karşı başvurduğu tavsiye, uyarı, talimat veya istek gibi davranışları ifade etmek için kullanılmaktadır⁴⁴. ABİDA'nın 101/1. maddesi rekabeti sınırlayıcı anlaşma, karar ve uyumlu eylemleri yasaklamakla birlikte, maddenin içeriğinde tek yanlı uygulamalar konusunda herhangi bir açık düzenleme bulunmamaktadır⁴⁵. Bilindiği üzere ABİDA'nın 101. maddesi bağlamında bir anlaşmadan söz edilebilmesi için *en az iki teşebbüsün* bu konudaki karşılıklı iradelerinin uyuşması gerekir⁴⁶. Dolayısıyla bir tarafın bir diğer taraf veya taraflara karşı başvurduğu tavsiye, uyarı veya talimat gibi çoğu zaman taraflar arasında üretim veya satış sınırlamasına yönelik tek yanlı uygulamaların ABİDA'nın 101/1. maddesi kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Her şeyden önce bu tarz rekabet karşıtı davranışlar esasen maddi hukuk anlamında bir anlaşma olmadığından⁴⁷, bunların hukuki niteliği konusundaki yaklaşımlar da uygulamada rekabet otoriteleri ile yargısal makamların değerlendirmeleri sonucunda ortaya çıkmıştır.

Teşebbüsler arasında, özellikle de devam eden ticari ilişkiler bağlamında ortaya çıkan bu tarz tek yanlı uygulamaların, rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma kapsamında değerlendirilemediği durumlarda, ilgili teşebbüs hakim durumda olmak koşuluyla, somut davranışın ABİDA'nın 102. maddesi bağlamında değerlendirilmesi mümkündür⁴⁸. Bununla birlikte, tek yanlı uygulamaların pratikte rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar kapsamında değerlendirilmesine yönelik yaklaşımda temel olarak, rekabetin hangi yol ve yöntemlerle sınırlandırıldığından ziyade, rekabetin sınırlanıp sınırlanmadığı, başka bir ifadeyle somut davranışın pazar üzerindeki etkileri dikkate alınmaktadır. Bu noktada görünüşte rekabet hukuku düzenlemelerine aykırı olmayan bir davranışın pazar üzerindeki fiili etkileri rekabetin sınırlanması ve bununla bağlantılı olarak tüketici refahında azalma olarak ortaya çıkıyorsa, tarafların görünüşteki davranışlarından çok, somut davranış ile ulaşılmak istenen nihai amaç veya ortaya çıkan etkinin değerlendirilmesi önem kazanmaktadır.

⁴³ JOFER, F. (2004), *Vertikal Vereinbarungen als Regelungsproblematik des internationalen Handels- und Kartellrechts*, Stämpfli Verlag AG, Bern, Schweiz, s. 70.

⁴⁴ EMMERICH, V. (2012), *Kartellrecht*, 12. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, Deutschland, s. 56, Nr. 12; Immenga vd. 2012, ABİDA m. 101/1, Nr. 69.

⁴⁵ SCHUMANN, C. (1998), *Empfehlungen im deutschen und EG-Kartellrecht*, VWF Verlag für Wissenschaft und Forschung, Berlin, Deutschland, s. 7.

⁴⁶ Schwinn 2009, s. 19; Immenga vd. 2012, ABİDA m. 101/1, Nr. 55.

⁴⁷ Nitekim Schwinn'e göre de AB organları daha önceki kararlarında bu konuda anlaşma kriterini geniş yorumlamışlardır. Bkz. Schwinn 2009, s. 117.

⁴⁸ Schwinn 2009, s. 15.

Bununla birlikte, tek yanlı uygulamalar ile rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar arasındaki ayırımın güçlüğü karşısında, AB Mahkemelerinin de bu tarz davranışların rekabeti sınırlayıcı etkilerini daha iyi değerlendirebilmek için gerçekten tek yanlı uygulamalar ile görünüşte veya şekli anlamda tek yanlı uygulamalar (*scheinbar einseitigen Maßnahmen*)⁴⁹ gibi kavramsal bir ayrıma gittiği görülmektedir⁵⁰. Bu ayırım daha önce ilk defa Genel Mahkeme (*Das Gericht*, eski AB İlk Derece Mahkemesi)⁵¹ tarafından *Bayer Adalat* kararında⁵² yapılmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki; hem gerçek hem de görünüşte tek yanlı uygulamaların ortak özelliği bunların alıcılara karşı bir sözleşmesel ilişki yoluyla veya böyle bir ilişki olmaksızın dahi üretici tarafından başvurulmuş davranışlar olmalarıdır. Her iki davranış türü arasındaki farklılık ise görünüşte veya şekli anlamdaki tek yanlı uygulamaların hayata geçirilebilmesi veya öngörülen amacın gerçekleşebilmesi için alıcının da bu konudaki açık veya en azından zımni kabul iradesinin gerekmesi, başka bir ifadeyle taraflar arasında bu konuda bir irade uyuşması bulunmasıdır. Nihayetinde bu tarz uygulamaların taraflar arasında devam eden bir ticari ilişki bağlamında gerçekleşmesi mümkün olabileceği gibi⁵³, taraflar arasındaki alelade bir ticari ilişki bağlamında ortaya çıkması da mümkündür⁵⁴.

Öte yandan, Genel Mahkemeye göre gerçek anlamda tek yanlı uygulamalar ABİDA'nın 101/1. maddesi bağlamında rekabeti sınırlayıcı anlaşmalara yönelik yasaklar kapsamında değerlendirilemezler⁵⁵. Bu anlamda hakim durumdaki

⁴⁹ Uygulamada bu ayırım açısından bazı yazarlar tarafından “*offensichtlich einseitige Maßnahmen*” kavramı da kullanılmaktadır. Bkz. Loewenheim vd. 2009, m. 81/1, s. 258, Nr. 86.

⁵⁰ EuGH, 18.9.2003, Slg. 2003, I-9189, 9557 f., Nr. 60 - “*Volkswagen*”; EuGH, 13.7.2006, Rs. C-74/04, Nr. 14 - “*Volkswagen*”.

⁵¹ Lizbon Antlaşması, üye ülkeler tarafından onay sürecinin tamamlanması ile 2009 yılında yürürlüğe girmiştir. Anlaşmaya göre daha önceleri AB İlk Derece Mahkemesi olarak da adlandırılan mahkeme bundan sonra Genel Mahkeme (*Das Gericht*) olarak tanımlandığından, çalışmamızda Genel Mahkeme kavramı ile önceki AB İlk Derece Mahkemesi aynı mahkemeyi vurgulamaktadır. Bkz. Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Anlaşma, m. 19 [Avrupa Mahkemesi] (1).

⁵² EuG, 26.10.2000, Rs. T-41/96, Slg. 2000, II-3387, Nr. 71 - “*Bayer Adalat*”. Bu ayırım daha sonra İlk Derece Mahkemesi tarafından “*Volkswagen*” kararında da yapıldı. Bkz. EuG, 3.12.2003, Rs. T-208/01, Slg. 2003, II-5141, Nr. 36 - “*Volkswagen*”.

⁵³ Bu tarz davranışlara uygulamada dikey anlaşmalar bağlamında sıkça rastlamak mümkün olmakla birlikte esaslı veya ağır rekabet ihlalleri şeklinde olmamak koşuluyla bazı “dikey sınırlamaların” grup veya bireysel muafiyetten yararlanması mümkündür. Bu anlamda dikey anlaşmalar açısından yapılan değerlendirmelerde, bir anlaşmadan söz edilebilmesi için en az iki teşebbüsün bu konudaki bir irade uyuşmasının gerektiği, bu nedenle de bir teşebbüsün başka bir teşebbüsün rekabet özgürlüğüne yönelik tek yanlı davranışları açısından, kural olarak, ABİDA'nın 101/1. maddesi yanında, AB Komisyonunun 330/2010 sayılı Tüzük hükümlerinin de uygulanamayacağı, bununla birlikte, bu tarz davranışların ABİDA'nın 102. maddesi açısından hakim durumun kötüye kullanılması yasağına aykırılık oluşturabileceği belirtilmiştir. Bkz. Immenga vd. 2012, AB 330/2010 sayılı Tüzük, m. 2, Muafiyet, (VO EG 330/2010, Artikel 2. Freistellung), Nr. 7; Doss 2009, s. 32-33.

⁵⁴ Pertek 2007, s. 19.

⁵⁵ EuG, 31.12.2003, Slg. 2003, II-5141 = WuW/E EU-R, s.761, 763 - “*Volkswagen*”; EuGH,

teşebbüslerin kendileri ile ekonomik bütünlük oluşturan teşebbüslere karşı rekabet hukuku açısından izin verilen talimatları yanında, dikey anlaşmalar kapsamında teşebbüslerin acente (*Handelsvertreter*) ve komisyonculara (*Kommissionären*) karşı başvurduğu tek yanlı uygulamalar da bu duruma örnek olarak gösterilebilir⁵⁶.

Buna karşın görünüşte tek yanlı uygulamalar ise en azından karşı tarafın (alıcı konumundaki teşebbüsler) zımni iradesiyle somutlaşan bir işbirliği kapsamında ortaya çıkan davranışlardır⁵⁷. Mahkemeye göre somut olay açısından ispatlanması gereken bu irade uyuşması ise taraflar arasındaki işbirliği, başka bir anlatımla devam eden ticari ilişki temelinde ortaya çıkabilir⁵⁸. Örneğin taraflar arasındaki bir dağıtım anlaşması böyle bir işbirliğine de esas teşkil edebilir⁵⁹. Dolayısıyla burada bir teşebbüs veya teşebbüs birliği kararından ziyade, daha çok ekonomik ve hukuki açıdan bağımsız olan iki farklı hukuk süjesi arasında gerçekleşen davranışlar söz konusudur⁶⁰. Bununla birlikte Mahkemenin *Volkswagen* kararında da belirttiği üzere, bir motorlu taşıt üreticisinin dağıtıcılarına yönelik yaptığı her çağrı ve isteğin ABİDA'nın 101/1. maddesi kapsamında bir anlaşma olarak yorumlanması söz konusu değildir. Tarafların bu yöndeki istekleri ve bu anlamda karşılıklı iradelerinin varlığı ilgili anlaşmanın somut hükümleri bağlamında söz konusu olabileceği gibi, özellikle de üreticinin talepleri ile somutlaşan ticari politikası doğrultusunda davranışlar sergileyen, başka bir anlatımla bu taleplere yönelik en azından zımni bir kabul iradesi ortaya koyan alıcıların⁶¹ tutum veya davranışlarından da bu durum anlaşılabilir⁶².

6.1.2004, Slg. 2004, I-23 = WuW/E EU-R, s. 769, 773 – “*Bayer Adalat*”. Ayrıca bkz. Langen ve Bunte 2010, m. 81 Genel İlkeler, Nr. 31; Emmerich 2012, s. 56, Nr. 13.

⁵⁶ EuG, 3.12.2003, Slg. 2003, II-5141=WuW/E EU R, s. 773- “*Volkswagen*”. Ayrıca bkz. Emmerich 2012, s. 56, Nr. 12.

⁵⁷ EuG, 26.10.2000, Rs. T-41/96, Slg. 2000, II-3387, Nr. 71 – “*Bayer Adalat*”; EuG, 21.10.2003, Slg. 2003, II-4491, Nr. 167 – “*GM Opel*”.

⁵⁸ EuG, 26.10.2000, Rs. T-41/96, Slg. 2000, II-3387, Nr. 72-73 – “*Bayer Adalat*”; EuGH, 17.9.1985, Rs. 25/84 ve 26/84, Slg. 1985, 2725, Nr. 21 – “*Ford*”; EuG, 03.12.2003, Rs. T-208/01, Slg. 2003, II-5141, Nr. 38 – “*Volkswagen II*”. Benzer şekilde *BMW/ALD* kararında da BMW bayilerine gönderdiği bir sirküler ile kendisi ile ticari ilişkide olmayan bağımsız leasing kuruluşlarına belirli koşullar altında araç tedarik edilmemesini istedi. ABAD'a göre bu davranış ABİDA'nın 101/1. maddesi açısından rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma niteliğindedir. Çünkü satım sözleşmesi ile ilgili sirkülerin içerdiği talepler, devam eden bir ticari ilişki bağlamında daha önceden kararlaştırılmış geçerli bir anlaşmaya istinaden ortaya çıkmaktadırlar. Bkz. EuGH, 24.10.1995, Rs. C-70/93, Slg. 1995, I-3439, 1776, Nr. 16-17 – “*BMW/ALD*”.

⁵⁹ EuGH, 18.9.2003, Slg. 2003, I-9189, 9557f. Nr. 67 – “*Volkswagen*”.

⁶⁰ Çünkü rekabet hukuku uygulamasında teşebbüs tanımı yapılırken, ekonomik bütünlük ilkesinin benimsenmesi nedeniyle, örneğin bir yavru şirketin tek başına değil, bağlı olduğu diğer şirket ve şirketlerle birlikte değerlendirileceği belirtilmiştir. Bkz. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 3. madde gerekçesi.

⁶¹ Emmerich 2012, s. 56, Nr. 13; Loewenheim vd. 2009, m. 81/1, s. 258, Nr. 87.

⁶² EuGH, 18.9.2003, Slg. 2003, I-9189, 9557f. Nr. 61 – “*Volkswagen*”. Nitekim öğretiyeye göre de

Sonuç olarak bu konuda üretici ve satıcı arasında devam eden ticari ilişki, bu durumun bir anlaşma olarak değerlendirilebilmesi için gerekli olan en azından zımni irade uyuşmasının varlığı olarak da değerlendirilmektedir. Bu anlamda üreticinin bu tarz tek yanlı istek veya talepleri alıcı tarafından zımnen veya bazı durumlarda ise istenmeyerek dahi olsa kabul ediliyorsa, bu durum, aslında taraflar arasında devam eden ticari ilişkiye esas teşkil eden sözleşmesel ilişki bağlamında kararlaştırılmış yükümlülüklerin sonradan somutlaştırılması olarak değerlendirilmiştir⁶³. ABAD'a göre üretici başvurduğu tek yanlı davranışa uyulmaması halinde bunu pazarda uygulayacağı örneğin ürün tedarikini sınırlama, indirimlerden yararlandırmama gibi çeşitli yaptırım veya kontrol sistemleri ile somutlaştırıyorsa, bu durum tek yanlı uygulamanın rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma olarak değerlendirilmesi yönünde önemli bir göstergedir⁶⁴. Bununla birlikte üreticinin bu tek yanlı uygulamalarının pazarda somut bir kontrol veya yaptırım sistemi ile desteklenmediği veya böyle bir yaptırım sisteminin olmadığı durumlarda ise alıcının ilgili pazarda üreticinin tek yanlı uygulamaları ile paralellik gösteren fiili davranışlar sergilemesi, alıcının rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma konusundaki zımni kabul iradesinin varlığı olarak değerlendirilebilir⁶⁵. Genel Mahkeme, Komisyon'un bu tarz olayları rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma olarak değerlendirirken, taraflar arasında bu konuda açık veya en azından zımni bir irade uyuşmasının varlığını da ispatlaması gerektiğini⁶⁶ belirtmiştir.

2. REKABETİ SINIRLAYICI ANLAŞMALAR VE TEK YANLI UYGULAMALAR

2.1. Rekabet Hukuku Açısından Anlaşma Kavramı

AB rekabet hukuku uygulamasında tek yanlı uygulamalar genellikle anlaşma kavramı geniş yorumlanmak suretiyle ABİDA'nın 101/1. maddesi kapsamında değerlendirilmiştir. ABİDA'nın 101/1. maddesinde rekabeti sınırlama amacı

ABAD bu olayda üreticinin alıcı konumundaki dağıtıcılara yönelik tek yanlı uygulamaların asıl amacının, onları aralarındaki anlaşmanın kapsamı doğrultusunda davranmaya yönelik olduğunu kabul etmiştir. Bkz. Loewenheim vd. 2009, m. 81/1, s. 258, Nr. 87.

⁶³ AEG olayında da ABAD, AEG'nin tek elden dağıtım sistemine katılmak isteyen bir alıcının bu talebinin reddedilmesini tek yanlı bir davranış olarak değil, AEG ile diğer dağıtıcılar arasındaki dağıtım anlaşmasının bir sonucu olduğunu belirtti. ABAD'a göre dağıtım sistemine yeni bir alıcının dahil edilmesinden kaçınmak şeklindeki davranış için yüksek fiyat düzeyinin bir gerekçe olarak gösterilmesi tek yanlı bir davranış olarak değil, aksine taraflar arasındaki dağıtım sözleşmesi kapsamındaki bir yükümlülük olarak değerlendirilmelidir. Bkz. EuGH, 25.10.1983, Rs. 107/82, Slg. 1983, 3151, Nr. 170 – "AEG".

⁶⁴ EuGH, 06.01.2004, Rs. C-2/01 P u. C-3/01 P, Slg. 2004, I-23, Nr. 83 – "Bayer Adalat".

⁶⁵ HOFFMANN, J. (2004), "Parallelausföhren im Europäischen Wettbewerbsrecht nach der "Bayer"-entscheidung des EuGH", *Wettbewerb in Recht und Praxis*, No: 8, s. 998.

⁶⁶ EuG, 3.12.2003, Rs. T-208/01, Slg. 2003, II-5141, Nr. 36 – "Volkswagen II".

taşıyan veya bu etkiyi doğuran veya doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arasındaki anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları yasaklanmıştır. Burada yasaklanan davranışlar aynı zamanda teşebbüsler arasında bir işbirliği⁶⁷ veya bir koordinasyon bağlamında gerçekleşebilecek türden davranışlardır. Taraflar arasında böyle işbirliği konusunda akla gelen ilk olasılık ise hiç şüphesiz rekabet hukuku literatüründeki yaygın kullanımı ile anlaşmalardır.

Anlaşma kavramının çağrıştırdığı çoğul anlam da dikkate alındığında, böyle bir durumdan söz edebilmek için bu konuda en azından iki veya daha fazla gerçek veya tüzel kişinin varlığı gerekmektedir. Anlaşma kavramı açısından tarafların aynı veya farklı ekonomik faaliyet aşamasında yer alması önemli değildir. Önemli olan tarafların hukuki açıdan ayırt edilebilir olmasıdır. Yoksa ekonomik açıdan birbirinden bağımsız olmaları gerekmemektedir⁶⁸.

Öte yandan borçlar hukuku açısından sözleşme için kabul edilen ve hukuki bir sonuç doğurmak üzere iki veya daha fazla kişinin karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının uyuşması⁶⁹ şeklindeki tanım hiç şüphesiz rekabet hukuku açısından da geçerlidir. Bununla birlikte, rekabet hukuku literatüründe ağırlıklı olarak tercih edilen anlaşma kavramının, medeni hukuk ve borçlar hukuku alanında kabul edilen sözleşme kavramına göre daha geniş bir anlam içerdiği, öğretide de kabul edilen bir sonuçtur⁷⁰.

Rekabet hukukunda anlaşma kavramı iki veya daha fazla tarafın, belirli bir konu veya konular üzerindeki her türlü irade uyuşması olarak tanımlanabilir. Bu anlamda anlaşmadan söz edebilmek için taraflar arasındaki mutabakatın mutlaka hukuk düzeni tarafından dikkate alınan veya kendisine hukuki sonuç bağlanan bir olgu olması gerekmediği gibi, bu hususta kullanılacak olan araçların da bir önemi bulunmamaktadır. Dolayısıyla yazılı, sözlü veya sadece fiili davranışlar yoluyla

⁶⁷ Rekabet hukukunda anlaşma kavramı konusunda daha ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. TOPÇUOĞLU, M. (2001), *Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları*, Rekabet Kurumu, Ankara, Türkiye, s. 168-171.

⁶⁸ Bu anlamda bir teşebbüsün kendi acenteleri, komisyoncuları veya kendisi ile konzern (şirketler topluluğu) ilişkisi içinde olan teşebbüsler ile akdettiği anlaşmalar da ABİDA'nın 101. maddesi anlamında bir anlaşmadır. Fakat böyle bir anlaşma ile tarafların rekabeti sınırlamaya yönelik bir amaç veya etkiye yol açıp açmadıkları hususu ise ayrı bir sorundur. Öte yandan taraflar arasındaki bu hukuksal ilişki bağlamında münferit tarafların hak ehliyetinin anlaşma süresince devam etmesi şart olmayıp, önemli olan bu hukuki ehliyetin anlaşmanın yapılışı anında var olmasıdır. Bu hususta bkz. Schröter vd. 2003, m. 81/1, s. 212, Nr. 77.

⁶⁹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N., H. HATEMİ, R. SEROZAN ve A. ARPACI (2008), *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, Dördüncü Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, Türkiye, s. 95.

⁷⁰ GÜRZUMAR, O. B. (2002), "4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. Maddesine Aykırı Sözleşmelerin Tabi Olduğu Geçersizlik Rejimi", *Rekabet Dergisi*, Sayı 12, s. 3-5; ASLAN, Y. (2006), *Rekabet Hukuku Dersleri*, Ekin Kitabevi, Bursa, Türkiye, s. 42-43.

varılan mutabakatlar, hukuki bir sonuca yönelsin veya yönelvesin bir anlaşma olarak değerlendirilebilirler. Önemli olan, taraflar arasında pazarda belli bir şekilde davranma yönünde açık veya zımni, karşılıklı bir irade uyuşmasının varlığıdır⁷¹.

AB hukukundaki yorumlara göre ABİDA'nın 101/1. maddesinde yer alan "bütün anlaşmalar" (*alle Vereinbarungen*) kavramı, anlaşma kavramının geniş bir şekilde yorumlanmasına da müsait bir nitelik taşımaktadır⁷². Nitekim AB idari ve yargısal makamlarının da anlaşma kavramını genellikle hukuken bağlayıcı irade uyuşmalarından daha geniş bir alanı kapsayacak şekilde yorumladığı ve uyguladığı belirtilmiştir⁷³. Bu anlamda hukuken bağlayıcı niteliği olan anlaşmalar ve sözleşmeler, bu anlaşmalar içerisindeki kayıtlar, anlaşmalara dayanılarak gönderilen sirküler ve hatta baskı halinde veya isteksiz olarak girilen hukuki ilişkiler de ABİDA'nın 101. maddesi anlamında bir anlaşma olarak değerlendirilebilmektedir⁷⁴. Tarafları bağlamayan ve borç altına sokmayan bir mutabakatın dahi, pazarda rekabeti sınırlayıcı etkiler taşıması durumunda, rekabet hukuku kurallarına tabi olması mümkündür⁷⁵.

AB Komisyonunun bu konudaki yaklaşımına göre, bir davranışın ABİDA'nın 101. maddesine aykırı bir anlaşma olarak değerlendirilebilmesi için, bu hükme aykırı olmasaydı tarafları bağlayacak ve borç altına sokacak olan bir sözleşmenin mevcut olması şart değildir. Dolayısıyla taraflar arasındaki somut davranış ve bu doğrultuda ulaşılması öngörülen amaç açısından hukuki bir bağlayıcılık zorunlu olmayıp⁷⁶, bu konuda taraflar arasında fiili bir bağlılık yeterlidir⁷⁷. Başka bir

⁷¹ Loewenheim vd. 2009, m. 81/1, s. 253, Nr. 78; Schröter vd. 2003, m. 81/1, s. 208, Nr. 71; EuGH, 15.7.1970, Rs. 41/69, Slg. 1970, 661, Nr. 112- "*ACF Chemiafarma*". Hatta bu konuda hukuken bağlayıcı olmayan, sosyal ve ahlaki nitelikteki taahhütlerin de anlaşma kavramı kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Bu hususta bkz. Emmerich 2012, s. 55, Nr. 7; Schumann 1998, s. 77; SANLI, K. C. (2000), *Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi, Ankara, s. 76; GÜVEN, P. (2008), *Rekabet Hukuku*, İkinci Baskı, Yetkin Yayınevi, İstanbul, Türkiye, s. 125.

⁷² Emmerich 2012, s. 53, Nr. 5.

⁷³ Immenga vd. 2012, ABİDA m. 101/1, Nr. 55.

⁷⁴ Nitekim ABİDA'nın 101. maddesinde yer alan "bütün anlaşmalar" (*alle Vereinbarungen*) şeklindeki kavramın aynı zamanda hükmün geniş olarak yorumlanmasına elverişli ve buna yönelik bir ifade olduğu belirtilmiştir. Bkz. Immenga vd. 2012, ABİDA m. 101/1, Nr. 55; Emmerich 2012, s. 53, Nr. 5.

⁷⁵ Gürzumar 2002, s. 3. Bu anlamda genel işlem mahiyetinde olan ya da süresi dolan sözleşmeler yanında, birden fazla olmakla birlikte işlevsel açıdan birbirine bağlı olan anlaşmaların dahi ABİDA'nın 101. maddesinin amacı doğrultusunda bir anlaşma olarak değerlendirildiği görülmektedir. Bkz. Sanlı 2000, s. 77.

⁷⁶ Dolayısıyla tarafların ticari faaliyet özgürlüğünü fiili veya potansiyel olarak sınırlamaya yönelik bir pazar stratejisi bağlamında ortaya çıkan bir uzlaşmanın varlığına yönelik, tarafların pazar davranışlarını ana hatları ile gösteren davranışların gözlenmesi durumunda da bir anlaşmadan söz etmek mümkündür. Bu konuda sözleşmesel yaptırımların veya zorlayıcı tedbirlerin varlığı da gerekmez. Bkz. Kommission, 23.4.1986, ABİ 1986, L 230/1, 26, Art. 1 ve Nr. 81 - "*Polypropylen*". Aynı hususta ayrıca bkz. EuG, 17.12.1991, Rs. T-7/89, Slg. 1991, II-1711, Nr. 254-264 - "*Hercules Chemicals NV*".

⁷⁷ Emmerich 2012, s. 54, Nr. 5; Schumann 1998, s.77.

ifadeyle, bu konuda şekli anlamda belirli koşulların varlığı gibi bir zorunluluktan çok, önemli olan pazarda belirli bir şekilde davranmaya yönelik olarak⁷⁸ tarafların ortak ve karşılıklı iradelerinin herhangi bir şekilde beyan edilmesi ve tarafların da kendilerini bu hususta bağlı hissetmeleridir⁷⁹. Somut davranış açısından taraflar arasındaki danışıklı ilişkinin hukuki niteliği veya şeklinden çok, taraflar arasında pazarda belirli bir şekilde davranmaya yönelik olarak ortak ve karşılıklı bir iradenin varlığı⁸⁰ ve bunun da herhangi bir şekilde ispatlanabiliyor olması önemlidir⁸¹.

Bu durum ABİDA'nın 101. maddesinde anlaşma, karar ve uyumlu eylem gibi kavramların benzer hukuki işlemler anlamında kullanılmasıyla da ilgili bir sonuçtur⁸². Bir davranışın rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma olup olmadığının tespiti, tarafların bu konuda kullandığı kavramlardan ziyade, daha çok somut olaydaki koşulların bir bütün olarak değerlendirilmesi ile ilgilidir. Hukuki işlemin hukuki sonuca yönelmiş bir irade beyanı olması⁸³ gerçeği karşısında, iki taraflı bir hukuki işlem olan sözleşme açısından da hukuki bir sonuç doğurmaya yönelik bir irade beyanı söz konusudur. Bununla birlikte hukuki sonuca yönelmemiş olan bir irade beyanı da söz konusu olabilir. Rekabet hukuku uygulamasında da sözleşme kavramından daha geniş veya esnek bir anlam taşıyan anlaşma kavramının tercih edilmesi ile teşebbüsler arasında hukuki bir sonuca yönelmeyen bir uzlaşmanın⁸⁴ da bu kapsamda değerlendirilebilmesi mümkündür.

⁷⁸ WECK, T. ve P. CAMESASCA (2013), "Willenserklärungen im Kartellrecht", *Wirtschaft und Wettbewerb*, No:1, s. 18.

⁷⁹ EuG, 24.10.1991, Rs. T-1/89, Slg. 1991, II-867, Nr. 121 – "Rhone-Poulenc"; EuG, 20.3.2002, Rs. T-9/99, Slg. 2002, II-1487, Nr. 199 – HFB Holding/Kommission. Ayrıca bkz. Schumann 1998, s. 80; EFEM G. ve E. BADUR (2002), *AT Rekabet Hukuku*, Ankara, Türkiye, s. 61.

⁸⁰ Benzer şekilde bkz. Komisyon, Dikey Anlaşmalar Tüzüğü (Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen), ABl. 2010 L 102/1, Nr. 25(a).

⁸¹ Ayrıca bkz. İNAN N. ve M.B. PİKİR (2007), *Rekabet Hukuku El Kitabı*, Batider Yayını, Ankara, Türkiye, s. 26.

⁸² Immenga vd. 2012, ABİDA m. 101/1, Nr. 56

⁸³ Geniş anlamda hukuki fiillerin bazıları, hukuk düzenince uygun bulunmayan hukuka aykırı fiillerdir. Örneğin haksız fiiller ve borca aykırı davranışlar bu gruba girmektedir. Hukuki işlemler esasen hukuk düzeni tarafından onaylanan, bu anlamda caiz görülen hukuka uygun fiiller arasında yer alırlar. Hukuka uygun fiiller ise genellikle irade beyanları, görüş beyanları ve duygu beyanları veya açığa vurmaları olmak üzere üç gruba ayrılırken, hukuki işlemler de irade beyanları veya açığa vurmaları başlığı altında yer almaktadır. Dolayısıyla hukuki işlemler geniş anlamda irade beyanları içindeki en önemli kategoriye de oluşturmaktadırlar. Bu anlamda hukuki işlemler hukuki bir sonuç doğurmak amacıyla güden öyle irade beyanı veya beyanlarıdır ki, bu irade beyanlarına dayanarak hukuk düzeni, irade beyanına uygun (taraf yahut taraflarca istenen) hukuki sonucu gerçekleştirir. Öte yandan hukuki işlem kavramını diğer irade açığa vurmalarından ayıran özelliği ise; burada irade beyanının içeriği ile hukuk düzeninin buna bağladığı sonuç arasında bir uygunluğun varlığıdır. Başka bir ifadeyle; hukuki sonuç, istendiği için meydana gelmektedir. Bu konuda bkz. Kocayusufoğlu vd. 2008, s. 84 vd.

⁸⁴ Örneğin bir "centilmenlik anlaşması" (*Gentlemen's Agreements*) da anlaşma kavramı kapsamında değerlendirilebilmektedir. Bkz. EuG, 6.4.1995, Rs. T-141/89, Slg. 1995, II-791, Nr. 96 – "Tréfileurope Sales SARL"; EuG, 11.12.2003, Rs. T-66/99, Slg. 2003, II-5515, Nr. 207 – "Minoan Lines".

Rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma yazılı veya sözlü olabileceği gibi, açık veya zımnî bir irade uyuşması şeklinde de ortaya çıkabilir⁸⁵. Aynı şekilde tarafların var olan bir anlaşmayı karşılıklı rızaları ile ortadan kaldırdığı, değiştirdiği veya tamamladığı durumlarda da yeni bir anlaşmadan söz etmek mümkündür⁸⁶. Hatta bu konuda uyumlu eylem kavramının varlığına rağmen AB Komisyonu yanında AB Mahkemelerinin de uyumlu eylem ve anlaşma kavramları arasındaki ayrımın gittikçe belirsizleşmesi karşısında, somut davranışın rekabeti sınırlayıcı etkilerinin tespiti açısından anlaşma kavramını geniş yorumlamak suretiyle bu sorunu aşmaya çalıştığı söylenebilir⁸⁷.

Öte yandan rekabeti sınırlayıcı anlaşmalara yönelik olan ABİDA'nın 101/1. maddesi esasen teşebbüsler arasındaki bir işbirliği bağlamında ortaya çıkan rekabet karşıtı davranışları yasaklamakla birlikte, dikey anlaşmalar açısından ABİDA'nın 101/3. maddesinde yer alan koşulların tümünü sağlamak üzere grup veya bireysel muafiyet olanağı da mevcuttur⁸⁸. Tek yanlı uygulamaların pratikte taraflar arasındaki ticari ilişki bağlamında, örneğin yeniden ihracatı engellemek veya bir ürünün yeniden satışında uygulanacak indirim miktarının tespiti gibi davranışlar şeklinde ortaya çıkması da mümkündür⁸⁹. ABAD'a göre iç pazarda malların serbest dolaşımına yönelik bu ticaret özgürlüğü aynı zamanda ulusal pazarların kapanmasını önlemek açısından da önemli bir rol oynamaktadır⁹⁰. Bu anlamda malların serbest dolaşımı özgürlüğü AB entegrasyonu açısından da

⁸⁵ Kommission, 14.10.1998, ABl. EG 1999, Nr. L 76/1, Nr. 66 – “*British Sugar*”. Örneğin bir teşebbüsün ticari partnerlerine gönderdiği ve onların belirli bir davranışta bulunmalarını öngören bir sirküler dahi yerine göre bir anlaşma önerisi olarak değerlendirilebilir. Bu sonuç özellikle de muhatabın veya alıcının söz konusu sirkülerin içeriğine uygun bir kabul beyanını göndericiye bildirdiği durumlarda söz konusudur. Bu anlamda açık bir kabul beyanı, fiili bir çağrıya uyma ile aynıdır. Bkz. EuGH, 29.10.1980, Rs. 209-215 ve 218/80, Slg. 1980, s. 3125, Nr. 86 – “*Van Landewyck u.a.*”.

⁸⁶ Schröter vd. 2003, m. 81/1, s. 209, Nr. 76.

⁸⁷ Bu anlamda, örneğin rakip teşebbüslerin birbiriyle temas halinde oldukları ve zımnen de olsa bir uyuşmadan söz edilebilecek durumlarda dahi, taraflar arasındaki hukuki ilişki bir anlaşma olarak değerlendirilmiştir. Bkz. Bkz. EuG, 6.7.2000, Rs. T-62/98, Slg. 2000, II-2707, Nr. 237 – “*Volkswagen*”; EuG, 20.3.2002, II-1487, Rs. T-9/99, Nr. 188 – “*HFB*”.

⁸⁸ Muafiyet bu anlamda rekabeti sınırlayıcı hükümler içermekle birlikte, pazardaki rekabet ve bununla bağlantılı olarak tüketiciler açısından olumlu etkiler doğurabilecek nitelikteki anlaşmaların, ilgili rekabet yasaklarından bağışık tutulması anlamına gelmektedir. Fakat muafiyet olgusu için taraflar arasındaki anlaşmanın esaslı rekabet sınırlamaları (*Kernbeschränkungen*) içermemesi gerekir. Bu anlamda örneğin yeniden ihracatı engellemeye yönelik hükümler içeren bir dikey anlaşma açısından bir muafiyet olanağından söz etmenin de pratikte mümkün olmadığı belirtilmiştir. BRUCKNER, V. (2002), *Die Abgrenzung zwischen einseitigen Maßnahmen und kooperativen Verhaltensweisen im amerikanischen und europäischen Recht der vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen*, Peter Lang, Frankfurt am Main, Deutschland, s. 144.

⁸⁹ Bunun nedeni malların serbest dolaşımı özgürlüğünü düzenleyen özellikle ABİDA'nın 28 ve 29. maddelerinin AB sınırları içinde yeniden ihracat veya paralel ithalatı olanaklı hale getirmesidir. Bkz. Pertek 2007, s. 34.

⁹⁰ EuGH, 8.4.2003, Rs. C-44/01, Slg. 2003, I-3095, Nr. 63 – “*Pippig/Hartlauer*”.

önemlidir. Başka bir ifadeyle iç pazar hedefinin aynı zamanda işleyen bir rekabet sistemi ile doğrudan bağlantılı olduğunu söylemek mümkündür.

2.2. Tek Yanlı Uygulamaların Rekabeti Sınırlayıcı Bir Anlaşma Gibi Sonuç Doğurması Açısından Taraf İradelerinin Varlığı Sorunu

Komisyon'un tek yanlı uygulamaları rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma olarak değerlendirdiği kararları inceleyen AB Mahkemeleri, gerçek anlamda tek yanlı uygulamalar ve görünüşte tek yanlı uygulamalar şeklinde bir ayrıma giderken⁹¹, somut olayda taraf iradelerinin ve bu anlamda özellikle de alıcının açık veya zımni kabul iradesinin varlığı hususu üzerinde durmuşlardır. Örneğin Komisyon'un *Bayer Adalat* kararını⁹² görüşen Genel Mahkeme, gerçek anlamda tek yanlı bir önlemin bir teşebbüsün bir diğer teşebbüs veya teşebbüslere (örneğin alıcılar/dağıtıcılar) karşı açık veya zımni bir işbirliği iradesi olmaksızın tek başına uyguladığı davranışlar olarak açıklarken, rekabet hukuku açısından asıl sorun olan görünüşte tek yanlı uygulamalar açısından ise alıcı konumundaki teşebbüslerin işbirliğini ve bu anlamda en azından zımni kabul iradesinin varlığı sorunu üzerinde durmuştur⁹³.

Taraf iradeleri somut olayın özelliğine göre açık veya zımni bir şekilde gerçekleşebilir. Bu anlamda üreticinin fiyat, üretim miktarı, yeniden ihracat yasağı gibi tek yanlı uygulamalarının (tavsiye, uyarı, talimat veya istek gibi) söz konusu olduğu ve karşı tarafın da bu önlemlerin içeriğine uygun bir ticari politika benimsediği durumlarda, taraflar arasında zımni bir irade uyuşmasının varlığından söz etmek mümkündür⁹⁴. Benzer şekilde, rekabeti sınırlayıcı nitelikte çeşitli kayıtlar içeren bir sirküleri bayilerine göndererek onların ticari faaliyetlerini bu kayıtları da dikkate almak suretiyle yürütmelerini isteyen üreticinin bu davranışı

⁹¹ EuG, 26.10.2000, Rs. T-41/96, Slg. 2000, II-3387 - "*Bayer Adalat*".

⁹² Kommission, 10.01.1996, *Bayer Adalat*, ABl. (EG) 1996 L 201 v. 09.08.1996, 1.

⁹³ EuG, 26.10.2000, Rs. T-41/96, Slg. 2000, II-3387, Nr. 72 - "*Bayer Adalat*". Benzer şekilde *Volkswagen* kararında da üreticinin tek yanlı isteklerinin rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma kapsamında değerlendirilebilmesi hususunda karşı tarafın kabul iradesi üzerinde durulmuştur. Mahkeme bu olayda Volkswagen'in başvurduğu tek yanlı uygulama ile somutlaşan taleplerinin bayiler tarafından yerine getirildiğini, başka bir anlatımla üreticinin tek yanlı uygulamalarının benimsendiği yönünde herhangi bir somut davranışın bulunmadığını, dolayısıyla Komisyonun somut olayda taraflar arasında bir anlaşmanın varlığını ortaya koymakta yetersiz kaldığını belirtmiştir. Bkz. Kommission, 29.06.2001, *Volkswagen* ABl. L 262, 02.10.2001, 14, Nr. 68; EuG, 03.12.2003, Rs. T-208/01, Slg. 2003, II-5141, Nr. 38 - "*Volkswagen II*". Nitekim Alman hukukunda da bu konuda yapılan değerlendirmelerde, üretici tarafından başvuru olan örneğin tavsiye şeklindeki tek yanlı bir önlemin "Alman Rekabet Kanunu" (GWB) §1 hükmüne aykırı bir anlaşma olarak değerlendirilebilmesi için de alıcının fiili davranışları ile de bu durumun bilincinde olduğunun ispatlanması gerektiği belirtilmiştir. Bu hususta bkz. Hirsbrunner ve Schwarz 2006, s.186.

⁹⁴ Weck ve Camesasca 2013, s. 20.

karşısında alıcı konumundaki dağıtıcıların da bu belgeyi imzalayarak⁹⁵ veya başka bir kabul beyanı ile üreticiye göndermeleri durumunda, taraflar arasında açık bir irade uyuşmasından söz etmek mümkündür⁹⁶.

Örneğin *BMW Belgium* olayında üretici BMW'nin Belçika'daki bayilerine gönderdiği ve otomobillerin daha yüksek fiyatla satıldığı ülkelere yeniden ihracat yapmamaları yönündeki sirküler, Komisyon⁹⁷ ve ABAD⁹⁸ tarafından bir anlaşma olarak değerlendirilmiştir⁹⁹. Dolayısıyla taraflar arasında devam eden ticari ilişki bağlamında tek yanlı uygulamanın bir anlaşma gibi değerlendirilebilmesi için gerekli olan taraf iradeleri sorunu da bu olayda açık bir şekilde gerçekleşmiştir¹⁰⁰.

Bu anlamda ABAD, devam eden ticari bir ilişki bağlamında, üreticinin alıcı veya bayilerine karşı yeniden ihracatı engellemeye yönelik olarak başvurduğu görünüşte tek yanlı uygulamaların bir anlaşma olarak değerlendirilebileceğini belirtmiştir¹⁰¹. Gerçekten de Komisyonun bu tarz davranışları bir anlaşma olarak değerlendirdiği kararları onaylayan AB Mahkemeleri de, somut davranış anlaşma olarak değerlendirirken, taraflar arasında devam eden ticari ilişkiyi de bu konuda gerekli olan en azından zımni kabul iradesinin varlığına dayanak olarak almışlardır¹⁰². Benzer şekilde üreticinin tek yanlı davranışının pazarda alıcılara karşı geliştirdiği bir kontrol veya yaptırım sistemi ile desteklendiği durumlarda da bir anlaşmanın varlığından söz etmek mümkündür¹⁰³. Üretici bu durumda devam eden ticari ilişki bağlamında genellikle somut olayda uygulayacağı yeniden ihracat yasağı gibi kontrol mekanizmaları yanında, ürün tedarikini sınırlamak veya indirim oranlarını düşürmek¹⁰⁴ gibi alıcıları disipline etmeye,

⁹⁵ Kommission, 22.12.1972, ABl. 1972 L 303/53 - "WEA/Flipacchi".

⁹⁶ Langen ve Bunte 2010, m. 81 Genel İlkeler, Nr. 30.

⁹⁷ Bkz. Kommission, 23.12.1977, *BMW Belgium*, ABl. 1978 L 46/33, Nr. 4.

⁹⁸ EuGH, 12.07.2009, Rs. 32/78 ve 36-82/78, Slg. 1979, 2435, Nr. 9 - "BMW Belgium".

⁹⁹ Hatta bu olayda, alıcı konumundaki teşebbüslerden birisinin yönetim kurulunda bu sirküler görüşülüp kabul edildiği için, Komisyon açısından herhangi bir ispat sorununun da yaşanmadığı belirtilmiştir. Bkz. Hirsbrunner ve Schwarz 2006, s. 174.

¹⁰⁰ Langen ve Bunte 2010, m. 81 Genel İlkeler, Nr. 30. Benzer şekilde taraflar arasındaki ticari ilişki bağlamında alıcılara gönderilen ve boykot konusunda istekler de içeren bir sirküler de rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma gibi hüküm doğuran tek yanlı bir önlem olarak değerlendirilebilir. Bu hususta bkz. EuGH, 24.10.1995, Slg. 1995, I-3439, 3467 - "BMW/ALD".

¹⁰¹ EuGH, 17.9.1985, Rs. 25/84 ve 26784, Slg. 1985, 2725, Nr. 21- "Ford"; EuGH, 24.10.1995, Slg. 1995, I-3439, 3467, Nr. 16 - "BMW/ALD".

¹⁰² Bkz. Behrens, s. 26.

¹⁰³ EuGH, 06.01.2004, Rs. C-2/01 P ve C-3/01 P, Slg. 2004, I-23, Nr. 83 - "Bayer Adalat".

¹⁰⁴ Nitekim *Volkswagen II* olayında da üretici Volkswagen bayilerine gönderdiği çok sayıda sirküler ile VW Passat Variant modelinin ya indirimsiz ya da çok düşük indirim oranları ile satılmasını istemiştir. Komisyon, dağıtım sözleşmeleri kapsamında genel ticari yükümlülükler şeklinde ortaya çıkan *Volkswagen*'in bu taleplerini, sözleşmenin içeriğini belirleme/"somutlaştırma" olarak

onları kontrol altında tutmaya yönelik yaptırımlarla da pazardaki konumunu ve bu anlamda başvurduğu sıkı ve koruyucu ticari politikayı sağlama almaya çalışır¹⁰⁵. Dolayısıyla yukarıda bahsi geçen her iki olası durumun somut bir olayda gözlenmesi halinde bu durumun alıcı açısından da bir anlaşmayı kabul iradesinin varlığı konusunda önemli bir ipucu olarak görülebileceği belirtilmiştir¹⁰⁶.

Tek yanlı uygulamaların rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma gibi değerlendirildiği durumlarda, bu davranışların aynı zamanda üretici ve alıcı arasında örneğin bir çerçeve dağıtım anlaşması bağlamında ilgili anlaşmanın içeriğinin somutlaştırılması suretiyle ortak bir ticari politikanın uygulanmasına hizmet etmesi de mümkündür. Böyle bir somutlaştırma ise farklı şekillerde gerçekleşebilir. Öncelikle üretici veya sağlayıcı ile alıcı arasındaki sözleşme hükümleri, sağlayıcıya sözleşme koşullarını sonradan tek yanlı olarak belirleme veya değiştirme konusunda açık veya zımni bir yetki tanıyabilir¹⁰⁷. Bu durum borçlar hukuku açısından edimin konusunu belirleme ile benzerdir. Fakat bu durumun açık bir irade beyanı veya davranış ile gerçekleşmesi zorunlu değildir. Çoğu zaman sözleşmenin içeriğini belirleme veya somutlaştırma konusundaki bu yetki fiyat tavsiyeleri, çeşitli ihracat veya paralel ithalat yasakları gibi ilk bakışta sözleşmede yer alan hükümler açısından nötr ve bu anlamda ABİDA'nın 101/1. maddesine aykırılık oluşturmayan koşullar şeklinde de ortaya çıkabilir. Ancak sözleşmenin içeriği açısından değerlendirildiği

değerlendirmiştir. Komisyon Volkswagen tarafından bayilere gönderilen ve bu yeni modelin yeniden satışı konusundaki fiyat tavsiyesini içeren sirküleri, taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkiyi somutlaştıran bir davranış olarak değerlendirmiştir. Bu şekilde belirlenen fiyatlar bayiler açısından ihtiyari olmayıp, aksine bu konuda bağlayıcı fiyat tespiti olarak görülmesi gereken ve her durumda dağıtıcılara ancak küçük indirimler için izin veren uygulamalardır. Öte yandan Volkswagen'in belirlediği fiyat politikasına uymayan bayilere yönelik uyarılar da bayilere karşı VW Passat modeli ile ilgili fiyat politikasını gerçekleştirmeye ve bir anlamda bayileri disipline etmeye yönelik davranışlardı. Bkz. Kommission, 29.06.2001, *Volkswagen II*, ABl. L 262, 02.10.2001, 14, Nr. 68; EuG, 03.12.2003, Rs. T-208/01, Slg. 2003, II-5141, Nr. 57 – "*Volkswagen II*". Bu karar konusunda değerlendirmeler için ayrıca bkz. Jofer 2004, s. 89-90; Pertek 2007, s. 71-75.

¹⁰⁵ Behrens 2008, s. 26; Langen ve Bunte 2010, m. 81 Genel İlkeler, Nr. 28.

¹⁰⁶ Bununla birlikte ilgili ürün pazarında geçerli olan yasal düzenlemelere uyma yükümlülüğü kapsamında başvuru bir talep veya istek ve bu anlamda tek yanlı bir önlem olarak değerlendirilemeyeceği gibi, alıcının bu konuda üreticinin talepleri doğrultusunda davranışlarda bulunması durumunda taraflar arasında rekabeti sınırlayıcı bir anlaşmanın varlığından da söz etmek mümkün değildir. Bu hususta bkz. Pertek 2007, s. 184.

¹⁰⁷ Bu durumda alıcı ya dağıtım sözleşmesinin yapılması aşamasında ya da sonradan açık veya zımni bir şekilde, satıcının getirdiği koşul veya önlemleri kabul etmekle birlikte, satıcı (üretici) ile bayi (alıcı) arasında ilk bakışta tek yanlı davranış olarak görülen ve ortak satış/dağıtım politikası ile somutlaşan bu tarz davranışlar da ABİDA'nın 101. maddesi bağlamında birer anlaşmadır. Dolayısıyla bu tarz durumlarda ABİDA'nın 101/1. maddesi veya 330/2010 sayılı Tüzük'ün 2/1. maddesi kapsamında bir anlaşmanın varlığından söz etmek mümkündür. Bkz. Immenga vd. 2012, AB 330/2010 sayılı Tüzük, m. 2. Muafiyet, Nr. 7; Schwinn 2009, s. 72.

zaman, aslında bu tarz koşulların gerçekte farklı olduğu, başka bir anlatımla bu tarz hükümlerin ABAD'ın *Volkswagen II* kararında¹⁰⁸ da belirtildiği üzere, satıcının sözleşmenin içeriğini sonradan belirleme yetkisi anlamına geldiği sonucu da ortaya çıkabilir¹⁰⁹. Böyle durumlarda sağlayıcı ve dağıtıcılar arasındaki anlaşmanın hukuka uygunluğu, her şeyden önce tek yanlı uygulamanın taraflar arasındaki anlaşma bağlamında alıcının sözleşmesel ilişkinin başlangıcındaki rızası ile nasıl ve hangi oranda örtüştüğu ile ilgilidir¹¹⁰. Fakat öğretiyeye göre bu konuda asıl zorluk, somut olay çerçevesinde bu tarz genelleştirmelere varmanın güçlüğüdür¹¹¹.

Dolayısıyla tek yanlı bir önlemin bir anlaşma olarak değerlendirilebilmesi için gerekli olan taraf iradeleri somut bir olayda açıkça gözlenebileceği gibi, tarafların bu konudaki davranışlarından da böyle bir sonuca ulaşmak mümkündür. Başka bir ifadeyle, üreticinin belirli bir davranışta bulunma veya kaçınma şeklindeki bir talebi karşısında, alıcının da bu yönde somut davranışlar sergilemesi durumunda, bu konuda taraflar arasında bir anlaşmanın varlığına yönelik en azından zımnî bir kabul iradesinin varlığından söz edilebilir¹¹².

Böyle bir açık talep veya isteğin yokluğu durumunda ise, somut olaydaki tüm koşullar çerçevesinde objektif açıdan alıcı açısından üreticinin gerçekten de bir talebinin, başka bir anlatımla bir anlaşma iradesinin bulunup bulunmadığı¹¹³ ve aynı zamanda alıcıların çıkarlarının da tek yanlı davranış ile öngörülen hedef ile bağdaşır bağdaşmadığı hususları değerlendirilmelidir. Bu anlamda üreticinin tavsiye, talimat, uyarı veya istek gibi önlemlerinin sadece görünüşte tek yanlı bir davranış olarak ortaya çıktığı, fiili açıdan ise pazarda taraflar arasında bir anlaşma gibi sonuç doğurduğu durumlarda rekabeti sınırlayıcı anlaşma, karar veya uyumlu eylemleri yasaklayan ABİDA'nın 101/1. maddesinin sınırları da aşılmış olacaktır.

¹⁰⁸ EuGH, 13.7.2006, Rs. C-74/04 P, Slg. 2006, I-6595, Nr. 35 vd - "*Volkswagen II*".

¹⁰⁹ Immenga vd. 2012, ABİDA m. 101/1, Nr. 70.

¹¹⁰ Immenga vd. 2012, ABİDA m. 101/1, Nr. 70. Öte yandan sözleşmenin geneli açısından geniş anlamda yapılan bir yorum durumunda, sağlayıcıya sonradan sözleşmenin içeriğini belirleme konusunda bir yetki vermediği sonucu da çıkabilir. Böyle durumlarda sağlayıcının başvurduğu tek yanlı uygulamalar karşısında alıcılar (örneğin dağıtıcılar) açık veya zımnî bir irade beyanı ile sağlayıcının talimat veya tavsiyelerini fiilen yerine getiriyor veya onun belirlediği ticari politikanın gerçekleşmesi doğrultusunda işbirliği yönünde bir davranış sergiliyorlarsa, bu durumda taraflar arasındaki somut davranış bir anlaşma olarak sonuç doğurabilir. Komisyon da çoğu zaman somut olayda yaptığı değerlendirmelerde, üreticinin davranış karşısında alıcının bu yöndeki işbirliği şeklindeki davranışlarından, taraflar arasındaki bir irade uyuşmasının ve bu anlamda bir muvafakatın varlığı sonucuna ulaşmıştır. Bkz. Kommission, 10.1.1996, IV/34 279/E3 (96/478/EG), ABl 1996 L 201/1, Nr. 156-171 - "*Bayer Adalat*".

¹¹¹ Immenga vd. 2012, ABİDA m. 101/1, Nr. 71.

¹¹² Behrens 2008, s. 29. Ayrıca bkz. EuG, 21.10.2003, Rs. T-368/00, Slg. 2003, II-4491, Nr. 88 - "*GM Opel*".

¹¹³ Pertek 2007, s. 184.

3. BAYER ADALAT KARARI BAĞLAMINDA TEK YANLI UYGULAMALAR

3.1. Bayer Adalat Kararında Olayın Genel Çerçevesi

Bayer Adalat kararı¹¹⁴ rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar ile tek yanlı uygulamalar arasındaki ayırım açısından yapılan tartışmalarda üzerinde durulması gereken önemli kararlardan birisidir¹¹⁵. Kararın tek yanlı uygulamaların hukuki niteliği konusundaki tartışmalar açısından taşıdığı asıl önem, Komisyonun bu tarz davranışları daha önceki kararlarda, genişletici bir yorumla, ABİDA'nın 101/1. maddesi kapsamında değerlendiren ve AB Mahkemeleri tarafından da genellikle onaylanan yaklaşımının bu kez kabul edilmemiş olmasıdır¹¹⁶.

Bayer AG ilaç endüstrisi pazarında dünya çapında faaliyet gösteren ve kendisine bağlı birçok iştiraki olan bir teşebbüstür. *Adalat* ise Bayer AG tarafında üretilen ve teşebbüsün ürün yelpazesinde önemli bir yeri olan kalp hastalıklarının tedavisine yönelik dünyada yaygın bir kullanımı ve dolayısıyla yüksek bir pazar payı olan önemli bir ilaçtır¹¹⁷.

Üretici Bayer AG 1989 ve 1993 yılları arasında, piyasada çok rağbet gören *Adalat* ilacının satış fiyatını bir tarafta Fransa ve İspanya, diğer tarafta ise Büyük Britanya olmak üzere farklı pazarlara yönelik bir fiyat farklılaştırması politikası ile satmaya başlamıştır. AB iç pazarında tıbbi ürünler genellikle üretici tarafından ilgili ülkedeki büyük toptancılara ve onlar tarafından da perakende satıcılara (eczane vb) satılmak suretiyle pazara sunulmaktadır. Bununla birlikte tıbbi ürünler ve bu anlamda ilaç ticareti her üye ülkede geçerli olan yasal düzenlemeler çerçevesinde ve genellikle de idari makamların denetiminde fiyat regülasyonuna tabi bir faaliyet¹¹⁸ olduğundan, fiyat regülasyonunun doğal bir sonucu ise teşebbüslerin farklı pazarlarda aynı ürün için farklı fiyatlar belirleyebilmeleridir¹¹⁹.

Nitekim üretici Bayer AG *Adalat* ilacını üye ülkelerin farklı ulusal sağlık politikaları karşısında fiyat farklılaştırmasına gitmek suretiyle, farklı fiyatlarla satmaya başlamıştır. Sonuçta ürünün daha düşük fiyatla satıldığı İspanya ve Fransa'daki büyük dağıtıcılar eliyle ürünün daha yüksek fiyatla satıldığı Büyük

¹¹⁴ Kommission, 10.01.1996, *Bayer Adalat*, ABl. (EG) 1996 L 201 v. 09.08.1996, 1.

¹¹⁵ Loewenheim vd. 2009, m. 81/1, s. 259, Nr. 89.

¹¹⁶ Jones ve Sufrin 2004, s. 135; Whish 2005, s. 103; Langen ve Bunte 2010, m. 81 Genel İlkeler, Nr. 31.

¹¹⁷ Kommission, 10.01.1996, *Bayer Adalat*, ABl. L 201 v. 09.08.1996, 1, s. 7, Nr. 13.

¹¹⁸ Somut olayın yaşandığı dönemde örneğin Fransa'da ilaç üreticilerinin büyük toptancılara ürün tedarik etmek veya ulusal pazara ürün sağlamak gibi yasal bir zorunluluğu bulunmamaktadır. Benzer durum İspanya pazarı açısından da geçerlidir. Bkz. Bruckner 2002, s. 175-176; Behrens 2008, s. 21.

¹¹⁹ Behrens 2008, s. 22. Bu fiyat farklılaştırması karşısında aynı ürün için Fransa ve İspanya'daki fiyat Büyük Britanya'ya göre %40 daha düşük gerçekleşti. ABAD'ın *Bayer Adalat*, kararı üzerine geniş bir değerlendirme için bkz. Eilmansberger 2004, s. 285.

Britanya pazarına yeniden ihracat (*Re-export*) sorunu ortaya çıkmıştır¹²⁰. Bayer AG ise Büyük Britanya pazarına yeniden ihracat yapan İspanya ve Fransa'daki büyük dağıtıcıların bu davranışına, ürün taleplerini ya tamamen reddetmek ya da aşırı ölçüde sınırlamak suretiyle karşılık vermeye çalıştı. Hatta bu alıcılardan gelen ürün talepleri Bayer AG tarafından ilgili ulusal pazarda *Adalat* ilacına yönelik öngörülen talep miktarı ile sınırlı olmak üzere karşılanıyordu¹²¹. Ürün talebinde ortaya çıkan bu sınırlama nedeniyle ilacın diğer pazarlara paralel ihracat imkânı da pek kalmıyordu¹²².

Bayer AG'nin ürün tedarikini sınırlamaya yönelik bu ticari politikasına karşı Fransa'daki diğer dağıtıcılar ise siparişlerini küçük parçalara bölmek ve kendi bayileri üzerinden ürün talep etmek suretiyle karşılık verdiler. Bu şekilde satın aldıkları ürünleri Büyük Britanya'ya yeniden ihraç etmeye çalıştılar. Ancak Bayer AG'nin ilgili ulusal pazarda ürüne olan talep doğrultusunda geliştirdiği sıkı kontrol sistemi karşısında bu strateji de pek işe yaramadı¹²³. Benzer şekilde İspanya'daki büyük dağıtıcılar da, Bayer AG'nin *Adalat* için getirdiği kota sınırlamasını aşmak ve bu şekilde daha fazla ürün elde etmek için siparişleri bölmek suretiyle, Bayer AG tarafından kontrol edilmeyen küçük toptancılar ve eczaneler üzerinden ürün tedarik etmeye çalıştılar. Fakat Bayer AG bu küçük dağıtıcılara karşı da aynı önlemlere başvurarak, ilgili zaman diliminde sadece yerel pazardaki ihtiyaç oranında ürün sağlamaya devam etmiştir¹²⁴.

Fransa ve İspanyadaki dağıtıcılardan gelen şikâyetler üzerine soruşturma başlatan Komisyon, Bayer AG ve ilgili ülkelerdeki bağlı şirketlerinin, *Adalat* ilacının Fransa ve İspanya'dan Büyük Britanya'ya yapılan yeniden ihracatını engellemeye yönelik davranışlarını ABİDA'nın 81/1. maddesi (yeni 101/1. madde) bağlamında, üye ülkeler arasındaki ticareti hissedilir düzeyde etkileyen, rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma olarak değerlendirdi¹²⁵.

¹²⁰ Öte yandan bu durum karşısında Bayer AG'nin Büyük Britanya'daki bağlı şirketi açısından kısa zamanda ciro açısından 230 Milyon DM ve toplam kâr açısından ise yaklaşık 100 Milyon DM gibi çok ciddi maddi kayıplar ortaya çıkmaya başlamıştır. Bkz. Eilmansberger 2004, s. 285.

¹²¹ Kommission, 10.01.1996, *Bayer Adalat*, ABl. L 201 v. 09.08.1996, 1, s. 7, Nr. 78.

¹²² Schwinn 2009, s. 72; Eilmansberger 2004, s. 286.

¹²³ Kommission, 10.01.1996, *Bayer Adalat*, ABl. (EG) 1996 L 201 v. 09.08.1996, 1, Nr. 96-104.

¹²⁴ Kommission, 10.01.1996, *Bayer Adalat*, ABl. (EG) 1996 L 201 v. 09.08.1996, 1, Nr. 124.

¹²⁵ Zäch 2005, s. 179. Benzer şekilde Komisyon *Volkswagen* kararında da Volkswagen tarafından bayilerine gönderilen sirkülerlerde yer alan fiyat tavsiyesi ve indirim oranlarını gösteren uygulamaları da rekabeti sınırlayıcı bir davranış olarak değerlendirilmiştir. Komisyona göre Volkswagen AG tarafından başvuru olan bu tarz davranışlar yeniden satış fiyatının belirlenmesine yönelik ve bu anlamda fiyat açısından marka içi rekabeti sınırlayan davranışlardır. Komisyon bu nedenle somut olayı ABİDA'nın 101/1. maddesinin (a) bendi bağlamında fiyat tespitine yönelik rekabeti sınırlayıcı bir davranış olarak değerlendirmiştir. Komisyona göre fiyat açısından rekabetinin sınırlanması, bayilerin bu konudaki davranışlarının normal rekabetçi bir pazarda gözlenebilecek davranışlarla kıyaslandığında önemli oranda farklılık göstermeleri veya sapmaları ile ortaya çıkmaktadır. Bu

Komisyon, Bayer AG'nin özellikle yeniden ihracat yapan büyük dağıtıcıları tespit etmeye yönelik kontrol sistemi ve bu doğrultuda başvurduğu ürün tedarikini reddetme veya sınırlama şeklindeki davranışlarını, Bayer AG ile büyük dağıtıcılar arasında süreklilik taşıyan ticari ilişki nedeniyle rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma olarak değerlendirdi¹²⁶. Bayer AG ise ürün tedarikinde kısıtlamaya gitmesini üretim açığı nedeniyle oluşan arz yetersizliğine bağladı¹²⁷. Öte yandan Bayer AG bu konuda başvurduğu sıkı ve koruyucu bir pazar politikası ile *Adalat* ürününe yönelik ulusal pazardaki toplam talep miktarını önceden saptayabildiğinden, bu durumda alıcılardan ürüne yönelik olası talep miktarını da öngörebiliyordu. Bu şekilde büyük dağıtıcılardan gelen ürün siparişleri de ilgili ulusal pazardaki bu ihtiyaç doğrultusunda karşılandığından, büyük dağıtıcılar yeniden ihracat yapmak için yeterli ürün tedarik edemiyorlardı¹²⁸.

Komisyon nihayetinde Bayer AG'nin yeniden ihracatı engellemek için pazarda diğer dağıtıcı konumundaki alıcılara karşı başvurduğu ürün tedarikinde sınırlama şeklindeki tek yanlı uygulamaların, üye ülkeler arasındaki ticareti engelleyen ve bu anlamda rekabeti hissedilir biçimde sınırlayan bir davranış olduğuna ve bu anlamda ABİDA'nın 101/1. maddesinde rekabeti sınırlayıcı anlaşmalara yönelik yasak için öngörülen koşulların somut olayda gerçekleştiğine hükmetti¹²⁹. Bu nedenle de Bayer AG'ye karşı 3 milyon ECU (şimdi Euro) para cezasına hükmetti¹³⁰.

Komisyon kararına karşı yapılan itirazı görüşen İlk Derece Mahkemesi (yeni Genel Mahkeme) kararı geçersiz saymıştır. Mahkeme, Komisyonun somut olayda Bayer AG ile Fransa ve İspanya'daki büyük dağıtıcılar arasında *Adalat* ilacının anlamda, fiyat alanında rekabetin sınırlanması aynı zamanda üye ülkeler arasındaki ticaretin de bu durumdan olumsuz etkilenmesi anlamına gelmektedir. Bkz. Kommission, 29.06.2001, *Volkswagen*, ABl. L 262, 02.10.2001, 14, Nr. 72 ve Nr. 91.

¹²⁶ Loewenheim vd. 2009, m. 81/1, s. 259, Nr. 89.

¹²⁷ Langen ve Bunte 2010, m. 81 Genel İlkeler, Nr. 31.

¹²⁸ Aynı zamanda yeniden ihracat yasağına uymayan büyük dağıtıcılara karşı ürün tedarikinden kaçınmaya yönelik bu ve benzer tekrarlayan tehditler de yeniden ihracat yasağını kabul ettirmeye yönelik bir diğer somut gösterge olarak değerlendirilmiştir. Kommission, 10.01.1996, *Bayer Adalat*, ABl. (EG) 1996 L 201 v. 09.08.1996, 1, Nr. 170.

¹²⁹ Öte yandan somut olayda ABİDA'nın 101/3. maddesi bağlamında bir muafiyet talebi olmadığı gibi, muafiyet için gerekli olan koşulların da söz konusu olmadığı belirtilmiştir. Bkz. Kommission, 10.01.1996, *Bayer Adalat*, ABl. (EG) 1996 L 201 v. 09.08.1996, 1, Nr. 212.

¹³⁰ Bununla birlikte, Komisyon diğer büyük dağıtıcılar için herhangi bir para cezası öngörmemiştir. Gerçekten de Komisyon, Kararın 1. maddesinde de belirtildiği üzere, büyük dağıtıcıların da sorumlu olduğu ve ABİDA'nın 101/1. maddesine aykırılık oluşturan ihracat yasağı konusundaki bu anlaşmanın Bayer AG tarafından uygulandığını vurgulamıştır. Bkz. Kommission, 10.01.1996, *Bayer Adalat*, ABl. (EG) 1996 L 201 v. 09.08.1996, 1, s. 58, Art. 1. Dolayısıyla bu tarz davranışlar taraflar arasındaki bir işbirliği ile ortaya çıkmakla birlikte, karardan çıkan anlam büyük dağıtıcıların da bu yönde rekabet karşıtı bir davranış içinde bulduklarının tespit edilemediğidir. Bkz. Bruckner 2002, s. 180.

Büyük Britanya'ya yeniden ihracını sınırlamaya yönelik olarak ABİDA'nın 101/1. maddesi anlamında bir anlaşmanın varlığını açıkça ispatlayamadığını belirtmiştir¹³¹. Bu anlamda Genel Mahkeme, üreticinin tek yanlı uygulamalarına rağmen taraflar arasındaki ticari ilişkinin devam etmesinin tek başına bir anlaşmanın varlığı olarak değerlendirilemeyeceğini, keza büyük dağıtıcıların üretici Bayer AG'nin ticari politikasının aksine, ürün tedarikini daha küçük ve yerel düzeydeki dağıtıcılar üzerinden yapmak suretiyle yeniden ihracat yasağını aşmaya yönelik çabaları dikkate alındığında, üreticinin tek yanlı uygulamalarının en azından açıkça kabul edilmediği anlamına geldiğini belirtmiştir¹³². Bu durumda taraflar arasındaki ticari ilişkiyi rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma olarak değerlendirebilmek için gerekli olan taraf iradelerinin en azından zımni varlığı koşulu dahi somut olayda gerçekleşmemiştir¹³³. Üreticinin tek yanlı uygulamaları karşısında alıcı konumundaki büyük dağıtıcıların ürün tedarikine yönelik farklı arayışları dikkate alındığında, tarafların ticari politikalarının birbiri ile örtüşmek yerine açıkça çeliştiği gerçeği ortaya çıkmaktadır. Bu durumda taraflar arasındaki davranışın bir anlaşma olarak değerlendirilebilmesi için gerekli olan karşılıklı irade uyuşmasından söz etmek de mümkün değildir¹³⁴.

Genel Mahkeme somut olayda alıcılar açısından açık veya zımni bir irade uyuşması ile üreticinin tek yanlı uygulamalarının kabul edildiği yönünde fiili bir durumun bulunmadığı gerçeğinden hareketle, taraflar arasındaki ilişki açısından ABİDA'nın 101/1. maddesi kapsamında rekabeti sınırlayıcı bir anlaşmanın varlığının Komisyon tarafından yeterince ispatlanamadığını belirtmiştir¹³⁵. Mahkeme ürün tedarikinden kaçınma şeklindeki bir davranışın hangi durumlarda taraflar arasında rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma olarak tanımlanabileceği hususunda daha ayrıntılı bir değerlendirmenin gerekliliğini vurgulamıştır¹³⁶. Genel Mahkemenin bu konuda üzerinde durduğu asıl husus, Bayer AG'nin davranışının zımni bir ihracat yasağı teşkil edip etmediğinin ve alıcılar tarafından da bu şekilde anlaşılıp benimsendiğinin somut olayda yeterince ispatlanamadığıydı¹³⁷.

Genel Mahkemenin kararını inceleyen ABAD, Komisyon kararında da en önemli tartışma konusu olan ABİDA'nın 101/1. maddesi kapsamında bir anlaşmanın somut olayda söz konusu olup olmadığı hususu üzerinde durmuştur¹³⁸.

¹³¹ Loewenheim vd. 2009, m. 81/1, s. 259, Nr. 89; Zäch 2005, s. 179.

¹³² Bruckner 2002, s. 181.

¹³³ Langen ve Bunte 2010, m. 81 Genel İlkeler, Nr. 31.

¹³⁴ Loewenheim vd. 2009, m. 81/1, s. 259, Nr. 90.

¹³⁵ EuG, 26.10.2000, Rs. T-41/96, Slg. 2000, II-3383, Nr. 173 - "Bayer Adalat".

¹³⁶ EuG, 26.10.2000, Rs. T-41/96, Slg. 2000, II-3383, Nr. 47 - "Bayer Adalat".

¹³⁷ Bruckner 2002, s. 181.

¹³⁸ Ayrıca bkz. Hoffmann 2004, s. 994.

ABAD'a göre somut olayda ABİDA'nın 101/1. maddesi anlamında rekabeti sınırlayıcı bir anlaşmanın varlığı konusundaki ispat yükü Komisyona ait olup, Komisyonun bu konuda en azından tarafların zımni iradelerinin varlığını somut olayda ispatlaması gerekmektedir¹³⁹.

3.2. Bayer Adalat Kararı Hakkında Yapılan Değerlendirmeler

Tek yanlı uygulamaların rekabet karşıtı etkilerinin değerlendirilmesi konusundaki tartışmalar bağlamında *Bayer Adalat* kararında Genel Mahkeme ve ABAD'ın, öncelikle ABİDA'nın 101/1. maddesi anlamında anlaşma kavramını ve bu anlamda rekabeti sınırlayıcı bir anlaşmanın varlığı için gerekli koşulları, benzer konularda daha önce verilmiş bazı kararlarla kıyaslandığında, daha sıkı bir şekilde yorumladıkları söylenebilir¹⁴⁰. ABAD, taraflar arasında devam eden ticari ilişki bağlamında, yeniden ihracat yasağına yönelik bir ticari politikanın uygulanmasını sağlamak için ek tedbir ve yaptırımların da öngörülmesinin, bir anlaşmanın da varlığı hususunu akla getiren önemli bir emare olarak düşünülse de, bu durumun somut davranışın rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma olarak değerlendirilebilmesi için tek başına yeterli olamayacağını belirtmiştir¹⁴¹.

Mahkemeye göre, üretici ile alıcı konumundaki büyük dağıtıcılar arasındaki ilişkinin bir anlaşma olup olmadığının tespiti açısından, taraflar arasında bu konuda yapılmış bir sözleşme ve bu yönde doğrudan bir sözleşme hükmünün varlığının asıl problem olduğu bu tarz durumlarda, alıcıların üreticinin ticari politikasına *de facto* aykırı davranıp davranmadıkları hususu önem kazanmaktadır. Bununla birlikte bu mutlak, başka bir anlatımla aksi ispatlanamaz türden bir karine de değildir. Aynı şekilde üretici tarafından başvuru bu tarz dikey sınırlamalar açısından, alıcı konumundaki büyük dağıtıcıların genellikle daha az çıkarı söz konusudur. Özellikle de ürünün düşük fiyatla satıldığı ülkeden daha yüksek fiyatlı ülkeye yapılacak bir yeniden ihracat yasağı açısından bakıldığında bu çıkarlar tamamen birbirine zıttır. Büyük dağıtıcılar da çoğu zaman bu tarz ihracat yasağına

¹³⁹ EuGH, 06.01.2004, Rs. C-2/01 P ve C-3/01 P, Slg. 2004, I-23, Nr. 62 – “*Bayer Adalat*”. Öte yandan ispat yükü konusunda ortaya çıkan bu paradigma değişikliğinin somut yansımalarını 1/2003 sayılı Tüzükte bulmak mümkündür. İspat yükü konusundaki düzenlemeye göre ABİDA'nın 101/3. maddesi ve 102. maddesi hükümlerine aykırı bir davranışın varlığı hususunda ispat yükü bu iddiaya dayanan anlaşma tarafları veya idari makamlara aittir. Bununla birlikte somut davranış açısından ABİDA'nın 101/3. maddesinde yer alan koşulların varlığını ispat yükü ise bu hükme dayanan teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin üzerindedir. Bkz. Anlaşmanın 81 ve 82. Maddelerinin Uygulanmasına Dair 1/2003 sayılı Tüzük, ABl. L 1/1, 4.1.2003, m. 2.

¹⁴⁰ Schwinn 2009, s. 75. Bu anlamda bazı yazarlar kararda yer alan hususlar ile ilgili değerlendirme ve gerekçelerin ayrıntılı olması nedeniyle bu kararın anlaşma kavramının niteliği açısından emsal bir karar olduğunu belirtmişlerdir. Bkz. Eilmansberger 2004, s. 290.

¹⁴¹ EuGH, 06.01.2004, Rs. C-2/01 P u. C-3/01 P, Slg. 2004, I-23, Nr. 83 – “*Bayer Adalat*”.

yönelik önlemleri ya doğrudan ya da dolaylı yollardan dolanmaya çalışırlar. Mahkemeye göre Bayer AG'nin başvurduğu rekabeti sınırlayıcı davranışlar karşı tarafın rızası veya katılımı olmaksızın gerçekleştiğinden, taraflar arasında bu yönde zımnî dahi olsa bir irade uyuşmasından söz etmek mümkün değildir¹⁴².

ABAD'a göre taraflar arasında devam eden ticari ilişki, üreticinin başvurduğu tek yanlı uygulamaların bir anlaşma olarak değerlendirilebilmesi için tek başına yeterli bir koşul değildir¹⁴³. Bu anlamda Bayer AG'nin ürün vermeme veya ürün tedarikini sınırlamaya yönelik davranışları karşısında, büyük dağıtıcıların yerel düzeydeki daha küçük bayiler veya eczaneler üzerinden sipariş vermek suretiyle ürün tedariki sorununu aşmaya yönelik çabaları dikkate alındığında, üreticinin başvurduğu tek yanlı uygulamaların zımnî dahi olsa büyük dağıtıcılar tarafından kabul edilmediği, başka bir anlatımla Bayer AG'nin başvurduğu bu ticari politikanın alıcılar tarafından benimsenmediği sonucu ortaya çıkmaktadır¹⁴⁴.

Bayer Adalat kararında, Genel Mahkeme tarafından yapılan ve ABAD tarafından da onaylanan değerlendirmelerin, deyim yerindeyse bu konuda bir paradigma değişikliği olduğu da belirtilmiştir¹⁴⁵. Bu anlamda üretici tarafından başvuru örneğinin yeniden ihracat yasağı gibi tek yanlı bir uygulamanın, ABİDA'nın 101/1. maddesine göre bir anlaşma olarak değerlendirilebilmesi ve bu davranışın pazarda istenen amaca veya sonuca ulaşabilmesi açısından bu konuda alıcıların da üretici ile işbirliği içinde olmaları gerektiği belirtilmiştir¹⁴⁶. Genel Mahkeme üretici ile alıcılar arasındaki davranış değerlendirirken, alıcı konumundaki dağıtıcıların üreticinin tek yanlı ticari politikasına *de facto* aykırı davranışlarının varlığını, tek yanlı uygulamanın rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma olarak değerlendirilebilmesi için gerekli olan taraf iradelerinin uyuşması koşulunun da somut olayda gerçekleşmediğinin kanıtı olarak değerlendirmiştir. Dolayısıyla alıcı konumundaki teşebbüslerin üreticinin ürün tedarikini sınırlamaya yönelik ticari politikasını aşmak için farklı arayışlara girmeleri, taraflar arasındaki davranışın rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma olarak görülemeyeceği hususunda önemli bir kanıt olarak değerlendirilmiştir¹⁴⁷.

¹⁴² EuGH, 06.01.2004, Rs. C-2/01 P u. C-3/01 P, Slg. 2004, I-23, Nr. 101-103 – “*Bayer Adalat*”. Ayrıca bu yöndeki değerlendirmeler açısından bkz. Behrens 2008, s. 29; Loewenheim 2009, m. 81/1, s. 259, Nr. 90.

¹⁴³ EuGH, 06.01.2004, Rs. C-2/01 P u. C-3/01 P, Slg. 2004, I-23, Nr. 62 – “*Bayer Adalat*”.

¹⁴⁴ EuGH, 06.01.2004, Rs. C-2/01 P u. C-3/01 P, Slg. 2004, I-23, Nr. 119-123 – “*Bayer Adalat*”.

¹⁴⁵ Loewenheim vd. 2009, m. 81/1, s. 260, Nr. 91.

¹⁴⁶ Bruckner 2002, s. 181; Eilmansberger 2004, s. 287.

¹⁴⁷ Bununla birlikte, böyle bir yaklaşımın her zaman kesin veya inandırıcı bir kriter olduğundan bahsetmenin güç olduğu belirtilmiştir. Bkz. Loewenheim vd. 2009, m. 81/1, s. 259; Nr. 90.

Bununla birlikte, bazı yazarlara¹⁴⁸ göre ise *Bayer Adalat* kararı, ABAD'ın benzer konularda daha önce verdiği *BMW-Belgium, Ford II*¹⁴⁹, *AEG*¹⁵⁰ ve *Tipp-Ex*¹⁵¹ gibi eski kararları ile ilk bakışta çelişiyor gibi görünse de, somut olayın özelliği açısından farklı bir karardır. En başta bu olayda üretici tarafından alıcılara karşı ABİDA'nın 101/1. maddesi anlamında rekabeti sınırlayıcı bir anlaşmanın yapılmasına yönelik rekabet karşıtı bir talep bulunmamaktadır. Aksine, bu konuda daha çok üretici veya sağlayıcının ticari politikası bağlamında, karşı tarafın katılımı olmaksızın ürün tedarikinin sınırlandırılmasına yönelik tek yanlı bir uygulama söz konusudur¹⁵². Bir diğer husus olarak, üreticinin yeniden ihracat yasağına yönelik talebinin fiilen gerçekleşebilmesi için gerekli olan, alıcıların da en azından zımni

¹⁴⁸ Langen ve Bunte 2010, m. 81 Genel İlkeler, Nr. 31.

¹⁴⁹ *Ford II* kararında ise ABAD üreticinin bayilere karşı başvurduğu, direksiyonu sağda olan araçların yeniden ihracat ile Almanya'dan Büyük Britanya'ya gönderilmesini yasaklamaya yönelik ürün vermeme şeklindeki tek yanlı davranışı, dağıtım sözleşmesinde yer alan ve sonradan rekabeti sınırlayıcı bir davranışta bulunulmasına olanak tanıyan bir hakkın gizlenmesi olarak değerlendirmiştir. Bkz. EuGH, 17.09.1985, Rs. 25 und 26/84, Slg. 1985, 2725 = WuW/E EWG/MUV 709 = WuW 1986, s. 833, Nr. 20-22 – “*Ford*”.

¹⁵⁰ EuGH, 25.10.1983, Rs. 107/82, Slg. 1983, 3151, Nr. 170 – “*AEG*”.

¹⁵¹ EuGH, 8.2.1990, Rs. C-279/87, Slg. 1990, I-261, Nr. 21, - “*Tipp-Ex*”.

¹⁵² Schwinn 2009, s. 75. Öte yandan Genel Mahkemenin bu yaklaşımını *Volkswagen II* kararında da görmek mümkündür. Üretici Volkswagen'in bayilere gönderdiği yeniden satış fiyatı ve indirim oranlarını içeren sirküler Genel Mahkeme tarafından rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma olarak değil, tek yanlı bir uygulama olarak değerlendirilmiştir. Komisyon bu taleplere uygun bir ticari politika izleyen bayilerin davranışlarını rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma olarak değerlendirmekle beraber, Genel Mahkeme bu durumun somut olayda yeterince ispatlanamadığını belirtmiştir. Komisyona göre seçici dağıtım sisteminin varlığı durumunda üreticinin bu dağıtım sistemine dahil olmak aynı zamanda aslında bir anlaşmanın da kabul edilmesi anlamına gelmektedir. Dolayısıyla Volkswagen'in bayileri, dağıtım sözleşmesini imzalamakla aynı zamanda Volkswagen'in sonradan öne sürebileceği rekabet karşıtı davranışları da önceden kabul etmiş olmaktadır. Bkz. Kommission, 29.06.2001, Volkswagen, ABL. L 262, 02.10.2001, 14, Nr. 91. Bununla birlikte Komisyon'un bu yaklaşımı Genel Mahkeme ve ABAD tarafından kabul edilmemiştir. Genel Mahkeme esasen hukuken geçerli bir anlaşma ve bu anlaşmanın yapılmasına yönelik başlangıçtaki taraf iradelerinin varlığı hususunu reddetmemiştir. Mahkemeye göre, bir motorlu taşıt üreticisinin dağıtıcılara yaptığı bir çağrının taraflar arasında devam eden ticari ilişkinin ve bu anlamda sözleşmenin parçası olması durumunda, bu davranış ABİDA'nın 101/1. maddesi anlamında bir anlaşmadır. Ancak Mahkemeye göre, başlangıçta öngörülmek suretiyle veya sonradan bayilerin ticari teamül veya mevcut yasal durumlar nedeniyle kaçınmadıkları durumlarda sözleşmenin içeriğinin sonradan somutlaştırılması söz konusudur. Dolayısıyla alıcıların başlangıçta bu tarz rekabet karşıtı durumları içeren sözleşme koşullarını kabul etmeleri durumunda, anlaşmanın rekabete aykırılığı söz konusudur. Fakat bu durum, bir motorlu taşıt üreticisinin dağıtıcılarına gönderdiği her çağrının da ABİDA'nın 101/1. maddesi anlamında bir anlaşma sayılacağı şeklinde yorumlanmamalı ve Komisyonun her bir somut olayda tarafların dağıtım anlaşmasına yönelik iradelerini ortaya koyma yükümlülüğünü de bertaraf etmemelidir. Nitekim Mahkeme somut olayda taraflar arasındaki ilişkinin ABİDA'nın 101. maddesi anlamında rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma olup olmadığı hususunun Komisyon tarafından yeterince ispatlanamadığını belirtmiştir. Bkz. EuG, 3.12.2003, Rs. T-208/01, Slg. 2003, II-5141, Nr. 43-45 – “*Volkswagen*”. Genel Mahkemenin bu kararı ABAD tarafından da onaylanmıştır. Bkz. EuGH, 13.7.2006, Rs. C-74/04 P, Slg. 2006, I-6595 - “*Volkswagen II*”.

kabul iradelerinin bu olay açısından söz konusu olmadığı belirtilmiştir. Hatta alıcıların siparişlerini daha küçük miktarlar şeklinde ve yerel düzeydeki dağıtıcı ve eczaneler üzerinden yapmak suretiyle ürün tedarikine yönelik farklı arayışlara girmesi de, taraflar arasında yeniden ihracat yasağına yönelik rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma konusundaki bir işbirliğini değil, alıcıların bir anlamda üreticinin söz konusu ticari politikasını engellemeye çalıştıklarını gstermektedir¹⁵³.

Öte yandan bu olayda alıcı konumundaki büyük dağıtıcılar ile üretici arasında yeniden ihracatın engellenmesi veya yeniden ihracattan vazgeçmek için işbirliği yapılması ve bu anlamda üreticinin önlemlerinin kabul edilmesi hususunda, tarafların çıkarlarının birbiri ile bağdaştığından söz etmek de mümkün değildir. Dolayısıyla Komisyon'un ABİDA'nın 101/1. maddesi anlamında rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma açısından, üreticinin tek yanlı davranışı ile somutlaşan ticari politikasının başarısı için, alıcı konumundaki teşebbüslerin de açık veya zımnı iradeleri ile bu rekabet karşıtı amacın gerçekleşmesi doğrultusunda hareket etmeleri gerektiği yönündeki kriteri somut olayda gerekleřmemiřtir¹⁵⁴.

Mahkemeye göre, somut olaydaki koşullar çerçevesinde alıcı konumundaki büyük dağıtıcıları kapsamayan ve üreticinin zorlaması ile ortaya çıkan rekabeti sınırlayıcı tek yanlı bir önlem ile ABİDA'nın 101/1. maddesinde yasaklanan bir anlaşma aynı değildir. Bu anlamda üreticinin rekabeti sınırlayıcı amaç ve etkiye sahip tek yanlı uygulamalarının kapsamına kendisi ile ticari ilişkideki büyük dağıtıcıları da dahil etmeye yönelik bir pazar politikasının varlığının, taraflar arasındaki ilişkinin rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma olarak değerlendirilebilmesi için tek başına yeterli olmadığı belirtilmiřtir¹⁵⁵.

Tek yanlı uygulamalar ile rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma arasındaki ayırım açısından Genel Mahkemenin üzerinde durduğu ve ABAD tarafından da benimsenen bu genel yaklaşımın bu konuda net bir ayırım ortaya koyup koymadığı açık olmadığı gibi bu yaklaşımın pratikteki etkilerinin hl belirsiz ve tartışmalı olduğu belirtilmiřtir¹⁵⁶. Komisyonun hem *Bayer Adalat* hem de *Volkswagen II* kararlarında, bilinçli veya bilinçsiz olarak, anlaşma kavramının sınırlarını genişletme yönündeki eğilimine karşın, Genel Mahkeme ve ABAD'ın bu konuda mesafeli durduğu ve bu anlamda anlaşma kavramını daha sıkı ve dar yorumladığı ifade edilmiřtir¹⁵⁷. Bu anlamda, bazı yazarlara göre ise AB rekabet hukuku uygulamasında bu konuda yeni bir yaklaşımdan söz etmek gtr¹⁵⁸.

¹⁵³ Langen ve Bunte 2010, m. 81 Genel İlkeler, Nr. 31; Eilmansberger 2004, s. 288.

¹⁵⁴ EuGH, 06.01.2004, Rs. C-2/01 P u. C-3/01 P, Slg. 2004, I-23, Nr. 101-103 – “*Bayer Adalat*”.

¹⁵⁵ EuGH, 06.01.2004, Rs. C-2/01 P und C-3/01 P, Slg. 2004, I-23, Nr. 141 – “*Bayer Adalat*”.

¹⁵⁶ Loewenheim vd. 2009, m. 81/1, s. 260, Nr. 92.

¹⁵⁷ Schwinn 2009, s. 76.

¹⁵⁸ Loewenheim vd. 2009, m. 81/1, s. 260, Nr. 92; Hirsbrunner ve Schwarz 2006, s. 179.

Bayer Adalat kararı bağlamında, mevcut uygulamaya da egemen olan ve ABİDA'nın 101/1. maddesine aykırı bir uygulamanın ancak üreticinin davranışı açısından ortaya çıkabileceği yönündeki görüşün geçerliliğini koruduğu söylenebilir. Bu sonuç aynı zamanda Komisyonun bu konuda verdiği cezai yaptırımların niteliğinden de çıkmaktadır. Gerçekten de anlaşma kavramının çağrıştırdığı çok taraflı anlam da dikkate alındığında, bu olayda Komisyon cezai yaptırımları sadece üretici konumundaki Bayer AG'ye karşı uygulamıştır. Rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma açısından bakıldığında, anlaşmanın diğer tarafını oluşturan teşebbüs veya teşebbüslere karşı ise böyle bir cezai yaptırım öngörülmemiştir¹⁵⁹.

Benzer şekilde *Bayer Adalat* kararında Genel Mahkeme ve ABAD tarafından benimsenen bu yaklaşımın somut yansımaları ve pratikteki etkilerinin belirsizliğinden de söz edilmiştir¹⁶⁰. Komisyonun benzer konularda daha önceden verdiği *Ford*, *AEG* ve *Sandoz* gibi kararlar AB Mahkemeleri tarafından da onaylanmıştır. Komisyon Bayer Adalat kararında da benzer yönde bir yaklaşım sergilemekle birlikte bu yaklaşım, somut olaydaki olguların farklılığı nedeniyle, hem Genel Mahkeme hem de ABAD tarafından kabul edilmemiştir¹⁶¹. Öğretiye göre, dikey ilişkiler bağlamında üreticinin büyük dağıtıcıları kendi dağıtım sistemine dahil etmekten kaçınması tek yanlı bir uygulama olmayıp, ABİDA'nın 101. maddesi kapsamında bir anlaşmadır. Üreticinin bir ürünü tek satıcılık veya seçici dağıtım sistemi yoluyla pazara sunduğu durumlarda, bir büyük dağıtıcının dağıtım ağına dahil olması konusundaki bir uzlaşma veya anlaşma da ABİDA'nın 101. maddesi bağlamında "teşebbüsler arasındaki bir anlaşma" olarak değerlendirilmiştir¹⁶². Böyle bir anlaşmanın tarafları ise üretici/sağlayıcı ile alıcı konumundaki mevcut büyük dağıtıcılardır. Bu anlamda büyük dağıtıcılara ürün tedarikinden kaçınmak veya onları dağıtım ağına kabul etmemek şeklindeki davranışlar ise üretici ile büyük dağıtıcılar arasındaki sözleşmesel ilişkinin bir parçasıdır¹⁶³. Bu anlamda ABAD'ın dikey anlaşmalar bağlamında tek yanlı uygulamalar ile bir anlaşma arasındaki ayırım konusunda kesin ve net bir ayırma gitmemekle birlikte, *Bayer Adalat* kararının bu ve benzer sorulara yanıt arayan tartışmalar açısından da yeni bir tartışma zemini oluşturduğu belirtilmiştir¹⁶⁴.

¹⁵⁹ Bruckner 2002, s. 181; Eilmansberger 2004, s. 286. Dolayısıyla alıcıların (dağıtıcılar) üreticinin söz konusu uygulamalarını benimsemedikleri durumlarda bir anlaşmadan söz etmek de olası değildir. Bu da Komisyonun üretici ve alıcılar arasında bu tarz rekabet karşıtı davranışlarla ilgili olaylarda para cezasını alıcı konumundaki teşebbüslerden ziyade üreticiye kesmesi yönündeki eğilimi için de bir neden olabilir. Bkz. Hirsbrunner ve Schwarz 2006, s. 180.

¹⁶⁰ Loewenheim vd. 2009, m. 81/1, s. 260, Nr. 92.

¹⁶¹ EuGH, 06.01.2004, Rs. C-2/01 P und C-3/01 P, Slg. 2004, I-23, Nr. 104, 106-109.

¹⁶² EuGH, 13.7.1966, C-56/64, 58/64, Slg. 1966, XII, s. 429 – "Grundig-Consten".

¹⁶³ Loewenheim vd. 2009, m. 81/1, s. 261, Nr. 92.

¹⁶⁴ Loewenheim vd. 2009, m. 81/1, s. 260, Nr. 91.

4. TEK YANLI UYGULAMALARIN REKABETİ SINIRLAYICI ETKİLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ KONUSUNDA DİĞER YAKLAŞIMLAR

4.1. İlgili Ürün Pazarını Dar Tanımlanmak Suretiyle Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Yasağı Açısından Değerlendirme

AB rekabet hukukunda hakim durumda olmayan teşebbüslerin başvurduğu tek yanlı uygulamaların rekabet karşıtı etkileri AB Komisyonu tarafından ABİDA'nın 101. maddesindeki anlaşma kavramı geniş yorumlanmak suretiyle, rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar kapsamında değerlendirilmiştir. Nitekim yukarıda bahsi geçen *Bayer Adalat, Volkswagen II, Ford, BMW/ALD* ve *Opel* kararlarında da bu yaklaşımı görmek mümkündür. Komisyonun bu kararları genellikle AB Mahkemeleri tarafından da onaylanmıştır.

Bununla birlikte, böyle bir davranışın bir anlaşma olarak değerlendirilemediği veya anlaşmanın koşullarının somut olayda yeterince ispatlanamadığı durumlarda, özellikle de ürün tedarikinden kaçınma şeklindeki davranışların genişletici bir yorumla ABİDA'nın 102. maddesi kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususu¹⁶⁵ bir diğer tartışmadır.

Bilindiği gibi ABİDA'nın 102. maddesi iç pazarın tamamı veya onun önemli bir bölümünde hakim durumun rekabet karşıtı davranışlar ile kötüye kullanılmasını yasaklamaktadır. AB rekabet hukukundaki bu tartışmalar bağlamında, rekabeti sınırlayıcı davranışlar konusunda ABİDA'nın 101. maddesi ile ABİDA'nın 102. maddesi arasında aslında bir anlamda fikri içtima (*Ideal Konkurrenz*) bulunduđu¹⁶⁶ ve bu nedenle de somut olay açısından her iki hükmün de yan yana uygulanabilme (*parallele Anwendung*) özelliği olduğu belirtilmiştir¹⁶⁷. Bu konuda somut olayın özelliğine göre, bir teşebbüsün rekabet karşıtı bir davranış ile her iki hükmü de birlikte ihlal etmesi mümkündür. Aynı şekilde ABİDA'nın 101. maddesi yanında ABİDA'nın 102. maddesi de iç pazarda rekabetin bozulmasının engellenmesi hedefi bağlamında, AB rekabet hukukunun ikinci taşıyıcı kolunu olarak deđerlendirilmektedir¹⁶⁸. Bu anlamda ABİDA'nın 102. maddesi esasen hakim durumun olduğu bir pazarda kalan rekabeti veya bu pazar ile bağlantılı

¹⁶⁵ Schwinn 2009, s. 193.

¹⁶⁶ Örneğin fiyat açısından kötüye kullanma nitelikli davranışlara başvuran bir kartelin bu davranışları rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma olarak ABİDA'nın 101/1. maddesine aykırılık oluştururken, yıkıcı fiyat uygulaması da tek başına ABİDA'nın 102/2. maddesinin (a) bendine aykırı bir davranıştır. Keza ABİDA'nın 102. maddesi aynı zamanda böyle bir kartele üye hakim durumdaki bir teşebbüsün davranışlarının da yasaklanabilmesine imkân tanımaktadır. Bkz. Immenga vd. 2012, ABİDA m. 102, Nr. 26.

¹⁶⁷ Immenga vd. 2012, ABİDA m. 102, Nr. 27.

¹⁶⁸ Immenga vd. 2012, ABİDA m. 102, Nr. 1.

ya da komşu bir pazardaki rekabeti hakim durumdaki teşebbüsün dışlayıcı davranışlarına karşı korumaktadır¹⁶⁹.

Dolayısıyla yeniden ihracatı engellemek amacıyla ürün tedarikini sınırlama veya benzer diğer tek yanlı uygulamaların ABİDA'nın 102. maddesi kapsamında kötüye kullanma nitelikli bir davranış olarak değerlendirilebilmesi için ilgili ürün pazarının tespiti önem kazanmaktadır¹⁷⁰. Bu konuda tartışmalı olan husus, ilgili ürün pazarının dar tanımlanması yoluyla ABİDA'nın 102. maddesinin uygulama alanının bir anlamda genişletilip, hakim durumda olmayan bir teşebbüsün tek yanlı uygulamalarının da hakim durumun kötüye kullanılması yasağı kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. Bu şekilde genişletici bir yorum ile tek yanlı uygulamalar konusunda ortaya çıkan “yasal boşluğun” da bir anlamda *de facto* açılmış olacağı belirtilmiştir.¹⁷¹

Bu tarz tartışmalar ise *Bayer Adalat* olayı ile benzer olan *GlaxoSmithKline* kararı¹⁷² bağlamında ortaya çıkmıştır. İlaç üreticisi *GlaxoSmithKline* Yunanistan pazarında faaliyet gösteren ve diğer AB üyesi ülkelere de paralel ihracat yapan büyük ilaç dağıtıcılarına ürün vermeyi reddetme veya bunların siparişlerini kısmen karşılamak şeklinde davranışlara başvurdu¹⁷³. Somut olaydaki tartışmalar ise daha çok ilgili ürün pazarının tanımlanması noktasında ortaya çıkmıştır. Bilindiği üzere bu konuda belirleyici olan bir ürünün ikame edilebilirliğidir¹⁷⁴. *GlaxoSmithKline* olayında söz konusu olan geçici hukuki korumayla ilgili yargısal süreçte Yunanistan Rekabet Komisyonu (*Epitropi Antagonismou*), bir kere reçete edilen bir ilacın artık eczacı açısından ikame edilebilir olmadığı gerekçesiyle, reçete ile satılan her ilaç için ayrı bir ilgili ürün pazarının tanımlanması gerektiğini vurgulamıştır¹⁷⁵. Bu durumda söz konusu ilacı üreten teşebbüsler her durumda ilgili ürün pazarında hakim durumda olacaklarından, rekabet karşıtı tek yanlı uygulamaları da ABİDA 102. madde kapsamında değerlendirilebilecekti¹⁷⁶.

Bununla birlikte, sorunun çözümünde ön planda tıbbi ilaçların reçeteye satılması zorunluluğunu esas alan bu yaklaşımın, aynı zamanda bir kez

¹⁶⁹ Immenga vd. 2012, ABİDA m. 102, Nr. 5.

¹⁷⁰ Eilmansberger 2004, s. 293.

¹⁷¹ Schwinn 2009, s. 193. Öte yandan öğretilerde bazı görüşlere göre ise özellikle de yeniden ihracatı engellemeye yönelik olarak ürün tedarikinde sınırlamaya gidilmesi durumunda, böyle bir davranışın *zorunlu unsur doktrini* (*essential facilities doctrine*) açısından ele alınıp alınmayacağı sorusu akla gelmekle birlikte, söz konusu doktrinin katı kriterleri karşısında böyle bir çözüm önerisinin pek rasyonel olamayacağı belirtilmiştir. Bkz. Eilmansberger 2004, s. 292.

¹⁷² EuGH, 31.5.2005, Rs. C-53/03, Slg. 2005, I-4609, Nr. 3-6 - “*GlaxoSmithKline*”.

¹⁷³ EuGH, 31.5.2005, Rs. C-53/03, Slg. 2005, I-4609, Nr. 11-12 - “*GlaxoSmithKline*”.

¹⁷⁴ EuGH, 13.02.1979, Slg. 1979, s. 461, Nr. 28 - “*Hoffman-La Roche*”.

¹⁷⁵ Griechische Wettbewerbskommission, 03.08.2001, Glaxo Wellcome, Nr. 193/III/2001, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht International Teil (GRUR Int.)* 2002, s. 534.

¹⁷⁶ Schwinn 2009, s. 194.

reçeteye yazılmış bir ilacın ikamesinin hangi eczanelere yasaklandığı gibi tıbbi ilaçlar konusundaki ulusal yasal düzenlemeler ile birlikte anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. Dolayısıyla bu konuda bir genelleme yapmaktan ziyade, daha çok spesifik durumlara özgü bu yaklaşımın, tartışmalı olduğu belirtilmiştir¹⁷⁷. Bu anlamda tıbbi ilaçlar açısından ilgili ürün pazarının dar tanımlanması şeklindeki bu yaklaşımın, diğer ürünler açısından yapılacak değerlendirmeler konusunda da geçerli olamayacağı, başka bir anlatımla bu konuda bir genellemeye ulaşılamayacağı belirtilmiştir¹⁷⁸. Başka bir anlatımla, böyle bir sonucun ancak çok istisnai durumlarda, bir üreticiye ait bir marka veya ürün (*preparat*) gibi diğer spesifik ürünler açısından geçerli olabileceđi¹⁷⁹, bu anlamda rekabet politikasının gereksinimleri doğrultusunda, rekabeti sınırlayıcı nitelikteki tek yanlı uygulamalar açısından, daha geniş kapsamlı bir yasaklama olanağı için ABİDA'nın 102. maddesinin uygulanamayacağı belirtilmiştir¹⁸⁰.

Sonuç olarak, hakim durumda olmayan bir teşebbüsün başvurduğu ürün tedarikinden kaçınma şeklindeki tek yanlı uygulamaların ABİDA'nın 102. maddesi kapsamında değerlendirilebilmesi yönünde tartışmalar olmakla birlikte, ABİDA'nın 101. maddesi ile 102. maddesi arasında ortaya çıkan bu bir anlamda “bilinçli kanun boşluğunun” (*planmäßige Regelungslücke*), ABİDA'nın 102. maddesinin genişletici bir şekilde yorumlanması suretiyle aşılması yönündeki bu tartışmalar, ilgili hükümde belirtilen “hakim durum” maddi koşulunun

¹⁷⁷ Krşl. Griechische Wettbewerbskommission, *GRUR Int.* 2002, s. 534-535; Ayrıca bkz. Schwinn 2009, s. 194.

¹⁷⁸ Gerçekten de ilacın reçeteye yazılma zamanı açısından getirilen bu yaklaşım pek ikna edici bulunmamıştır. Çünkü Yunanistan Rekabet Komisyonu ilgili pazarı tanımlarken bir ilacın doktor tarafından yazılma anından hareket etmektedir. Buna karşın bir ilacın reçeteye yazılmasından önceki aşamada aynı doktor çoğu zaman benzer farmakolojik etkilere sahip olan ve bu anlamda reçeteye de yazılabilecek nitelikte farklı ilaçlar açısından bir tercih olanağına da sahiptir. Aynı zamanda bunlar pazarda rekabet halindeki ilaçlar olup, hep birlikte bir ilgili ürün pazarı oluşturmaktadırlar. Dolayısıyla bu ayrıntının somut olayda Yunanistan Rekabet Komisyonu tarafından atlandığı belirtilmiştir. Bu hususta bkz. Schwinn 2009, s. 195. Nitekim Komisyon da tıbbi ilaçlar konusundaki sorunlarda ilgili ürün pazarını tanımlarken, benzer veya eşdeğer tedavi edici ve farmakolojik özelliklere sahip olan ilaçların birlikte aynı ilgili ürün pazarını oluşturduklarını kabul etmektedir. Bkz. Kommission, 09.08.1999, *Hoechst/Rhone-Poulenc*, WuW/E EU-V 335, *Wirtschaft und Wettbewerb*, 10/1999, s. 1149, Nr. 10.

¹⁷⁹ Nitekim *Syfait u.a./GlaxoSmithKline* olayının itiraz incelemesinde ara karar aşamasındaki dilekçesinde de genel savcı Francis G. Jacobs, hakim durumdaki bir ilaç firmasının paralel ticareti engellemek için ürün tedarikinden kaçınmak şeklindeki davranışının ABİDA'nın 102. maddesi bağlamında kötüye kullanma olarak değerlendirilme zorunluluğu olmadığını belirtmiştir. Buna göre ürün tedarikinden kaçınma şeklindeki bir davranış belirli koşullar altında hakim durumdaki teşebbüsün ticari çıkarlarının korunması açısından yerinde olabileceği gibi somut duruma göre haklı bir neden olarak da görülebilir. Bkz. *GA Jacobs*, *Schlussanträge v. 28.10.2004*, *Syfait u.a./GlaxoSmithKline*, Rs. C-53/03, Nr. 100, 105.

¹⁸⁰ Schwinn 2009, s. 195.

somut olayda sağlanamaması nedeniyle, sonuçsuz olarak değerlendirilmiştir. ABİDA'nın 102. maddesi her şeyden önce bir teşebbüsün ilgili ürün pazarında hakim durumda olmasını öngördüğünden, hakim durumda olmayan bir teşebbüsün kendi alıcılarına karşı başvurduğu tek yanlı bir uygulamanın yasaklanmasına elverişli bir hüküm değildir¹⁸¹. En nihayetinde ABİDA'nın 102. maddesinde yer alan hakim durumun kötüye kullanılması yasağı, her şeyden önce ekonomik bir kriterden ziyade, maddi hukuka özgü bir değerlendirme kriteridir¹⁸².

4.2. Tüketici Refahı Açısından Değerlendirme

Tüketici refahı (*Verbraucherwohlfahrt, Konsumentenwohlfahrt*) da teşebbüslerin rekabet karşıtı davranışlarının değerlendirilmesinde AB rekabet hukukunda son zamanlarda üzerinde durulan bir hareket noktasıdır¹⁸³. Bu anlamda hakim durumda olmayan bir teşebbüsün tek yanlı uygulamalarının rekabet üzerindeki etkilerinin analizinde tüketici refahından hareketle bir değerlendirme yapılabilir mi sorusunun cevabı tartışmalıdır. Çalışmamızın bu bölümünde AB rekabet hukukundaki tartışmalar bağlamında bu husus ele alınacaktır.

AB Komisyonunun da son dönemde önem verdiği iktisadi yaklaşım (*more economic approach*) esasen bir davranışın rekabet karşıtı etkilerinin değerlendirilmesinde iktisadi etkinlik bağlamında tüketici refahının da gözetilmesini öngörmektedir¹⁸⁴. Bu konudaki tartışmalar açısından ortaya çıkan bir diğer sorun ise genel anlamda rekabet hukuku düzenlemelerinin ve bu anlamda özellikle de ABİDA'nın 101. ve 102. maddesinin bir sistem olarak rekabeti mi, yoksa tüketici refahını mı korumayı amaçladığıdır¹⁸⁵.

Bu konudaki genel yaklaşım ABİDA'nın 102. maddesinin esasen doğrudan tüketicileri korumaya yönelik olmadığı, aksine hakim durumun olduğu pazarda

¹⁸¹ Schwinn 2009, s. 197.

¹⁸² Hatta bu konuda Roma hukukundan gelen *ultra posse nemo tenetur* ("kimse imkânsız olan ile yükümlü değildir") şeklindeki ilke de bu duruma örnek olarak gösterilmiştir. Bkz. BASEDOW, J. (2007), "Konsumentenwohlfahrt und Effizienz – Neue Leitbilder der Wettbewerbspolitik?", *Wirtschaft und Wettbewerb*, No: 7, s. 714.

¹⁸³ WURMNEST, W. (2012), *Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch*, 2. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen, Deutschland, s. 210-211.

¹⁸⁴ DREXL, J. (2010), "Competition Law as Part of the European Constitution", A. Bogdandy ve J. Bast (der.), *Principles of European Constitutional Law* içinde, Hart Publishing, Oxford, s. 685.

¹⁸⁵ Behrens 2008, s. 37; Körber 2007, s. 523. Nitekim Türk rekabet hukuku uygulaması açısından da rekabet hukukunun nihai amacını teşkil eden tüketici refahının her zaman göz önünde bulundurulması gerektiği belirtilmiştir. Hatta eğer ekonomik analize ağırlık verilecekse ve tek yanlı davranışın tüketici refahına doğrudan etkisi mümkün olan en nesnel şekilde ölçülmeye çalışılacaksa Alman veya AB mevzuatı tarzı düzenlemelerin bu yaklaşımı karşılayamayacağı ve bu anlamda riskli olmakla birlikte ABD *antitrust* mevzuatının avantajlı olduğu belirtilmiştir. Bu konuda geniş değerlendirmeler için bkz. Odman Boztosun 2010, s. 142 vd.

kalan rekabeti korumayı ve hakim durumla bağlantılı pazardaki olası rekabet karşıtı davranışları engellemeyi de hedeflediđidir¹⁸⁶. Başka bir ifadeyle bu konuda üçüncü tarafın rekabetini (*Wettbewerb Dritter*) de kapsayan rekabetçi bir pazar yapısının korunması amacı söz konusudur¹⁸⁷. Bu durum zaten ABAD'ın eski kararlarından birisi olan *Continental Can* kararında¹⁸⁸ da vurgulanmıştır. Benzer şekilde ABAD, tüketici refahı ile bağlantılı olarak etkinlik savunmasını, dışlayıcı davranışların analizinde uygulamada ortaya çıkan sorunlara yol gösterebilmek amacıyla hazırlanan Komisyon Tartışma Metninin (*Diskussionpapier, Tartışma Metni*)¹⁸⁹ yayınlanmasından yaklaşık bir yıl sonra verdiği *British Airways*¹⁹⁰ kararında dikkate almakla birlikte¹⁹¹, rekabetçi bir pazar yapısının da önemini vurgulamaktan geri kalmamıştır. Keza Genel Mahkeme de *France Telecom*¹⁹² ve *Microsoft*¹⁹³ kararlarında benzer yönde tespitlere yer vermiştir.

AB Komisyonu ve AB Mahkemelerinin geleceğe dönük değerlendirmeleri açısından üzerinde durdukları bir diğer husus ise rekabetin sınırlanmasının aynı zamanda tüketicilerin de refahında bir azalmaya yol açıp amayacađıdır¹⁹⁴. Rekabet hukuku ve ekonomi biliminin bu konudaki ortak yaklaşımı etkin bir rekabetin nihayetinde tüketici refahını da olumlu yönde etkileyeceğidir. ABİDA'nın 101/1. maddesinde rekabeti sınırlayıcı davranışlara yönelik yasaklara ABİDA'nın 101/3. maddesi ile getirilen istisnai durumdan da anlaşılacağı üzere¹⁹⁵, rekabet hukuku açısından tüketici yararının önemsiz olmadığı gerçeği açıkça ortaya çıkmaktadır. Bu hükme göre, rekabeti sınırlayıcı hükümlere rağmen muafiyet olanağına sahip olan anlaşma veya anlaşma grupları için muafiyet açısından gerekli koşullardan birisi de tüketicilerin bundan yarar sağlamasıdır. Bu anlamda Genel Mahkemenin özellikle de *GlaxoSmithKline* kararında yaptığı değerlendirmelerin, bu konuda neredeyse bir paradigma değişikliği olduğu dahi belirtilmiřtir¹⁹⁶. Buna göre tüketici refahı, şimdiye kadar olduğu gibi ABİDA 101/3. maddesinden de

¹⁸⁶ Immenga vd. 2012, ABİDA m. 102, Nr. 5.

¹⁸⁷ Dreher ve Adam 2006, s. 267.

¹⁸⁸ EuGH, 21.2.1973, Rs. 6/72, Slg. 1973, s. 215, Nr. 106 – “*Continental Can*”.

¹⁸⁹ European Commission (2005), *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, European Commission, Brussels.

¹⁹⁰ EuGH, 15.3.2007, Rs. C-95/04 P, EuZW 2007, 306, Nr. 106 – “*British Airways*”.

¹⁹¹ Drexl 2010, s. 688.

¹⁹² EuG, 30.1.2007, Rs. T-340/03, Nr. 266 – “*France Telecom*”.

¹⁹³ EuG, 17.09.2007, Rs. T-201/04, WuW/E EU-R 1307, Nr. 664 – “*Microsoft*”.

¹⁹⁴ Körber 2007, s. 523.

¹⁹⁵ Basedow 2007, s. 713. Tüketici yararını esas alan hükümler ABİDA'nın 101/3. maddesi ile sınırlı değildir. ABİDA'nın 102/2. maddesinin (b) bendi yanında, yoğunlaşmaların kontrolü hakkındaki tüzük (*Merger Control Regulation*) m. 2(1)(b) hükmü de tüketicilerin menfaatine yönelik hükümlere örnek gösterilebilir. Bkz. Drexl 2010, s. 686.

¹⁹⁶ Behrens 2008, s. 37; Körber 2007, s. 523; Wurmnest 2012, s. 216.

anlaşıldığı kadarıyla rekabet sınırlamalarına karşı korunması gereken ve bu anlamda sadece rekabet sürecinin bir sonucu olduğu şeklinde anlaşılmamalıdır. Aksine tüketici refahı bir teşebbüsün rekabeti sınırlayıcı nitelikteki somut davranışlarının analizinde doğrudan bir kriter olarak da ele alınabilir¹⁹⁷. Dolayısıyla bir teşebbüsün rekabeti sınırlayıcı nitelikteki belirli bir pazar stratejisinin ABİDA'nın 101/1. maddesi ile bağdaşırılığının değerlendirilmesinde belirleyici olan kriterlerden birisi de bu davranışın tüketicilere zarar vermemesi, başka bir ifadeyle tüketici refahını azaltmayıp, aksine artırmasıdır. Bu konuda nedensellik zincirinin rekabetçi davranışlardan tüketici refahına doğru geliştiği belirtilmiştir¹⁹⁸. Benzer durum ABİDA'nın 102. maddesinde belirtilen kötüye kullanma nitelikli davranışlar için de geçerlidir. Nitekim Tartışma Metni'nde de vurgulandığı üzere, ABİDA'nın 102. maddesinde pazar gücüne sahip teşebbüsler için öngörülen kötüye kullanma yasağı sadece rekabetin korunması amacına yönelik olmayıp, aksine bu yasak çoğu zaman hakim durumdaki bir teşebbüsün tüketiciler için dezavantaj yaratan davranışlarına karşı da uygulanmaktadır¹⁹⁹. Bu anlamda Komisyonun özellikle de Tartışma Metni ile başlayan süreçte etki temelli, başka bir ifadeyle de sonuca yönelik bir yaklaşıma (*ergebnisorientierte Ansatz*) yöneldiğini söylemek mümkündür²⁰⁰.

Benzer şekilde Komisyon'un 2009 yılında yayınlanan "Hakim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanmalarında 82. Madde Uygulama Önceliklerine İlişkin Rehber"de (82. Madde Rehberi)²⁰¹ de Komisyon, ağırlıklı olarak tüketicilere zarar veren kötüye kullanma nitelikli davranışlar üzerinde yoğunlaşmaktadır. Bu anlamda, rekabetin tüketiciler için düşük fiyat, yüksek kalite ve yeni veya daha iyi kalitedeki mal veya hizmetlerin sunulması şeklinde yararlar sağlayacağı belirtilmiştir²⁰². Dolayısıyla Komisyonun da ABİDA'nın 102. maddesinin uygulanmasında pazarda etki temelli bir yaklaşımı önemseydiği söylenebilir²⁰³. Komisyon, dışlayıcı davranışlara yönelik bu yaklaşımın temelinde

¹⁹⁷ IMMENGA, U. (2006), "Ökonomie und Recht in der Europäischen Wettbewerbspolitik", *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, No: 4, s. 346; Basedow 2007, s. 712.

¹⁹⁸ Behrens 2008, s. 37.

¹⁹⁹ Tartışma Metni 2005, paragraf 56.

²⁰⁰ KÜNZLER, A. (2008), *Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit*, Mohr Siebeck, Tübingen, Deutschland, s. 454.

²⁰¹ Europäischen Kommission (2009), "Mitteilung der Kommission – Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch Marktbeherrschende Unternehmen", <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:DE:PDF>, Erişim Tarihi: 20.08.2013.

²⁰² 82. Madde Rehberi 2009, paragraf 4.

²⁰³ Bu durumun aslında daha 2000'li yılların başında yayınlanan dikey anlaşmalara ilişkin Komisyon Kılavuzu ile başlayıp, 2005 yılında yayınlanan Komisyon tartışma metni ile devam edip günümüze kadar gelen bir sürecin devamı olduğu belirtilmiştir. Bkz. BASEDOW, J. (2007), "Konsumentenwohlfaht und Effizienz – Neue Leitbilder der Wettbewerbspolitik?", *Wirtschaft und*

sadece rakipleri korumanın değil, her Şeyden önce bir kurum veya sistem olarak rekabetin korunması amacının da bulunduğunu belirtmiştir. Bu aynı zamanda rekabetin, tüketicilere fiyat, tercih olanağı, kalite ve yenilik anlamında daha az sunan teşebbüslerin de pazardan çıkması anlamına gelmesidir²⁰⁴.

Bununla birlikte, tüketici refahını esas alan yaklaşımlar aşıısından rekabetin bir kurum veya sistem olarak korunması gerektiği, rekabet özgürlüğü ve iç pazar hedefi gibi amaçların ise önemsiz olduğu gibi bir sonuç da söz konusu deđildir²⁰⁵. Hatta ilk bakışta göze çarpan bütün bu amaçların arka planında da tüketici refahı hedefinin bulunduğunu söylemek dahi pekala mümkündür²⁰⁶. Tartışma Metni'nde, ABİDA'nın 102. maddesinin uygulanması bağlamında dışlayıcı davranışların analizinde tüketiciler için potansiyel veya fiili olarak zararlı etkileri olabilecek rekabet karşıtı davranıŐlar²⁰⁷ üzerinde yođunlaŐan ve bu anlamda ağırlıklı olarak tüketici refahını esas alan bir yaklaşım yönündeki eğilimin de ayrı bir önem kazandığını vurgulamak gerekiyor²⁰⁸. Benzer Şekilde Komisyon Rehberi'nde de doğrudan tüketicilere zarar veren, örneğin aşırı yüksek fiyatlar veya entegre bir iç pazara ulaşılması hedefi bağlamındaki çabalara zarar veren davranışların da aynı Şekilde ABİDA'nın 102. maddesine aykırı olduğu ve Komisyonun da bu tarz davranışlara, özellikle tüketicilerin korunması ve iç pazarın düzgün iŐleyiŐinin aksi takdirde sağlanamayacağı durumlarda müdahale edebileceği belirtilmiŐtir²⁰⁹.

Tüketici refahını gözeten bu yaklaşım, iç pazarda paralel ticareti engellemeye yönelik davranışlar bağlamında ilk defa Genel Mahkemenin hukuk sözcüsü tarafından yine *GlaxoSmithKline* ile ilgili bir olayda ortaya çıkmıŐtır²¹⁰. Tüketici refahını azaltan davranışlara karşı tüketicilerin doğrudan korunması yönündeki bu yaklaşım, üçüncü tarafların rekabet özgürlüğünü ise, örneğin rekabeti sınırlayıcı davranışların aynı zamanda tüketici refahını da olumsuz etkilediği istisnai durumlarda gözetmektedir. Bununla birlikte AB Mahkemelerinin Őimdiye kadar olan uygulamalarına bakıldığında, bu yönde açık ve net bir yaklaşımın ortaya çıktığını söylemek henüz gütür²¹¹.

Wettbewerb, No: 7, s. 712. Ayrıca bkz. UZUNALLI, S. (2010), "Avrupa Birliği Rekabet Hukuku IŞığında Yıkıcı Fiyat Uygulamaları ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması", *Rekabet Dergisi*, No:11(4), s. 63-65.

²⁰⁴ 82. Madde Rehberi 2009, paragraf 6.

²⁰⁵ DREHER, M. ve M. ADAM (2006), "The More Economic Approach to Art. 82 EC and the Legal Process", *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, No: 2, s. 266-267.

²⁰⁶ Körber 2007, s. 523.

²⁰⁷ Dreher ve Adam 2006, s. 273. Ayrıca krşl. Tartışma Metni 2005, paragraf 55.

²⁰⁸ Tartışma Metni 2005, paragraf 4, 54; Drexl 2010, s. 688.

²⁰⁹ 82. Madde Rehberi 2009, paragraf 7.

²¹⁰ EuGH, 16.9.2008, Rs. C-468/06 - C-478/06, Slg. 2008, I-7319 – "*GlaxoSmithKline*".

²¹¹ Bu konudaki genel yaklaŐımlara göre iç pazar hedefi aşıısından vazgeçilmez olan rekabet hukuku hükümleri sadece tüketiciler için değil, aynı zamanda teşebbüsler için de vardır. Bu elbette ki

Sonuç olarak, AB rekabet hukukundaki tartışmalar açısından bakıldığında, hakim durumda olmayan bir teşebbüsün alıcı konumundaki teşebbüslere karşı başvurduğu örneğin ürün tedarikinden kaçınma veya ürün tedarikini sınırlama şeklindeki tek yanlı uygulamaların tüketici refahı açısından yapılacak bir değerlendirme ile rekabeti sınırlayıcı bir davranış olarak görülüp görülmeyeceği hususu tartışmalıdır. Bu konudaki görüşlere göre, AB rekabet hukukunun yerleşik uygulaması açısından bakıldığında doğrudan tüketici refahını koruyan bir durum söz konusu olmayıp, tüketici refahı da bu anlamda rekabetin bir kurum veya sistem olarak korunması hedefinin dolaylı bir sonucudur²¹². Bununla birlikte tek yanlı uygulamaların tüketici tercihlerini ve bu anlamda tüketicilerin seçme özgürlüğünü etkileme potansiyelleri, bu tarz davranışların rekabet hukuku açısından ele alınmasını gerektirmektedir. Dolayısıyla, tüketici refahı bu konuda yapılacak değerlendirmeler için tek başına yeterli veya belirleyici bir kriter olmamakla birlikte, bunun AB rekabet hukuku uygulamasında en başta rekabet özgürlüğü olmak üzere, diğer bazı ilkeler ile birlikte yol gösterici bir kriter olabileceği belirtilmiştir²¹³.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

AB rekabet hukukunda hakim durumda olmayan bir üretici veya sağlayıcının alıcı konumundaki teşebbüslere karşı başvurduğu tavsiye, uyarı, talimat, istek veya talep gibi tek yanlı uygulamalar, AB Komisyonu tarafından, ABİDA'nın 101/1. maddesinde yer alan anlaşma kavramını geniş yorumlamak suretiyle, rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar kapsamında değerlendirilmiştir. Yukarıda bahsi geçen *AEG*, *BMW/ALD*, *Volkswagen II* ve *Opel* kararlarında da görüldüğü üzere, Komisyon özellikle paralel ihracatın önlenmesi, ilgili dağıtım anlaşması kapsamına yeni bir bayiinin alınmasının reddi ve yeni bir araç modelinin yeniden satışında uygulanacak indirim miktarı gibi üreticinin başvurduğu tek yanlı uygulamaları, ABİDA'nın 101/1. maddesi bağlamında rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma olarak değerlendirmiştir. Bu hususta taraflar arasında devam eden ticari ilişkinin, bir anlamda anlaşma açısından gerekli olan taraf iradelerinin varlığı hususuna da esas teşkil ettiği belirtilmiştir. Komisyon bahsi geçen kararlarda

tüketicilerin ve teşebbüslerin karşılıklı çıkarları arasında herhangi bir çatışma olmadığı anlamına da gelmemektedir. Fakat bunlar nihayetinde uygulamada iç pazar hedefinin gerçekleştirilmesi bağlamında AB hukukundaki yasal düzenlemeler doğrultusunda çözülecek sorunlardır. Bu anlamda genel kamunun yararına olan hususların aynı zamanda tüketicileri de dolaylı yoldan koruyan, onlara avantaj sağlayan hususlar olduğunu söylemek de mümkündür. Dolayısıyla rekabet özgürlüğü açısından bakıldığında ABİDA'nın 101/3. maddesi aynı zamanda rekabet özgürlüğü ile ilgili standartları da içermektedir. Bununla birlikte bu standartların ABİDA'nın 102. maddesi bağlamında ortaya çıkan tek yanlı bir uygulama açısından da uygulanabilir olup olmadığı hususunun ise büyük oranda tartışmalı olduğu belirtilmiştir. Bkz. Behrens 2008, s. 39.

²¹² Behrens 2008, s. 40-41.

²¹³ Basedow 2007, s. 715.

tarafklar arasındaki hukuki ilişki görünüşte tek yanlı olsa da bunun esasında karşılıklı irade uyuşmasının söz konusu olduğu bir işbirliği ve bu anlamda bir koordinasyon bağlamında gerçekleştiğini vurgulamıştır. Bu yaklaşımın Genel Mahkeme ve ABAD tarafından da genellikle benimsendiği gözlenmiştir.

Bununla birlikte *Bayer Adalat* olayı ile birlikte bu konuda bir paradigma değişikliğinden söz edilmiştir. *Bayer Adalat* olayında retici Bayer AG'nin, *Adalat* rnnn düşük fiyatla sayıldığı İşpanya ve Fransa pazarından, daha yüksek fiyatla satıldığı Büyük Britanya pazarına yeniden ihracat yapılmasına engel olmak için her iki ülkedeki büyük dağıtıcı konumundaki teşebbüslere karşı başvurduğu ürün tedarikini reddetme veya ilgili pazarlarda ürüne yönelik talep miktarı çerçevesinde ürün tedarikini sınırlama şeklindeki davranışlar, Komisyon tarafından ABİDA'nın 101/1. maddesi bağlamında rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma olarak değerlendirilmiştir. Genel Mahkeme ise üreticinin yeniden ihracatı engellemek için başvurduğu bu tarz tek yanlı uygulamaların üretici ile alıcı konumundaki dağıtıcılar arasında bir anlaşma olup olmadığı hususunun somut olayda açıkça ispatlanamadığı gerekçesiyle bu kararı bozmuştur. Mahkemeye göre, taraflardan birisinin diğerine karşı başvurduğu ve rekabet karşıtı bir amaç güden bir davranış için karşı tarafın da bu amaı birlikte gerçekleştirmek konusundaki en azından zımnı kabul iradesinin varlığı gerekmektedir. Dolayısıyla Genel Mahkeme böyle bir ortak amaı gerçekleştirmeye yönelik davranışın ilk bakışta dahi alıcı konumundaki teşebbüsün ticari çıkarları ile bağdaşmadığını, başka bir anlatımla onun ticari çıkarlarına aykırılığının anlaşıldığı durumlarda taraflar arasındaki ilişkinin bir anlaşma olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir.

Genel Mahkemeye göre üreticinin tek yanlı uygulamalarının rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma olarak değerlendirilebilmesi için alıcının da bu yönde açık veya zımnı bir kabul iradesi gerekmektedir. Fakat somut olayda Bayer AG'nin ürün tedarikini sınırlama ve ürünün satıldığı pazardaki talep miktarını kontrol etmeye yönelik tek yanlı ticari politikası karşısında alıcı konumundaki büyük dağıtıcıların da daha yerel düzeydeki küçük bayiler ve hatta eczaneler vasıtasıyla siparişlerini bölmek suretiyle ürün tedarik etmeye çalışmaları, aynı şeklide ürünün teslim yeri bilgisinin aktarılmasının kesilmesi konusunda Bayer AG'ye baskı yapmaları gibi çabaları dikkate alındığında, bu konuda üreticinin tek yanlı uygulamalarının zımnı dahi olsa kabul edilmediği sonucu ortaya çıkmaktadır.

Öte yandan Komisyon tek yanlı uygulamaların rekabet karşıtı etkilerini değerlendirirken bu konuda gerçek anlamda tek yanlı uygulamalar ile görünüşte tek yanlı uygulamalar şeklinde bir ayrıma gitmiştir. Dolayısıyla bir teşebbüsün kendisi ile ekonomik bütünlük oluşturan başka bir teşebbüse (rneğin acente veya komisyoncu) karşı başvurduğu davranışların rekabeti sınırlayıcı davranışlar olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte, taraflar arasında

özellikle süreklilik taşıyan bir ticari ilişki bağlamında üreticinin başvurduğu tek yanlı uygulamalar alıcı konumundaki teşebbüs veya teşebbüsler tarafından açık veya zımni bir irade beyanı ile benimseniyorsa, başka bir ifadeyle alıcı konumundaki teşebbüs üreticinin belirlediği bu pazar stratejisi ile uyumlu davranışlar sergiliyorsa, bu durumda somut davranışın bir anlaşma olarak değerlendirilmesi mümkündür.

Görünüşte tek yanlı uygulamalar olarak da tanımlanan bu tarz davranışlar açısından, üretici tarafından başvuru davranışın başarısı ve bu anlamda öngörülen rekabeti sınırlayıcı amaç veya etkinin gerçekleşmesi, alıcı konumundaki teşebbüsün de bu davranışı benimsemesi ile mümkündür. Dolayısıyla üreticinin tek yanlı uygulamalarının aynı zamanda alıcının da ticari çıkarları ile uyumlu olması gerekir. Çünkü bu ihtimalde üreticinin başvurduğu ticari politikanın başarısı, aynı zamanda alıcının da bu yönde karşılıklı bir iradesinin varlığı ve bu anlamda taraflar arasındaki işbirliğine bağlıdır. Nitekim Genel Mahkeme *Volkswagen II* kararında, üreticinin *VW Passat*'ın yeni modelinin satışında uygulanacak indirim oranlarını sınırlamaya yönelik taleplerini rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma olarak değerlendiren Komisyon kararını, bu durumun alıcı konumundaki bayilerin ticari çıkarları ile uyuşmadığı gerekçesiyle yerinde bulmamıştır. Öte yandan üreticinin tek yanlı uygulamaları ile somutlaşan ticari politikası aynı zamanda pazarda alıcıları disipline etmeye yönelik bir kontrol veya yaptırım sistemi ile de destekleniyor veya sağlama alınıyorsa, bu durumda da rekabeti sınırlayıcı bir anlaşmadan söz etmek mümkündür. Bununla birlikte, *Bayer Adalat* olayında da görüldüğü üzere, alıcı konumundaki teşebbüslerin üreticinin bu kontrol veya yaptırım sistemini aşma veya işlevsiz hale getirmeye yönelik gerçekten de farklı çabalarının varlığı durumunda, taraflar arasında rekabeti sınırlayıcı bir anlaşmaya yönelik bir irade uyuşması ve bu anlamda karşılıklı bir işbirliğinden söz etmek de mümkün değildir.

Hakim durumda olmayan üretici veya sağlayıcı konumundaki bir teşebbüsün alıcılarına karşı başvurduğu tek yanlı uygulamaların değerlendirilmesi konusundaki bir diğer yaklaşım ise ilgili ürün pazarı dar veya daha sınırlı tanımlanmak suretiyle bu davranışın ABİDA'nın 102. maddesi bağlamında ele alınıp alınamayacağı hususudur. Zorlayıcı bu yaklaşımın temelinde ise rekabetin korunması açısından ABİDA'nın 101. maddesi ile 102. maddesi arasında karşılıklı bir etkileşim ve paralel uygulanabilme özelliğinin de olduğu ve somut olayda her iki hükmün de yan yana uygulanabileceği düşüncesi yatmaktadır. Bu tarz bir yaklaşım, ürün tedarikinden kaçınma ve paralel ticareti engelleme sorunları bağlamında *GlaxoSmithKline* kararında tartışma konusu olmuştur. Bununla birlikte, hakim durumun kötüye kullanılması yasağı açısından, 'hakim durum'

koşulunun ekonomik bir kriterden öte maddi hukuka özgü bir değerlendirme kriteri olması gerçeği karşısında, bu yaklaşım yerinde bulunmamıştır.

Bu konuda ikinci bir yaklaşım ise bu tarz davranışların rekabet üzerindeki etkilerinin tüketici refahı açısından ele alınmasıdır. Bunun aynı zamanda iktisadi etki temelli yaklaşımların bir sonucu olduğu da söylenebilir. Bu tartışma aynı zamanda ABİDA'nın 101 ve 102. maddesinin koruyucu amacının tüketici refahı mı yoksa bir süreç olarak rekabetçi sistem mi olduğu sorusu ile de ilgilidir. Bu anlamda ABİDA'nın 102. maddesinin koruyucu amacının her şeyden önce işleyen bir rekabet sistemi ve bu anlamda pazarda etkin bir rekabetin sağlanması olduğu, tüketici refahının da bunun dolaylı yansıması olduğu belirtilmiştir.

Tüketici refahı kavramı bazı somut olaylar bağlamında bir değerlendirme kriteri olarak tartışılrsa da, AB rekabet hukuku uygulamasında bu konudaki tartışmaları nihayete erdirecek düzeyde yeterli bir içtihat zenginliğinden söz etmek henüz söz konusu değildir. Bununla birlikte, rekabet hukuku düzenlemelerinin nihai amacı açısından bakıldığında, tüketici refahı kriterinin de hakim durumda olmayan bir teşebbüsün tek yanlı uygulamalarının rekabet karşıtı etkilerinin değerlendirilmesinde rekabet özgürlüğü, bir kurum olarak rekabetin korunması ve iç pazar entegrasyonunun sağlanması gibi diğer bazı ilkeler ile birlikte düşünölmek suretiyle, yol gösterici bir kriter olabileceği belirtilmiştir.

Sonuç olarak hakim durumda olmayan bir teşebbüsün tek yanlı uygulamalarının rekabet karşıtı etkilerinin, rekabeti sınırlayıcı anlaşmalara yönelik maddi hükümler bağlamında, anlaşma kavramı geniş yorumlanmak suretiyle değerlendirilmesi daha yerinde bir çözüm olacaktır. Bu anlamda taraflar arasındaki ilişkinin tek yanlı olmaktan ziyade bir işbirliği olduğunu ispat hususu ise ilgili rekabet otoritelerinin üzerinde kalmaktadır.

KAYNAKÇA

- ARI, Z. (2004), *Rekabet Hukukunda Danışıklılık Kavramı ve Hukuki Sonuçları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Türkiye.
- ASLAN, Y. (2006), *Rekabet Hukuku Dersleri*, Ekin Kitabevi, Bursa, Türkiye.
- BASEDOW, J. (2007), “Konsumentenwohlfaht und Effizienz – Neue Leitbilder der Wettbewerbspolitik?”, *Wirtschaft und Wettbewerb*, No: 7, s.712-715.
- BEHRENS, P. (2008), “Parallelhandelsbeschränkungen und Konsumentwohlfaht – Zur neueren Rechtsprechung von EuG und EuGH”, *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, No: 1, s.20-41.
- BEUTELMANN, M. (2004), *Selektive Vertriebsysteme im europäischen Kartellrecht*, 1. Auflage, Fachmedien Recht und Wirtschaft, Frankfurt am Main, Deutschland.
- BRUCKNER, V. (2002), *Die Abgrenzung zwischen einseitigen Maßnahmen und kooperativen Verhaltensweisen im amerikanischen und europäischen Recht der vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen*, Peter Lang, Frankfurt am Main, Deutschland.
- DEMİRÖZ, A. ve Ç. TUNÇEL (2012), “Tek Taraflı Davranışların Değerlendirilmesine Yönelik Standart Arayışında Danıştay Kararlarının Yol Göstericiliği”, *Rekabet Hukuku ile İlgili Kurul ve Yargı Kararları Sempozyumu-II* içinde, s.147-187.
- DOSS, A. (2009), *Vertikalabreden und deren direkte Saktionierung nach dem schweizerischen Kartellgesetz*, Schulthess, Zurich, Schweiz.
- DREHER, M. ve M. ADAM (2006), “The More Economic Approach to Art. 82 EC and the Legal Process”, *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, No: 2, s.259-277.
- DREXL, J. (2010), “Competition Law as Part of the European Constitution”, A. Bogdandy ve J. Bast (der.), *Principles of European Constitutional Law* içinde, Hart Publishing, Oxford, s. 659-698.
- EFEM G. ve E. BADUR (2002), *AT Rekabet Hukuku*, Çankaya Üniversitesi Yayını, Ankara, Türkiye.
- EILMANSBERGER, T. (2004), “Die Adalat-Entscheidung des EuGH”, *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, No: 2, s.285-304.
- EMMERICH, V. (2012), *Kartellrecht*, 12. Auflage, C. H. Beck, München, Deutschland.
- FUCHS, A. (2007), “Neue Entwicklungen beim Konzept der Wettbewerbsbeschränkungen in Art. 81 Abs. 1 EG”, *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, No: 4, s.369-393.

GÜRZUMAR, O. B. (2002), “4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 4. Maddesine Aykırı Sözleşmelerin Tabi Olduğu Geçersizlik Rejimi”, *Rekabet Dergisi*, Sayı 12, s.3-76.

GÜVEN, P. (2008), *Rekabet Hukuku*, İkinci Baskı, Yetkin Yayınevi, İstanbul, Türkiye.

HIRSBRUNNER, S. ve A. SCHWARZ (2006), “Die Vereinbarkeit von einseitigen Maßnahmen eines Herstellers gegenüber seinen Händlern mit dem Kartellverbot”, I. Brinker, D. H. Scheving, K. Stockmann (der.), *Recht und Wettbewerb, Festschrift für Rainer Bechtold zum 65. Geburtstag* içinde, Verlag C. H. Beck, München, s.171-189.

HOFFMANN, J. (2004), “Parallelausfuhren im Europäischen Wettbewerbsrecht nach der “Bayer”- Entscheidung des EuGH”, *Wettbewerb in Recht und Praxis*, No: 8, s.994-1004.

IMMENGA, U. (2006), “Ökonomie und Recht in der europäischen Wettbewerbspolitik”, *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, No: 4, s.346-366.

IMMENGA, U., E. J. MESTMÄCKER ve V. EMMERICH (2012), *Wettbewerbsrecht, Band 1. EU/Teil 1 Kommentar zum Europäischen Kartellrecht*, 5. Auflage, Verlag C. H. Beck’s, München, Deutschland.

İNAN N. ve M.B. PİKİER (2007), *Rekabet Hukuku El Kitabı*, BATİDER Yayımlı, Ankara, Türkiye.

JOFER, F. (2004), *Vertikal Vereinbarungen als Regelungsproblematik des internationalen Handels- und Kartellrechts*, Stämpfli Verlag AG, Bern, Schweiz.

JONES, A. ve B. SUFRIN (2004), *EC Competition Law Text, Cases, and Materials*, Second Edition, Oxford University Press, New York, US.

KAUFMANN, C. (2003), *Wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden*, Schulthess, Zürich, Schweiz.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N., H. HATEMİ, R. SEROZAN ve A. ARPACI (2008), *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, Dördüncü Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, Türkiye.

KÖRBER, T. (2007), “GlaxoSmithKline – Paralelhandel mit Medikamenten zwischen Binnenmarktziel, Konsumentenwohlfaht und Innovationswettbewerb”, *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, No: 4, s. 515-532.

KÜNZLER, A. (2008), *Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit*, Mohr Siebeck, Tübingen, Deutschland.

LANGEN, E. ve H. J. BUNTE (2010), *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 2 Europäisches Kartellrecht*, 11. Auflage, Carl Heymanns Verlag/Luchterhand, Köln, Deutschland.

LOEWENHEIM, U., K. M. MEESEN ve A. RIESENKAMPFF (2009), *Kartellrecht Kommentar*, 2. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, Deutschland.

MONTI, G. (2009), *EC Competition Law*, Reprinted, Cambridge University Press, Cambridge, UK.

ODMAN BOZTOSUN, A. N. (2010), “Tek Yanlı Davranışlara Nasıl Yaklaşalım”, *Rekabet Dergisi*, No:11(3), s.131-176.

PERTEK, F. U. (2007), *Der Begriff der Vereinbarung im Sinne des Artikel 81 Absatz 1 EG im Rahmen von scheinbar einseitigen Maßnahmen*, Universität Konstanz, Konstanz, Deutschland.

SANLI, K. C. (2000), *Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi, Ankara.

SCHMIDT, I. (2012), *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht*, 9. Auflage, Oldenbourg Verlag, München, Deutschland.

SCHRÖTER, H., T. JAKOB ve W. MEDERER (2003), *Kommentar zum Europäisches Wettbewerbsrecht*, Nomos Verlagsgesellschaft, 1. Auflage, Baden-Baden, Deutschland.

SCHUMANN, C. (1998), *Empfehlungen im deutschen und EG-Kartellrecht*, VWF Verlag für Wissenschaft und Forschung, Berlin, Deutschland.

SCHWINN, H. (2009), *Einseitige Maßnahmen in Abgrenzung zum europäischen Kartellverbot*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, Deutschland.

TOPÇUOĞLU, M. (2001), *Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları*, Rekabet Kurumu, Ankara, Türkiye.

UZUNALLI, S. (2010), “Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Işığında Yıkıcı Fiyat Uygulamaları ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması”, *Rekabet Dergisi*, No:11(4), s.59-109.

WECK, T. ve P. CAMESASCA (2013), “Willenserklärungen im Kartellrecht”, *Wirtschaft und Wettbewerb*, No:1, s.18-23.

WHISH, R. (2005), *Competition Law*, Fifth Edition, Oxford University Press, New York, US.

WURMNEST, W. (2012), *Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch*, 2. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen, Deutschland.

ZÄCH, R. (2005), *Schweizerisches Kartellrecht*, 2. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, Schweiz.

AB Komisyonu Kararları

- Kommission, 22.12.1972, ABl. 1972 L 303/53 - “*WEA/Flipacchi*”.
- Kommission, 23.12.1977, ABl. 1978 L 46/33 - “*BMW Belgium*”.
- Kommission, 23.4.1986, ABl 1986, L 230/1, 26 - “*Polypropylen*”.
- Kommission, 10.01.1996, ABl. (EG) 1996 L 201 v. 09.08.1996, 1 – “*Bayer Adalat*”.
- Kommission, 20.9.2000, ABl. EG 2001 Nr. L 59/1 - “*GM Opel*”.
- Kommission, 29.06.2001, ABl. L 262, 02. 10. 2001, 14 - “*Volkswagen*”.

AB Genel Mahkemesi Kararları

- EuG, 24.10.1991, Rs. T-1/89, Slg. 1991, II-867 – “*Rhone-Poulenc*”.
- EuG, 17.12.1991, Rs. T-7/89, Slg. 1991, II-1711 – “*Hercules Chemicals NV*”.
- EuG, 6.7.2000, Rs. T-62/98, Slg. 2000, II-2707 – “*Volkswagen*”.
- EuG, 26.10.2000, Rs. T-41/96, Slg. 2000, II-3383 - “*Bayer Adalat*”.
- EuG, 21.10.2003, Rs. T-368/00, Slg. 2003, II-4491 – “*GM Opel*”.
- EuG, 23.10.2003, Rs. T-65/98, Slg. 2003, II-2641- “*Van den Bergh Foods*”.
- EuG, 03.12.2003, Rs. T-208/01, Slg. 2003, II-5141 - “*Volkswagen II*”.
- EuG, 17.09.2007, Rs. T-201/04, WuW/E EU-R 1307 – “*Microsoft*”.

AB Adalet Divanı Kararları

- EuGH, 21.2.1973, Rs. 6/72, Slg. 1973, 215 – “*Continental Can*”.
- EuGH, 12.7.1979, Rs. 32/78 ve 36/78, Slg. 1979, 2435 - “*BMW Belgium*”
- EuGH, 25.10.1983, Rs. 107/82, Slg. 1983, 3151, Nr. 170 – “*AEG*”.
- EuGH, 17.09.1985, Rs. 25 und 26/84, Slg. 1985, 2725 – “*Ford*”.
- EuGH, 24.10.1995, Rs. C- 70/93, Slg. 1995, I-3439, 3467 - “*BMW/ALD*”.
- EuGH, 18.9.2003, Slg. 2003, I-9189, 9557 f. Nr. 60 - “*Volkswagen*”.
- EuGH, 06.01.2004, Rs. C-2/01 P u. C-3/01 P, Slg. 2004, I-23 – “*Bayer/Adalat*”.
- EuGH, 31.5.2005, Rs. C-53/03, Slg. 2005, I-4609 – “*GlaxoSmithKline*”.
- EuGH, 13.7.2006, Rs. C-74/04 P, Slg. 2006, I-6595 - “*Volkswagen II*”.
- EuGH, 15.3.2007, Rs. C-95/04 P, EuZW 2007, 306 – “*British Airways*”.
- EuGH, 16.9.2008, Rs. C-468/06 - C-478/06, Slg. 2008, I-7319 – “*GlaxoSmithKline*”.

Diğer Kaynaklar

European Commission (2005), *DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses*, European Commission, Brussels.

Griechische Wettbewerbskommission, 03.08.2001, Glaxo Wellcome, Nr. 193/III/2001, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, International Teil (GRUR Int.)*, No: 1, s.534-540.

AB Komisyonu, “Dikey Anlaşmalar Tüzüğü (Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen)”, ABl. 2010 L 102/1, Nr. 25(a), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:DE:PDF>, Erişim Tarihi: 20.08.2013.

Europäische Kommission (2009), Mitteilung der Kommission – Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen”, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:DE:PDF>, Erişim Tarihi: 20.08.2013.

SYSTEMS MARKETS AND ANTITRUST: COMPETITION ISSUES IN SELECTED INDUSTRIES

*SİSTEM PAZARLARI VE ANTİTRÖST: BAZI PAZARLARDA ÖNE ÇIKAN
REKABET SORUNLARI*

Neşe Nur ONUKLU*

Abstract

This paper aims to explain the competition problems in industries where systems markets are apparent. In this context, an explanation of systems and system competition is provided while analyzing the specific features of systems markets that lead to questions and concerns in antitrust analysis. System competition in three industries, namely automotive, transgenic seed and air transport will be discussed to explain the common antitrust problems and solutions provided by antitrust authorities to strengthen competition in those markets.

Keywords: *System Competition, Systems Markets, Switching Cost, Life-cycle Costing, Intrasystem Competition*

Öz

Bu çalışma sistem pazarlarının mevcut olduğu endüstrilerde karşılaşılan rekabet sorunlarına açıklık getirmeyi hedeflemektedir. Bu çerçevede, sistemler ve sistem rekabeti açıklanmış, sistem rekabetinin rekabet analizlerinde yarattığı soru ve endişelere yer verilmiştir. Ayrıca, otomotiv, transgenik tohum ve hava taşımacılığı sektörlerindeki sistem rekabeti, rekabet otoritelerinin böylesi pazarlarda sıklıkla karşılaştıkları rekabet sorunlarını ve olası çözüm önerilerini ortaya koyması amacıyla örnek olarak tartışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: *Sistem Rekabeti, Sistem Pazarları, Geçiş Maliyeti, Hayat Döngüsü Maliyeti, Sistemçi Rekabet*

INTRODUCTION

A simple definition of a system is collection of components working through an interface¹. A more comprehensive explanation offered by Gundlach and Moss defines systems as complex economic structures, involving “multiple complementary markets, transactional and relational links between buyers and sellers, and complex interoperability issues at key interfaces”². The traditional examples given in literature to explain systems are nuts and bolts and razor and

* Chief Competition Expert at Turkish Competition Authority.

¹ KATZ, M. and C. SHAPIRO (1994), “Systems Competition and Network Effects”, *The Journal of Economic Perspectives*, No:8(2), p. 93.

² GUNDLACH, G. and D. MOSS (2011), “Systems competition and challenges to antitrust thinking: An introduction”, *The Antitrust Bulletin*, No:56(1), p.1.

razor blades. However, with the advent of technology, science and communication, systems are increasingly common in every industry today. They are present in personal and business computing (applications and operating systems), automotive (automobiles and parts and service), agriculture (biotechnology and transgenic seeds), air transportation (alliances and hub and spoke system) and many other industries. The advent of systems brought about many issues that traditional antitrust analysis has difficulties in covering the technological aspect of the systems together with concerns about innovation, patent protection and network effects.

The goal of this study is to build on existing economic and legal analysis of systems to offer a detailed understanding of systems and system competition, while mentioning the frequent antitrust problems observed in systems markets in general. To this end, firstly features of systems markets will be discussed, then general questions and concerns that systems competition created in antitrust analysis will be explained. In the last part, systems competition in three industries, namely automotive, transgenic seed and airlines will be presented to shed light on common antitrust problems that authorities faced and the remedies offered to strengthen competition in those markets.

1. DIFFERENTIATING FEATURES OF SYSTEMS

Systems generally involve products that need future complementary purchases or complex interrelation among providers of a certain good or service. In any case, the differentiating feature of a complex system is existence of a “platform” by which different components communicate and interoperate. A platform is said to be “modular” if it enables substitution of components. The degree of substitution depends on the design of the “interface” between components and the platform³. Based on these definitions according to Rubin, system architecture involves two variables; ‘modularity’, determined by interface design and ‘openness’, which is established by systems operator’s access policies⁴. He argues, in fully open systems, operators provide open interfaces for modular components. This will enable multiple components work on the platform creating competition. In fully closed systems, no interface is available for components to operate. In real world systems, it is difficult to talk about full openness or closeness as systems exhibit features of modularity and openness at the same time⁵.

Therefore, antitrust analysis of systems necessitates distinction between component competition, which depends on modularity and access policies of

³ For detailed explanation of systems competition definitions see RUBIN, J. L. (2011), “The Systems Approach to Antitrust Analysis”, *The Antitrust Bulletin*, No:56(1), p. 16.

⁴ Rubin 2011, p.16.

⁵ Rubin 2011, p.16.

system operator and systems competition, which involves two or more systems. Farrell, Monroe and Saloner use systems competition to describe firms that compete on final products only and component competition to define firms that compete on intermediate stages of the final product, meaning components⁶. Rubin suggested that as two types of competition are concerned, component competition is by far the most complex and difficult one to analyze from an antitrust perspective⁷. Farrell, Monroe and Saloner give automobile bodies and engines as an example of firms competing on systems⁸. Firms in this industry have closed organizations that enable use of only some specified components. However, engines and bodies for large trucks represent examples of component competition as different firms working independently produce much of the products with a common understanding of how their products fit with each other.

According to Katz and Shapiro, competition in systems markets involves at least three issues: expectations, coordination, and compatibility⁹. Unlike products or services purchased individually, in systems markets consumers' purchase of components is spread over time, which means that consumers should cleverly expect the availability, quality and most importantly price of the components that they will be buying in the future. As it is difficult to change suppliers due to high switching costs¹⁰ involved in most systems markets, rational consumers need to take into account the future state of the market in advance. For example, when choosing an operating system for personal computer consumer needs to take into account availability and price of software that work only with that type of operating system. In such a case, systems that are already popular and have widely available software will be more popular for this very reason¹¹.

Systems markets involve issue of coordination among firms as well¹². In evaluating whether to invest in a new component, a firm must know whether the

⁶ FARRELL, J., H. K. MONROE and G. SALONER (1998), "The Vertical Organization of Industry: Systems Competition versus Component Competition", *Journal of Economics & Management Strategy*, No:7, p. 144.

⁷ Rubin 2011, p. 17.

⁸ Farrell et al. 1998, p. 145.

⁹ Katz and Shapiro 1994, p. 93.

¹⁰ Costs that arise when customers want to change suppliers. It can take the form of search and learning costs associated with new products, the risk customer takes in trying a new service, the compatibility issues (for example operating system-software compatibility may create switching cost if a customer wants to change existing system). For more information see YAZGAN, N. N. (2007), "Geçiş Maliyetlerinin Firma Davranışı ve Pazar Üzerindeki Etkileri: Ardılıpazarda Pazar Gücü", Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu, Ankara.

¹¹ Katz and Shapiro 1994, p. 94.

¹² Katz and Shapiro 1994, p. 94.

existing system will support it or not. For example, the gains from developing a new operating system will be little, unless there is a wide selection of software to work on that system. In such a case, coordination and agreement among operating system and software developers are necessary to reach the right level of production capacity to survive in the market. This type of coordination, Katz and Shapiro argue, is generally extensive and explicit, involving long-term contracts, common ownership or standard setting tools. Additionally, the authors define another form of coordination in systems markets; coordination among consumers involving a “communications network”¹³. For example, by joining the public phone service, consumers’ benefit increases as more and more users obtain components of the system, enlarging the network of users. Another type of consumer coordination arises when customers buy a hardware today and related software or application to be used on that hardware in the future. As stated above, in deciding which hardware to buy, consumer tends to form expectations about availability and price of software. If economies of scale are present in software production, the large scale availability will depend on other customers’ hardware choice, creating “positive-feedback effects”¹⁴. These types of “network effects”¹⁵ most of the time complicate analysis of systems from an antitrust perspective.

A third issue arising in systems markets is compatibility; the possibility of a specific component working in multiple systems¹⁶. Razors using different blades, computers using different programming languages or software working on different operating systems are examples of incompatible components. Inherently, compatibility and the resulting open systems are viewed as preferable by antitrust authorities, but achieving and maintaining compatibility often limit product variety and innovation. Thus, antitrust intervention in systems markets involves questions about the right degree of variety and innovation, existence of switching costs and lock-in effects¹⁷.

¹³ Katz and Shapiro 1994, p. 94-95.

¹⁴ Katz and Shapiro 1994, p. 94.

¹⁵ Network effects: Effects that result in a product or service becoming more valuable for consumers as more consumers start using them. In other words, when network effect is present, the value of a product or service is dependent on the number of others using it (Competition Terms Dictionary, 2010, Turkish Competition Authority, Publication Number 0236, p. 86)

¹⁶ Katz and Shapiro 1994, p. 95.

¹⁷ When high switching costs are present, customers feel the need to stay with the current supplier, resulting in locked-in customer base for the supplier. For more information see Yazgan 2007.

2. SYSTEMS MARKETS AND ANTITRUST ANALYSIS

Specific features of systems markets affect antitrust analysis in a number of ways. Often, the complex nature of products and industries, the transactional relationships between buyers and sellers and issues of interface complicate even the case which would be a very simple one in single product markets.

Clearly, the main issue is definition of the market and the market power of the firms concerned. Customer's expectations about the price and quality of components that he will buy in future bring about the issue of "lifecycle costing"¹⁸. The key question that antitrust authorities face is whether the customer undertakes lifecycle costing, which means whether the customer has the resources and understanding about the components market before he decides to buy a certain system. Depending on the market and the nature of the products concerned, life cycle costing may be difficult to contemplate for an ordinary customer as these costs may include initial purchase price as well as costs associated with search for information, installation, maintenance, repair and upgrade. For example life cycle costing requires that a customer should take into account all the future repair and spare part costs when making his decision to buy a certain brand of car component. In cases where information about components or aftermarkets is widely available and customers in fact use this information to come up with life cycle costs, it is safe to assume that competition occurs at the level of systems and market definition can be based on this finding.

Coordination in primary market manufacturers and component suppliers is another issue that goes beyond the limits of traditional antitrust analysis. As discussed above, to reach an efficient scale of production, both manufacturers and suppliers need reliable agreements that will ensure the continuation of the system as a whole. Without a wide customer base, these agreements are typical vertical agreements between buyers and sellers of intermediate goods or services. However, when either the manufacturer or the component supplier acquires a substantial customer base, then issues of tying, excessive pricing, refusal to deal or other type of exclusionary practices may be the subject of complaints that antitrust authorities receive. The existence of network effects complicates analysis more, by bringing about issues such as the most efficient market structure and marketer conduct¹⁹. Here, in addition to a very careful market definition based on customer's expectations, detailed analysis of firm's pricing structure and relations with suppliers/buyers are required for a sound decision. If high switching costs

¹⁸ GUNDLACH, G. (2007), "Aftermarkets, Systems and Antitrust: A Primer", *The Antitrust Bulletin*, No: 52(1), p. 25.

¹⁹ Gundlach 2007, p. 24.

are present, lock-in effects and resulting market power in the aftermarket should also be taken into account²⁰.

3. ANTITRUST ISSUES IN SELECTED SYSTEMS MARKETS

3.1. Automotive Industry

Automotive is at the center of several discussions about competition in systems markets. As a car requires many additional components and services such as gasoline, maintenance, repair and spare parts to be useful, it is clearly one of the most cited examples in systems and aftermarket related antitrust issues. The growing use of intellectual property by car manufacturers in both spare part design and diagnostic tools has raised questions on competition between authorized dealers and independent ones in terms of intrasystem competition. As discussed above, issues like system access and modularity have created a grey area for antitrust authorities, where the positive and negative effects of intervention are very difficult to assess.

A recent study on automotive aftermarkets in the United States (US) stated that consumers pay 26.8% more for the parts they buy from dealers compared to those from independent repairers²¹. In addition, it is generally suggested that independents are more successful in satisfying customers through offering more convenient locations, acceptable prices and fast service²². However, as the manufacturing technology developed and expectations from a car increased, manufacturers started to design cars with computerized parts that necessitate advanced diagnostic tools to repair. Moreover, more and more parts are protected by intellectual property laws, as importance of efficient design became a competitive advantage for car manufacturers. Hawker, in his case study on automotive aftermarkets, suggested that there is considerable anecdotal evidence implying that independents actually are not able to acquire the information and diagnostic tools necessary for important repairs and thus lose customers to dealers²³. Even in the cases where access to information is theoretically possible, the questions about the cost and quality of training became important. Are manufacturers providing the diagnostic tools at a ‘reasonable price’ to independents? Does the training provided by manufacturer match the one for dealers in terms of quality and breadth of information?

These are very tough questions to be answered by a competition authority given the technical aspects and intellectual property side of the analysis. A

²⁰ For a detailed discussion on switching costs and aftermarket power see Yazgan 2007.

²¹ Automotive Aftermarket Industry Association, Vehicle Repair Cost Analysis: New Car Dealerships vs. Independent Repair Shops (2009) cited in HAWKER N. W. (2011), “Automotive Aftermarkets: A Case Study in Systems Competition”, *The Antitrust Bulletin*, No: 56(1), p.61.

²² See Hawker 2011, p. 62 for detailed information on customer satisfaction in independent repairers.

²³ Hawker 2011, p. 64.

possible approach could aim at finding an answer to the main question: Do use of information technology and intellectual property protection aim at limiting competition and increasing profits of manufacturers and dealers at the expense of consumers²⁴? As literature suggests, in the absence of rational expectations about aftermarkets, market power is possible in aftermarkets where primary market is actually fairly competitive²⁵.

Coppi stated that in general consumers have a kind of myopia when considering purchase price of primary product without analyzing aftermarket costs in detail²⁶. Therefore, as a general rule antitrust analysis should involve a detailed evaluation of primary and aftermarket players, switching costs, cost of access to information and pricing policies of firms concerned.

To prevent customer dissatisfaction and opportunistic behavior by car manufacturers and dealers in aftermarkets the Motor Vehicle Owners Right to Repair Act of 2010 was introduced in the US Congress to address the issue of access to information by independent repairers²⁷. The bill aimed at forcing automobile producers to provide equal access to independent repairers in terms of tools, training and part pricing. The legislation empowers Federal Trade Commission (FTC) for enforcement and rulemaking in this field. A similar legislation, Access to Repair Parts Act was introduced in 2009, to address problems created by design patents in repair parts²⁸. European Parliament adopted a similar proposal in 2007, but faced strong resistance from automotive industry and its enactment into law still remains in doubt²⁹.

3.2. Transgenic Seeds Industry

The change in the demand structure and governmental subsidy policies led US farmers' widespread adoption of corn, cotton and soybean in the last twenty years. As these plants have proved to be very suitable for genetic research, rapid innovation in transgenic seed field is followed by huge implications in the seed market.

Transgenic seed is a modified seed that contains certain desirable input and/or output traits³⁰. These traits include tolerance to herbicides or resistance to insects.

²⁴ Hawker 2011, p.73.

²⁵ For a detailed literature review on theories on aftermarket power see Yazgan 2007, p.42-48.

²⁶ COPPI, L. (2007), "Aftermarket Monopolization: The Emerging Consensus in Economics", *The Antitrust Bulletin*, No:52(1), p. 57.

²⁷ S. 3181, 111th Cong. (2010) cited in Hawker 2011, p.76.

²⁸ H.R. 3059, 111th Cong. (2009) cited in Hawker 2011, p 77.

²⁹ Resolution of 12 December 2007 on the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council Amending Directive 98/71/EC on the Legal Protection of Designs (COM(2004)0582-C6-0119/2004-2004 /0203(COD)) cited in Hawker 2011, p. 77.

³⁰ MOSS, D. (2009), "Transgenic Seed Platforms: Competition between a Rock and a Hard Place?",

Output traits involve the features of plant's output such as longer shelf life or a desired chemical balance³¹. Especially concerning the input traits, US market is highly concentrated; with Monsanto, the dominant firm and Pioneer (DuPont), Syngenta, Dow and Bayer are the rest.

Transgenic seed plantation is very common in the US; different seed varieties were planted on ninety-one, eighty-eight, and eighty-five percent of all soybeans, cotton, and corn acres in 2009³². The reason behind the rapid growth of market is the productivity gains and the need for fewer inputs farmers observed while using modified seeds. As the market is highly concentrated and demand for regular seed has been rapidly decreasing, transgenic seed market became an interest for academicians and concern for the US antitrust specialists as well.

Similar to pharmaceutical industry, transgenic seed market is also characterized by a strict regulatory regime, long approval times and high R&D cost. In general, process of developing new varieties can take ten to fifteen years and the bulk of the R&D expenditures is incurred in the plant breeding stage which accounts for nearly 40% of the final seed price³³. Actually, the current competitive structure of the market is the result of firms' desire to achieve economies of scale and scope in costly R&D. Industry observed large mergers in the mid-1990s through early 2000s which aimed at (1) vertically integrating innovation with plant breeding R&D and distribution and (2) horizontally expanding the seed variety of individual firms³⁴. These mergers created complex systems in transgenic seed markets, where a dominant firm, Monsanto, operating at various levels of the system, created antitrust concerns.

According to Moss, a seed system includes, at least two complementary markets; an upstream market for genetic traits and a downstream market for traited seed³⁵. The upstream market is highly concentrated with Monsanto accounting for over 90% market shares in trait varieties whereas downstream traited seed markets are less concentrated due to traits licensing practice to independent seed companies and other integrated seed companies³⁶. The demand structure in the industry necessitates firms in different levels of the system to cooperate;

The American Antitrust Institute, 23 October 2009, p. 3.

³¹ HAYENGA, M. L. (1998), "Structural Change in the Biotech Seed and Chemical Industrial Complex", *AGBIOFORUM*, p. 43 cited in Moss 2009, p.3.

³² *Acreage*, U.S. DEPT OF AGRICULTURE, NATIONAL AGRICULTURE STATISTICS SERVICE, JUNE 30, 2000-JUNE 30, 2009, cited in MOSS, D. (2011), "Competition and Transgenic Seed Systems", *The Antitrust Bulletin*, No: 56(1), p. 83.

³³ CORNEJO, J. F. (2004), *The Seed Industry in U.S. Agriculture*, U.S. Dep't of Agriculture, Economic Research Service, Agriculture Information Bulletin No. 786, at 4 cited in Moss 2011, p. 83.

³⁴ Moss 2011, p. 90.

³⁵ Moss 2011, p. 92.

³⁶ Moss 2011, p. 93.

currently, stacked traits, which are multiple traits combined in one seed, present the greatest potential in the market. Thus, firms need to combine their own traits or their traits with rivals' traits which brings up patent protection and licensing issues. As Monsanto traits are the dominant ones in the market, the issue centers around whether Monsanto gives access to its platform through licensing or not.

Antitrust complaints in the US, thus, centered around Monsanto's monopolization of the markets for genetic traits and/or traited seed³⁷. In many of the past cases, Monsanto was accused of exclusionary practices, including exclusive dealing arrangements that penalize seed companies that license traits other than Monsanto's. In addition, Monsanto's bundling practices, involving financial penalization of seed companies for selling less than a minimum percentage of seed containing Monsanto traits, were also investigated. In *Monsanto Co. vs. E.I. DuPont de Nemours and Co*³⁸, other types of anticompetitive tactics were discussed such as anti-stacking restrictions in licenses or agreements that restrict partner's licensing of technology outside the agreement. For example, DuPont in its counterclaim regarding the recent agreement between Monsanto and Dow to create a stacked corn seed, alleges that Dow is prohibited from permitting Pioneer (DuPont) to sub-license its insect resistant trait³⁹.

US Department of Justice (DOJ) actually has been aware of the increased level of market power, importance of intersystem competition and rival access to Monsanto's patents in transgenic seeds market. In the last ten years, DOJ took action in two major transactions that Monsanto involved; mergers with corn firm *DeKalb* and cotton giant *Delta and Pine Land*. In *DeKalb* the agency required the divestiture of Monsanto's agrobacterium-mediated transformation technology for corn and obliged the company to license corn germplasm to seed company customers to facilitate introduction of new transgenic traits in corn⁴⁰. In *Delta and Pine Land*, Monsanto agreed to the divestiture of cotton seed assets, several lines of cotton germplasm, and the removal of restrictive provisions in Monsanto technology licenses to enable rival biotech developers to stack Monsanto with non-Monsanto traits⁴¹.

³⁷ As examples of cases see *American Seed Co., Inc. v. Monsanto Co.*, 238 F.R.D. 394 (D. Del. 2006) and *Monsanto Co. v. Syngenta Seeds, Inc.*, 443 F.Supp.2d 648 (D. Del. 2006).

³⁸ *Monsanto Co. vs. E.I. DuPont de Nemours and Co.*, 4:09-cv-00686 (E.D. Mo., May 4, 2009).

³⁹ *Monsanto v. DuPont*, No. 4:09-cv-00686 (E.D. Mo. June 16, 2009), Defendant Answer and Counterclaims at 38-39.

⁴⁰ For details see DOJ (1998), "Justice Department Approves Monsanto's Acquisition of DeKalb Genetics Corporation: Divestiture of Transformation Technology Rights and Licensing of Corn Germplasm Implemented", http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/1998/2103.htm, Date Accessed: 02.11.2011.

⁴¹ *U.S. v. Monsanto and Delta and Pine Land*, "Competitive Impact Statement" (Case No. 1:07-cv-00992, D.D.C.) (May 31, 2007), <http://www.justice.gov/atr/cases/f223600/223682.pdf>, Date

Moss argues that to overcome the current antitrust crisis in transgenic seed it is necessary to achieve a resolution between patent law and antitrust law⁴². She continues by stating that the courts and DOJ frequently face with questions as to whether restrictions on the use of technology (e.g., anti-stacking provisions) exceed the scope of patent, creating antitrust concerns. In terms of mergers, Moss also questions the desired amount of divestiture to create an ‘effective competing platform’. She argues, “*In Delta and Pine Land, for example, a package of divestitures to a smaller incumbent (Bayer) in traited cotton seed could be interpreted as an attempt to create an “alternative” cotton platform. However, whether that platform has replaced the competition lost in the merger is an open question.*”⁴³”

3.3. Airlines Industry

Airline alliances can be defined as agreements between domestic and foreign airlines enabling them to share revenues, coordinate prices, scheduling and code sharing (allowing baggage transfer on connecting flights)⁴⁴. In the last twenty years airline industry experienced a strong wave of alliance formation due to increased demand by customers for international service. The reason behind the formation of alliances instead of mergers was to overcome the foreign ownership restrictions of national airlines⁴⁵. As mergers between national airlines of different countries would mean losing of nationality in terms of ownership and voting rights, airlines developed alliances to circumvent ownership restrictions and offer service in new lines that connect national routes with international ones. Today, three alliances dominate the market; (1) SkyTeam—a thirteen-carrier alliance led by Air France/KLM and Delta; (2) Oneworld—a twelve-carrier alliance dominated by American Airlines and British Airways; and (3) Star—a twenty-seven-carrier alliance dominated by three American carriers (Continental, United, and U.S. Airways) and Lufthansa⁴⁶.

According to Reitzes and Moss, airline alliances provide parties nearly the same benefits as those of a merger, only without transferring ownership rights⁴⁷. As

Accessed: 02.11.2011, p.12-21.

⁴² Moss 2009, p. 28.

⁴³ Moss 2009, p.29.

⁴⁴ REITZES, J. and D. MOSS (2008), “Airline Alliances & Systems Competition”, *Houston Law Review*, No:45, p. 295.

⁴⁵ SCHLANGEN, C. N. (2000), “Comment, Differing Views of Competition: Antitrust Review of International Airline Alliances”, *University of Chicago Legal Forum*, Accessed through LexisNexis on 25.11.2011, p. 416.

⁴⁶ HAND, R. W. (2011), “Continental Joins the (All)Star Alliance: Antitrust Concerns with Airline Alliances and Open-Skies Treaties”, <http://www.hjil.org/wp-content/uploads/2011/10/Hand-Web.pdf>, Date Accessed: 23.11.2011, p. 648.

⁴⁷ Reitzes and Moss 2008, p. 294.

both European Commission (EC) and the US antitrust rules prohibit coordination of pricing and scheduling among competitors, alliances raised questions with regard to the level of cooperation among members and costs and benefits to the society. These questions were eliminated through generous antitrust immunities granted to alliances by the US Department of Transportation (DOT) and the EC⁴⁸.

Before discussing competition restrictions created by alliances, it is important to mention the benefits that they provide to the consumers. Through ease in the booking process and integration of ticketing and baggage handling procedures, customers feel like they bought their ticket from one airline for an international flight, although the route involves multiple airlines in several hubs. For example⁴⁹, assume a passenger would like to fly from El Paso to Florence. If passenger uses members of the same alliance, the route will involve hubs of dominant airlines in each country. Therefore, the itinerary will look like 1) El Paso-Houston, 2) Houston-Paris, 3) Paris-Florence. The passenger will check in only once and his baggage would be automatically checked through to the final destination. Moreover, passenger will be able to earn frequent-flyer miles for the whole trip.

Hand states that this itinerary is the result of international airline alliances and systems competition⁵⁰. The hub and spoke system, where each major airline dominates a city's hub and offers service to destinations all over the country, was born because of the foreign ownership restrictions and competitive behavior in domestic markets⁵¹.

The main competition restraint produced in the alliance system is the large carriers' intent to drive low cost carriers from the market. Because of the high interlining fees that dominant hub carrier charges to non-alliance airlines for connecting flights using that hub, it is generally unprofitable for non-alliance members to access the hub market of the alliance partners⁵². Moreover, every connecting passenger who comes to hub airport flying by an alliance member creates revenue for hub airline, thanks to the revenue sharing agreements between alliance members⁵³.

A revenue sharing agreement is generally called a joint venture among airlines⁵⁴. The goal of the joint venture is to achieve “*metal neutrality*”, a

⁴⁸ Hand 2011, p. 644.

⁴⁹ Example from Hand 2011, p. 650.

⁵⁰ Hand 2011, p. 651.

⁵¹ HEDLUND, D. (1994), “Note, Toward Open Skies: Liberalizing Trade in International Airline Service”, *Minnesota Journal of Global Trade*, Accessed through LexisNexis on 23.11.2011, p. 273.

⁵² Reitzes and Moss 2008, p.311.

⁵³ Hand 2011, p. 654.

⁵⁴ KIMPEL, S. (1997), “Comment, Antitrust Considerations in International Airline Alliances”, *Journal of Air Law and Competition*, No:63, Accessed through LexisNexis on 11.21.2011, p. 478.

*commercial environment in which joint venture partners share common economic incentives to promote the success of the alliance over their individual corporate interests*⁵⁵.” Joint pricing and revenue sharing enable airlines to cooperate in pricing and scheduling and thus supposedly create an environment where airlines are “able to focus on gaining the customer’s business by providing the best available fare and routing between two cities.”⁵⁶ As airlines share revenue in gateway to gateway flights, they are indifferent as to which airline carries the passenger on that route. This clearly eliminates competition between alliance members who agreed to a joint venture on that select route. However, joint ventures are created only among select members of a large alliance. The US and European Union (EU) authorities provide immunity to this type of agreements as they improve airline efficiency, increase travel routes and thus decrease ticket prices⁵⁷. Yet, immunity decision is a very tough one, given the fact that joint venture eliminates competition rather than limiting it. Thus, benefits from immunity should be direct, clear and measureable and regular reviews by authorities might be necessary to decide whether the declared efficiencies have been achieved.

Reitzes and Moss argue that the possibility of collusion amongst national competitors is another serious concern in granting antitrust immunity⁵⁸. As immunity is only granted for international cooperation, when two or more US carriers become members of the same immunized alliance, “*anticompetitive spillovers into domestic markets*”⁵⁹ become a headache for DOT and DOJ. As explained above, very sensitive information such as pricing, capacity and scheduling is shared among airlines that have a joint venture agreement. Thus, it became very difficult to monitor the effects of joint ventures in terms of domestic routes. Moreover, as stated above, the transatlantic market today is dominated by three large alliances, as more and more national airlines become a member of an alliance. Therefore, as market became more concentrated, the risk of collusion and price fixing in international routes poses a great threat to competition.

As a legislative measure to increase antitrust scrutiny over immunities granted by DOT, House Resolution 831 was introduced⁶⁰. The bill empowers Government Accountability Office (GAO) to investigate the procedures employed by the DOT

⁵⁵ Show Cause Order to Amend Order 2007-2-16 so as to Approve and Confer Antitrust Immunity, Docket DOT-OST-2008-0234, order: 2009-4-5 at 4 (Dep’t of Transp. Apr. 7, 2009) cited in Hand 2011, p. 655.

⁵⁶ Show Cause Order to Amend Order 2007-2-16 so as to Approve and Confer Antitrust Immunity, Docket DOT-OST-2008-0234, order: 2009-4-5 at 4 (Dep’t of Transp. Apr. 7, 2009) cited in Hand 2011, p. 655.

⁵⁷ Hand 2011, p. 656.

⁵⁸ Reitzes and Moss 2008, p. 308.

⁵⁹ Reitzes and Moss 2008, p. 308.

⁶⁰ For details about the House Resolution 831 see Hand 2011, p. 675.

in granting antitrust immunity to alliances and joint ventures. Additionally GAO is held responsible for conducting studies to understand whether the immunized alliances created the declared benefits and whether these benefits could be achieved without immunity. The bill also accepts the similarity between alliances and mergers and suggests that granting immunity should be treated the same way as a merger. This implies empowering DOJ for antitrust scrutiny of alliance immunity cases. As a security measure, the bill also introduces an expiration date for immunity which brings about reapplication by firms and reevaluation of competitive structure of the market. Hand argues that the bill should be passed by Congress to eliminate many of the concerns related with the antitrust immunity cases⁶¹.

CONCLUSION

Today, many industries face the rise of systems mainly because of mergers or alliances among vertically related firms or direct competitors and increased use of intellectual property protection, resulting in access issues. As stated examples suggest, systems competition is a field where traditional tools of antitrust have been perceived as limited due to the tension between competition rules and interrelation between technological innovation, intellectual property protection, network effects and switching costs.

From the standpoint of antitrust authorities, analysis of systems competition requires a new outlook in evaluating antitrust problems from various perspectives. Depending on the case and previous experience of the authority with similar cases, the technical complexity of the issue may necessitate outside consulting to clearly understand the interrelation between components of the system and access issues. Moreover, the above mentioned aspects of systems competition, involving incentives to support R&D, tension between competition and intellectual property and market power created by network effects require a multidisciplinary approach in antitrust analysis. Thus, capability of an antitrust authority in utilizing its resources to achieve a desirable level of multidisciplinary insight will determine its success in intervention into systems markets.

Another important feature of systems competition is the time aspect of the analysis which is very apparent especially in aftermarket cases. Employing life cycle costing and taking into account customers' knowledge level in the primary market will prevent unnecessary action by antitrust authorities. Thus, rather than analyzing the current snapshot of the market, authorities are increasingly required to take strategic competition into account by analyzing market's situation over a longer term.

⁶¹ Hand 2011, p. 676.

BIBLIOGRAPHY

COPPI, L. (2007), “Aftermarket Monopolization: The Emerging Consensus in Economics”, *The Antitrust Bulletin*, No: 52(1), p. 53-71.

CORNEJO, J. F. (2004), *The Seed Industry in U.S. Agriculture*, U.S. Dep’t of Agriculture, Economic Research Service, Agriculture Information Bulletin No. 786, at 4 cited in Moss (2011).

FARRELL, J., H. K. MONROE and G. SALONER (1998), “The Vertical Organization of Industry: Systems Competition versus Component Competition”, *Journal of Economics & Management Strategy*, No: 7, 143–182.

GUNDLACH, G., (2007), “Aftermarkets, Systems and Antitrust: A Primer”, *The Antitrust Bulletin*, No: 52(1), p. 17-29.

GUNDLACH, G. and D. MOSS (2011), “Systems Competition and Challenges to Antitrust Thinking: An Introduction”, *The Antitrust Bulletin*, No:56(1), p. 1-11.

HAND, R. W. (2011), “Continental Joins The (All)Star Alliance: Antitrust Concerns With Airline Alliances And Open-Skies Treaties”, <http://www.hjil.org/wp-content/uploads/2011/10/Hand-Web.pdf>, Date Accessed: 23.11.2011, p. 642-677.

HAWKER N. W. (2011), “Automotive Aftermarkets: A Case Study in Systems Competition”, *The Antitrust Bulletin*, No: 56(1), p. 57-78.

HAYENGA, M. L. (1998), “Structural Change in the Biotech Seed and Chemical Industrial Complex”, *AGBIOFORUM*, p. 43 cited in Moss 2009, p.3.

HEDLUND, D. (1994), “Note, Toward Open Skies: Liberalizing Trade in International Airline Service”, *Minnesota Journal of Global Trade*, Accessed through LexisNexis on 23.11.2011.

KATZ, M. and C. SHAPIRO (1994), “Systems Competition and Network Effects”, *The Journal of Economic Perspectives*, No:8(2), p. 93-115.

KIMPEL, S. (1997), “Comment, Antitrust Considerations in International Airline Alliances”, *Journal of Air Law and Competition*, No:63, Accessed through LexisNexis on 21.11.2011.

MOSS, D. (2009), “Transgenic Seed Platforms: Competition Between a Rock and a Hard Place?”, The American Antitrust Institute, 23 October 2009.

MOSS, D. (2011), “Competition and Transgenic Seed Systems”, *The Antitrust Bulletin*, No: 56(1), p. 81-102.

REITZES, J. and D. MOSS (2008), “Airline Alliances & Systems Competition”, *Houston Law Review*, No: 45, p. 293-332.

RUBIN J. L. (2011), “The Systems Approach To Antitrust Analysis”, *The Antitrust Bulletin*, No: 56(1), p. 13-26.

SCHLANGEN, C. N. (2000), “Comment, Differing Views of Competition: Antitrust Review of International Airline Alliances”, University of Chicago Legal Forum, Accessed through Lexis Nexis on 25.11.2011.

YAZGAN, N. N. (2007), “Geçiş Maliyetlerinin Firma Davranışı ve Pazar Üzerindeki Etkileri: Ardılıpazarda Pazar Gücü”, Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu, Ankara.

CASES – LEGAL

Acreage, U.S. DEP’T OF AGRICULTURE, NATIONAL AGRICULTURE STATISTICS SERVICE, JUNE 30, 2000–JUNE 30, 2009, cited in Moss (2011), p. 83.

American Seed Co., Inc. v. Monsanto Co., 238 F.R.D. 394 (D. Del. 2006) and *Monsanto Co. v. Syngenta Seeds, Inc.*, 443 F.Supp.2d 648 (D. Del. 2006).

H.R. 3059, 111th Cong. (2009) cited in Hawker (2011), p 77.

House Resolution 831 cited in Hand (2011), p. 675.

Monsanto Co. vs. E.I. DuPont de Nemours and Co., 4:09-cv-00686 (E.D. Mo., May 4, 2009).

Monsanto v. DuPont, No. 4:09-cv-00686 (E.D. Mo. June 16, 2009), Defendant Answer and Counterclaims at 38–39.

Resolution of 12 December 2007 on the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council Amending Directive 98/71/EC on the Legal Protection of Designs (COM(2004)0582—C6-0119/2004—2004 /0203(COD)) cited in Hawker (2011), p. 77.

S. 3181, 111th Cong. (2010) cited in Hawker (2011), p.76.

Show Cause Order to Amend Order 2007-2-16 so as to Approve and Confer Antitrust Immunity, Docket DOT-OST-2008-0234, order: 2009-4-5 at 4 (Dep’t of Transp. Apr. 7, 2009) cited in Hand (2011), p. 655.

U.S. DOJ (1998), “Justice Department Approves Monsanto’s Acquisition of DeKalb Genetics Corporation: Divestiture of Transformation Technology Rights and Licensing of Corn Germplasm Implemented”, http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/1998/2103.htm, Date Accessed: 02.11.2011.

U.S. v. Monsanto and Delta and Pine Land, “Competitive Impact Statement” (Case No. 1:07-cv-00992, D.D.C) (May 31, 2007), <http://www.justice.gov/atr/cases/f223600/223682.pdf>, Date Accessed: 02.11.2011, p.12-21.

OTHER

Competition Terms Dictionary, Ankara 2010, Turkish Competition Authority, Publication Number 0236.

AB, ABD ve TÜRK HUKUKUNDA REKABET İHLALİNE DAYANAN TAZMİNAT DAVALARINDA PİŞMANLIK BELGELERİNE ERİŞİM SORUNU

*THE ISSUE OF ACCESS TO LENIENCY MATERIALS IN THE ACTIONS FOR
DAMAGES BASED ON THE BREACH OF COMPETITION RULES IN EU,
USA AND TURKISH LAW*

Tahir SARAÇ*

Öz

Rekabet hukuku uygulamasının özel hukuk ayağı esas itibarıyla tazminat davaları ve geçersizlik yaptırımından müteşekkildir. Rekabet ihlali nedeniyle zarar görenler, uğradıkları zararın tazminini talep edebilirler. Tazminat davalarında zararın varlığı ve miktarını ispat etmek gerekir. Bu amaçla kullanılacak temel ispat vasıtalarından birisi ve belki de en önemlisi rekabet ihlaline taraf olan teşebbüslerin pişmanlık başvurularıdır. Pişmanlık programları, rekabet otoritelerinin rekabet ihlallerini ortaya çıkarmada kullandıkları oldukça etkin bir araçtır. Pişmanlık programlarının temel özelliklerinden birisi gizliliğidir. Ancak, tazminat davalarında pişmanlık belgelerine erişilebilmesi gizliliğin, dolayısıyla programların gelecekteki başarısının önündeki en önemli tehdittir. Avrupa Birliği Adalet Divanının pişmanlık belgelerine erişimle ilgili kararı ve bunu takip eden yargısal gelişmeler, pişmanlık programlarının geleceğini tartışılır hale getirmiştir. Gerek AB, gerek ABD, gerekse Türk hukukunda pişmanlık belgelerine erişimi engelleyen bir düzenleme bulunmamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Rekabet Hukuku, Tazminat Davası, Pişmanlık Bilgi ve Belgeleri, Sözlü Başvuru, Gizlilik

Abstract

The private law part of competition law enforcement essentially consists of the actions for damages and nullity of transactions. Those who are suffered due to infringement of competition law can claim compensation for their losses. In suits for damages, the existence and amount of damage have to be proved. One of and may be the most important of these proofs is the leniency applications of those whom took part in infringements. The leniency programs are effective tools used by competition authorities in order to detect violations of competition law. One of the main features of leniency programs is confidentiality. However, the access to the leniency documents in suits for damages is the main threat

* Doç. Dr., Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı.

to the confidentiality as well as the prospective success of these programs. The decisions of Court of Justice of the EU about the access to leniency documents and following legal actions made the future of leniency programs controversial. There is no regulation in EU, Turkey and USA prohibiting the access to the leniency documents.

Keywords: *Competition Law, Actions for Damages, Leniency Materials, Oral Statement, Confidentiality*

GİRİŞ

Serbest piyasa ekonomisinin temeli olan rekabet olgusunu koruyabilmek amacıyla dünya genelinde rekabet hukuku uygulamalarının süratle gelişip güncelleştiğini görmekteyiz. Rekabet hukuku uygulamalarının kamu ve özel hukuk alanında iki ayağının bulunduğu söylenebilir. Kamu hukuku alanında rekabeti sağlamak ve korumakla görevlendirilmiş ve yetkilendirilmiş olan kamu tüzel kişileri (rekabet kurumları) rekabet hukukunu uygulamakta ve rekabet hukukuna ilişkin düzenlemelere aykırı eylemleri tespit edilen teşebbüslere idari yaptırımlar, özellikle de idari para cezaları uygulamaktadırlar. Rekabet hukuku uygulamalarının özel hukuk ayağını ise, haksız fiil sorumluluğu ile geçersizlik yaptırımı oluşturmaktadır¹. Haksız fiil sorumluluğu kapsamında rekabete aykırı eylemler nedeniyle zarar gören kişiler, uğradıkları zararların giderilmesi amacıyla tazminat davası açma hakkına sahip bulunmaktadır. Geçersizlik yaptırımı kapsamında ise, rekabete aykırı olan işlemler 13.12.1994 tarih ve 22140 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (RKHK) 56. maddesi uyarınca geçersiz sayıldıklarından, bu işlemlerden dolayı hakları etkilenenler; bu hususun tespiti için dava açabilmektedirler. Rekabet hukuku uygulamalarının kamu hukuku ayağı oldukça gelişmiş ve etkin olduğu halde, -Amerika Birleşik Devletleri (ABD) uygulaması bir yana bırakılacak olursa- özel hukuk ayağı çeşitli sebeplerle aynı etkinliği gösterememiştir. Bununla birlikte, özellikle son yıllarda başta Avrupa Birliği (AB) ülkeleri olmak üzere, pek çok ülkede özel hukuk ayağını güçlendirmeye ve etkinleştirmeye yönelik önemli çalışmalar, buna bağlı olarak hukuki değişiklikler yapılmakta veya yapılması planlanmaktadır.

¹ SANLI, K. C. (2003), "Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu", *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-I*, s. 211-276, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, s. 213; GÜNDÜZ, H. ve T. KOYUNCU (2011), "ABD, AB ve Türk Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarının Önündeki Usuli Engeller", *Rekabet Dergisi*, No:12(3), s. 85-178, s. 117; SANLI, K.C. (2013), "Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları: Genel Bakış ve Sorunlar", *Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu*, 17 Haziran 2011, İstanbul, s. 16. vd.

Bu çerçevede, geçtiğimiz yıl Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (ABAD) vermiş olduğu bir karar, rekabet hukuku alanında yoğun bir tartışmayı beraberinde getirmiştir. Mahkemenin, pişmanlık materyallerine erişimin kesin olarak yasaklanmadığı ve somut olay özelinde değerlendirme yapılarak sonuca ulaşılması gerektiğini belirtmesi, pişmanlık programlarının geleceğini tartışma konusu yapmıştır. Bu makalede ABAD'ın verdiği karardan hareketle konuya AB ve ABD'de nasıl yaklaşıldığı açıklanarak, konunun Türk hukuku bakımından değerlendirmesi yapılmaya çalışılacaktır. Çalışma münhasıran pişmanlık belgelerine erişim sorunu üzerine yoğunlaştığından, genel olarak tazminat davaları ve geçersizlik yaptırımı gibi rekabet hukukunun özel hukuk alanındaki sonuçları çalışmanın kapsamı dışında tutulmuştur².

1. GENEL OLARAK REKABET HUKUKUNDA PİŞMANLIK PROGRAMLARI

Kartele taraf olmuş teşebbüslerden (kartel üyelerinden) birisinin, kartelin tespiti ve ispatlanması için rekabet otoritesi ile yaptığı işbirliği karşılığında hukuk düzeninin öngörmüş olduğu yaptırımlardan ya bütünüyle kurtulması (bağışıklık) ya da kısmen kurtulmasını (indirim) sağlayan müessese, rekabet hukuku uygulamasında pişmanlık programı olarak nitelendirilmektedir³. Pişmanlık programlarında amaç, rakipler arasında güvensizlik yaratmak ve kartelin açığa çıkması korkusunu artırmak suretiyle rekabet kurallarına uyumu artırmaktır⁴. Programın temel fikrini, tespit edilemeyen ihlalleri, ihlale katılan teşebbüslerin işbirliği yoluyla ortaya çıkartmak oluşturmaktadır⁵. Program, işbirliği için

² Bu çalışmanın kapsamı dışında kalan tazminat davaları ve geçersizlik yaptırımı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SANLI, K. C. (2000), *Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi, Rekabet Kurumu, Ankara; GÜRZUMAR, O. B. (2002), "4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun 4. Maddesine Aykırı Sözleşmelerin Tabi Olduğu Geçersizlik Rejimi", *Rekabet Dergisi*, Sayı 12, s. 3-76; AKSOY, N. (2004), *Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu, Ankara; ŞAHİN, M. (2013), *Rekabet Hukukunda Tazminat Talepleri, ABD, AB ve Türk Rekabet Hukuklarında*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Türkiye; GÜVEN, P. (2008), *Rekabet Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, Türkiye, s. 716 vd. Ayrıca bkz. Sanlı 2003, s. 211 vd; Gündüz ve Koyuncu 2011, s. 117 vd.; Sanlı 2013, s. 16. vd.

³ Pişmanlık programları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KOCAER, Ş. (2005), *Kartellerle Mücadelede Pişmanlık Programlarının Uygulanması*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu, Ankara, s. 1 vd.; UYANIK, P. (2002), "Pişmanlık Programları", *Rekabet Dergisi*, Sayı 10, s. 33 vd.

⁴ CARUSO, A. (2010), "Leniency Programs and Protection of Confidentiality: The Experience of the European Commission", *Journal of European Competition Law & Practice*, No:1(6), s. 454; CAUFFMAN, C. (2011), "The Interaction of Leniency Programmes and Actions for Damages", *The Competition Law Review*, No:7(2), s. 181.

⁵ Kocaer 2005, s. 9; SPAGNOLO, G. (2003), "Divide et Impera Optimal Deterrence Mechanism Against Cartels and Organized Crime", University of Mannheim, CEPR, <http://repec.org/esNAWM04/up.24618.1049197921.pdf>, Erişim Tarihi: 12.03.2013, s. 5; WILS, W.P.J. (1997),

başvuranla rekabet otoritesi arasında bir sözleşme gibi düşünülmekte⁶, bu sözleşmenin gereği olarak rekabet otoritesi başvuruda bulunana bağlılık veya indirim uygulamakta, başvuruda bulunan ise rekabet otoritesi ile sürekli ve tam bir işbirliğinde bulunmaktadır.

Amerikan antitröst uygulamasında ortaya çıkan, elde ettiği başarı nedeniyle diğer ülke hukuklarına da yayılan pişmanlık programları, rekabet otoritelerinin kartellerle mücadelesinde etkin bir araç olarak kullanılmaktadır⁷. Pişmanlık başvurularının doğrudan bir sonucu olarak pek çok kartelin yakalanmış ve ortadan kaldırılmış olması, bu programların başarısının bir kanıtıdır⁸.

Varlığı bilinmeyen kartellerin bizzat kartelin üyesi bir teşebbüs tarafından ortaya çıkarılması, delillerin başvuruda bulunan teşebbüs tarafından sunuluyor olması nedeniyle rekabet otoritesi açısından delil elde etmek için herhangi bir özel çaba harcamaya gerek olmaması, özellikle uluslararası kartellerde karşılaşılan başka ülkelerdeki bilgi ve belgeye ulaşım zorluğunun yaşanmaması, teşebbüsler arasında yarattığı güvensizlik ve belirsizlik nedeniyle kartelin yeniden kurulmasını güçleştirmesi gibi faydalarına binaen pişmanlık programları, rekabet otoriteleri bakımından kamu kaynaklarının etkin kullanımını sağlayan azami derecede faydalı bir unsur olarak değerlendirilmektedir⁹.

Pişmanlık programları, rekabet kurumları bakımından pek çok fayda sağladığı gibi, teşebbüsler bakımından da önemli yararlar sağlamaktadır. Bu sayede,

“The Commission Notice on the Non-Imposition or Reduction of Fines in Cartel Cases: A Legal and Economic Analysis”, *European Law Review*, No:22(2), s. 130.

⁶ Kocaer 2005, s. 31. OECD (2002), *Fighting Hard-Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes*, OECD, Paris, s. 21. Anglosakson ülkelerinin (ABD, İngiltere ve Kanada) pişmanlık uygulamasında, başvuranla otorite arasında, pişmanlık programından yararlanmanın kapsam ve şartlarını içeren yazılı bir sözleşme yapılmaktadır. Bkz. OECD (2002), s. 37 vd. AB’de ise pişmanlık sözleşmesi yapılmamaktadır. Bkz. JOSHUA, J.M. (2000), “Leniency in US and EU Cartel Cases; Leniency in US and EU Cartel Cases”, *Antitrust*, No:14(3), s. 21.

⁷ AB Komisyonuna göre, pişmanlık programı, kartelleri yakalamadaki en etkin araçtır. Bkz. *National Grid Electricity Transmission Plc v. ABB Ltd* (2012) EWCH 869 (ch): Observation of the European Commission pursuant to art. 15(3) of Regulation 1/2003, p. 12].

⁸ SANDERS, M., E. JORDAN, C. DIMOULIS, K. SCHWEDT, B. DILUIGI ve M. van VISSSEN (2013), “Disclosure of Leniency Materials in Follow-on Damages Actions; Striking “the Right Balance” between the Interest of Leniency Applicants and Private Claimants?”, *European Competition Law Review*, No:34(4), s. 174. Pişmanlık programının etkinliğinin en iyi göstergelerinden birisi olarak 2009 yılında Almanya rekabet otoritesinin yürüttüğü 74 kartel soruşturmasında 56’ dan fazla teşebbüsün pişmanlık için başvuruda bulunması zikredilebilir. Ayrıca, anlamlı bir pişmanlık sistemi kurulması, bir rekabet otoritesinin başarısının ölçümünde bir araç olarak kullanılmaktadır. Bkz. GRAY, E. (2011), “The Perception Problem”, *Global Competition Review*, No:14(9), <http://globalcompetitionreview.com/features/article/30755/the-perception-problem/>, Erişim Tarihi: 12.3.2012.

⁹ Pişmanlık programının faydaları için bkz. KEKEVİ, G. (2008a), “Pişmanlık Programları: Muharebeyi Kaybetmek, Savaşı Kazanmak”, *Rekabet Dergisi*, Sayı 34, s. 10 vd.; KEKEVİ, G. (2008b), *ABD, AB ve Türk Rekabet Hukukunda Kartellerle Mücadele*, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi, Rekabet Kurumu, Ankara, s. 58 vd.; Kocaer 2005, s. 5 vd.

herhangi bir şekilde yanlış bir yola girmiş teşebbüse, ya ceza almadan ya da oldukça indirilmiş ceza tutarları ile yanlıştan dönme imkânı tanınmaktadır.

2. PİŞMANLIK PROGRAMI İLE TAZMİNAT DAVALARI ARASINDAKİ İLİŞKİ

Rekabet hukuku uygulamasının özel hukuk ayağının en önemli kısmını tazminat davaları oluşturmaktadır. Rekabet kurallarına uygun davranılmasını sağlamak amacıyla, rekabet hukukuna ilişkin düzenlemelerin ihlali nedeniyle açılan tazminat davalarının sayısını artırmak için girişimlerde bulunmaktadır. Bir başka deyişle, tazminat davaları, etkin rekabeti sürdürmenin bir aracı olarak görülmektedir¹⁰.

AB Komisyonu (Komisyon), çeşitli zamanlarda yaptığı çalışmalarda özel hukuk uygulamasının önemine dikkat çekmiştir. Örneğin, Yeşil Kitap'ta¹¹, rekabete ilişkin kamu hukuku ve özel hukuk uygulamasının, genel uygulama sisteminin bir parçası olduğu, her ikisinin de rekabet hukukuna ilişkin düzenlemelerde yasaklanmış rekabet karşıtı eylemleri engellemek ve tüketicileri/teşebbüsleri bu eylemlerden ve bunların neden olduğu zararlardan korumak şeklinde özetlenebilecek aynı amaca hizmet ettikleri vurgulanmıştır. Komisyona göre, rekabet hukukuna ilişkin düzenlemelerin kamu hukuku uygulaması kadar özel hukuk uygulaması da rekabetçi bir ekonomi oluşturmanın ve sürdürmenin önemli bir aracıdır. Tazminat davaları, rekabet karşıtı eylemler için caydırıcı etkiye sahip olup bu suretle rekabet kurallarının tam etkililiğini sağlamaya, böylece AB'de etkili rekabetin sürdürülmesine önemli katkıda bulunmaktadır. Komisyona göre, özel hukuk uygulaması rekabet karşıtı eylemleri önlemede adeta kamusal uygulama ile eşdeğer öneme sahiptir. Öte yandan Yeşil Kitap'ta, pişmanlık programından yararlananlar bakımından, bunlar aleyhine açılan tazminat davalarında indirim yapılması teklif edilmiştir.

Komisyon özel hukuk uygulamasına verdiği önemi Beyaz Kitap'ta¹² da vurgulamaya devam etmiştir. Bu kitapta da Komisyon, daha etkili tazminat

¹⁰ “Tazminat hakkının varlığı, Topluluk rekabet kurallarının çalışmasını güçlendirir ve rekabeti sınırlayan veya bozan, çoğunlukla gizli olan uygulama ve anlaşmaların cesaretini kırar. Bu bakış açısından ulusal mahkemeler önünde görülen tazminat davaları Toplulukta etkili bir rekabetin sürdürülmesine önemli katkı yapabilir”. Bkz. Case C-453/99, *Bernard Crehan v Courage Ltd and Others*, (2001) ECR I-6297, p.28.

¹¹ European Commission (2005), “Green Paper – Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules”, European Commission, Brussels, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0672:FIN:EN:PDF>, Erişim Tarihi: 30.5.2013.

¹² European Commission (2008), “White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules”, European Commission, Brussels, <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0165:FIN:EN:PDF>, Erişim Tarihi: 30.5.2013; European Commission (2008), “Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules”, European Commission, Brussels, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SEC:2008:0404:FIN:EN:PDF>, Erişim Tarihi: 30.5.2013.

mekanizmasının, ihlalcilerin eylemlerinden sorumlu tutulmasının yanı sıra rekabet hukuku ihlallerinin yakalanmasını artıracaklarını belirtmiştir. Komisyona göre daha iyi işleyen bir tazminat mekanizması, doğası gereği rekabet kurallarına uyumu ve gelecekteki ihlallere yönelik olarak caydırıcılığı sağlayacak bir etkiye sahiptir. Beyaz Kitap'ta pişmanlık başvurusu kapsamında sunulan ve şirketin mali durumunu yansıtan bilgilerin tazminat davalarında ibraz edilmesinin önlenmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Pişmanlık programından yararlanan teşebbüs veya kişinin cezasında indirim yapılması ya da zarar görenlerin zararının karşılanması, hukuk davalarının açılmasına engel teşkil etmeyecektir¹³. Her iki müessese de aynı amaca -rekabet kurallarına uyumu artırmaya- hizmet ettiğinden pişmanlık programları ile tazminat davaları arasında yakın bir ilişki bulunduğu gibi, aynı zamanda bir ikilem de bulunmaktadır. Çünkü bir bakış açısına göre, kartelden zarar görenlerin zararlarının tazminine yardımcı olması hususu pişmanlık programlarının faydalarından birisi olarak zikredilirken¹⁴, diğer bir yaklaşıma göre ise, özel hukuk alanındaki tazminat hakkı, işbirliğini (pişmanlık başvurularını) caydıran en büyük engeldir¹⁵. Tazminat davaları, zararın ispatına bağlı olarak geçmişte elde edilenler dâhil kartel kârının kaybına neden olabilecek niteliktedir. Pişmanlık müessesesi ile sağlanan cezadan muafiyet ya da daha az miktarda ceza alma olanağına karşılık elde edilen bütün kazancın kaybedilebilme riski pişmanlık programının arzulanan başarıyı kazanması önünde engel oluşturmaktadır. Bu nedenle pişmanlık programının arzulanan başarıyı kazanması için, rekabet ihlalinin özel hukuk alanındaki sonuçlarının, özellikle üç kat tazminat talep etme hakkının ya kaldırılması ya da sınırlandırılması gerektiği savunulmaktadır¹⁶.

Gerçekten de pişmanlık programlarından kamunun beklediği faydalardan birisi olan zarar görenlerin zararlarının tazminine yardımcı olması hususu, diğer taraftan bu müesseseden yararlanmak üzere başvuran teşebbüs bakımından aynı zamanda bir riski de beraberinde getirmektedir. Zira rekabet otoritesine pişmanlık müessesesinden yararlanmak üzere başvuran teşebbüs, karteğe (dolayısıyla ihlale) katıldığını kabul ettiği gibi buna ilişkin bilgi ve belgeleri de bizzat sunmaktadır. Teşebbüsün sunduğu bu belgelerin, ihlal kararı ile sonuçlanan soruşturmadan sonra, zarar görenlerin açacağı tazminat davasında delil olarak kullanılabilme ihtimali bulunmaktadır.

¹³ Commission Notice on Immunity from Fines and Reduction of Fines in Cartel Cases (Pişmanlık Duyurusu), *Official Journal* C 298, 8.11.2006, s. 17, p. 39; Aynı yönde Cauffmann 2011, s. 183; Uyanık 2002, s. 39; UYANIK, P. (2003), *Rekabet Hukuku Açısından Delil*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu, Ankara, s. 44-45.

¹⁴ Kekevi 2008b, s. 59; Kekevi 2008a, s. 16.

¹⁵ OECD 2002, s. 21; Kocaer 2005, s. 32. Tazminat davalarının pişmanlık programına zarar verebileceği yönünde bkz. HODGES, C. (2006), "Competition Enforcement, Regulation and Civil Justice: What is the Case?", *CMLR*, No:43(5), s. 1390; Cauffmann 2011, s. 183.

¹⁶ Spagnolo 2003, s. 37; Kocaer 2005, s. 32-33; Şahin 2013, s. 214.

Gerek RKKH'nin 58. maddesi gerekse 04.02.2011 tarih ve 27836 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Borçlar Kanunu'nun (BK) 50. maddesi uyarınca haksız fiil nedeniyle uğranılan zararın karşılanması talebiyle açılacak tazminat davalarında, zarar gören tarafından ihlalin varlığı, hukuka aykırılık, kusur, illiyet bağı ve zarar miktarı ispatlanmak durumundadır. Zarar görenin ispat edeceği bu hususlara ilişkin en önemli ve etkili kaynak pişmanlık başvurusunda sunulan bilgi ve belgelerdir. Zira pişmanlık için başvuran, ihlalin varlığını kabul (ikrar) etmekte; ihlalin süresi veya etkilediği pazarlar gibi pek çok konuda delil niteliğindeki bilgi ve belgeyi rekabet otoritesine sunmaktadır. Özel hukuk yargılamasında, tarafların veya vekillerinin mahkeme önünde ikrar ettikleri vakıalar çekişmeli olmaktan çıkar ve ispatı gerekmez (Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.188/1)¹⁷. Bunun gibi, rekabet ihlali nedeniyle yapılan soruşturma kapsamında pişmanlık başvurusu yapmış bir teşebbüse yönelik olarak, Rekabet Kurulunca ihlal kararının verilmesinden sonra bu teşebbüsten tazminat talep edenler artık ihlalin gerçekleştiğini, ve davalının kusurlu olduğunu ispatlamak zorunda kalmayacaktır¹⁸. Dolayısıyla pişmanlık başvuruları, tazminat davası açan veya açmak isteyen zarar görenler bakımından gerek ihlalin varlığını, gerek uğranılan zararın miktar ve kapsamını, gerekse illiyet bağına ispatta kullanılacak asli kaynak niteliğindedir¹⁹. Bu nedenle rekabet ihlalinin zarar görenler, pişmanlık başvurusu kapsamında sunulmuş belgelere erişmek amacıyla rekabet otoritelerine başvuracaktır. Bu belgelerin tazminat davasında delil olarak kullanılabilir olması, kartelden zarar görenlerin tazminat davasında başarılı olma şansını artırmaktadır. Nitekim doktrinde de yakın zamanlara kadar pişmanlık programına başvuranlar için tazminat riski sınırlıyken, ABAD'ın rekabet kurallarının ihlali sonucunda zarar gören bireylerin tazminat haklarının bulunduğunu kabul etmesinin ve Komisyon'un da rekabet hukukunun özel hukuk alanındaki uygulamalarını geliştirme ve ilerletme yönündeki aktif çabasının, pişmanlık programına başvuru yapanlar bakımından riski sürekli artırdığı belirtilmektedir²⁰. Pişmanlık belgelerine erişimin mümkün olması, yargılamada davacının elini güçlendiren temel araçtır.

¹⁷ AB mevzuatı uyarınca da Komisyonun kararı üye ülke mahkemelerini bağlayıcı olduğundan ihlalin varlığını ispata gerek yoktur. Hatta Alman hukukunda Komisyonun, Federal Kartel Ofisinin ve diğer AB üyesi ülkelerin rekabet otoritelerince verilen ihlal kararlarının Alman mahkemelerini bağlayıcı olduğu belirtilmiş bulunmaktadır (Alman Rekabet Kanunu m. 33/4).

¹⁸ Şahin 2012, s. 95-96.

¹⁹ Bu yönde bkz. WILS, W.P.J. (2009), "The Relationship Between Public Antitrust Enforcement and Private Actions For Damages", *Law and Economics Review*, No:32(1), s. 21-22. Şahin'e göre de rekabet otoritelerinin elinde bulunan ve ihlalin varlığını tespiti yönelik delillerin tazminat davasında davacıların işini oldukça kolaylaştıracaktır. Bkz. Şahin 2013, s. 104.

²⁰ Cauffman 2011, s. 183. Tazminat talebi korkusunun ABD'de olduğu gibi, AB'de de pişmanlık başvurusunda bulunanlar bakımından caydırıcı etki yaratabileceği yönünde bkz. RILEY, A. (2010), "The Modernization of EU Anti-cartel Enforcement: Will the Commission Grasp the Opportunity?", Center For European Studies Special Report, <http://www.ceps.eu/book/modernisation-eu-anti-cartel-enforcement-will-commission-grasp-opportunity>, Erişim Tarihi: 15.6.2013, s. 6.

Tazminat talep edenlerin tazminata hak kazanma şansının artması olumlu bir gelişme olarak değerlendirilirken, diğer taraftan pişmanlık programlarının cazibesinin ortadan kalkma riskinin doğması olumsuz bir gelişme olarak zikredilebilir. Çünkü pişmanlık başvurusunda bulunanlar bakımından, herhangi bir başka tedbir alınmadığı takdirde, sundukları belge ve bilgilerin gizli kalıp kalmayacağı hususunda emin olamamak pişmanlık programının çekiciliğini azaltabilir; teşebbüsleri pişmanlık başvurusunda bulunmaktan caydırıcı etki yaratabilir veya programa ciddi kuşku ile yaklaşılmasını sağlayabilir²¹. Bu durum, sonuçta pişmanlık programının başarısını etkileyecek niteliktedir.

3. PİŞMANLIK PROGRAMLARI VE GİZLİLİĞİN KORUNMASI SORUNU

3.1. Genel Olarak

Başarılı bir pişmanlık programı için çeşitli koşulların varlığı aranmaktadır. Bu koşullar; etkin çalışan ve bunun için yeterli araçlara sahip bir rekabet otoritesinin varlığı (yakalanma korkusu), kişisel sorumluluğun ve caydırıcı nitelikte cezaların varlığı ve uygulanıyor olması (yaptırım tehdidi) ile süreçlerde şeffaflık ve hukuki belirliliğin sağlanmış, bir başka deyişle başvuru sonucunda bağışlıktan yararlanılıp yararlanılmayacağı hususundaki belirsizliğin giderilmiş olması şeklinde zikredilebilir²².

Pişmanlık programlarının temel özelliklerinden birisinin de gizlilik olduğu kabul edilmektedir²³. Doktrinde, pek çok açıdan, mutlak gizlilik sözünün modern kartelleri önleme girişimlerinin merkezinde yer aldığı belirtildiği gibi²⁴ uygulama bakımından da bu hususun kritik bir unsur olduğu özellikle vurgulanmaktadır²⁵.

²¹ ELÇİ, E. (2011), “Leniency Programs: Features, Components and How They Appear in EU and Turkey”, *Rekabet Dergisi*, No:12(2), s. 34.

²² Kekevi 2008b, s. 64 vd; Kekevi 2008a, s. 20-21; ARI, H. (2009), “Rekabet Hukukunda Etkin Yaptırım Politikası: Themis, Kılıç ve Terazi”, K. C. Sanlı (der.), *Rekabet Hukuku Yaptırım Politikasında Yeni Dönem Ceza ve Pişmanlık Yönetmelikleri* içinde, s. 26-27. Elçi 2011, s. 13 vd. Aynı yönde Uyanık 2002, s. 35-36. Uyanık, bu şartlara “öncelik”, Kocaer ise “başvuru zamanına önem verilmesi” koşulunu eklemektedir. Bkz. Kocaer 2005, s. 15-16.

²³ KIRCH, P., J. EVANS, M. LITTEKEN (2011), “Plaintif in Pursuit”, *Global Competition Review*, No:14(8), <http://globalcompetitionreview.com/features/article/30494/plaintiffs-pursuit/>, Erişim Tarihi: 13.03.2012; Uyanık 2002, s. 39.

²⁴ Bkz. GRASSO, R. (2008), “The E.U. Leniency Program and U.S. Civil Discovery Rules: A Fraternal Fight?”, *Michigan Journal of International Law*, No:29(3), s. 565.

²⁵ Örneğin, ABD Adalet Bakanlığı Antitröst Bölümü’ne göre gizlilik, küresel olarak pişmanlık programlarının ayırt edici/karakteristik özelliğidir ve bunun yokluğu pişmanlık başvurularını caydırıcı ana faktördür. Bkz. Letter of S. Hammond, Deputy Assistant Attorney General for Criminal Enforcement Antitrust Division, Department of Justice, In re Flat Glass Antitrust Litigation, No. 08-180 (Doc. No. 200-6), (Oct. 6, 2009) p. 3 (naklen White & Case LLP, v. United States of America, s. 25, <http://www.justice.gov/atr/cases/f271800/271862.pdf>, Erişim Tarihi: 10.4.2013.

Gizlilik, genel olarak başvuru sahibinin kimliğinin açıklanmaması şeklinde anlaşılmaktadır²⁶. Rekabet otoriteleri pişmanlık programına başvuran teşebbüslere, karteli ortaya çıkarmak için sağlayacakları delillere ve tam işbirliğine karşılık olarak ya hiç yaptırım uygulamama ya da indirimli yaptırımlar uygulamanın yanı sıra başvurunun gizli kalacağı sözünü verirler²⁷. Başvuru sahibinin kimliğinin açıklanmamasının, bir yandan diğer rekabet otoriteleri ile işbirliğini ve diğer ülke içindeki delillerin elde edilmesini güçleştirirken, diğer yandan, programa başvuranlar bakımından önemli bir güven ve teşvik unsuru, dolayısıyla etkin bir işbirliği temeli oluşturduğu kabul edilmektedir²⁸.

Bununla birlikte, gizliliğin sadece başvuru sahibinin kimliğinin açıklanmaması şeklinde dar yorumlanması, etkin bir işbirliği sağlamak bakımından yeterli değildir. Asıl sorun, başvuranın kimliği dışında, başvuru kapsamında sunulan bilgi ve belgelerin açıklanıp açıklanmayacağı, yani bunların gizlilikten yararlanıp yararlanamayacağıdır. Sadece kimliğin açıklanmaması, başvuru sahibi için yeterli güven ve koruma sağlayan bir husus değildir. Zira ileride kartel faaliyeti nedeniyle kendisine karşı tazminat davası açılabilme, tazminat davasının davacısı tarafından sağladığı bilgilere erişilebilme ve kendisine karşı kullanılabilme ihtimali de, teşebbüs bakımından büyük bir risk oluşturur. Gizliliğin başvurunun tamamını kapsayacak şekilde genişletilmemesi halinde teşebbüs, gelecekte kendine karşı açılacak davaya paha biçilmez bir yol haritasını kendi elleriyle sunan, adeta kendi sonunu hazırlayan fail durumunda olacaktır. Rekabet otoritesi tarafından gizliliğin sağlanamaması, pişmanlık için başvuruda bulunmayı düşünen teşebbüsler bakımından tereddüt yaratabilir. Ortaya çıkacak her türlü tereddüdün giderilememesi, teşebbüsler bakımından pişmanlık programına katılmaya isteksizlik yaratabilir²⁹. Bu durum ise başvuru sayısının önemli ölçüde azalmasını, dolayısıyla rekabet otoritelerinin yeterli bilgi ve delil sahibi olamaması nedeniyle kartellerle mücadelede etkisiz kalması sonucunu doğurabilir.

Bu nedenle, başvuru yapan teşebbüse sağlanacak gizliliğin kapsamının, başvuruyu yapan teşebbüsün/çalışanın kimliklerinin gizli tutulmasının yanı sıra sunulan delillerin ve ifadelerin tazminat davalarında delil olarak kullanılmaması, idari sürecin belirli bir aşamasına kadar başvuruya ilişkin açıklama yapılmaması, soruşturma ile ilişkili kamu görevlileri için hapis cezası ile desteklenmiş soruşturma gizliliği ilkeleri ve sözlü savunma toplantılarının gizli yapılması tedbirlerini içermesi gerektiği önerilmektedir³⁰.

²⁶ Uyanık 2002, s. 39.

²⁷ Kirch vd. 2011.

²⁸ Kocaer 2005, s 37.

²⁹ Kirch vd. 2011.

³⁰ Kocaer 2005, s. 67-68.

Öte yandan, gizliliğin bu şekilde geniş yorumlanması da başka olumsuzluklar yaratabilir. Örneğin, başvurunun bu şekilde gizli tutulması, elde edilen bilgilerin ve delillerin diğer ülke rekabet otoriteleri ile paylaşılabilmesi nedeniyle uluslararası kartellerle mücadelede yeterli etkinliğinin sağlanamaması veya hiç mücadele edilememesine yol açılabilir. Aynı şekilde, tazminat davası açılması halinde belgelere erişim mümkün olmayacağı için, rekabet hukuku uygulamasının özel hukuk ayağının aksak kalması, dolayısıyla bir yandan bütün yükün kamu kurumu üzerinde kalması diğer yandan yetersiz idari para cezaları ile kartel kârının topluma geri kazandırılmaması söz konusu olabilir.

Görüleceği üzere, gizliliğin geniş veya dar yorumlanması, rekabet hukuku politikası ile ilişkilidir ve rekabet otoriteleri için zor bir tercihtir. Zira geniş veya dar yorumlamanın hem olumlu hem de olumsuz yönleri bulunmaktadır.

3.2. Pişmanlık Belgelerine Erişimle İlgili Kurallar

3.2.1. ABD Hukukunda Pişmanlık Belgelerine Erişimle İlgili Kurallar

ABD’de belgelere erişimle ilgili olarak dört farklı kaynağın dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir³¹. Bu kaynaklardan ilki, iki taraflı antlaşmalarda yer alan hükümlerdir³². İkinci kaynak, karşılıklı hukuki yardıma ilişkin uluslararası antlaşmalardaki kurallardır. Üçüncü kaynak, büyük jüri soruşturma dosyalarında ABD dışında yer alan materyallerin açıklanmasına imkân veren kurallardır (28 USC 1782)³³. Dördüncü kaynak ise, ABD’li davacılar tarafından ABD mahkemelerinde kullanılan ve ABD içerisinde yer almakta olan materyallerin açıklanmasına izin veren *Intel*³⁴ davasıdır.

³¹ SLOT, P.J. (2013), “Does the Pfliegerer Judgement Make the Fight against International Cartels more Difficult”, *European Competition Law Review*, No:34(4), s. 202 vd.

³² AB ile ABD arasında rekabet hukuku uygulamasında karşılıklı işbirliği yapılmasına ilişkin iki adet bu tip antlaşma bulunmaktadır. Bkz. Agreement between the Government of the United States of America and the Commission of the European Communities regarding the Application of their Competition Laws (1995 OJ L95/47); Agreement between the European Communities and the Government of the United States of America on the Application of Positive Comity Principles in the Enforcement of their Competition Laws (1998 OJ L173). Komisyon, her iki ülke arasında bu antlaşmaların uygulanması hususunda aktif bir işbirliği bulunduğunu belirtmektedir. Bkz. Report from the Commission to the Council and the European Parliament on the Application of the Agreements between the European Communities and the Government of the United States of America and the Government of Canada regarding the Application of their Competition Laws, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0500:FIN:EN:PDF>, Erişim Tarihi: 21.3.2013.

³³ Bu hüküm uyarınca federal mahkeme, yargılama yetkisinin geçerli olduğu alandaki kişileri, uluslararası ya da yabancı bir ülke yargı organlarındaki bir süreçte kullanılan delilleri sunmaya zorlayabilme yetkisine sahiptir. ABD yüksek mahkemesi bu hükmü yarı yargısal organları da kapsayacak şekilde yorumlamış, AB Komisyonunu yabancı mahkeme kapsamında değerlendirmiş ve Komisyona sunulan belgelerin de hükmün kapsamına girdiğine hükmetmiştir. Bkz. *Intel v. Advanced Micro Devices Inc.* 542 US 241 (2004).

³⁴ *Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc.* 542 U.S. 241, 260-63 (2004).

ABD’de bilgi ve belgeye erişime imkân tanıyan bir diğer yasal düzenleme, Hukuk Usulüne İlişkin Federal Yasadır (*Federal Rules of Civil Procedure* - FRCP). Bu yasa, delil değişim (*discovery*) sistemini kabul etmekte, bilgi ve belgelere geniş bir erişim usulü ve imkânı sağlamaktadır (bkz. m. 26-37). Yasaya göre, Federal Mahkeme’de görülen özel hukuk davasındaki taraflardan herhangi birisi kendilerinin talepleri veya savunmaları ile ilgili olan ve herhangi bir hukuki imtiyaza³⁵ sahip olmayan bilgi ve belgelere erişmeye yetkilidir. Erişilebilir bilgi ve belgeler yargılamada kabul edilebilir olmak zorunda olmayıp kabul edilebilir delillere erişime öncülük edebilecek nitelikte olması yeterlidir (FRCP. 26/b-1). Yine bu yasaya göre; taraflardan birisi, başka türlü erişilemeyecek bilgi ve belgeleri, erişim talep eden tarafın davasını hazırlamak için materyallere esaslı bir şekilde ihtiyaç bulunduğunu ve başka araçlarla herhangi bir zorlukla karşılaşmaksızın belgelerin eşdeğerlerini elde etmesinin mümkün olmadığını göstererek, elde edebilir (FRCP. 26/b-3). Delil değişim sistemiyle, taraflar yalnızca karşı tarafın düzenlediği veya sahip olduğu belgelere erişmemekte aynı zamanda karşı tarafın işyerlerini de inceleyebilmektedir. Kural olarak yargılamadan önceki aşamada gerçekleşmesi gereken delil değişimi, yargılama başladıktan sonra da gerçekleştirilebilmekte ve taraflar birbirlerinden dava ile ilgili belgeleri talep edebilmektedirler. Delil değişim sisteminin sınırlarını, ticari sırlar, gizli bilgiler ve hukuki imtiyaza sahip (örneğin, avukat müvekkil ilişkisi çerçevesinde üretilen) belgeler (FCRP.26/a-1) oluşturmaktadır³⁶.

ABD yargı uygulamasında belgelere erişimin yargılamaya hazırlıktaki en önemli konu olduğu ve taraflardan birisinin elindeki belgelere erişim sağlanmasının, karar verme sürecinde doğruluk ve dürüstlüğü artırma amacına hizmet ettiği kabul edilmektedir³⁷. Ayrıca, hukuka aykırılığın ispatına yarayacak

³⁵ ABD’de meri hukuk (FRCP 26/b), hukuk uygulaması imtiyazı olarak nitelendirilen ve esasen yargısal içtihatlarla geliştirilmiş bulunan bir takım imtiyazları tanımlanmaktadır. Soruşturma imtiyazı olarak da nitelendirilen bu imtiyaza göre, ABD Adalet Bakanlığı Antitröst Bölümü personeline yapılan görüşmelerin (mülakatların) kayıtları ve bunlarla ilgili diğer materyaller açıklanamaz. Aynı şekilde, ihbarcının kimliğini açıklamayı reddetme hakkı (ihbarcı imtiyazı) bulunmaktadır. Hukuki imtiyazdan yararlanan belgeler, federal mahkemelerin imtiyazdan yararlanmayan belgelerin yabancı davacılara açıklanmasına hükmetme yetkisinin dışında kalmaktadır. Bkz. MILLER, S.R., K. NORDLANDER, J.C. OWENS (2010), “US Discovery of European Union and US Leniency Applications and Other Confidential Investigatory Materials”, *CPI Antitrust Journal*, March 2010 (1), s. 7 vd; aynı yönde bkz. VANDENBORRE, I. (2011), “The Confidentiality of EU Commission Cartel Records in Civil Litigation; The Balls Is in the EU Court”, *European Competition Law Review*, No:32(3), s. 117 dn. 9, ayrıca s. 120 vd. Aynı şekilde, yargılama sürecine hazırlık aşamasında taraflardan birisi için avukat tarafından hazırlanmış materyaller –ki pişmanlık beyanları da bu kapsamda değerlendirilmektedir- bu bilgiye erişmek isteyen kişi tarafından başka araçlarla eşdeğer bilginin elde edilmesinin mümkün olmadığı ya da bilgiye esaslı bir ihtiyacının bulunduğu ispat edilmedikçe erişime karşı korunmaya değer kabul edilmektedir. Bkz. Vandendorre 2011, s. 121; *Hickman v. Taylor*, 329 US 495 (1947).

³⁶ Şahin 2013, s. 52-53.

³⁷ *Hickman v. Taylor*, 329 US 495, 500 (1947); *In re Payment Card Interchange Fee & Merchant*

belgelerin büyük çoğunlukla ihlal olduğu iddia edilen anlaşmanın taraflarının elinde bulunması nedeniyle belgelere erişimin antitröst yargılamalarında diğer yargılama türlerinden daha fazla önem taşıdığı belirtilmektedir³⁸.

3.2.2. AB Hukukunda Pişmanlık Belgelerine Erişimle İlgili Kurallar

Anlaşmanın 81. ve 82. Maddelerinde Yer Alan Rekabet Kurallarının Uygulanması Hakkındaki 1/2003 sayılı Tüzük'ün³⁹ 28. maddesi uyarınca, gerek Komisyonun gerekse üye ülkelerin rekabet otoritelerinin personelleri mesleki gizlilik (sır saklama yükümlülüğü) altında bulunduğundan, AB hukukunda, kural olarak Komisyonun dosyaları ve kayıtlarının belirli istisnalara bağlı olarak gizli olduğu kabul edilmektedir⁴⁰. Bununla birlikte, Tüzüğün 11, 12 ve 15. maddelerinde Komisyon ve üye ülke rekabet otoriteleri ile yargı organları arasında gizli bilgilerin değişiminin nasıl sağlanacağı düzenlenmiştir. Ayrıca, işbirliğinin nasıl gerçekleştirileceği hakkında AB Üyesi Ülkelerin Mahkemeleri İle Komisyon Arasında İşbirliği Hakkındaki Komisyon Duyurusu (İşbirliği Duyurusu⁴¹) yayımlanmıştır.

AB'de bilgi ve belgeye erişim ile ilgili iki temel düzenlemeden söz edilebilir: Birinci düzenleme, Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Antlaşma (ABİDA)⁴²; ikinci düzenleme ise, 1049/2001 sayılı Avrupa Parlamentosu, Konseyi ve Komisyonunun Belgelerine Kamusal Erişim Hakkındaki Tüzük'tür⁴³.

Discount Antitrust Litigation, No. 05-MD-1720, 2010 WL 3420517, p. 4 (EDNY 27 August 2010); SMILTON, H. M., C. S. DAVIS ve D. LEVISHON (2011), “*Pfleiderer AG v. Bundeskartellamt: A Step Forward in Efforts to Obtain Discovery from European Commission Antitrust Proceedings*”, *Antitrust*, No:19(6), s. 3.

³⁸ *Poller v. Columbia Broad. Sys. Inc.* 368 US 464, 473 (1962); *Hosp. Bldg. Co. v. Trs. of Rex Hosp.* 425 US 738, 746 (1976); *Smilton vd.* 2011, s. 3. Aynı yönde bkz. *National Grid Elec. Transmission Plc. v. ABB Ltd. & Ors.* (2011) EWHC (ch) 1717 (9), <http://www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/ew/cases/EWHC/Ch/2011/1717.html&query=National+and+Grid&method=boolean>, Erişim Tarihi: 24.5.2013. Bu davada mahkeme, kartel mağdurunun kartelin işleminin bir sonucu olarak kendisine uygulanan fiyatların yükselip yükselmediği ve yükseldiyse ne kapsamda yükseldiğini değerlendirebilmesi için gerekli bütün bilgilere sahip olamayacağını, bu nedenle tatmin edici açıklamanın yokluğu halinde kartelden zarar görenlerin tazminat taleplerinin kovuşturulmasının tek tarafı ve zor olacağı, zorluğun özellikle faaliyetlerini dikkatli şekilde ve detaylı adımlarla örtmüş antitröst anlaşmaları bakımından geçerli olacağını belirtmiştir. Bkz. *Smilton vd.* 2011, s. 3.

³⁹ COUNCIL REGULATION (EC) No 1/2003 (16 December 2002) on the Implementation of the Rules on Competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, Official Journal, L 1/1, 4.1.2003.

⁴⁰ *Vandenborre* 2011, s. 117.

⁴¹ Commission Notice on Cooperation Between the Commission and the Courts of the Member States, OJ C 101/54, 27.4.2004, (İşbirliği Duyurusu).

⁴² Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union, Official Journal, C 115/47, 9.5.2008.

⁴³ Regulation (EC) No 1049/2001 of the European Parliament and of the Council, regarding Public

ABİDA'ya göre, AB vatandaşları ile AB'de ikamet eden veya kayıtlı bir ofisi bulunan gerçek veya tüzel kişiler, yine bu maddede düzenlenmiş olan ilke ve koşullara bağlı olarak, AB kurumları, organları, ofisleri veya temsilcileri tarafından elde edilmiş, her ne ortamda olursa olsun, belgelere erişim hakkına sahiptir (ABİDA, m. 15/3 b.1). Anlaşmada, belgelere erişim hakkının genel ilkeler ve kamu veya özel menfaatler temelinde sınırlandırılmasının, Avrupa Parlamentosu ve Konseyi tarafından çıkartılacak bir Tüzükle düzenlenmesi esası benimsenmiştir (ABİDA m. 15/3 b. 2).

Bu hüküm uyarınca çıkarılan Tüzük'te de dosyaya erişim hakkından yararlanabilecekler aynı şekilde belirlendikten sonra (1049/2001 sayılı Tüzük m. 2), Tüzük'ün 4. maddesinde dosyaya erişim hakkının sınırları, bir başka deyişle dosyaya erişimin istisnaları ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. Buna göre dosyaya erişim kamu güvenliğine, savunma ve askeri konulara, uluslararası ilişkilere, AB'nin veya üye ülkenin mali, parasal veya ekonomik politikaları gibi kamu menfaatlerinin korunmasına zarar verecekse veya kişisel verilerin korunmasına ilişkin AB kuralları çerçevesinde bireylerin bütünlük ve gizliliğinin korunmasına zarar verecekse (m. 4/1), üstün bir kamu yararı olmadıkça, gerçek veya tüzel kişinin -fikri mülkiyet hakları dâhil- ticari menfaatlerinin, hukuki görüşlerinin ve yargı süreçlerinin veya inceleme, soruşturma ya da denetimin amacının korunmasına zarar verecekse (m. 4/2), kurum tarafından kurum içi kullanım için hazırlanmış veya kurum tarafından henüz karara bağlanmamış bir soruna ilişkin olarak elde edilmiş ve erişim tanınması halinde kurumun karar verme sürecine ciddi şekilde zarar verecekse (m. 4/3), belgeye erişim talebi reddedilebilir. Ayrıca belgenin açıklanması veya açıklanmamasının net olmadığı hallerde, üçüncü kişilere ilişkin belgelerle ilgili olarak kurum, erişim tanınıp tanınmaması konusunda üçüncü kişiye danışmak durumundadır (m. 4/4). Ayrıca Tüzük uyarınca belgeye erişim için başvuruda bulunanlar, taleplerinin gerekçesini açıklamak zorunda değildir (m. 6/1). Söz konusu Tüzük'ün rekabet hukuku uygulamasında da geçerli olduğu Genel Mahkeme tarafından da kabul edilmektedir⁴⁴.

Bu iki temel metin dışında Komisyon, Pişmanlık Duyurusu'nda⁴⁵ da dosyaya giriş hakkı kapsamında pişmanlık belgelerine erişim hususunu ayrıca düzenlemiştir. Buradaki açıklamalara bakıldığında, erişim hakkının soruşturma süresince yalnızca soruşturmanın muhataplarına tanındığı, bununla birlikte, soruşturmanın

Access to European Parliament, Council and Commission Documents, Official Journal, L 145/453, 1.5.2001.

⁴⁴ Case T-237/02, *Technische Glaswerke Ilmenau GmbH v Commission of the European Communities* [2006] ECR II- 5131. Ayrıca bkz. CARUSO 2010, s. 466; Decision of the European Ombudsman Closing his Inquiry into Complaint 3699/2006/ELB against the European Commission, <http://www.ombudsman.europa.eu/cases/decision.faces/en/4752/html.bookmark>, Erişim Tarihi: 5.4.2013.

⁴⁵ Bkz. Pişmanlık Duyurusu, p. 33 vd.

muhataplarının da sunulan bilgi veya belgeleri kopyalayamayacakları, içeriklerini gizlemekle yükümlü oldukları, elde edilen bilgi ve belgelerin yalnızca savunma hakkının kullanılması gibi rekabet hukukunun uygulanmasıyla ilgili idari ve yargısal süreçlerde kullanılabilmesi, başka bir amaçla kullanılmayacağı, başka bir amaçla kullanılması halinde Komisyonun bunu işbirliğine aykırılık olarak değerlendirebileceği ve cezanın artırılması için gerekçe yapabileceği görülmektedir. Görüleceği üzere Komisyon, erişim hakkını yalnızca soruşturmanın muhataplarına tanıyarak, dolaylı olarak üçüncü kişilere erişim tanımayacağını da açıklamış olmaktadır.

Komisyonun Pişmanlık Duyurusu'nda, soruşturma sürecinin tamamlanmasından sonra, yani kararın verilmesinden sonra bile, pişmanlık programı kapsamında elde edilen belgeler ile yazılı veya kaydedilmiş beyanların kamuya açıklanmasının Tüzük'ün 4. maddesi anlamında soruşturmanın ve incelemenin amacının korunması gibi özel ve kamusal menfaatlere zarar vereceğini vurgulamaktadır⁴⁶. Komisyona göre, pişmanlık programı kapsamında pişmanlık başvurusunda bulunmayı düşünen (potansiyel) kişiler, özel hukuk sürecinde, başvuruda (işbirliğinde) bulunmayan kişilere nazaran konularının zayıflayacağını görürlerse işbirliğinden cayabilirler. Bu durum, kartel dosyalarında öncelikle kamu hukuku uygulamasının etkinliğini, dolayısıyla kamu menfaatini ciddi şekilde zarara uğratabilecek, daha sonra ise, bunun paralel veya sonraki uygulaması olan özel hukuk uygulamasının da etkililiğini zarara uğratabilecektir.

Komisyonun Pişmanlık Duyurusu dışında, sunulan bilgi ve belgelere özel hukuk davalarında erişimi engelleyen özel bir düzenleme AB hukukunda bulunmamaktadır. Tam aksine, Avrupa Birliği Antlaşması'nın⁴⁷ 4. maddesi üye ülkelere Birliğin görevlerini yerine getirebilmesini kolaylaştırma yükümlülüğü getirirken⁴⁸, 1/2003 sayılı Tüzük'ün 15/1. maddesi de ulusal mahkemelere rekabet hukuku uygulamasına ilişkin süreçlerde, Komisyonun sahibi bulunduğu bilgileri kendilerine nakletmeyi isteme yetkisi tanımaktadır. Nitekim İşbirliği Duyurusu'nda da, bir ulusal mahkemenin, Komisyondan, sahibi bulunduğu belgeleri isteyebileceği açıkça ifade edilmiştir⁴⁹. Bununla birlikte, İşbirliği Duyurusu'nda, pişmanlık

⁴⁶ Pişmanlık Duyurusu, p. 40.

⁴⁷ Consolidated version of the Treaty on European Union (TEU), [30.03.2010, Official Journal, C 83.

⁴⁸ ABAD'a göre, bu madde nedeniyle Komisyon ile üye ülkeler karşılıklı işbirliği yükümlülüğü altında olup Komisyon, ulusal mahkemelere, Topluluk hukukunu uygulamada yardımcı olmalıdır. Bkz. Case C-2/88 *Imm., J.J. Zwartveld and others*, [1990] ECR I-3365, p. 10 vd; Case C-234/89, *Stergios Delimitis v. Henninger Bräu AG* [1991] ECR I-935, p. 53.

⁴⁹ İşbirliği Duyurusu, p. 21. Duyuru'ya göre, her ne kadar Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkındaki Antlaşma'nın 339. maddesi Komisyon üyelerinin, memurlarının ve diğer görevlilerinin mesleki faaliyetleri çerçevesinde elde ettikleri bilgileri açıklamalarını yasaklamaktaysa da bu mutlak bir yasaklamaya yol açmamaktadır. Öte yandan, içtihat hukukunda iki halde Komisyonun gizli bilgileri ulusal mahkemeye iletmeceği kabul edilmiştir. İlk olarak, mahkemece talep edilen bilgilerin gizli

başvurusunda bulunanlarca gönüllü olarak sağlanan bilgilerin, başvuranların rızaları olmadıkça mahkemelere iletilmeyeceği de belirtmiştir⁵⁰.

Nihayet, 1/2003 sayılı Tüzük'ün 30. maddesi Komisyona, kararlarında tarafların isimlerini ve kararın ana içeriğini yayımlamayı emretmektedir. Elbette ki teşebbüslerin ticari sırlarının korunmasındaki meşru menfaatleri kararın yayımlanacak içeriğini belirlerken dikkate alınacaktır; bununla birlikte pişmanlık başvurusunun bulunduğu durumlarda buna ilişkin bilgiler de kararda yer alacaktır. Kaldı ki Komisyon da, Pişmanlık Duyurusu'nda, idari süreçte Komisyon'la işbirliği yapan teşebbüsün bağıışıklık veya cezadaki indirimin sebebini açıklayacağını belirtmektedir⁵¹.

3.2.3. Türk Hukukunda Pişmanlık Belgelerine Erişimle İlgili Kurallar

Türk hukukunda, belgelere erişim hakkı sağlayan çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır. Bu düzenlemeler nitelikleri dikkate alınarak, kanunlar, yönetmelikler, tebliğ ve kılavuzlar şeklinde sınıflandırılabilir gibi, özel (rekabet hukukuna özgü mevzuattaki) düzenlemeler ve genel (diğer mevzuattaki) düzenlemeler şeklinde de sınıflandırılabilir.

3.2.3.1. Genel Düzenlemeler

Bilgi ve belgelere erişim hakkı ve olanağı sağlayan genel nitelikteki düzenlemelerden ilki ve belki de en önemlisi, *4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu*'dur⁵² (BEHK). Bu Kanun uyarınca, herkes bilgi edinme hakkına sahiptir (m. 4/1). Türkiye'de ikamet eden yabancılar ile Türkiye'de faaliyette bulunan yabancı tüzel kişiler, isteyecekleri bilgi kendileriyle veya faaliyet alanlarıyla ilgili olmak kaydıyla ve karşılıklılık ilkesi çerçevesinde, bu Kanun hükümlerinden yararlanırlar (m. 4/2). Kanun uyarınca kurum ve kuruluşlar, Kanun'da düzenlenen istisnalar dışındaki her türlü bilgi veya belgeyi başvuranların yararlanmasına

nitelikte olduğu, dolayısıyla korunmasına ilişkin yükümlülüğü bulunduğu Komisyona mahkemeye hatırlatılarak bu kapsamda korunmaya devam edilmesine yönelik bir teminat istemesine rağmen ulusal mahkeme tarafından böyle bir teminat verilmezse, Komisyon bilgileri iletmeyebilir. İkinci olarak Komisyon, bağımsızlık ve fonksiyonelliğine müdahale oluşturacak, özellikle kendisine yüklenen görevlerin yerine getirilmesini zarara uğratabilecek hallerde veya Topluluğun üstün menfaatlerinin bulunduğu hallerde ulusal mahkemelere istenilen bilgiyi iletmeyi reddedebilir. Bkz. *Case C-2/88 Imm., J.J. Zwartveld and others*, [1990] ECR I-3365, p. 10-11; *Case T-353/94, Postbank NV v Commission of the European Communities*, [1996] ECR II-921, p. 93. *Case C-275/00, European Community, represented by the Commission of the European Communities v. First NV and Franex NV*, [2002] ECR I-10943, 49, p. 49

⁵⁰ İşbirliği Duyurusu, p. 23-26.

⁵¹ Bkz. p. 39. Nitekim Komisyonun nihai kararı pişmanlık başvurusunda bulunan teşebbüsün kimliğini ve karteldeki rolünü (katılımını) tanımlayan ayrıntılı bir tarif içermektedir. Bkz. Cauffman 2011, s. 194.

⁵² Resmi Gazete (RG), 24.10.2003, S. 25269.

sunmakla yükümlüdür (m. 5/1). BEHK’de; yargı denetimi dışında kalan işlemler (m.15), devlet sırrına ilişkin bilgi veya belgeler (m. 16), ülkenin ekonomik çıkarlarına ilişkin bilgi veya belgeler (m. 17), istihbarata ilişkin bilgi veya belgeler (m. 18), idarî soruşturmaya (m.19) ve adli soruşturma ve kovuşturmaya (m. 20) ilişkin bilgi veya belgeler, özel hayatın (m. 21) ve haberleşmenin (m. 22) gizliliğine ilişkin bilgi veya belgeler, kanunlarda ticari sır olarak nitelendirilen bilgi veya belgeler (m. 23), fikir ve sanat eserleri (m. 24), kurum içi düzenlemeler (m. 24), kurum içi görüş, bilgi notu ve tavsiyeler (m. 25) ile tavsiye ve mütalaa talepleri (m. 26) bilgi edinme hakkının kapsamı dışında tutulmuştur.

Öte yandan bilgi terimi, kurum ve kuruluşların kayıtlarında yer alan ve BEHK kapsamındaki her türlü veriyi (m. 4/1-c); belge terimi ise; kurum ve kuruluşların sahip oldukları ve BEHK kapsamındaki yazılı, basılı veya çoğaltılmış dosya, evrak, kitap, dergi, broşür, etüt, mektup, program, talimat, kroki, plan, film, fotoğraf, teyp ve videokaseti, harita, elektronik ortamda kaydedilen her türlü bilgi, haber ve veri taşıyıcılarını kapsamaktadır (m. 4/1-d).

Genel nitelikteki düzenlemelerden ikincisi, 5271 sayılı *Ceza Muhakemesi Kanunu*’dur⁵³ (CMK). Bu Kanun’un mağdur ile şikâyetçinin haklarını düzenleyen 234. maddesinde mağdur ve şikâyetçinin, soruşturma evresinde, soruşturmanın gizliliğini ve amacını bozmamak koşuluyla Cumhuriyet savcısından belge örneği isteme [m. 234/1 (a) 2]; kovuşturma evresinde ise, tutanak ve belgelerden örnek isteme [m. 234/1 (b) 3] hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Görüleceği üzere mağdur veya şikâyetçinin belge örneği isteme hakkı soruşturma evresinde soruşturmanın gizliliğini ve amacını bozmama koşuluna bağlandığı halde, kovuşturma aşamasında herhangi bir şarta bağlanmamıştır. Bunun temel sebebi soruşturmanın gizliliği ilkesidir.

Kanun koyucu soruşturmanın gizliliğini korumak amacıyla soruşturma aşamasında koşul öngörmüş, bir başka deyişle hakkın kullanımını sınırlamışken, soruşturmanın gizliliğinin ortadan kalktığı kovuşturma aşamasında ise, artık aleniyetin gereği olarak hakkın kullanımını sınırlamamış, herhangi bir koşula bağlamamıştır. Aleniyetin olduğu durumlarda kanun koyucunun mağdur veya şikâyetçiye tanınan haklardan tam manasıyla yararlanılmasını arzuladığı söylenebilir.

Bu durumun en açık göstergesi CMK’nin 125. maddesidir. Buna göre; bir suç olgusuna ilişkin bilgileri içeren belgeler, devlet sırrı olarak mahkemeye karşı gizli tutulamaz (m. 47/1; 125/1). Bununla birlikte, Devlet sırrı niteliğindeki bilgileri içeren belgeler, ancak mahkeme hâkimi veya heyeti tarafından incelenebilir. Bu belgelerde yer alan ve sadece yüklenen suçu açıklığa kavuşturabilecek nitelikte

⁵³ RG, 17.12.2004, S. 25673.

olan bilgiler, hâkim veya mahkeme başkanı tarafından tutanağa kaydedilir (m. 125/2). Aynı şekilde CMK'nin 135. maddesinin beşinci fıkrasında iletişimin tespitinde tedbir süresince⁵⁴ alınan karar ve yapılan işlemlerin gizli olduğu vurgulanmıştır.

Ceza yargılamasında müdafinin dosyayı inceleme yetkisi, CMK'nın 153. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre müdafî, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir (m. 153/1). Müdafinin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması (ifade tutanakları ile bilirkişi raporları hariç), soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, sulh ceza hâkiminin kararıyla bu yetkisi kısıtlanabilir (m. 153/2-3). Müdafî, iddianamenin mahkeme tarafından kabul edildiği tarihten itibaren dosya içeriğini ve muhafaza altına alınmış delilleri inceleyebilir; bütün tutanak ve belgelerin örneklerini harçsız olarak alabilir (m. 153/4).

Öte yandan, CMK'de katı gizliliğin uygulandığı haller de düzenlenmiş bulunmaktadır. Örneğin, bir suçla ilişkin delil elde etmek için şüpheli veya sanığın bedeninden alınan örnekler üzerinde yapılan inceleme (genetik inceleme) sonuçları, kişisel veri niteliğinde olup, başka bir amaçla kullanılamaz ve dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler tarafından bir başkasına verilemez (CMK m. 80/1). Aynı şekilde, kamu görevlilerinin gizli soruşturmacı olarak görevlendirildiği hallerde (CMK m. 139/1), buna ilişkin karar ve diğer belgelerin ilgili Cumhuriyet Başsavcılığında muhafaza edileceği ve soruşturmacının kimliğinin, görevinin sona ermesinden sonra da gizli tutulacağı açıkça düzenlenmiştir (CMK m. 139/3)⁵⁵.

Bilgi ve belgelere erişim sağlamak üzere başvurulabilecek genel nitelikteki düzenlemelerin bir diğeri, 1136 sayılı *Avukatlık Kanunu*'dur⁵⁶. Bu Kanun uyarınca; yargı organları, emniyet makamları, diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu

⁵⁴ Tedbir kararı en çok üç ay için verilebilir; bu süre, bir defa daha uzatılabilir. Ancak, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde, hâkim bir aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir (CMK m. 135/3).

⁵⁵ Gizliliğe ilişkin bir başka hüküm 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 20. maddesinde yer almaktadır. Bu hükmün birinci fıkrasında, "*Danıştay ile idare ve vergi mahkemeleri bakımında oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yaparlar. Mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler. Bu husustaki kararların, ilgililerce süresi içinde yerine getirilmesi mecburidir.*" denildikten sonra üçüncü fıkrasında "*Ancak, istenilen bilgi ve belgeler devletin güvenliğine veya yüksek menfaatlerine veya Devletin güvenliği ve yüksek menfaatleriyle birlikte yabancı devletlere de ilişkin ise, Başbakan veya ilgili bakan, gerekçesini bildirmek suretiyle söz konusu bilgi ve belgeleri vermeyebilir. Verilmeyen bilgi ve belgelere dayanılarak ileri sürülen savunmaya göre karar verilemez.*" hükmüne yer verilmiştir.

⁵⁶ RG. 07.04.1969, S. 13168.

iktisadi teşebbüsleri, özel ve kamuya ait bankalar, noterler, sigorta şirketleri ve vakıflar görevlerinin yerine getirilmesinde avukatlara yardımcı olmak zorundadır. Kanunlarındaki özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu kurumlar avukatın gerek duyduğu bilgi ve belgeleri incelemesine sunmakla yükümlüdür. Bu belgelerden örnek alınması vekâletname ibrazına bağlıdır. Derdest davalarda müzekereler duruşma günü beklenmeksizin mahkemeden alınabilir (m. 2/3).

Söz konusu düzenleme ile maddede sayılan kurum ve kuruluşlara, avukatlara görevlerinin yerine getirilmesinde yardımcı olmak, kanunlardaki özel hükümler saklı kalmak kaydıyla avukatın gerek duyduğu bilgi ve belgeleri incelenmesine sunmak yükümlülüğü getirilmiş, incelemeye sunulan belgelerden örnek alınması vekâletname ibrazına bağlanmıştır. Ayrıca derdest davalarda müzekerelerin duruşma günü beklenmeksizin mahkemeden alınabileceği belirtilmek suretiyle, adli makamlarca bir husus hakkında başka dairelere yazılan yazıların duruşma gününden önce avukatlar tarafından mahkemeden alınabilmesine, müzekkere ile istenilen hususların takip edilmesi, çabuklaştırılması ve ilgili kuruluşlardan bilgi ve belge toplanması sağlanarak yargılama sürecinin çabuklaştırılmasına ve uyumsuzlukların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesine yardımcı olunmasına olanak sağlanmak istenilmektedir⁵⁷.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁵⁸ (HMK) da bilgi ve belgelere⁵⁹ erişimin bir aracı olarak kullanılabilir. Zira bu Kanunun 195. maddesine göre, tarafların ellerinde bulunmayan ve incelenmesine karar verilen delillerin getirilmesi için, mahkemece ilgili resmi makam ve mercilerle üçüncü kişilere bu husus bildirilir; mahkemeye getirilmesi mümkün olmayan deliller, bulunduğu yerde incelenebilir.

⁵⁷ Danıştay 1. D. E. 2002/26, K. 2002/52 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 17.06.2013). Danıştaya göre, 1136 sayılı Kanun'un 2. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "*avukatın gerek duyduğu bilgi ve belge*" ifadesinin anlam ve kapsamının da yukarıda belirtilen genel hükümler çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir birlikte, bu ifadede geçen "gerek" sözcüğünün herhangi bir işin yapılabilmesinin bağlı bulunduğu şey anlamını içerdiği, gerekliliği açıklayan nedenlerin ise "gerekçe" sözcüğü ile ifade edildiği gözden uzak tutulmamalıdır. Gerek duymak, keyfi, hiçbir nedene bağlı olmaksızın bir şeyi istemek iradesi anlamına gelmemekte, herhangi bir işin yapılabilmesine bağlı bir istemi anlatmaktadır. Böyle olunca, avukatın gerek duyduğu bilgi ve belgeleri hangi işin yapılabilmesine bağlı olarak incelemek istediğini, gerekliliği açıklayan nedenlerle birlikte belirtmesi ve bu belgelerin incelemesine sunulması yasa hükmü gereğidir.

⁵⁸ RG, 04.02.2011, S. 27836.

⁵⁹ Bilgi Edinme Hakkı Kanununda olduğu gibi HMK'de belgeyi oldukça geniş tanımlamıştır. Buna göre, uyumsuzluk konusu vakiaları ispata elverişli, yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları belge niteliğindedir (HMK 199). Nitekim ilgili hükmün gerekçesinde de belge tanımı yapılırken BEHK'den yararlanıldığı açıklanmıştır.

3.2.3.2. RKHK'deki Düzenlemeler

Rekabet hukuku uygulaması kapsamında belgelere erişim hususundaki özel mevzuatın başında RKHK yer almaktadır. Bu Kanun'un 25. maddesi -1/2003 sayılı Tüzük'te olduğu gibi –Rekabet Kurulu (Kurul) üyeleri ve Rekabet Kurumu (Kurum) personeli için- sır saklama yükümlülüğü getirmekte ve bilgilerin gizliliğini sağlamadaki temel hüküm olmaktadır. Söz konusu hükmün dördüncü fıkrasına göre, Kurul üyeleri ve personeli, Kurumla ilgili gizlilik taşıyan bilgileri ve bu Kanun'un uygulanması sırasında öğrendikleri teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin ticari sırlarını görevlerinden ayrılmış olsalar birle ifşa edemezler, kendilerinin veya bir başkalarının menfaatine kullanamazlar.

Diğer taraftan, RKHK'nin “Delillerin Toplanması ve Tarafların Bilgilendirilmesi” başlıklı 45. maddesinin ikinci fıkrasında, haklarında soruşturmaya başlandığı bildirilen tarafların, sözlü savunma hakkını kullanma taleplerine kadar, Kurum bünyesinde kendileri ile ilgili düzenlenmiş her türlü evrakın ve mümkünse elde edilmiş olan her türlü delilin bir nüshasının kendilerine verilmesini isteyebilecekleri düzenlenmiştir.

Bilgiye ve belgeye erişimle doğrudan ilgili olmasa da, dolaylı olarak bilgiye erişim sağlaması nedeniyle aynı Kanun'un “Kararda Bulunması Gereken Hususlar” başlığını taşıyan 52. maddesi ve “Kararların Yazılması” başlığını taşıyan 53. maddesi de dikkate alınmalıdır. RKHK'nin 52. maddesi uyarınca, tarafların ad ve unvanları ile ikametgâhları ve ayırıcı nitelikleri (RKHK m. 52/1-c), ileri sürülen bütün delillerin ve savunmaların değerlendirilmesi (RKHK m. 52/1-g), gerekçe ve kararın hukukî dayanağı (RKHK m. 52/1-h) kararda yer alması gereken zorunlu unsurlardır. Kanunun 53. maddesinin ikinci fıkrasına göre ise, Kurul kararları, tarafların ticarî nitelikli sırlarını ifşa etmeyecek şekilde Kurum internet sayfasında yayınlanmak zorundadır.

Pişmanlıkla ilgili bilgilere erişim hususunda, pişmanlık müessesesinin yasal zeminini oluşturan RKHK'nin 16. maddesinin altıncı fıkrasını da unutmamak gerekir. Bu hüküm uyarınca, Kanun'a aykırılığın ortaya çıkarılması amacıyla Kurumla aktif işbirliği yapan teşebbüs ya da teşebbüs birlikleri veya bunların yöneticileri ve çalışanlarına, işbirliğinin niteliği, etkinliği ve zamanlaması dikkate alınarak ve gerekçesi açık bir şekilde gösterilmek suretiyle üçüncü ve dördüncü fıkralarda belirtilen cezalar verilmeyebilir veya bu fıkralara göre verilecek cezalarda indirim yapılabilir. Görüleceği üzere, burada da kanun koyucu, Kurul'a, ceza verilmemesinin gerekçesini açık bir şekilde gösterme yükümlülüğü getirmiştir.

Pişmanlık müessesesinin nasıl işletileceği, *Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik*'le (Pişmanlık Yönetmeliği)⁶⁰

⁶⁰ RG, 15.2.2009, S. 27142.

açıklığa kavuşturulmuştur. Bu Yönetmeliğin 6/3 ve 9/3 hükümlerinde⁶¹, pişmanlık başvurularının incelenmesi ile ilgili olarak iki husus düzenlenmiştir. İlk olarak pişmanlık başvuruları, soruşturma raporunun tebliğine kadar kurum içi yazışma olarak saklanacaktır. Kurum içi yazışma olarak saklanmasından maksat, başvurunun gizli tutulmasıdır. İkinci olarak, pişmanlık başvuruları soruşturma raporunun tebliğinden sonra, yalnızca haklarında soruşturma yürütülenlerce incelenebilecektir. Dolayısıyla bu aşamada pişmanlık başvuruları haklarında soruşturma yürütülenler dışındaki kimselerce (üçüncü kişilerce) incelenemeyecektir.

Öte yandan, RKHK'nin 45. maddesinde taraflara tanınan delilleri inceleme hakkının nasıl kullanılacağı, 2010/3 sayılı *Dosyaya Giriş Hakkının Düzenlenmesine ve Ticari Sırların Korunmasına İlişkin Tebliğ*'le⁶² daha ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu Tebliğ'in 6. maddesi uyarınca; taraflar (haklarında soruşturma açılan ya da nihai inceleme başlatılan teşebbüs veya teşebbüs birlikleri), dosyaya giriş hakkı kapsamında, kurum içi yazışmalar ile başka teşebbüs, teşebbüs birliği ve kişilere ilişkin ticari sır ve diğer gizli bilgileri içerenler hariç olmak üzere, Kurum bünyesinde kendileri ile ilgili düzenlenmiş her türlü evraka ve elde edilmiş olan her türlü delile erişebilir.

Söz konusu Tebliğ'in 7. maddesinde; Kurul'un aldığı nihai kararlar bakımından hazırlayıcı işlem niteliğinde olan birimler arası yazışmalar Pişmanlık Yönetmeliği'nin 6. ve 9. maddelerinin üçüncü fıkraları çerçevesinde elde edilen bilgi ve belgeler ile Kurumun diğer kamu kurumları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları veya özel sektör gerçek ve tüzel kişileri gibi bilgisine başvuru alanlarla yaptığı yazışmalar, iç yazışma olarak kabul edilmiştir. Yine aynı Tebliğ'in 8. maddesi uyarınca taraflar, haklarında soruşturmaya başlandığının kendilerine bildirildiği andan, son yazılı savunma sürelerinin dolmasına kadar dosyaya giriş talebinde bulunabilirler Pişmanlık Yönetmeliği'nin 6. ve 9. maddelerinin üçüncü fıkraları çerçevesinde elde edilen bilgiler ile aklayıcı ya da suçlayıcı delil niteliği bulunan diğer kurum içi yazışmaların, Kurum merkezinde incelenebileceği hususu ise aynı Tebliğ'in 10. Maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmektedir. Bununla birlikte, dosyaya giriş hakkı kapsamında elde edilen bilgi veya belgelerin kullanım alanı da söz konusu Tebliğ'in 11. maddesinde sınırlandırılmıştır. Bu kapsamda elde edilen bilgi veya belgeler, yalnızca erişime açılan dosyaya ilgili olarak RKHK kapsamında yapılacak savunmalar ve idari yargıya başvurularda kullanılabilir.

⁶¹ Her iki hüküm şu şekildedir: "Başvuru ve varsa bilgi ve belgelerin hazırlanabilmesi için süre tanınmasına ilişkin talep, (ilgili veya) teşebbüs temsilcisi tarafından yazılı olarak yapılır. Ancak birinci fıkranın (a) bendindeki bilgiler şifahi olarak da sunulabilir. Bu durumda verilen bilgiler görevli meslek personeli tarafından yazılı hale getirildikten sonra teşebbüs temsilcisine teyit ettirilir ve Kurum içi yazışma olarak saklanır. Delil olarak kullanılacak bu bilgileri, haklarında soruşturma yürütülenler, soruşturma raporunun tebliğinden sonra, Kurum bünyesinde inceleyebilir."

⁶² RG, 18.4.2010, S. 27556.

Pişmanlık belgelerine erişimle ilgili zikredilebilecek son düzenleme, çok yakın zamanda yayımlanmış olan *Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmeliğin Açıklanmasına İlişkin Kılavuz (Pişmanlık Kılavuzu)*'dur⁶³. Bu Kılavuz'un 67. paragrafında, Dosyaya Giriş Hakkının Düzenlenmesine ve Ticari Sırların Korunmasına İlişkin Tebliğ uyarınca, haklarında soruşturma yürütülenlerden başka kişilerin (örneğin şikâyetçilerin), pişmanlık başvurusu kapsamında sunulan bilgi ve belgelere ulaşmasının mümkün olmadığı, haklarında soruşturma yürütülenlerin ise bu bilgi ve belgeleri yalnızca dosyaya ilgili olarak RKHK kapsamında yapılacak savunmalarda ve idari yargıya başvurularda kullanabileceği açıklanmıştır.

3.3. Pişmanlık Belgelerine Erişim Hakkındaki Uygulamalar

3.3.1. ABD Uygulamasında Pişmanlık Belgelerine Erişim

3.3.1.1. Genel Olarak

ABD Adalet Bakanlığı Antitröst Bölümünün politikası, ABD uygulamasında, programın sağlıklı işlemeden elde edilecek üstün çıkarlar düşünülerek başvuru sahibinin kimliği, önceden başvuru sahibi tarafından açıklanmadıkça veya başvurulanla bu hususta bir sözleşme yapılmadıkça ya da mahkemece aksine karar verilmedikçe açıklamamaktır⁶⁴. Politikanın temelinde, başvuruda bulunanın hükümetle arasındaki bilgilerin akışını kontrol etmesi yatmaktadır⁶⁵.

ABD Adalet Bakanlığı, pişmanlık başvurusunda bulunanın kimliğini katı gizlilik içerisinde tutmakta ve kamuya açıklamamaktadır. Bunun gerekçesi, hem Bakanlığın hem de pişmanlık başvurusunda bulunan herhangi bir kişinin yapılan görüşmelerin gizli kalacağına ilişkin meşru beklentisi ve buna olan güvenidir. Gerçekten de, akliselimin gereği olarak, teşebbüslerin veya bireylerin tek taraflı olarak, kendi kabulleri ve sundukları belgeler ile suçlu konumuna düşmelerini sağlayan bilgilerin kamuya sunulması istemeyecekleri aşikârdır. Bu yüzden ABD Adalet Bakanlığı sadece kişinin kimliğini değil, özel olarak pişmanlık başvurusu çerçevesinde oluşturulmuş veya yapılmış beyanlara ilişkin materyalleri de kamunun erişiminden korumaya çalışmaktadır⁶⁶.

⁶³ <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT/Documents/Kilavuz/pismanlikkilavuz.pdf>, Erişim Tarihi: 01.5.2013.

⁶⁴ HAMMOND, S. D. (2003a), "A Summary Overview of the Antitrust Divisions Criminal Enforcement Program", New York State Bar Association Annual Meeting, New York, US, <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/200686.htm>, Erişim Tarihi: 12.03.2012. s. 7.

⁶⁵ HAMMOND, S.D. (2003b), "Beating Cartels at Their Own Game: Sharing Information in the Fight Against Cartels", Inaugural Symposium on Competition Policy, Tokyo, Japan, www.justice.gov/atr/public/speeches/201614.pdf, Erişim Tarihi: Varney ve Terzakens 2013, s. 333.

⁶⁶ Miller vd. 2010, s. 3.

ABD uygulamasında pişmanlık programının bütünlüğünü korumak amacıyla pişmanlık için başvuruda bulunan daha önce açıklama yapılması hususunda rıza göstermedikçe, aradaki işbirliği antlaşmalarına dayanılarak yabancı ülkelerce talep edilse dahi, program kapsamında gerek başvuranın kimliği gerekse sunulan delillerin diğer rekabet otoritelerine ifşa edilmemesi esası benimsenmiştir⁶⁷. Bu yaklaşımın uzun dönemde herkesin çıkarına olacağı, aksine bir yaklaşımın ise pişmanlık başvurusu sayısının önemli ölçüde azalmasına, birçok uluslararası kartelin ortaya çıkartılamamasına ve hiçbir otoritenin bilgi sahibi olamamasına yol açacağı, kaldı ki tam bağımsızlık kazanılan hallerde dahi karşılıklı bilgi ifşası için başvuru sahibinin rızasının alındığı belirtilmektedir⁶⁸. Yine ABD uygulamasında gizliliğin ortadan kaldırılabilmesi ve yabancı rekabet otoriteleri ile işbirliği yapılabilmesi amacıyla başvuru sahibinden feragat dilekçesi talep edilmektedir⁶⁹. Gizliliğin karşılıklı korunması halinde pişmanlık başvurusunda bulunan hem ABD’de hem de AB’de başvuru yapmakta, aksi halde ise her iki tarafa da başvuru yapmamaktadır. Bu nedenle her iki yargı yetkisindeki pişmanlık programlarından birisine verilecek zarar diğer programı da etkileyecektir⁷⁰.

ABD mahkemeleri yabancı yargı yetkisindeki kurumların elindeki belgelerin açıklanıp açıklanmamasına karar verirken, uluslararası karşılık (karşılıklı menfaat) testi, devlet eylemi doktrini, hukuk uygulama (soruşturma) imtiyazı, avukatlık imtiyazı gibi müesseseler kullanmışlardır⁷¹. ABD mahkemeleri davacının belgelere erişim talebini imkânsızlaştırmamakla birlikte, genellikle isteksiz davranmışlar, yüksek mahkemenin öngördüğü karşılıklı menfaat analizini genellikle belgelere erişim talebinin reddi yolunda kullanmışlardır⁷². ABD mahkemeleri AB’nin antitröst sisteminin bütünlüğünün davacıların bireysel menfaatlerinden daha ağır bastığı, belgelere erişim tanınarak başvuranlardan daha kolay yararlanılabilir hale getirilmelerinin gelecekteki kartellerin üyelerinin muhtemelen işbirliğine daha az istekli olacağı ve sonuçta AB pişmanlık programının zarar göreceği iddiasını temel gerekçe yapmışlardır. Bu gerekçede, Komisyonun ABD yargı süreçlerine görüş göndermek ya da bizzat davaya müdahale talebinde bulunmak şeklindeki uygulamaları etken olmuştur⁷³.

⁶⁷ Hammond 2003a, s. 7; Hammond 2003b, s. 10.

⁶⁸ Hammond 2003b, s. 10.

⁶⁹ Hammond 2003a, s. 7.

⁷⁰ Gerçekten de ABD Adalet Bakanlığı tarafından soruşturulan uluslararası kartellerin % 90’ının AB’de de aktif olduğu görülmüştür. Bkz. Miller vd. 2010, s. 4.

⁷¹ Vandenborre 2011, s. 118 vd.

⁷² Smilton vd. 2011, s. 4; Miller vd. 2010, s. 14

⁷³ Bkz. Vandenborre, 2011, s. 116.

3.3.1.2. Uygulama Örnekleri

3.3.1.2.1. ABD'deki Başvurulara İlişkin Örnekler

3.3.1.2.1.1. Flat Glass-I Davası⁷⁴

1990'ların sonunda fiyatları birlikte belirledikleri iddiasıyla ulusal düz cam üreticilerine karşı bir tazminat davası açılır. Pek çok eyaletteki üreticileri ilgilendiren bu dava 1998'de Çoklu Bölgesel Yargılama (*multi-district litigation* - MDL) kapsamında Batı Pennsylvania Bölgesinde birleştirilir. Bundan kısa bir süre önce (1997'de) davacılarından birisi düz camların pazarlanması ve üretimine ilişkin faaliyetler veya aktivitelerle ilgili olarak pişmanlık programı çerçevesinde Adalet Bakanlığı Antitröst Bölümüne yapılmış herhangi bir başvuruya ilişkin bütün belgelere erişim tanınması amacıyla mahkemeye başvurur. Bakanlık, bu talebe karşı bildirdiği görüşünde; talep edilen materyallerin ABD hukuk uygulamasında kabul edilmiş bulunan hukuki imtiyazlar kapsamında olduğundan açıklanamayacağını ileri sürer. Mahkeme ise, tarafların menfaatlerini tartarak davacının menfaatinin daha üstün olduğunu, soruşturmalarda işbirliği sağlamak için hukuki imtiyazların gereksiz olduğunu belirterek materyallere erişim tanır. Bakanlık, kararı temyiz eder, ancak 1999 yılındaki duruşmadan sonra davacı ile Bölge Mahkemesi'nin kararını iptal eden bir uzlaşma anlaşması yapar.

3.3.1.2.1.2. Intel-AMD Davası⁷⁵

AMD, rekabet ihlali gerçekleştirdiği iddiasıyla Intel hakkında Federal Ticaret Komisyonuna başvurur ve Intel'in Alabama Federal Mahkemesindeki bir başka rekabet ihlaline dayanan özel hukuk davasına sunmuş olduğu belgeleri elde etmek ister. AMD'nin belgelere yönelik bu talebi Komisyon tarafından reddedildikten sonra AMD, Kuzey Kaliforniya Bölge Mahkemesinde Intel'in belgeleri erişime açması için dava açar. Bölge mahkemesi, AMD'nin dayandığı hükmün⁷⁶ erişim için böyle yetki vermediğine karar verir.

Temyiz Mahkemesi (9. Daire) bu kararı bozar ve başvuruda bulunanın talebi doğrultusunda karar verilmek üzere iade eder. Mahkeme, hükmün yarı-yargısal veya idari yapıdaki organlar önündeki işlemleri içerdiğini, Federal Ticaret Komisyonunun soruşturmasının nitelik olarak sonuçta yargısal bir işleme

⁷⁴ *In re Flat Glass Antitrust Litigation*, 191 F.R.D. 472 (W.D.Pa.1999).

⁷⁵ *Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc.* 542 U.S. 241, 260-63 (2004).

⁷⁶ AMD, ABD ile yabancı ülkeler arasında hukuki yardımı geliştirme amacına yönelik Yargısal İşlemlerin Uluslararası Kuralları'na [International Rules of Judicial Procedure, 25 USC 1728 8 (a)] dayanmıştı. Bu hüküm, federal bölge mahkemelerine, bölgede yerleşik veya yerleşik olmamakla birlikte bölgede bulunan bir kişiye, yabancı ya da uluslararası mahkemede, ilgili kişinin başvurusu üzerine, tanıklık yapma veya elinde bulunan belgeleri mahkemeye teslim etme emri verebileceğini düzenlemektedir.

benzediğini, dayanılan hükmün yetki verdiğini ancak mahkemenin bunu kullanma zorunda olmadığını belirtir. Mahkeme, Intel ve onun yanında görüş bildiren Federal Ticaret Komisyonunun, belgelere erişim tanınmasına hükmedilmesi halinde gizli bilgilerin açıklanmasının söz konusu olabileceği ve pişmanlık programının zarar görebileceği yönündeki iddialarını ikna edici bulmaz. Mahkemeye göre, gerek dayanılan bu hüküm gerekse Hukuk Yargılamasına İlişkin Federal Kuralların hukuken uygulanabilir imtiyazlar ve erişim üzerindeki kontrole ilişkin hükümleri, Intel'in sunduğu bilgilerin açıklanmasına hükmetmeye bu olay bakımından engel oluşturmamaktadır.

Temyiz mahkemesinin kararını onayan Yüksek Mahkeme, mevcut yasal rejim nedeniyle herhangi bir imtiyaza sahip olmayan gizli materyallerin erişime açılabilmesine karar vermiştir.

3.3.1.2.1.3. In Re Micron Technology Davası⁷⁷

Micron şirketi tarafından, rekabet ihlali nedeniyle başlatılan bir soruşturma kapsamında ABD Adalet Bakanlığı Antitröst Bölümüne pişmanlık başvurusunda bulunulmuştur. Soruşturma sürerken, hissedarları tarafından, kartele iştirakini hile yoluyla gizlediği ve hissedarlarını zarara uğrattığı iddiasıyla şirket aleyhine bir tazminat davası açılır. Antitröst Bölümü, soruşturma sürecinde pişmanlık başvurusunda bulunan şirket yetkilileri ve çalışanları ile çeşitli görüşmeler yapmıştır. Davacılar, Antitröst Bölümü'nce pişmanlık başvurusu kapsamında kendileri ile görüşülen şirket yetkili ve çalışanlarla yapılan görüşmelerin kayıtlarına erişme talebinde bulunmuş, ancak talep mahkeme tarafından reddedilmiştir. Mahkemenin ret gerekçesi, mevcut soruşturma sürerken, belgelere erişim tanınması halinde, Antitröst Bölümü'nün pişmanlık programının bütünlüğü ve gelecekteki soruşturmaları takip etmesinin kuvvetli şekilde zarar göreceği savına dayanmıştır. Ayrıca mahkemeye göre erişim talep edilen belgeler, hukuki imtiyaza sahip olmaları nedeniyle erişime açık değildiler.

3.3.1.2.2. ABD Uygulaması Kapsamında Komisyona Yapılmış Başvurulara İlişkin Örnekler

3.3.1.2.2.1. Vitamin Davası⁷⁸

Dava konusu olayda, Avrupa'dan Japonya'ya uzanan uluslararası karteldeki teşebbüslerden birisinin pişmanlık programı kapsamında Komisyona yapmış olduğu beyanlara erişim talep edilmiştir. Komisyon, savunmasında pişmanlık başvurusu sonucunda teşebbüsler tarafından Komisyona sunulan bütün belgeler

⁷⁷ *In re Micron Technology Inc. Securities Litigation*, Case No. 09-mc-00609 (Doc. No. 17) (D.D.C. Feb. 01, 2010).

⁷⁸ *In re Vitamins Antitrust Litigation*, 2002 U.S. Dist. LEXIS 26490, No. 99-197, 8 (D.D.C. Jan. 23, 2002) ve 25815 (Dec. 18, 2005).

ve beyanların (ABD'deki özel hukuk davasındaki davacının) erişimine açılması halinde AB rekabet hukukunun etkili bir şekilde uygulanmasının ciddi şekilde zarara uğrayacağını ileri sürerek beyanlara erişime izin verilmemesini istemiştir⁷⁹. Mahkeme Komisyonun endişelerinin davalıları korumak bakımından yeterli olmadığına karar vererek beyanlara erişim hakkı tanımıştır. Mahkemenin kararı üzerine Komisyon, belgelerin hukuk uygulaması soruşturması imtiyazına sahip olduklarını ileri sürerek kararın tekrar ele alınmasını talep etmiştir. Bununla birlikte mahkeme karşılıklı menfaat analizi çerçevesinde önceki kararın doğru olduğuna ve Komisyonun dayandığı imtiyazın burada uygulanamayacağına hükmederek talebi reddetmiştir.

3.3.1.2.2.2. In Re Methionine Davası⁸⁰

Vitamin davası ile aynı zamanda Kuzey Kaliforniya Bölgesi Mahkemesi, bir davacının, bir davalının AB pişmanlık başvurusundaki bilgi ve belgelere erişim talebini reddetmiştir⁸¹. Mahkemeye göre, yabancı idare (Komisyon) halihazırdaki uygulamalarına dikkat çekerek belgelere erişimin menfaatlerine nasıl zarar vereceğini açıkça ortaya koymuştur. Yine Mahkemeye göre, davacının menfaatleri oldukça sınırlıydı, zira tanıklara soru sorma imkânı vardı ve bilgiyi bağımsız şekilde araştırma işlemini engellemektedir. Bir başka deyişle davacı, dava sürecinde tanıklara soru sorma ya da başkaca kaynaklardan bilgiye ulaşma imkânına sahip bulunduğundan, davacının bilgi ve belgelere erişimde büyük bir menfaatinin bulunduğu kabul edilmemişti.

3.3.1.2.2.3. In Re Rubber Chemicals Davası⁸²

Methionine davasından beş yıl sonra aynı mahkeme, bu davada Komisyonun pişmanlık başvurusuna ilişkin belgelerin gizliliği hususunu bir kez daha değerlendirme olanağı bulmuştur. Bu davada davacı, (pişmanlık başvurusunda bulunan) davalının Komisyona sunduğu bütün belgeler ile Komisyon ile davalı arasındaki iletişime ilişkin belgelere erişim talebinde bulunur. Davalı, Komisyonun erişime izin verilmemesine ilişkin bir mektubunu mahkemeye sunar. Yüksek Mahkeme tarafından uygulanan karşılıklı menfaat analizini uygulayan

⁷⁹ Letter of De Bronett & Report of Special Master, *In re Vitamins Antitrust Litigation*, 2002 U.S. Dist. LEXIS 26490, No. 99-197, 8 (D.D.C. Jan. 23, 2002) and 25815 (Dec. 18, 2005). Ayrıca bkz. Submission by Philip Lowe, Director General DG-COMP, to Andrew Heimert, Executive Director, Antitrust Modernization Commission, s. 2 vd., http://govinfo.library.unt.edu/amc/public_studies_fr28902/international_pdf/060406_DGComp_Intl.pdf, Erişim Tarihi: 08.09.2012; NORDLANDER, K. (2004), "Discovering Discovery: US Discovery of EC Leniency Statements", *European Competition Law Review*, No:25(10), s. 650-51.

⁸⁰ *In re Methionine Antitrust Litigation*, MDL No. 00-1311 (N.D. Cal. 17 June 2002).

⁸¹ Bu davanın önceki davadan farkı, davacının, davalının beyanının yazıya dökülmüş bir kopyasına zaten sahip olmasıdır.

⁸² *In re Rubber Chemicals Antitrust Litigation*, 486 F.Supp. 2d 1078 vd (N.D. Cal. 2007).

bütün yönleriyle değerlendiren mahkeme, gizli AB materyallerine erişim tanımayı reddeder. Karşılıklılık analizi çerçevesinde mahkeme; 1) AB’de ticareti sınırlamayı amaçlayan gizli anlaşmanın bulunduğunu, 2) Talep edilen belgelerin oldukça belirli olduğunu, 3) Belgelerin yalnızca AB’de ve AB süreçleriyle ilgili olarak oluşturulmuş, nakledilmiş ve kullanılmış olduğunu, 4) Talep edilen belgelerdeki bilgilerin Komisyonun kararının kamuya açık versiyonundan da elde edilebilir olduğunu, 5) Belgelerin açıklanmasının, teşebbüslere Komisyonla işbirliği yapmama dürtüsü vererek Komisyonun soruşturma sürecine zarar vereceğini kabul ederek gizli belgelerin açıklanmamasına hükmetmiştir.

3.3.1.2.2.4. In Re FlatGlass-II Davası⁸³

Bu davada davalı, Komisyonun rekabet ihlali nedeniyle yürüttüğü bir soruşturmaya muhatap olmuştur. Soruşturmanın tarafı olması nedeniyle, soruşturma sürecinde, dosyaya giriş hakkı kapsamında, diğer bir teşebbüsün pişmanlık belgeleriyle ilgili bazı bilgi ve belgeleri elde etmiştir. Davacı, davalıdan, elde ettiği belgeleri kendisine de sunmasını talep eder. Komisyon, yazdığı bir mektupla mahkemeye belgelerin erişime açılması yönünde görüşlerini bildirir. Bununla birlikte mahkeme, 2009 yılında (Temmuz) davacının lehine karar verir.

Bu karar ışığında Komisyon Ekim 2009’da, taraf sıfatıyla davaya müdahil olma talebinde bulunur ve mahkemeye AB Rekabet Genel Müdürlüğü ile Adalet Bakanlığı Antitröst Bölümünün gizlilik niteliğine sahip olması gereken belgelerin erişimi açılmaması yönündeki görüşlerini içeren mektuplarını sunar. Komisyon ilk olarak, gizli AB belgelerinin açıklanması halinde küresel olarak kartellerle mücadeleye ilişkin her iki ülkenin menfaatlerinin zarar göreceğini ileri sürer. Yine Komisyona göre, dosyaya giriş hakkı çerçevesinde elde edilen belgelerin açıklanması, AB’nin ve diğer ülkelerin rekabet otoritelerinin antitröst uygulamalarının etkililiğini ciddi şekilde zarara uğratabilecektir. Amerikan mahkemesinin, AB rekabet hukuku kapsamında kesinlikle gizli olan belgelere erişim yetkisi tanıması, AB’nin kamu politikalarına ve egemen menfaatlerine oldukça zararlı olabilecektir. Aynı zamanda böyle bir karar Komisyonun, AB’deki kartelleri yakalama ve cezalandırma yeteneğine de esaslı şekilde zarar verecektir.

Dava hakkında mahkemeye görüşlerini sunan ABD Adalet Bakanlığı da Komisyonla aynı fikirde olduğunu beyan eder. ABD’de ve diğer ülkelerde kartelleri yakalama ve cezalandırmada pişmanlık programlarının önemini vurgulayan ABD Adalet Bakanlığı, AB pişmanlık programına verilebilecek zararın ABD pişmanlık programına da zarar verilmesiyle sonuçlanabileceği ve

⁸³ *In re Flat Glass Antitrust Litigation II*, MDL No. 08-180 (W.D. Penn. 11 December 2009).

ABD'nin uluslararası kartellerin yakalanması ve soruşturulması yeteneğinin de zarar göreceği hususunda uyarıda bulunur. Zira AB pişmanlık başvurularının açıklanması, programa başvuruları caydıracaktır ve her iki programa da başvuran teşebbüsler, bu programlardan birisine yaptıkları başvuruların açıklandığını gördükleri zaman her iki programa da başvurmamayı tercih edeceklerdir. Kısacası, AB ve ABD menfaatleri ve politikaları uyum içinde çalışıyordu ve ABD'de dosyaya erişim tanınması, yasadışı kartellerin yakalanması ve cezalandırılmasına yönelik ulusal menfaatleri tehlikeye düşürebilecek bir risk ortaya çıkaracaktı. Mahkeme, Komisyonun müdahale talebini kabul etmesine karşın, kararını tekrar ele almayı reddetmiştir.

3.3.1.2.2.5. In re Payment Card Davası⁸⁴

Komisyon tarafından Visa ve Mastercard hakkında yürütülen soruşturmayı takiben ABD'de açılan bir özel hukuk davasında davacı, Komisyonun soruşturma raporunun ve sözlü savunmasının (deşifre edilen metinlere) açıklanması talebinde bulunur. İlk derece mahkemesi talebi kabul ederek belgelerin açıklanmasına karar verir, ancak Visa ve Mastercard karara karşı bölge mahkemesine itiraz ederler. New York Federal Bölge Mahkemesi Komisyona, Visa ve Mastercard'ı dava eden özel hukuk davacılarına talep edilen belgeleri açıklayıp açıklamayacağını sorar. Komisyon uygulama sürecinin soruşturma, duyuru ve sözlü savunma kısmının gizli olduğunu ileri sürerek açıklamadan kaçınır. Mahkeme, Yüksek Mahkemenin uyguladığı karşılıklılık analizini uygulamış ve Komisyon tarafından, rekabet davalarında hazırlanan belirli gizli bilgilerin ABD antitröst yargılamalarında açıklanmayabileceğine hükmetmiştir. Mahkemeye göre, pişmanlık belgelerinin sahip olduğu gizlilik, üçüncü kişileri Komisyonun soruşturmalarında işbirliği yapmaya cesaretlendirmekte ve AB rekabet hukukunun etkin bir şekilde uygulanmasında önemli bir rol oynamaktadır. Dolayısıyla Komisyonun belgelerin gizli tutulmasındaki menfaati davacının tazminat davasındaki menfaatten ağır basmaktadır.

3.3.2. AB Uygulamasında Pişmanlık Belgelerine Erişim

3.3.2.1. Genel Olarak

ABD uygulamasında olduğu gibi, Komisyon da katı gizliliğin, pişmanlık programının başarısı ve yaşayabilirliği için temel olduğuna inanmaktadır. Komisyona göre, pişmanlık başvurusunda bulunan taraftan gönüllü olarak

⁸⁴ *In Re Payment Card Interchange Fee and Merchant Discount Antitrust Litigation*, No 05-MD-1720, 2010 WL 3420517 (E.D.N.Y. 27 August 2010); *The Pfleiderer Case, Disclosing Leniency Applications to Private Claimants*, *Competition Law Insight*, 26 Temmuz 2011, s. 3. Her ne kadar bu davada doğrudan taraflarca hazırlanan pişmanlık belgeleri söz konusu değilse de, karar, Komisyon tarafından hazırlanan belgelerin açıklanmamasına hükmedilmesi bakımından önemlidir.

sunulan bilgilerin açıklanması, Komisyon ve diğer ülke otoritelerinin rekabet hukukunu etkili bir şekilde uygulamalarına ciddi şekilde zarar verebilir. Zira kartellerin ortaya çıkartılması için Komisyonla işbirliği yapan kişiler, özel hukuk davalarında, işbirliğini reddeden diğer kartel üyelerine nazaran daha kötü bir konuma sokulmamalıdır⁸⁵.

Komisyon son yıllarda, gizliliği sağlamak amacıyla iki yöntemi ağırlıklı olarak kullanmaktadır. İlk olarak, pişmanlık başvurularının sözlü olarak alınması yolunu tercih etmekte⁸⁶, sözlü sunulan bilgileri kaydetmekte ve kurumda saklamaktadır. Ayrıca, pişmanlık başvurusunda bulunana beyanlarının bir kopyasını vermemektedir⁸⁷. İkinci olarak, ihlal kararlarının kamuya açıklanan versiyonundan pişmanlığa ilişkin beyanlar kural olarak çıkarılmaktadır⁸⁸.

AB uygulamasında soruşturma raporu tebliğ edildikten sonra, yalnızca soruşturmanın muhatapları dosyaya erişebilmekte ve inceleyebilmektedir. Bu kimseler de elde ettikleri bilgileri ancak soruşturma kapsamında (savunma hakkı çerçevesinde) kullanabilmektedir. Dolayısıyla, AB’de soruşturma sürecinde, dosya içeriğindeki bütün bilgilerin üçüncü kişilere kapalı olduğu söylenebilir. Sadece soruşturma sürecinde değil, aşağıda uygulamaya ilişkin örneklerden de açıkça görüleceği üzere, soruşturma bittikten sonra da pişmanlık belgelerine erişim sağlamama, bir başka deyişle onları gizli tutma, Komisyonun yerleşik uygulamasıdır. Hatta Komisyon, rekabet hukuku uygulamasına zarar vereceği endişesiyle pişmanlık kapsamında elde edilmeyen bilgi ve belgelere dahi erişim tanımada isteksiz davranmakta ve bu konudaki başvuruları, genel olarak ya ilgili teşebbüslerin ticari menfaatlerinin zarara uğrayacağı ya da soruşturmanın amacının zarar göreceği gerekçesiyle reddetmektedir. Başvuru sahiplerinin, Komisyon uygulamasına karşı sıklıkla kararın iptali için yargıya ya da istisnai olarak Avrupa Ombudsmanına⁸⁹ şikâyet yoluna başvurduğu görülmektedir.

⁸⁵ Pişmanlık Duyurusu, p. 6.

⁸⁶ Elçi 2011, s. 21; Miller vd. 2010, s. 4. ECN model pişmanlık programında da gizliliği korumak için sözlü başvuruya imkân tanınmış ve sözlü başvurulara ilişkin kayıtlara soruşturma raporunun tebliğinden önce erişim hakkı tanınmayacağı ifade edilmiştir. Bkz. ECN Model Leniency Programme, http://ec.europa.eu/competition/ecn/mlp_revised_2012_en.pdf, Erişim Tarihi: 3.3.2013, p. 29.

⁸⁷ WILS, W.P.J. (2007), “Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice”, *Law and Economics Review*, No:30(1), s. 64.

⁸⁸ Caruso 2010, s. 465.

⁸⁹ 2006 yılında pişmanlık kapsamında elde edilmeyen beş adet belgeye erişim talebinde bulunan ve talebi reddedilen bir teşebbüs Avrupa Ombudsmanına şikâyetinde bulunmuştur. Komisyon, istenilen belgelere erişim sağlanması halinde ticari menfaatlere ve soruşturmaya zarar vereceğini ileri sürmüştür. Bu iddiaya karşı Ombudsman tarafından; korunan menfaatlerin zarara uğrama riskinin yalnızca teorik olmaması ve makul şekilde öngörülebilir olması gerektiği, erişim talebinin reddinin erişimin korunan menfaatlere nasıl zarar vereceğinin açıkça ve tam olarak öz bir şekilde açıklanmak suretiyle gerçekleştirilebileceği, belgelerin kategorilere ayrılarak içeriklerinin yeterli bir şekilde değerlendirilmesi gerektiği, Komisyonun talep edilen belgelere erişim tanınması halinde bunun

Özetle Komisyon pişmanlık belgelerini koruma hususunda çok fazla çaba sarf etmektedir. Bu bağlamda mahkemelere görüşlerini bildiren mektup yazılması, mahkeme tarafından görüşlerini anlatmak üzere mahkemeye çağırılması ya da müdahil olma gibi çeşitli yöntemler kullanılmaktadır⁹⁰.

3.3.2.2. Uygulama Örnekleri

3.3.2.2.1. Pfeiderer Davası⁹¹

2008 yılında Alman Federal Kartel Ofisi (FKO), Avrupa'nın en büyük üç dekor kâğıt üreticisine yönelik bir soruşturma yürütür. Soruşturma sürecinde FKO'ya pişmanlık başvurusunda bulunan teşebbüsler, soruşturma sonucunda fiyat belirlemekten yaklaşık 62 milyon avro para cezası alırlar. Kararın açıklanmasını müteakip, 2005-2008 yılları arasında her üç dekor kâğıt üreticisinden de yaklaşık 60 milyon avroluk alım yapan bir müşteri (*Pfeiderer*), açacağı tazminat davasında kullanmak üzere, dosyaya tam erişim talebinde bulunur. Talep, meşru menfaati bulunan davacıya veya bunu temsil eden avukata kamu kurumlarının sahip olduğu bilgi ve belgeleri inceleme ve kopyasını alma izin veren Alman Ceza Muhakemesi Kanununa dayandırılır (m. 406e)⁹².

gelecekteki soruşturmalara nasıl zarar vereceğini göstermesi gerektiği belirtilmiştir. Ombudsmana göre, Komisyon tarafların menfaatlerini tartarken üç kategori belge (pişmanlık programı çerçevesinde Komisyona gönüllü olarak sunulan belgeler, 1/2003 sayılı Tüzük'ün 18. maddesi uyarınca Komisyon tarafından yapılan talep sonucu elde edilen belgeler, Komisyon tarafından Tüzük'ün 20. maddesi uyarınca gerçekleştirilen yerinde incelemeler sonucunda elde edilen belgeler) arasında ayırım yapılmalıdır. Ombudsman; belgelerde ticari bakımdan hassas bilgilerin bulunduğunu, dolayısıyla belgelere erişim tanınmasının ticari menfaatlerin korunması ilkesine zarar vereceğini kabul etmekle birlikte, Kurumun bu durumda bile belgenin açıklanmasında üstün bir kamu yararı bulunup bulunmadığını değerlendirmesi gerektiğini belirtmiştir. Ombudsman, Komisyonun Beyaz Kitabına ve ABAD'ın *Courage* kararına atıfta bulunarak tazminat davalarının da kamu yararına hizmet ettiğini ve dolayısıyla böyle durumlarda Komisyonun kamu yararının üstün olup olmadığını belirlemesi gerektiğini vurgulamıştır. Ombudsman, somut olaydaki belgede erişim talebini reddetmeye zemin oluşturacak bir unsur (ticari menfaatlerin korunması) bulunduğu için Komisyonun erişim talebinin soruşturmanın amacını koruma bakımından ayrıca değerlendirilmesi ve incelenmesini gerekli görmediğinden dosyayı kapatmıştır. Bkz. Decision of the European Ombudsman Closing his Inquiry into Complaint 3699/2006/ELB against the European Commission, http://www.ombudsman.europa.eu/cases/decision.faces/en/4752/html_bookmark, Erişim Tarihi: 5.4.2013.

⁹⁰ Bkz. Vandenborre 2011, s. 116.

⁹¹ Case C-360/09, *Pfeiderer AG v. Bundeskartellamt*, (14 June 2011), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62009J0360:EN:HTML>, Erişim Tarihi: 18.12.2012.

⁹² Zikredilen hükmün önemli fıkraları şu şekildedir. (1) Avukat, meşru menfaatini ispatlayabilirse, mağdur adına, mahkemeye sunulan veya sunulması istenilecek dosyaları ve resmi olarak el konulan delilleri inceleyebilir. 395. maddede sayılan hallerde, meşru menfaati ispatlama şartı aranmaz. (2) Sanığın veya diğer kişilerin korunmaya değer menfaatleri ağır basarsa, dosyaların incelenmesi reddedilecektir. Soruşturmanın veya diğer bir cezai sürecin zarar göreceği olması halinde de talep reddedilebilir. Ayrıca, 395. maddede düzenlenen hallerde, savcılık soruşturmanın sonuçlandığını bildirmedikçe, sürecin bu suretle oldukça gecikebilecek olması halinde de talep reddedilebilir. (3) Başvuru üzerine ve önemli bir engel oluşturmadığı sürece, avukat dosyayı elde edebilir fakat

FKO, davacının talebi üzerine, ticari sırlar ile gizli bilgileri arındırılmış bir karar sureti ile soruşturma dosyasında yer alan delillerin listesini içeren bir belgeyi teşebbüse iletir. Bir başka deyişle FKO dosyaya sınırlı bir erişim sağlar. Bunun üzerine teşebbüs, davada delil olabileceğini düşündüğü, kartelde yer alan her üç üreticinin yapmış olduğu pişmanlık başvurusuna tam erişim talebinde bulunur; ancak talep yine sınırlandırılarak kabul edilir. Bunun üzerine erişim talebinde bulunan teşebbüs, Bonn'daki yerel mahkemede talebin reddi aleyhine bir dava açar. Yerel mahkeme, davacının lehine karar vererek pişmanlık dosyalarındaki bilgilere erişim hakkı tanır. Mahkemeye göre, pişmanlık programına başvuranlar ve FKO dosyalar üzerindeki gizliliği sürdürme hususunda meşru menfaate sahipken, davacı da açtığı tazminat davasını destekleyen bilgileri elde etme hususunda meşru bir menfaate sahiptir. Diğer taraftan yerel mahkeme pişmanlık başvurularının veya bununla ilişkili bilgilerin üçüncü kişilere açıklanmasının AB rekabet hukuku hükümlerini ihlal edip etmeyeceğine açıklık getirmesi için davayı ABAD'a gönderir.

2010 yılı Aralık ayında savcı Mazak, davacıya pişmanlık başvurularına tam erişim tanınmaması yönünde görüş bildirir⁹³. Savcı Mazak, çoğu pişmanlık programının, pişmanlık başvurusunda bulunanların bilgilerinin elde edilmesine karşı koruma sağladığına, özel hukuk davacısına belgelere erişim tanınmasının, bir yandan teşebbüsleri rekabet otoriteleri ile işbirliği yapmaktan diğer taraftan ise başka üye ülke rekabet otoritelerini FKO ile bilgi paylaşmaktan caydırabileceğine, teşebbüslerin pişmanlık programı çerçevesinde indirilmiş ceza ile potansiyel olarak maruz kalacağı özel hukuk tazminat davasını tartarak bir karar vermek durumunda kalacaklarına dikkat çeker. Savcı Mazak, rekabet otoritesine sunulan suçlayıcı beyanlar ile kartel soruşturmasının bir parçası olarak otoritelere sağlanan ve önceden var olan belgeler arasında ayırım yapar. Savcı Mazak'a göre; pişmanlık programına girmesinden sonra teşebbüslerce sunulan, kendilerini suçlayıcı beyanlar korunmalıyken, programa girmeden önce elde edilmiş (mevcut) belgeler, adil yargılanma hakkı ile çatışma doğurmaması için açıklanabilir.

Konu hakkında, Savcı Mazak'ın yanı sıra değişik ülkeler ile uluslararası organizasyonlardan⁹⁴ görüşler gelir. Bu görüşlerde de, AB hukukunun uygulanması ve kartellerin soruşturulmasında pişmanlık programlarının önemi ve işleyişi

delilleri ofisine veya özel mülküne götüremez. Bu karara itiraz mümkün değildir. (4) Hazırlık aşamasında soruşturma dosyasının incelenip incelenmeyeceğine savcılık, diğer durumlarda davaya bakmakta olan mahkemenin başkanı (hâkim) verecektir. Yetkili mahkemenin kararına karşı savcılık 162. madde uyarınca itirazda bulunabilir.

⁹³ Bkz. Opinion of Advocate General Mazák (16 December 2010), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62009CC0360:EN:HTML>, Erişim Tarihi: 10.2.2013

⁹⁴ Bahse konu ülkeler ve uluslararası organizasyonlar şunlardır: Almanya, Belçika, Çek Cumhuriyeti, İspanya, İtalya, Hollanda, Güney Kıbrıs, Avrupa Komisyonu ve EFTA Gözetim Kurumu.

vurgulanır. Buna göre, pişmanlık programlarının ayırt edici özelliğinin ve başarıya ulaşması için gerekli olan temel unsurun başvuranlara gizlilik konusunda verilen güven yer almaktadır. Keza, pişmanlık programı aracılığıyla elde edilen belgelere erişilebilmesi teşebbüsleri programa katılmaktan caydırabilir ve programın etkinliğini zarara uğratabilir; böylece kartellerle mücadeleyi zayıflatabilir.

Buna karşılık ABAD⁹⁵, kartellere ilişkin AB hukukunun ve özellikle ve 1/2003 sayılı Tüzük'ün hükümlerinin ihlalden zarar görmüş kişileri engelleyecek şekilde yorumlanamayacağını; bununla birlikte ulusal mahkemelerin ve yargıçların, kendi ulusal hukuklarını esas alarak, her bir olayda pişmanlık başvurusunda bulunan ile davacının menfaatlerini tartarak, pişmanlık programı kapsamında rekabet otoritesine sunulan belgelerin hangi hallerde özel hukuk davacısına verilmesinin kabul edilip hangi hallerde reddedileceğini belirleme hususunda yetkili olduğuna karar vermiştir.

ABAD, Komisyonun ve üye ülkelerin endişelerini dikkate almamıştır. Mahkemeye göre, ne AB Antlaşması ne de 1/2003 sayılı Tüzük, pişmanlık programı ve belgelere erişim hakkına ilişkin bağlayıcı genel kurallara sahip değildir. Dolayısıyla üye ülkeler bu konularda kendi iç hukuklarını oluşturmak ve uygulamak durumundadır. Rekabetin sınırlanmasından veya bozulmasından zarar görenlerin uğradıkları zararlar nedeniyle tazminat talep etme hakkına sahip oldukları yerleşik içtihatır. Mahkeme, bu hakkın varlığının AB rekabet kurallarının işleyişini kuvvetlendireceğini ve genellikle gizli olan rekabeti bozucu veya sınırlayıcı anlaşma ya da eylemleri caydıracağını, tazminat davalarının AB'de etkin bir rekabetin sürdürülmesine önemli katkı yapacağını vurgulamıştır. Mahkemeye göre, dile getirilen endişelerin benimsenmesi halinde bu durum uygulamada özel hukuk davacısının hukuk davaları yoluyla tazminat elde etmesini neredeyse imkânsız kılacaktır. Esasen pişmanlık programı kadar, özel hukuk davacısının rekabetin sınırlanması veya bozulmasından kaynaklanan zararlara yönelik tazminat talebi de önemlidir. Pişmanlık programı aracılığıyla rekabet hukuku uygulamasını ilerletmedeki menfaat ile özel hukuk davacısının tazminat davasını desteklemek için bilgi elde etme hakkındaki menfaat arasında denge kurmak ulusal mahkemenin sorumluluğundadır.

2012 Ocak ayında Bonn Mahkemesi ABAD kararı çerçevesinde, tarafların menfaatlerini tartarak, FKO'nun pişmanlık programının zarar görme tehlikesinin, rekabet ihlalden zarar görenlerin menfaatinden daha ağır bastığına karar vererek pişmanlığa ilişkin belgelere tam erişim tanınması talebini reddetmiştir⁹⁶.

⁹⁵ Case C-360/09, *Pfleiderer AG v Bundeskartellamt*, (14 June 2011), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62009CJ0360:EN:HTML>, Erişim Tarihi: 18.12.2012.

⁹⁶ Case 51 Gs 53/09, *Pfleiderer v. Bundeskartellamt*, GRUR-RP 2012, 2459.

3.3.2.2.2. National Grid Davası⁹⁷

2007 yılında Komisyon, gaz yalıtımlı anahtarlama (*gas insulated switchgear=GIS*) karteline katılmış teşebbüsleri cezalandırmıştır. Bu kartelden etkilenen bir İngiliz şirket (*National Grid*) karteğe taraf olmuş çeşitli teşebbüslerden tazminat talebinde bulunmuştur. Davacı şirket, İngiliz Yüksek Mahkemesine başvurarak a) Komisyonun kararının kamuya açıklanmayan versiyonuna, b) Komisyonun hazırladığı soruşturma raporuna karşı teşebbüslerin vermiş olduğu savunmalara, c) Komisyonun, kartelin süresi, işleyişi ve etkisi hakkında bilgi talebine karşı verilen cevaplara erişim talep etmiştir⁹⁸. Erişim talebinin değerlendirileceği duruşmanın yapılacağı günden bir gün önce, ABAD'ın *Pfleiderer* davası hakkındaki kararını vermesi üzerine şirket, erişim başvurusunu Komisyonun gizlilik ihtiva eden kararına ve Komisyonun elde ettiği bilgi ve belgelerden ziyade doğrudan soruşturmaya muhatap olan teşebbüslerden elde edilen pişmanlık materyallerine erişim şeklinde değiştirir. Talep üzerine İngiliz Yüksek Mahkemesi, Komisyondan, özellikle Komisyon'un pişmanlık programına başvuru için hazırlanmış belgeleri de içeren çeşitli belgelere tarafların erişimine olanak tanınması hakkındaki görüşlerini bildirmesini ister.

İngiliz Yüksek Mahkemesinin talebi üzerine Komisyon, pişmanlık dokümanlarına özel hukuk davacılarının erişebilmesi hakkındaki görüşlerini mahkemeye bildirir⁹⁹. Komisyona göre, *Pfleiderer* davasında ortaya konulan yöntem, ulusal rekabet otoritelerinin pişmanlık programları ile sınırlanmış değildir. Bir başka deyişle, ABAD'ın *Pfleiderer* davasında ortaya koyduğu -tarafların (tazminat talebinde bulunan davacı ile pişmanlık başvurusunda bulunanın) farklı menfaatlerinin tartılarak bir sonuca ulaşılmasına ilişkin- genel ilke, somut olayda olduğu gibi, Komisyon tarafından sonuçlandırılan vakıalarda da uygulanabilecek niteliktedir. Komisyon, erişim taleplerinin, belgenin türü ve başka delil kaynaklarının bulunup bulunmadığı hususu dikkate alınarak değerlendirilmesi gerektiğini açıklar. Buna göre, ulusal mahkemeler, özellikle AB pişmanlık programı kapsamında başvuru amacıyla hazırlanmış (doğrudan) veya pişmanlık belgelerinden türetilmiş (dolaylı) belgelere erişilebilmesine izin vermemeli, pişmanlık kapsamında hazırlanmış olmayan diğer belgelere (örneğin, başvuranın soruşturma raporuna karşı verdikleri cevaplar ile Komisyonun

⁹⁷ *National Grid Electricity Transmission PLC v. ABB Ltd & Others* [2009] EWHC 1326 (Ch), 2012 All ER (D) 92 Apr).

⁹⁸ Esasen şirket doğrudan pişmanlık beyanlarına erişim talebinde bulunmamış olmasına karşın, erişim talep ettiği belgeler pişmanlık beyanlarından ayrılamayacak nitelikte belgeler olduğundan bir bakıma pişmanlık materyali niteliğindedir.

⁹⁹ BENTLEY, Q.C.P. ve P. WERNER (2011), "European Commission Provides Guidance on Disclosure of Leniency Documents", *McDermott Newsletters*, <http://www.mwe.com/publications/uniEntity.aspx?xpST=PublicationDetail&pub=7194&PublicationTypes=0c37aff3-0fa4-487b-ae40-09ee0164a996>, Erişim Tarihi: 18.06.2012, s. 1.

bilgi taleplerine verdikleri cevaplara) erişebilmelerine izin verilmelidir. Erişim halinde elde edilecek belgelerin davacının ispat yüküne önemli bir katkı yapmadığı ya da davacının başka delil kaynaklarına da sahip olduğu hallerde Komisyon, kararının gizli versiyonunun açıklanmamasını tavsiye ederken; özel olarak pişmanlık programından yararlanmak için sunulmuş belgelerden türeyen materyal içermedikçe pişmanlık başvurusunda bulunanın soruşturma raporuna yönelik savunma ve açıklamalarına erişimin engellenmesi için haklı bir gerekçe görmediğini belirtir¹⁰⁰.

Komisyonun göre aynı ilke bilgi talepleri için de uygulanabilir. Bilgi talebine karşılık verilen cevap şayet özel olarak pişmanlık programından yararlanmak için sunulmuş belgelerden türeyen içeriğe sahipse, bu cevaba erişim tanınmamalı, aksi halde tanınmalıdır. Aynı şekilde, pişmanlık başvurusunda bulunan, rekabet otoritesi ile tam bir işbirliği yükümlülüğü altında bulunduğu, rekabet otoritesinin elinde pişmanlık başvurusundan önce mevcut olan belgelere yönelik olarak rekabet otoritesince ilave bilgi istemi çerçevesinde başvuran tarafından yapılan açıklamalar/verilen bilgiler gibi bazı cevaplar ile yine başvuranın işbirliği yükümlülüğü kapsamında verdiği kartelin işleyişine ilişkin bilgilere erişime hükmedilmemelidir. Öte yandan Komisyon, pişmanlık için başvurmuş teşebbüsler bakımından, belgelere erişimin engellenmesi için haklı bir sebep görmediğini de açıklamıştır.

2012 yılında karara bağlanan bu davada mahkeme, menfaat dengelemesini uygulayarak pişmanlık materyallerinin sınırlı şekilde (Komisyonun gizlilik taşıyan kararının yalnızca seçilmiş paragraflarının ve Komisyonun bilgi talebine verilen belirli cevapların) erişime açılmasına karar verirken; Komisyon'un soruşturma raporuna verilen cevaplar ile Komisyonun bilgi talebine verilen diğer cevapların erişime açılması talebini ise reddetmiştir. Öte yandan mahkeme, erişime açılan bilginin ileride kullanımını önlemek için erişimin yalnızca tarafların hukuk danışmanlarından oluşan bir gizlilik dairesindeki bireylerce yapılabilmesine hükmetmiştir.

Mahkeme, erişime izin verirken, Komisyonun pek çok savını kabul etmemiştir. Mahkeme özellikle, pişmanlık sürecinin bir parçası olarak oluşturulan ve Komisyonun sunulan materyallerin erişime açılmayacağı yönünde pişmanlık başvurusunda bulunanların meşru bir menfaati bulunduğu; pişmanlık başvurusunda bulunanların rekabet otoritesi ile işbirliği yapmayan taraflara nazaran sorumluluğa maruz kalma durumunun artacağı iddiasını kabul

¹⁰⁰ Komisyonun görüşleri için bkz. *National Grid Electricity Transmission PLC v. ABB Ltd and Others*, Observations of the European Commission Pursuant to Article 15 (3) of Regulation 1/2003, http://ec.europa.eu/competition/court/amicus_curiae_2011_national_grid_en.pdf, Erişim Tarihi: 10.06.2013.

etmemiştir¹⁰¹. Ayrıca mahkeme, pişmanlık materyallerinin erişime açılmasının pişmanlık başvuruları üzerinde bir miktar caydırıcı etkisinin olabileceğini kabul etmekle birlikte, somut olayda olduğu gibi, potansiyel olarak yüksek cezalara maruz, ciddi ve uzun süreli kartelin bulunduğu örneklerde daha sonra açılacak özel hukuk davalarındaki erişim riskinin, potansiyel pişmanlık başvurularını caydırmasının muhtemel olmadığını belirtmiştir. Nihayet mahkeme, kartellerin karmaşık yapısına vurgu yaparak, rekabet ihlalleri nedeniyle tazminat talep edenlerin karşılaştıkları sorunlara dikkat çekmiş, diğer kaynaklardan bilgi edinmedeki zorluklara karşı bu davadaki sorunlarla pişmanlık materyallerinin ilişkisini değerlendirmiş, Komisyona sunulmuş olan pişmanlık belgesindeki açıklamalarının, özellikle kartelin etkililiği ve işleyişi hakkındaki bilgilerin teşebbüsün (National Grid) talebi ile ilişkili olduğunu açıklamıştır.

3.3.2.2.3. CDC Kararı¹⁰²

2006 yılında Komisyon, hidrojen peroksit pazarında üretim kapasitesinin azaltılması, fiyatlar ve satış miktarları hakkındaki bilgilerin değişimi ve fiyat konusunda anlaşılması nedeniyle dokuz teşebbüse kartelde yer almaktan yaklaşık 338 milyon avro ceza vermiştir.

Kartelden zarar görenlerden haklarını temellük ederek onlar adına tazminat davalarını takip eden bir şirket (*Cartel Damage Claims - CDC*)¹⁰³ delil elde etmek amacıyla 14 Mart 2008 tarihinde, Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi ile Komisyonun belgelerine erişim hakkı tanıyan 1049/2001 sayılı Tüzük'ün 2. ve 11. maddelerine dayanarak, Komisyonun indeksine ve orada yer alan belgelere erişim talebinde bulunur.

Bu talebi reddeden Komisyon esas itibarıyla, soruşturmanın güvenliği, ticari menfaatlerin korunması ve idari usul olmak üzere üç gerekçeye dayanır. Bir başka

¹⁰¹ Mahkeme, yalnızca bağışıklık alan kişinin dava edilmesi halinde müteselsil sorumluluk ilkesinin sorumluluk ilişkilerini dengeleyebileceğini düşünmüştür.

¹⁰² Case T-437/08, *CDC Hydrogene Peroxide Cartel Damage Claims v European Commission*, (15.12.2011), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62008TJ0437:EN:NOT>, Erişim Tarihi: 19.3.2013.

¹⁰³ Rekabet ihlali nedeniyle zarar gören küçükleri (kişi/teşebbüs) birleştiren CDC, rekabet ihlali nedeniyle açılan davalarda büyük başarı sağlamıştır. 2003 yılında kurulmuş olan müessese, göreceli olarak daha düşük düzeyde zarar görmüş bireysel müşteriler ile küçük işletmelere dava açma olanağı sağlamaktadır. Bu tipteki zarar görenler, genellikle masraflar, dava sürecinin uzunluğu, belirsizlikler, riskler ve ispat yükü nedeniyle dava açmaktan kaçınmaktadırlar. CDC'ye katılım halinde ise davacılar, davanın kazanılması halinde CDC'ye belirli bir oran tahsis edilmesi karşılığında masrafları paylaşma imkânına kavuşmaktadır. Bu müessese özel hukuk davacıları için cazip ve kuvvetli bir zemin oluşturmaktadır Sistemin işleyişi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KORTUNAY, A. (2013) "Alacağın Temliki Yoluyla Kollektif Tazminat Taleplerine İmkân Veren Bir Model Geliştirilebilir Mi?", K. C. Sanlı (der.), *Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'un Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları* içinde, s. 329 vd.

deyişle, talep edilen belge, kurumun karar verme sürecine ilişkin bir belge olup, bu belgeye erişim tanınması ticari sırların açıklanması suretiyle soruşturmanın muhatabı şirketlerin ticari menfaatlerine zarar verebileceği gibi, soruşturma faaliyetlerinin zarar görmesine de yol açabilecektir. Komisyona göre belgelere erişim, şirketleri Komisyonla işbirliğinden caydırarak pişmanlık programlarına zarar verecektir.

Başvurunun reddi üzerine CDC, 6 Ekim 2008 tarihinde Komisyonun kararına karşı Genel Mahkemede dava açar¹⁰⁴.

15 Aralık 2011 tarihinde Genel Mahkeme, Komisyonun talep edilen belgeye erişim tanınması gerektiğine karar vermiştir. Mahkemeye göre kurumlar, üstün bir kamu yararı bulunmadıkça gerçek veya tüzel kişilerin ticari menfaatlerini zarara uğratacak olması halinde belgelere erişimi reddeder. Bu değerlendirmeyi yaparken Komisyon, öncelikle başvuru sahibinin erişim talep ettiği belgenin doğasını, daha sonra ise teşebbüslerin ticari menfaatlerini dikkate almalıdır. Başvuru sahibinin erişim talep ettiği husus, belge indeksidir. Başvuran bu indekste yer alan asıl belgelere erişim talep etmemiştir.

Mahkemeye göre, indeks herhangi bir işletme sırrı içermemektedir. Dolayısıyla bunun açıklanması talebinin reddi, işletme sırlarına dayalı ticari menfaatler ile gerekçelendirilemez. İndeks, tazminat davaları bakımından göreceli olarak çok az ispat değeri olan sadece bir envanterden ibaret bir belgedir. Komisyon indekse erişim tanınması halinde teşebbüslerin ticari menfaatlerinin özellikle ve etkili bir şekilde zarar görebileceğini kanıtlanamamıştır. Bir başka deyişle Komisyon, belgelere erişimin, korumayı arzuladığı etkinliğe -ticari menfaatlerin korunmasına, soruşturmanın güvenliğine ve AB rekabet hukuku ile uyumu sağlamanın aracı olan pişmanlık programlarına- zarar vereceğini ortaya koyamamıştır. Kaldı ki pişmanlık ve işbirliği programları, Komisyon'un korumayı amaçladığı etkinliği ve AB rekabet hukukuna uyum sağlamanın tek aracı da değildir. Mahkemeye göre, bir politika olarak, özel hukuk davaları da AB'de -kamu uygulaması kadar etkin rekabetin sürdürülebilmesine önemli bir katkı yapabilir¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Ayrıca şirket (CDC), 16 Mart 2009 tarihinde (Almanya) Dortmund Bölge Mahkemesinde faiziyle birlikte 475 milyon Euro'luk bir tazminat davası açmıştır. Aynı şekilde CDC, aynı kartelet katılmış bir başka teşebbüse karşı da 20 Nisan 2011 tarihinde Finlandiya'da 78 milyon Euro'luk bir tazminat davası daha açmıştır. Öte yandan belirtmek gerekir ki, yine Almanya'da rekabet otoritesi tarafından 2003 yılında cezalandırılan çimento karteli üyelerine karşı şirket, zarar görenlerden temellük ettiği haklara dayanarak 2005 yılında Düsseldorf Bölge Mahkemesinde tazminat davası açmıştır. 2013 yılı sonunda karara bağlanan bu dava, zikredilen mahkeme tarafından, temellük edilen hakların geçersiz olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir. Bkz. http://www.carteldamageclaims.com/Presse/131219CDC_PR_jdgm_cement_17Dec2013.pdf, Erişim Tarihi: 25.12.2013.

¹⁰⁵ Aynı yönde bkz. Case C-453/99 *Courage and Crehan* (2001) ECR I-6297, p. 26.

3.3.2.2.4. EnBW Energie Davası¹⁰⁶

Bu davada Genel Mahkeme, Komisyonun GIS kartel soruşturmasında dosyaya erişim hakkını reddeden bir kararını iptal etmiştir. Olayda, ileride tazminat davası açmayı düşünen EnBW, AB kurumlarının belgelerine kamusal erişime imkân tanıyan 1049/2001 sayılı Komisyon Tüzüğüne dayanarak Komisyon dosyasına erişim talebinde bulunur. Talep, Komisyon tarafından, Tüzük'ün 4. maddesinde düzenlenen soruşturmanın amacının korunması ilkesine dayanarak reddedilir.

Mahkeme bir yandan Komisyonun, belgelerin uygun bir şekilde incelemesini gerçekleştirmediği, diğer yandan ise dosyaya erişim talebini reddetmek için yeterli hukuki gerekçesinin bulunmadığını belirterek erişim talebini kabul eder. Mahkemeye göre, 1049/2001 sayılı Tüzük'ün 4. maddesinin ikinci fıkrasının üçüncü bendinde düzenlenen istisnanın lafzından, istisnanın amacının, soruşturmayı değil fakat onun amacını¹⁰⁷ korumak olduğu açıktır. Bu amaç gerçekleşmediği sürece, ilgili soruşturma tamamlanmış olsa bile, soruşturmadaki çeşitli eylemlere ilişkin belgelerin, tartışma konusu olan istisna kapsamında yer alabileceğini mahkeme kabul etmiştir¹⁰⁸.

Bununla birlikte mahkemeye göre mevcut davada, ilk olarak, Komisyon tarafından yapıldığı gibi, talep edilen belgelerin kategorilere ayrılması¹⁰⁹, itiraz konusu kararın alınmasında faydalı bir amaca hizmet etmemektedir. Zira yapılan tasnif, ilgili belgelerdeki bilgiyi dikkate almaksızın belgenin türüne göre yapılmıştır. Böyle bir tasnif, ne talebin incelenmesinde ne de talebin reddine ilişkin kararını meşrulaştırmada Komisyona bir katkı sağlamaktadır. Bir başka deyişle böyle bir tasnif Komisyonun işini ne kolaylaştırmakta ne de basitleştirmektedir. İkinci olarak, talep edilen belgeler, açıkça Komisyonun dayandığı istisna

¹⁰⁶ Case T-344/08, *EnBW Energie Baden-Württemberg AG v European Commission* (22 May 2012), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62008TJ0344:EN:HTML>, Erişim Tarihi: 30.5.2013.

¹⁰⁷ Bu davada mahkeme soruşturmanın amacının, rekabet işlemleriyle ilgili vakialarda, ihlalin bulunup bulunmadığını belirlemek ve ihlal varsa vakiadan sorumlu teşebbüsleri cezalandırmak olduğunu belirtmiştir.

¹⁰⁸ Aynı yönde bkz. Case T-36/04 *API v Commission* [2007] ECR II 3201, p. 133; Joined Cases T-391/03 and T-70/04 *Franchet and Byk v Commission* [2006] ECR II 2023, p. 110; Case T-20/99 *Denkavit Nederland v Commission* [2000] ECR II 3011, p. 48.

¹⁰⁹ Komisyon talebi incelerken, belgeleri beş kategoriye ayırmıştır: 1) Teşebbüslerin ifadelerini içermek üzere pişmanlık başvurusu kapsamında teşebbüslerce sunulmuş bütün belgeler, 2) Bilgi talepleri ve bu taleplere tarafların cevapları, 3) Soruşturma sırasında, ilgili teşebbüsün mülklerinde yerinde incelemede elde edilen belgeler, 4) Soruşturma raporu ve buna karşı tarafların cevapları, 5) İç yazışmalar. İç yazışmalarda kendi içinde iki kategoriye ayrılmıştır: a) Vakiaya ilişkin belgeler; (toplanan delillerden çıkartılan sonuçlar hakkındaki notlar, diğer rekabet kurumları ile yazışmalar, dosya ile ilişkili Komisyon'un diğer birimlerinin görüşleri), b) Usule ilişkin belgeler, (yetki/arama belgeleri/emirleri, inceleme raporları, inceleme sırasında elde edilen belgelere ilişkin listeler, dosya notları ve belirli belgelerin tebliği hakkındaki belgeler).

kapsamına girmemektedir. Komisyon'un, belgeleri kategorilere bölmesi, bir başka deyişle belgeler arasında yapılan ayırım suni olup, çeşitli kategoriler içerisindeki belgelerin içeriğindeki gerçek farklılıkları yansıtmamaktadır.

Mahkeme, Komisyonun etkinliğini korumaya çalıştığı pişmanlık programının, AB rekabet hukuku ile uyumu sağlamanın tek aracı olmadığını, tazminat davalarının da AB'de etkin rekabeti sürdürmeye önemli katkı yapabileceğini, *Courage Davasına*¹¹⁰ atf yaparak bir kez daha vurgulamıştır. Nihayet Mahkeme, 1049/2001 sayılı Tüzük'ün 2. maddesinin birinci fıkrası uyarınca kurumların belgelerine erişim hakkından, herhangi bir AB vatandaşı ve üye ülkede kayıtlı veya ikamet eden gerçek veya tüzel kişilerin yararlanabileceğini belirttiikten sonra, bu hükümden Tüzük'ün amacının, sadece belgenin ilgilendirdiği tarafların taleplerini karşılamak üzere erişim sağlamak olmadığını, bilakis kamu belgelerine herkesin erişimini garanti altına almanın amaçlandığının açıkça anlaşıldığını ifade etmiştir¹¹¹.

3.3.2.2.5. Donau Chemie Davası¹¹²

Pişmanlık materyallerine erişimle ilgili oldukça ilginç olan bu davada, pişmanlık belgelerine erişimin bir yasal düzenleme ile açıkça yasaklanıp yasaklanmayacağı hususu tartışılmıştır.

Avusturya Kartel Ofisi'nin baskı kimyasalları üreticileri karteliyle ilgili yapmış olduğu soruşturma sonucunda 2010 yılında, fiyat anlaşması yaptıkları gerekçesiyle kartele katılan teşebbüsler cezalandırılmıştır. 2011 yılı Temmuz ayında bir teşebbüs birliği (*Verbund Druck & Medientechnik*), açacağı tazminat davasına hazırlık olması bakımından, özellikle uğranılan zararın miktarının belirlenmesi amacıyla, Viyana Bölgesel Yüksek Mahkemesine başvurarak kartel dosyasındaki belgelere erişim talebinde bulunmuştur. Ancak, Avusturya Kartel Kanununda (m. 39/2), kartel dosyalarında üçüncü kişilerin dosyaya erişimlerinin yalnızca kartele katılan tarafların tamamının rızası ile mümkün olabileceğine ilişkin bir hüküm yer almaktadır. Kartele taraf teşebbüsler söz konusu rızayı verip vermeme hususundaki iradelerini açıklarken, herhangi bir özel gerekçe belirtmek zorunda olmayıp uygulamada da teşebbüsler sıklıkla kimin ve ne amaçla dosyaya erişim talep ettiğine bakmaksızın dosyaya erişime onay vermekten kaçınılmaktaydılar.

¹¹⁰ Case C-453/99 [2001] ECR I-6297, p. 27.

¹¹¹ Aynı yönde bkz. Case T-403/05 *My Travel Group v. Commission*, p. 66, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62005A0403:EN:HTML>, Erişim Tarihi: 30.5.2013; Joined Cases T-110/03, T-150/03 and T-405/03 *Sison v Council* [2005] ECR II-1429, p. 50. Bkz. p. 50.

¹¹² Case C-536/11, *Bundeswettbewerbshörde v. Donau Chemie AG and Others*, 06.06.2013, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62011CJ0536:EN:HTML>, Erişim Tarihi: 10.06.2013.

2011 yılı Ekim ayında Avusturya Kartel Mahkemesi, Avusturya hukukunda pozitif bir düzenleme olarak yer alan ve kartel dosyalarına erişimi, bilgiyi sunan teşebbüs ya da kişinin izni olmaksızın, kesinlikle yasaklayan kuralla (Avusturya Kartel Kanunu m. 39/2) *Pfleiderer* kararının nasıl bağdaştırılacağına yönelik ABAD'dan görüş talep eder. 4 Ekim 2012 tarihinde yapılan duruşmada bütün kartel üyeleri ve beş üye ülke (Almanya, Fransa, İspanya, İtalya ve Belçika) davaya müdahil olma talebinde bulunur ve Avusturya hukukundaki hükmün *Pleiderer* kararı uyarınca gerekli olan dengeleme testi ile uyumlu olduğu görüşünü desteklerler.

7 Şubat 2013 tarihinde Savcı görüşünü açıklamış¹¹³ ve keskin bir yasaklamanın hukukun genel ilkeleri ile uyumlu olmayacağını belirtmiştir. Savcıya göre, kritik delil olabilecek materyallere erişimin sınırlandırılması, davacının, yargıya başvurma hakkına zarar verecektir¹¹⁴. Savcı, ABAD'ın niteliği ve kararları dikkate alındığında; AB düzeyinde, kartel soruşturması çerçevesinde toplanmış Komisyon belgelerine erişime ilişkin mutlak bir yasaklama düşünülmemeyeceğini, Avusturya kanun koyucusunun, kamu ve özel menfaatler arasında bir dengeleme uygulaması yaptığı ve rekabet kurallarının etkin uygulamasıyla ilgili olarak kamu menfaatine mutlak bir öncelik vermeyi uygun bulduğu iddiasının, rekabet hukukunun kapsamı dışında kalan belirli durumlar hariç, üçüncü kişilerin menfaatlerine hiç bir imkân bırakmayan bir dengeleme uygulamasının ölçülülük ilkesi ile uyumlu olmayacağını belirtmiştir. Ayrıca, Avusturya'da, Kartel Mahkemesinin dosyalarının gizliliğinin korunmasına ilişkin yasağın kapsamının ihlale katılan teşebbüslerin işletme sırları ile sınırlandırılmamış olduğunu, esasen pişmanlıktan yararlanan teşebbüsler dışında, rekabet ihlaline katılımın AB hukuku bakımından korunmaya değer işletme sırrı oluşturmayacağını, tarafların rızası olmaksızın Kartel Mahkemesi tarafından ele alınan dosyalara erişim üzerindeki mutlak bir yasağın, AB Antlaşmasınının 47. maddesinde teminat altına alınan mahkeme dosyalarına erişim hakkına uygun olmayan bir engel olduğunu ileri sürmüştür. Nihayet Savcı, ulusal kanun koyucuların, hâkimlerin, tarafların menfaatlerini değerlendirirken dikkate alması gereken faktörleri düzenleyebileceklerini, fakat belki pişmanlıktan yararlanan teşebbüsler tarafından sağlanan bilgiler hariç, menfaatlerin dengelenmesi hususunu engelleyemeyeceklerini belirtmiştir.

Sonuç olarak savcı, AB Antlaşmasınının 19. maddesinin birinci fıkrası ışığında uygulanan etkin yargısal koruma ilkesinin, karteğe katılanlara karşı tazminat

¹¹³ Case C-536/11, *Bundeswettbewerbshörde v. Donau Chemie AG and Others*, *Opinion of Advocate General Jääskinen* (7.2.2013), p. 53 vd., <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62011CC0536:EN:HTML>, Erişim Tarihi:7.3.2013.

¹¹⁴ Bkz. Case C-279/09 DEB [2010] ECR I-13849. Bu davada mahkeme, bir AB kurumu önünde sorumluluk iddiası için ilave bir masraf ödenmesini gerektiren ulusal bir kuralın, hukuki yardım imkânı bulunmadığı sürece, dava açma hakkını ihlal edebileceğine karar vermiştir.

davası açmayı isteyen üçüncü kişilere, kartel mahkemesinin dosyalarına erişimi engelleyen Avusturya Kartel Kanununun 39. maddesinin 2. fıkrası hükmünde olduğu gibi bir ulusal rekabet kanunu hükmünü önlemesi gerektiğine karar verilmesini önermiştir.

6 Haziran 2013 tarihinde konuyla ilgili nihai kararını veren ABAD'a göre, AB üyesi ülkeler, kartel nedeniyle zarar gören kişilerin, pişmanlık başvurusunda bulunanın beyanları dâhil bütün kartel delillerine erişimini engelleyen kurallar kabul edemez; ulusal mahkemelerin tazminat talep eden davacının hakları ile pişmanlık programının karşılaşılabileceği risk arasında dengeleme yapabilmeye olanağı ortadan kaldırılmamalı; AB hukuku çerçevesinde üçüncü kişilerin sahip oldukları hakları, bu bağlamda tazminat hakkını kullanmaları pratik olarak imkânsızlaştırılmamalı ya da aşırı zorlaştırılmamalıdır. ABAD, özel hukuk davalarının önemine vurgu yaparak, bu yolla uğranılan kayıpların telafisi için girişimde bulunmanın AB rekabet kurallarının işleyişini kuvvetlendireceğini, çünkü böyle bir imkânın varlığının rekabeti sınırlandıran veya bozan uygulama ve anlaşmaların önleyeceğini belirtmiştir. ABAD'a göre, üye ülkeler yargılama süreçlerini düzenlemek üzere yasama faaliyetlerinde bulunabilirler, ancak bu faaliyetler kartel karşıtı uygulamaların veya tazminat talep eden davacının haklarının etkinliğini engellememelidir. ABAD'a göre, Avusturya hukukundaki hüküm, AB hukukunun etkinliğini engellemektedir. Öte yandan Mahkeme, davacının haklarının korunmasının, herhangi bir sınırlama olmaksızın, serbestçe bütün belgelere erişilebileceği anlamına gelmediğini, bireylerin gizliliğinin ve ticari sırların korunması hakkı dâhil, AB hukuku çerçevesinde tanınan hakların ihlaline yol açmaması gerektiğine dikkat çekmiştir.

3.3.3. Türk Rekabet Hukuku Uygulamasında Pişmanlık Belgelerine Erişim

Türk hukukunda, dava konusu yapılmaksızın -davaya hazırlık kapsamında- doğrudan pişmanlık belgelerine erişim talebine yönelik bir başvuru Kuruma yapılmadığı gibi, özel hukuk yargılaması esnasında davacının talebi üzerine mahkemece bilgi ve belgelerin Kurumdan istenmesi de henüz söz konusu olmamıştır.

İdare hukuku uygulamalarına bakıldığında da Rekabet Kurumu ile teşebbüsler arasındaki uyumsuzlukların özel olarak pişmanlık belgelerine erişimden ziyade genel olarak dosyaya giriş hakkının veya bilgi edinme hakkının kullanılmasına ilişkin olduğu görülmektedir.

İleride açıklanacağı üzere pişmanlık belgelerine erişimde dayanak olarak kullanılacak bir mevzuat olması nedeniyle bilgi edinme hakkı çerçevesinde ortaya çıkan bu uyumsuzluklara değinilmesi faydalı olacaktır.

Hakkında soruşturma yürütülen teşebbüsler, soruşturma açıldığına ilişkin bildirim kendilerine ulaşmasından itibaren savunma haklarını kullanmaya başlamaktadır. Savunma hakkının kullanılması sürecinde bu teşebbüsler, dosyaya giriş hakkına ve/veya bilgi edinme hakkına dayanarak, soruşturma açılmasına dayanak oluşturan bilgi ve belgelerin bu kapsamda özellikle ön araştırma raporunun bir kopyasının kendilerine gönderilmesini talep etmektedirler. Kurul tarafından bazen ön araştırma raporunun verilmesi talebi bütünüyle reddedilirken, genellikle bilgi ya da belgeyi talep eden teşebbüs hariç, diğer teşebbüslerin ticari sırları çıkartıldıktan sonra soruşturma açılmasına dayanak oluşturan belgelerin verilmesi yoluna gidilmektedir. Talebi bütünüyle ve kısmen reddedilmiş olan teşebbüsler Bilgi Edinme Değerlendirme Kuruluna (BEDK) itiraz etmekte, bu Kurulca olumlu karar verilmemesi halinde yargı yoluna başvurulmaktadır. Aynı şekilde BEDK'nin itirazların kabulü ile istenilen bilgi ve belgenin talep sahibine verilmesine ilişkin kararlarına karşı ise Kurumun yargıya başvurduğu görülmektedir.

Yargıya intikal eden olaylar incelendiğinde, Kurulca başvuruların reddinde genellikle; bilgi edinme hakkının istisnaları arasında düzenlenmiş bulunan; istenilen bilgi ve belgenin ticari sır kapsamında olduğu, ön araştırma raporunun bir hazırlık işlemi niteliğinde olduğu, istenilen bilgi ve belgenin verilmesi halinde soruşturmanın güvenliğinin tehlikeye düşeceği, ön araştırma raporunun kurum içi yazışma niteliğinde olduğu gerekçesine dayanılmaktadır¹¹⁵. Yargı kararları incelendiğinde, mahkemelerin “soruşturmanın güvenliğini tehlikeye düşürecek” nitelikteki bilgi ve belgelerin bilgi edinme hakkının kapsamı dışında olduğu kuralına (BEHK m. 19/1-c) dayanarak Kurumca soruşturmanın henüz tamamlanmadığı aşamada talep edilen bilgi ve belgelerin verilmemesini haklı bulduğu görülmektedir. Mahkemeye göre, soruşturmanın güvenliğinin tehlikeye düşüp düşmediği takdir hakkı idareye aittir¹¹⁶. İdare, bilgi belge taleplerinin reddedilmesi halinde bunun gerekçelerini (gerek bilgi edinme hakkı gerekse dosyaya giriş hakkı tebliği kapsamında) belirtmelidir. Soruşturma raporunun henüz tamamlanmamış olması veya ilk yazılı savunma için yeterli bilginin verilmiş olduğunun belirtilmesi kabul edilebilir gerekçeler değildir¹¹⁷.

¹¹⁵ Ankara 3. İdare Mahkemesi, 24.5.2006, E. 2005/2029, K. 2006/1215; Ankara 4. İdare Mahkemesi, 8.11.2006, E. 2005/2246, K. 2006/2497; Ankara 3. İdare Mahkemesi, 22.3.2007, E. 2005/2305, K. 2007/511; Ankara 1. İdare Mahkemesi, 10.12.2010, E. 2010/369, K. 2010/1850; Ankara 15. İdare Mahkemesi, 13.7.2012, E. 2011/2550, K. 2012/1189; Ankara 13. İdare Mahkemesi, 14.12.2012, E. 2012/618, K. 2012/2836; Ankara 16. İdare Mahkemesi 23.10.2012, E. 2012/313, K. 2012/1701; Ankara 6. İdare Mahkemesi 09.1.2013, E. 2012/338, K. 2013/29. Danıştay 10. D. 9.2.2009, E. 2006/7590, K. 2009/741; Danıştay 10. D. 4.4.2011, E. 2007/8521, K. 2011/1371; Danıştay 13. D. 21.3.2008; E. 2007/5256, K. 2008/3302.

¹¹⁶ Ankara 16. İdare Mahkemesi 23.10.2012, E. 2012/313, K. 2012/1701.

¹¹⁷ Ankara 10. İdare Mahkemesi, 21.2.2007, E. 2006/1468, K. 2007/619; Danıştay 13. D. 21.3.2008, E. 2007/10437, K. 2008/3301.

Öte yandan, teşebbüsün hakkında açılan soruşturmaya ilişkin bilgi ve belgelerin (özellikle önaraştırma raporunun) tarafına gönderilmesi talebinin reddine ilişkin işlemin iptali amacıyla açılan davalarda çeşitli mahkemelerce; soruşturma sonucunda hazırlanan raporun ilgililere tebliğ edileceği, Kurul kararlarına karşı yargı yoluna başvurulabileceği, dolayısıyla bu aşamada davaya konu edilen işlemin teşebbüslerin hukuki durumunda herhangi bir değişik yaratmadığı, kesin ve yürütülebilir bir işlem olmadığı vurgulanmıştır¹¹⁸.

Bilgi ve belgelere erişim hakkında ilginç bir örnek olay ise şikâyetçinin Kurumun elindeki belgelere erişmek istemesiyle ilgilidir. Olayda Kuruma yaptığı şikâyet üzerine bir teşebbüs hakkında açılan soruşturma kararı sonucunda düzenlenen soruşturma raporunun kendisine de verilmesini isteyen şikâyetçinin talebi, Kurumca reddedilmiştir. Bu ret işlemine karşı açılan davada mahkeme, ret kararının verildiği tarih itibariyle henüz nihai bir karar verilmediği, nihai karar verildikten sonra yargı yoluna başvurulmasının mümkün bulunduğu gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir.¹¹⁹

Bilgi ve belge taleplerine ilişkin yargısal sürecin incelenmesinden şöyle bir durum ortaya çıkmaktadır. Başlangıçta bilgi edinme hakkına dayanılarak yapılan başvurular Kurumca reddedilmiş, bu karara karşı BEDK'ye yapılan itirazlar bu kurul tarafından kabul edilmiştir. BEDK kararının iptali için Kurumca yargıya başvurulmuş ve yargı organlarınca BEDK kararları iptal edilmiştir¹²⁰. Daha sonra, teşebbüslerin bilgi ve belge taleplerinin Kurum tarafından reddedilmesi üzerine BEDK'ye yapılan itirazlar, bu kurul tarafından da reddedilmeye başlanmıştır¹²¹. Ancak bu ret kararlarına karşı teşebbüslerce açılan davalar sonucunda BEDK'nin kararlarından bazıları da mahkemelerce iptal edilmiştir¹²².

¹¹⁸ Ankara 5. İdare Mahkemesi, 14.7.2006, E. 2005/2215, K. 2006/2552; Danıştay 13. D. 18.6.2007, E. 2007/969, K. 2007/3962; Ankara 15. İdare Mahkemesi, 13.7.2012, E. 2011/2550, K. 2012/1189; Ankara 13. İdare Mahkemesi, 14.12.2012, E. 2012/618, K. 2012/2836; Ankara 16. İdare Mahkemesi 23.10.2012, E. 2012/313, K. 2012/1701.

¹¹⁹ Ankara 13. İdare Mahkemesi, 10.6.2008, E. 2008/22, K. 2008/1047.

¹²⁰ Bkz. Ankara 1. İdare Mahkemesi, 10.12.2010, E. 10/369, K. 10/1850; Ankara 3. İdare Mahkemesi, 22.3.2007, E. 05/2305, K. 07/511; Ankara 3. İdare Mahkemesi, 24.5.2006, E. 05/2029, K. 06/1215.

¹²¹ Bkz. BEDK'nin 26.05.2011 tarih ve 2011/746 sayılı ve 17.11.2011 tarih ve 2011/1650 sayılı kararları. BEDK bu kararlarında BEHK'nin idari soruşturmaya ilişkin bilgi veya belgeler başlıklı 19. Maddesinin (c) ve (d) bentleri ile Bilgi Edinme Hakkı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelik'in 12. Maddesinin "Kurum ve kuruluşlar, ayrı veya özel bir çalışma, araştırma, inceleme ya da analiz neticesinde oluşturulabilecek türden bir bilgi veya belge için yapılacak başvurular ile tekemmül etmemiş bir işleme ilişkin bilgi veya belge için yapılacak başvurulara olumsuz cevap verebilirler" hükmüne dayanarak itirazları reddetmiştir.

¹²² Bkz. Ankara 11. İdare Mahkemesi, 26.4.2012, E. 2011/1735, K. 2012/590. Olayda, soruşturmanın muhatabı olan teşebbüs, konu hakkında düzenlenmiş önaraştırma raporu ile soruşturma bildirimine esas teşkil eden diğer bütün belgelerin birer örneğinin kendisine verilmesini dosyaya giriş hakkı ve Bilgi Edinme Hakkı Kanunu çerçevesinde talep etmiş, Rekabet Kurulununun 27.01.2011 tarih ve

4. DEĞERLENDİRME

4.1. ABD Hukuku Bakımından Değerlendirme

ABD mevzuatı bilgi ve belgelere erişim konusunda oldukça liberal olup, avukat müvekkil ilişkisi ya da mevcut soruşturmanın güvenliği gibi istisnai haller dışında erişim serbestisi bulunmaktadır. Hatta bu hukuk sisteminde var olan delil değişim sistemi nedeniyle, yalnızca rekabet otoritesinin elindeki belgeler değil, davalının, bir anlamda üçüncü kişinin elindeki belgelere dahi erişim mümkün bulunmaktadır. ABD uygulamasına bakıldığında soruşturmanın güvenliği gerekçesiyle soruşturma sürerken gizlilik niteliğinin korunduğu ve bu niteliğe sahip belgelere erişime izin verilmediği görülmektedir. Buna karşılık soruşturma bittikten sonra erişimin önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır.

ABD uygulamasında sorun daha ziyade ABD dışında bir başka ülkede yapılan pişmanlık başvurularına erişimin mümkün olup olmadığı hususundadır. Yargı uygulamalarına bakıldığında, her iki yönde de karar bulunmakla birlikte, ağırlıklı eğilim karşılıklı menfaat analizi yapılarak pişmanlık belgelerine erişime izin verilmemesi yönündedir. ABD mahkemeleri genellikle AB'de belgelere erişim tanınmamasını dikkate almakta, Komisyonun soruşturmalarının zarar görmesinin ABD'nin rekabete aykırı eylemleri soruşturma konusundaki menfaatlerini de zedeleyeceğini kabul ederek, pişmanlık belgelerine erişime izin vermemektedir.

Bununla birlikte, ABAD'ın *Pfleiderer* kararından sonra uygulamadaki genel eğilimin değişmesi muhtemeldir. Zira yukarıda belirtildiği üzere ABD mahkemeleri belgelere erişim tanımazken, AB (Komisyon) uygulamasında belgelerin gizlilik niteliğine sahip olmasını, dolayısıyla belgelere erişimin mümkün olmamasını temel gerekçe yapmaktaydılar. ABAD kararında tarafların menfaatlerinin hâkim tarafından tartılarak bir sonuca ulaşılması gerektiği belirtilmiştir. Şayet üye ülkelerin ulusal mahkemelerince pişmanlık belgelerine erişim tanınması yönündeki kararlar yaygınlaşırsa, o zaman ABD uygulamasındaki ağırlıklı eğilim pişmanlık belgelerinin kural olarak erişime açık olduğu yönünde değişebilir.

4.2. AB Hukuku Bakımından Değerlendirme

Öncelikle ABAD'ın *Pfleiderer* kararı ardından Alman ve İngiliz mahkemelerinin uygulamaları ve bunu takip eden gelişmeler, AB üyesi ülkelerin rekabet otoriteleri ile Komisyon uygulamasında pişmanlık programlarının geleceği konusunda önemli tartışma ve endişeler yaşanmasına yol açmıştır. Tartışmaların ve endişelerin temelinde, ABAD'ın almış olduğu kararın, pişmanlık başvurusu kapsamında rekabet otoritelerine sunulan belgelere, ihlalden zarar görenlerin erişimlerini

11-06/69-M sayılı kararı ile talebinin reddedilmesi (önaraştırma raporunun örneğinin verilmemesi) üzerine Bilgi Edinme Değerlendirme Kuruluna (BEDK) başvurmuş, BEDK tarafından da itirazın reddedilmesi üzerine mahkemeye müracaat etmiş, mahkemece BEDK kararı iptal edilmiştir.

sağlayıp sağlayamayacağı hususunda oluşturduğu tereddüt yatmaktadır. Bir başka deyişle, pişmanlık programlarının gizliliğinin ortadan kalkıp kalmadığı konusundaki belirsizlik endişeyi artırmaktadır.

Tazminat talep edenler bakımından pişmanlık materyallerinin elde edilebilmesi için iki ana yol bulunmaktadır. Bu yollardan ilki, bilgi ve belgelerin sunulduğu/ teslim edildiği rekabet otoritesinden elde edilmesi; ikincisi ise, bilgi veya belgeyi sunan/teslim eden kartel yesi teřebbsten¹²³ temin edilmesidir. Birinci yol, Almanya'da *Pfleiderer* davasında, ikinci yol ise İngiltere'de *National Grid* davasında uygulanmıřtır¹²⁴.

ABAD'ın *Pfleiderer* kararı uyarınca, ulusal mahkemelerin, ulusal hukuku ve somut olayın bütün özelliklerini dikkate alarak pişmanlık materyallerinin açıklanıp açıklanmayacağını olay bazında belirlemesi gerekmektedir. Bununla birlikte gerek ABAD'ın gerekse ye ülkelerin takip eden kararları, erişim talebinin nasıl değerlendirilmesi gerektiği, bir başka deyişle hangi faktörlerin dikkate alınması gerektiği yönünde yeterli açıklığa ve yol gstericiliğe sahip deęildir¹²⁵. Dolayısıyla kararlar, hukuki belirlilikten ziyade belirsizlik yaratmışlardır. Bu belirsizlik, hem pişmanlık başvurusunda bulunanlar hem de tazminat talep edenler bakımından geçerlidir. Komisyon, her ne kadar *National Grid* kararında mahkemeye sunduğu görüşte, ulusal mahkemelerin pişmanlık başvurusu sahipleri tarafından sunulan belgelerin açıklanmasına karar verirken dikkate almaları gereken bazı genel ilkeleri ortaya koymaya çalışmışsa da, Komisyonun açıklamaları da gerek olaya özgü olması gerekse bazı yönleriyle belirsizlik içermesi nedeniyle açık bir rehberlik sağlamaktan uzaktır. Diğer taraftan Komisyonun açıklamaları yeterli görülse bile, ulusal mahkemelerin Komisyonun tavsiyesi ile bağlı olmaması nedeniyle, bir başka deyişle Komisyonun açıklamaları görüş niteliğinde bulunduğundan ulusal mahkemelerin her olayda farklı bir sonuca ulaşmasını engelleyici nitelikte değildir.

Pişmanlık belgelerine erişim tanınıp tanınmamasına karar verilirken; pişmanlık başvurusunda yer alan bilgi veya belgelere başkaca kaynaklardan ulaşılıp ulaşılamayacağı (alternatif araçlardan delil elde etme imkânının varlığı veya yokluğu); talep edilen bilgi veya belgelerin daha önce (başka bir ülke dâhil) açıklanıp açıklanmadığı; kartelin etkilediği ilgili ürün pazarının büyüklüğü, davalının sahip olduğu pazar payı; kartelin yol açtığı (davacının uğradığı muhtemel) zararın kapsam ve ağırlığı gibi hususlar dikkate alınabilir¹²⁶.

¹²³ HOLLWAY, B., N. FREY ve J. REEVES (2012), "Indicent Exposure – The Implications of the Pfeiderer and National Grid Cases", *Competition Law Journal*, No:11(3), s. 200; The Pfeiderer Case, Disclosing leniency applications to private claimants, *Competition Law Insight*, 26 Temmuz 2011, s. 3.

¹²⁴ Hollway vd. 2012, s. 200.

¹²⁵ Hollway vd. 2012, s. 201.

¹²⁶ örneğin, bireysel olarak davacının yüksek zarara uğramasının yanı sıra ihalede danışıklılık veya fiyat anlaşması gibi durumlarda kamu kurumlarının dikkate değer zarar görmesi halinde, bu

ABAD'ın kararı, ortaya koyduğu test nedeniyle, ulusal mahkemeler ve Komisyonun üzerine büyük bir idari sorumluluk yüklediği gibi, çeşitli sorunlara yol açabilecek niteliktedir. Şöyle ki, ABAD'ın kararında uygulanması öngörülen test doğası gereği hâkimlere takdir hakkı tanımaktadır. Hâkimlerin takdir yetkilerinin bulunması ise, farklı hâkimlerden farklı kararların çıkmasına, dolayısıyla ülkeden ülkeye farklı standart ve uygulamaların gelişmesine yol açmasının yanı sıra hâkimler üzerinde önemli bir iş yükü sorunu yaratabilecek niteliktedir¹²⁷. Zira *National Grid* davasında hâkim, rekabet hukukunda uzman bir kişi olmasının avantajını da kullanarak hem pişmanlık materyallerinin tamamını hem de Komisyonun kararının gizli versiyonunu inceleyerek cümle cümle neyin açıklanıp açıklanamayacağına karar vermiştir. Hakkaniyet açısından oldukça iyi bir yöntem olmasına karşın, rekabet hukuku alanında uzmanlığı olmayan mahkemelerden ve hâkimlerden böyle bir davranış beklenemeyeceği gibi özellikle çok hacimli soruşturma dosyalarında bu yöntemin kullanılması da zordur. Ulusal mahkemeler ise, *National Grid*'te benimsenen yaklaşımı daha geniş bir şekilde benimser ve kural haline getirirse, ulusal mahkeme hâkimleri her bir tazminat davasında dosyaya erişim talepleri bağlamında neyin açıklanmasının uygun olacağına ilişkin hususları belirlemekle uğraşiyor olacaklardır¹²⁸.

CDC kararı ile hangi belgelerin açıklanabileceği hususunda bir adım ileri gidilmiştir. Her ne kadar yöntemin uygulanmasına ilişkin belirsizlik devam etse de en azından bir belgenin (indeksin) açıklanabileceği kesinlik kazanmıştır. İlk bakışta, indeksin tazminat davaları bakımından, kartele katılanların verdiği zararı ispat edici delil içermesi pek olası olmasa da, dava (soruşturma) dosyasındaki en azından bir belgenin erişime açık olması, özel hukuk davacıları bakımından gelecekte yeterli delillere daha kolay ulaşabilecekleri yönünde bir dürtü oluşturabilir. Doktrinde pişmanlıkla ilgili her türlü belge hazırlanırken, erişim talebinde bulunulabileceği göz önüne alınarak belgelerin ya hiçbir şekilde ticari sırları içermeyecek ve hatta mümkün olduğunca aleyhe delil oluşturmayacak şekilde – ki verildiğinde bir zarara yol açmasın- ya da önemli ticari sırlar içerecek şekilde -ki talep edildiğinde ticari sır içerdiği gerekçesiyle verilmemeyi haklı çıkarsın- hazırlanması önerilmektedir¹²⁹.

kurumlar tarafından açılan davalarda hâkimler kamuyu korumak amacıyla belgelere erişilmesine izin verebilirler.

¹²⁷ SAMADI, F. (2011), “Judges Key to the Future of Competition Litigation”, *Global Competition Review*, <http://globalcompetitionreview.com/news/article/30712/judges-key-future-competition-litigation/>, Erişim Tarihi: 16.03.2012.

¹²⁸ *Hollway vd.* 2012, s. 209.

¹²⁹ HAMILTON, A.L., H. DAVID ve P. WERNER (2011), “The Disclosure of Leniency Documents: Confidential Documents Still Protected”, *McDermott Newsletters*, <http://www.mwe.com/publications/uniEntity.aspx?xpST=PublicationDetail&pub=7191&PublicationTypes=d9093adb-e95d-4f19-819a-f0bb5170ab6d>, Erişim Tarihi: 16.08.2012, s. 1.

Donau kararında da ABAD, ulusal mahkemelerin dengelemeyi nasıl yapacağı ve potansiyel tazminat davacılarının pişmanlık belgelerine ne zaman ve hangi durumlarda erişebileceğini yine açıklamamıştır. Bununla birlikte ABAD, ulusal mahkemelerin daha önceki kararında belirttiği dengeleme testini gerçekleştirme gerektiğini, bu yüzden kartel dosyalarında pişmanlık belgelerine erişimin yasaklanmasına ilişkin kuralların uygun olmadığını açıklamıştır. Böylece, her ne kadar belgelere kesinlikle erişim tanımaya yol açmasa da tam tersine belgelerin bütünüyle (sistemik olarak) erişime kapatılmayacağını açıklığa kavuşturmuştur. Mahkemenin sistemik olarak belgelere erişimi engellemeyi uygun bulmaması, pişmanlık belgelerinin gizliliğini sağlamada kamu otoritelerinin elini daha da zayıflatmıştır.

ABAD kararının, bir yönüyle her olaya özgü esnek bir yaklaşım benimsenmesine imkân tanınması faydalı gibi görülebilirse de kararlar ortaya çıkan genel anlamdaki belirsizlik öngörülemez pek çok soruna yol açabileceğinden pişmanlık belgelerinin açıklanmasına ilişkin kuralları, AB düzeyinde geçerli olacak şekilde tekdüzeleştirmek için yasal bir düzenleme yapılmasının gerekli olduğu genel kabul görmektedir¹³⁰. Bu beklentiye paralel olarak Komisyon, 2012 yılı çalışma programında bir yasama faaliyetinde bulunmayı öngörmüş, ancak henüz gerçekleştirilememiştir. Aynı şekilde, İngiltere’de Bakanlıkça hazırlanan ve rekabet hukukunda özel hukuk davalarının incelendiği bir raporda çoğunluk görüşü, kamu uygulamasının korunmasını sağlamak için reform ihtiyacı bulunduğu yönündeyken¹³¹, hükümet şimdilik, her hangi bir düzenleme yapmamayı uygun görmüştür. Bunun temelindeki etken, AB düzeyinde bir düzenlemenin uygulanması halinde etkinliğin sağlanmış olacağı düşüncesi, Komisyon’un Başkan Yardımcısı’nın AB’nin eşzamanlı olarak benzer araçları uygulamaya koymayı düşündüğünü açıklaması¹³² ve üye ülkelerin erişim konusunda yapacakları düzenlemelerin hukuki geçerliliğine ilişkin halen Genel Mahkeme önünde beklemekte olan *Donau* davasının sonucunun beklenmesinin uygun olacağına ilişkin kanaattir¹³³.

¹³⁰ Bu yönde bkz. Bentley ve Werner 2011, s. 1; Hamilton vd. 2011, s. 1; Holloway vd. 2012, s. 207, 209.

¹³¹ Bkz. Department for Business, Innovation and Skills (BIS): Private Actions in Competition Law: A Consultation on Options for Reform – Government Response (TSO, 2013) (the BIS Consultation Response), https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/70185/13-501-private-actions-in-competition-law-a-consultation-on-options-for-reform-government-response1.pdf, Erişim Tarihi: 15.6.2013, p. 7.

¹³² Bkz. Speech by the Vice President of the Commission, J. Almunia, Antitrust enforcement: challenges old and new, 8 Haziran 2012, http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-428_en.htm, Erişim Tarihi: 25.06.2012.

¹³³ Bkz. CHOWDHURY, M. (2013), “The Effects Of Disclosure Rules On Leniency Incentives: Pfleiderer Balancing Versus The BIS ‘But For’ Test”, *Competition Law Journal*, No:12(1), s. 26.

Bununla birlikte, Avrupa Rekabet Ağına (*European Competition Network - ECN*) dâhil rekabet otoriteleri, üye ülkelerin kendi yargılama yetkilerindeki meri kanunlar çerçevesinde, bir yandan tazminat hakkını gereksiz şekilde sınırlamamaya dikkat ederken diğer yandan, pişmanlık programlarının etkinliğini sağlamak için mümkün olduğunca, pişmanlık materyallerinin üçüncü kişilerce erişilememesi yönünde ortak bir pozisyonu benimsediklerini açıklamışlardır¹³⁴. Bu açıklama uygulamada, ECN üyelerinin yazılı veya sözlü pişmanlık materyallerine erişim hususunda eşit düzeyde koruma sunulması için anlaştıkları şeklinde yorumlanmıştır¹³⁵.

AB, rekabet otoritelerinin sahip olduğu belgelere erişime ilişkin AB düzeyinde geçerli olacak genel sınırlamaları belirlemek amacıyla bir yönerge taslağı hazırlamıştır. Yönerge taslağında iki tür belge (pişmanlık beyanları ile uzlaşma önerileri) kamusal uygulamanın etkinliği bakımından hayati öneme sahip olarak nitelendirilmiş ve bu belgeler için mutlak koruma getirilmiştir. Dolayısıyla taslak yönerge uyarınca, ulusal mahkemeler bu iki tür belgenin açıklanmasına hiç bir zaman hükmedemeyeceklerdir. Taslak yönergede, rekabet otoritesinin bilgi talebine tarafların verdikleri cevaplar gibi özellikle kamusal uygulama süreçlerinde kullanılmak amacıyla taraflarca hazırlanan belgeler ile soruşturma raporu gibi rekabet otoritesince idari süreçlerin uygulanması kapsamında hazırlanmış belgelere ise geçici koruma sağlanmaktadır. Taslak Yönergeye göre, bu belgeler rekabet ihlali nedeniyle açılacak tazminat davalarında ancak rekabet otoritesi idari süreci tamamladıktan sonra açıklanabilecektir. Bunların dışında kalan belgeler bakımından ulusal mahkemeler her zaman açıklamaya hükmedebilir. Yine taslak yönergede, belgelerin ticaret konusu haline gelmesini önlemek amacıyla, elde edilen bilgi ve belgeleri, yalnızca dosyaya giriş hakkını kullanarak belgeleri elde eden kişinin ya da bunun hukuki haleflerinin tazminat davalarında delil olarak kullanabileceği düzenlenmektedir¹³⁶.

Öte yandan, *Donau* kararından sonra yasal düzenlemenin nasıl yapılacağı da ayrı bir tartışma konusu olmuştur. Zira pişmanlık belgelerine erişimi bir yasal düzenleme ile engellemek¹³⁷ akla ilk gelen, en kolay ve kesin çözüm olarak

¹³⁴ Bkz. Resolution of the Meeting of the Head of the European Competition Authorities of 23 May 2012, Protection of Leniency Material in the Context of Civil Damages Actions, http://ec.europa.eu/competition/ecn/leniency_material_protection_en.pdf, Erişim Tarihi: 26.5.2012.

¹³⁵ Bkz. BERA, S. (2012), ECN to Align Leniency Procedures, *Global Competition Review*, <http://globalcompetitionreview.com/news/article/32601/ecn-align-leniency-procedures/>, Erişim Tarihi: 21.12.2012.

¹³⁶ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Certain Rules Governing Actions for Damages under National Law for Infringements of the Competition Law Provisions of the Member States and of the European Union, Strasbourg, 11.6.2013, COM(2013) 404 final, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0404:FIN:EN:PDF>, Erişim Tarihi: 21.6.2013, s. 14-15.

¹³⁷ Bkz. Cauffmann 2012, s. 219.

görülürken, mahkemenin böyle sistematik bir engellemeyi uygun bulmadığını açıklaması, sorunun aslında kolay bir çözümünün bulunmadığını da ortaya koymuştur. Nitekim gerek AB, gerek üye ülkeler temelinde henüz yasal bir düzenleme yapılamamış olması da bu zorluğun bir göstergesidir¹³⁸. Her ne kadar mahkemece yasal düzenleme yapılması yolu bütünüyle kapatılmamış olsa da, ulusal hukukun ulusal mahkemelerin somut olay bazında dengeleme testini uygulamasını ortadan kaldıracak şekilde geliştirilmemesi gerektiğini belirterek, belgelere erişim talebinin sistematik olarak engellenmesinin önü kapatılmıştır. Bununla birlikte dengeleme testinin uygulanmasına imkân tanıyacak şekilde başkaca yasal düzenlemelerin yapılması, pratikte ne kadar işe yarayacağı tartışmalı olsa da, mümkün bulunmaktadır.

Buraya kadar yapılan açıklamalar ışığında özetle, başta *Pfleiderer* kararı olmak üzere ortaya çıkan yargısal gelişmelerin, tazminat talep edenlere pişmanlık belgelerine erişimin yolunu açtığı¹³⁹; böylece pişmanlık başvurusunda bulunanlar ile özel hukuk davacıları arasındaki menfaat dengesinin özel hukuk davacıları lehine ağır bastığı söylenebilir¹⁴⁰. Bu durum, gerek pişmanlık programları, gerek özel hukuk davaları ve gerekse de soruşturma süreçlerine farklı şekilde etkide bulunabilir. Öncelikle, pişmanlık için başvuruda bulunup bulunmamayı düşünen bir kartel üyesi, artık karar verirken rekabet otoritesine sunduğu bilgi ve belgelerin tazminat talep edenlerce elde edilebileceğini, sadece teorik bir ihtimal olarak değil, gerçek bir ihtimal olarak dikkate almalıdır¹⁴¹. Rekabet otoritesinin pişmanlık başvurusunun gizliliğini garanti edememesi halinde, özel hukuk davasında sağladığı bilgilere erişilebileceğini ve kullanılabilirliğini bilen (adeta gelecekte kendine karşı açılacak davaya paha biçilmez bir yol haritası sunan) bir teşebbüsün pişmanlık programına katılmaya daha isteksiz olacağı veya pişmanlık başvurusunda sağladığı bilgileri sınırlamaya çalışacağı, bu durumun küresel anlamda pişmanlık programlarını ve dolayısıyla rekabet hukuku uygulamalarını olumsuz etkileyeceği söylenebilir¹⁴².

Bununla birlikte, rekabet ihlali nedeniyle uygulanacak idari para cezasının yüksek olması, farklı yargılama düzenlerinde bulunan hapis cezaları, soruşturma

¹³⁸ Alman rekabet mevzuatında sekizinci kez değişiklik yapılmasına ilişkin taslak yasada yer alan, Avusturya hukukunda olduğu gibi, pişmanlık belgelerinin özel hukuk davacılarına açıklanmayacağına ilişkin hüküm, yasal bir müdahaleye ihtiyaç bulunmadığı düşüncesiyle, hükümet tarafından Federal Meclise (yasama organına) gönderilen tasarıya alınmamıştır. Bkz. Sanders vd. 2013, s. 181.

¹³⁹ SMILTON, H. M., C. S. DAVIS ve D. LEVISHON (2011), “Pfleiderer AG v. Bundeskartellamt: A Step Forward in Efforts to Obtain Discovery from European Commission Antitrust Proceedings”, *Antitrust*, No:19(6), s. 6.

¹⁴⁰ Bkz. Sanders vd. 2013, s. 174.

¹⁴¹ Holloway vd. 2012, s. 205.

¹⁴² Kirch vd. 2011.

ve yargılama süreçlerinde ortaya çıkacak yüksek danışmanlık ve dava masrafları pişmanlık programlarının cazibesini koruyabilir. Bir başka deyişle pişmanlık başvurusunda bulunmayı düşünen, buna karar verirken, maruz kalabileceği idari ve adli yaptırımlar ile katlanmak zorunda kalacağı diğer masrafların tamamını ve tazminat davası sonucu ödemek zorunda kalabileceği muhtemel tazminat miktarını karşılaştırarak bir karar verecektir¹⁴³. Ödenmesi muhtemel tazminat miktarının, elde edilecek bağışıklık veya indirim miktarından daha fazla olması halinde başvuruda bulunma yolu tercih edilmeyecektir. Bugünlerde avukatlar; pişmanlığın, yalnızca ilk başvuran olduğu takdirde başvuruya değer olduğunu, tam bağışıklık olmadan rekabet otoritelerine yaklaşmanın müvekkillere tavsiye edilmemesi gerektiğini söylemektedirler¹⁴⁴.

Pişmanlık belgelerinin potansiyel olarak üçüncü kişilerin erişimine açık hale getirilmesinin, özel hukuk davacılarının daha fazla lehine olacağı, özellikle ABD’de sınıf davası şeklinde dava takibi yapan avukatlar tarafından kartel faaliyetleri nedeniyle AB üyesi ülkelerin mahkemeleri önünde açılacak özel hukuk tazminat davalarının giderek artacağı öngörülmektedir¹⁴⁵. Zira belgelere erişim, özel hukuk davacılarına, adli davalarda izleyecekleri yol hakkında bir kolaylık sağlayacağından rekabet hukukuna dayanan özel hukuk tazminat davalarının gelişmesini hızlandıracaktır. Hatta böyle bir imkân, pişmanlık başvurusunun yapıldığı ülkenin ötesinde, yani bir yargı yetkisi alanından elde edilen bilgi ve belgelerin bir başka ülkedeki (örneğin, Almanya’daki bir pişmanlık başvurusunda elde edilen bir delilin ABD’de) tazminat davasında kullanılması mümkün olabilir.

Rekabet otoriteleri, pişmanlık programının zarar görmesini engellemek üzere soruşturma sürecinde, sözlü başvuru usulünü artırmak ve mümkün olduğunca az yazılı belge ile pişmanlık başvurularını sonuçlandırmayı bir çözüm yolu olarak kullanabilirler. Ancak, sözlü usulün gizliliği sağlamada ne derece yeterli olduğu da tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüşe göre, sözlü bilgilerin yazıya dökülmesi halinde belge artık Komisyonun iç yazışması (belgesi) olduğundan, özel hukuk yargılamasında erişime açık olmayacaktır¹⁴⁶. Bununla birlikte bu durum bütün hukuk sistemleri için geçerli olmayabilir. Örneğin, İngiltere ve Galler de erişim hakkının tarafların kontrolünde olan ve tarafların inceleme hakkının bulunduğu her türlü belgeyi kapsadığı ileri sürülmektedir ki, bu kapsama sözlü bilgilerin yazılı halleri de girmektedir. Talebin reddi halinde tarafa ceza uygulanabilecektir¹⁴⁷.

¹⁴³ Bu yönde bkz. Chowdhury 2013, s. 28; Sanders vd. 2013, s. 174

¹⁴⁴ Gray 2011.

¹⁴⁵ Gray 2011; Samadi 2011.

¹⁴⁶ VAN BAEL & BELLIS (2010), *Competition Law of the European Community*, Kluwer Law International, Alphenaan den Rijn, Netherlands, s. 1137.

¹⁴⁷ Cauffmann 2011, s. 198; KERSE C. ve N. KHAN (2005), *EC Antitrust Procedure*, Sweet & Maxwell, London, UK, s. 422, dn. 26: *British Leyland Motor Corp. v. Wyatt* [1979] F.S.R. 583. Ayrıca bkz. ROTH, P. ve V. ROSE (2008), *Bellamy & Child, European Community Law of*

İngiltere bakımından, pişmanlık başvurularının mesleki imtiyaz (*legal professional privilege*) gerekçesiyle reddedilebileceği ileri sürülmüştür¹⁴⁸. İngiliz Rekabet Otoritesi de, kamu yararı gerekçesiyle erişim taleplerine direneceğini bildirirken, bir mahkemenin erişime hükmetmesi halinde görevini yerine getireceğini belirtmektedir¹⁴⁹.

Belirtmek gerekir ki, bu sözlü usul, belgelere erişimi engellemek için çok uygun bir yol değildir. Çünkü esasen sözlü beyanlar da ilgili otoriteler tarafından ya el veya makinalar aracılığıyla yazılı hale getirilmekte veya en azından görsel veya sesli olarak manyetik veya elektronik veri saklama ortamlarına kaydedilmektedir. Sonuçta bunlar da bilginin somutlaşmasını, yani elde edilmesine imkân tanıyan maddi unsurlardır ve ABAD'ın belirttiği gibi, somut belgelere erişimi açıkça engelleyen bir mevzuat hükmü bulunmamaktadır. Sözlü beyanların hiç yazıya dökülmeden veya kaydedilmeden sürecin yürütülmesi, hukuki açıdan sorunlu olduğu gibi, idari açıdan da sürdürülebilir değildir¹⁵⁰. En azından rekabet otoritesinin kararında verilen bilgilerin kullanılması gerekecektir ki bu aşamada sözlü bilgilerin yazıya geçmiş olması kaçınılmazdır. Bir başka açıdan ise, sunulan bilgi ile ilgili olarak rekabet otoritesi ile taraf arasında anlaşmazlık çıkması mümkündür ve bu durumda uyuşmazlığın çözümü imkânsızlaşmaktadır¹⁵¹.

ABAD'ın *Pfleiderer* kararından sonra, hem rekabet kurumları hem de kartelde yer alan taraflarca, kartel soruşturmasını tamamlamak için ihtiyaç duyulan kaynaklar (belge/bilgiler) azaltılmaya çalışılmaktadır. Özellikle Almanya'da uzlaşma müessesesi daha önce olduğundan daha geniş bir kullanım alanı kazanmaya başlamış olup uzlaşma görüşmelerinde şeffaf ve faydacı bir yaklaşım sergilendiği belirtilmektedir¹⁵².

Pişmanlık materyallerine erişim sağlanmasına karşı çıkılmasının temelinde yatan düşünce, özel hukuk uygulamasının rekabet kurumları aracılığıyla gerçekleştirilen kamu hukuku uygulamasına zarar verebileceğidir. Bir başka deyişle, pişmanlık materyallerine erişimin mümkün olması, tazminat davalarının artmasına ve davacıların lehine sonuçlanmasına yol açacağından, kartele katılanların pişmanlık programına başvurmayacağı, böylece pişmanlık

Competition, Oxford, UK, p. 13.197, dn. 983.

¹⁴⁸ ZUCKERMAN, A. (2006), *Civil Procedure*, Thomson, London, UK,, s. 611.

¹⁴⁹ OFT, soruşturmalar sırasında pişmanlık başvurusunda bulununca sağlanan bilgilerin üçüncü kişi şahitlere veya kartele doğrudan katılan şüphelilere açıklanmasının gerekli olabileceğini belirtmektedir. Aynı şekilde OFT, cezai bir soruşturma yürütürken şüphelilerle görüşürken dayandığı veya örtülü şekilde kullandığı malzemeleri açıklamak durumundadır. Bkz. Leniency and No-action, OFT's Guidance Note on the Handling of Applications, December 2008, p. 8.43, 8.45.

¹⁵⁰ Aynı yönde bkz. Holloway vd. 2012, s. 207.

¹⁵¹ Sözlü usulün ortaya çıkarabileceği olumsuzluklar hakkında bkz. Holloway vd. 2012, s. 206 vd.

¹⁵² Gray 2011.

programlarının ya bütünüyle işlevsiz kalacağından ya da etkinliğini önemli ölçüde yitireceğinden endişe edilmektedir. Bu endişenin temelinde ise, tazminat davalarında pişmanlık belgelerinin açıklanmasına ilişkin riskin son yargı kararları çerçevesinde artmış olması yatmaktadır¹⁵³.

Bir görüşe göre, pişmanlık başvurusunda bulunan tarafından sunulan bilgiler, soruşturma esnasında kullanılacak yetkiler yoluyla bir başka bilgi kaynağından ne rekabet otoritesince ne de tazminat talebinde bulununca hiç bir zaman elde edilemeyecek ve daha önce var olmayan, ancak kartele katılan kişi tarafından pişmanlık başvurusunda bulunmak suretiyle rekabet kurumu tarafından kartelin ortaya çıkartılmasına ve cezalandırılmasına ve müteakiben tazminat davalarına imkân tanıyan bilgilerdir. Böyle bir durumda, özel hukuk davalarında dosyaya erişime karşı koruma sağlanması, pişmanlık programlarını daha çekici kılmakta, böylece rekabet ihlalleri ortaya çıkarılarak yaptırım uygulanmakta, bunun bir sonucu olarak caydırıcılık sağlanmakta ve kamu hukuku uygulaması kolaylaştığından tazminat talep edenlerin dosyaya erişim haklarının reddedilmesi adaletsiz görünmemektedir¹⁵⁴. Rekabet hukukunun rekabet otoriteleri tarafından uygulanması, -ABD uygulaması hariç- özel hukuk uygulamasına nazaran daha etkin ve etkilidir. Tazminat talep edenler, pişmanlık programından dolayı olarak yararlanmaktadırlar, kartelin ortaya çıkartılarak sonlandırılmış olması suretiyle daha fazla bedel ödenmesi önlenmiş olur. Komisyonun bakış açısına göre, pişmanlık programından tazminat talep edenlerin de yararlandığı dikkate alındığında, AB kurallarının etkili uygulanması amacıyla tazminat talep edenlerin taleplerini destekleyecek delilleri elde etme haklarının bir takım sınırlamalara tabi tutulması meşrudur¹⁵⁵.

Diğer bir görüşe göre ise, özel hukuk tazminat davalarında pişmanlık belgelerine erişimin pişmanlık programlarının cazibesini tek başına azaltacak bir gerçek olduğu iddiası, erişimi engellemek için yeterli bir gerekçe değildir. Esasen, pişmanlık başvurusunda bulunandan tazminat talep eden zarar görenlerin hakları pişmanlık başvurusunu caydıracak esas potansiyeldir. Yine de pişmanlıktan yararlananlara tazminat sorumluluğundan bağımsızlık tanınmamıştır¹⁵⁶. Pişmanlıktan yararlananlara tazminattan bağımsızlık veya tazminat davalarındaki sorumluluklarında indirim tanımak gereksiz ve adaletsiz olacaktır¹⁵⁷. Elbette,

¹⁵³ Hodges 2006, s. 1390; Chowdhury 2013, s. 25.

¹⁵⁴ Wils 2009, s. 23-24.

¹⁵⁵ The *Pfleiderer* Case, Disclosing Leniency Applications to Private Claimants, *Competition Law Insight*, 26 July 2011, s. 3.

¹⁵⁶ Wils 2009, s. 24 dn. 95.

¹⁵⁷ Wils 2009, s. 31. Association of European Competition Law Judges (2008), "Comments on the Commission's White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules", http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/white_paper_comments/judges_en.pdf. Erişim Tarihi: 27.5.2013, s. 6-7.

pişmanlık uygulaması için dürtüler, pişmanlıktan yararlananlara bağışıklık veya tazminat sorumluluğunda indirim tanınarak artırılabilir. Bununla birlikte bu durum pişmanlığın işlevselliği için gerekli değildir. Şayet pişmanlığın cazibesini artırma ihtiyacı varsa bu kesinlikle cezaların veya diğer kamusal yaptırımların artırılması suretiyle yapılabilir¹⁵⁸.

4.3. Türk Hukuku Bakımından Değerlendirme

Özel hukuk davası açmayı planlayan bir kişinin, Kuruma başvuru yaparak pişmanlık belgelerini elde etmek istemesi ya da mahkemeden pişmanlık belgelerini talep etmesi halinde durumun ne olacağı diğer ülkelerde olduğu gibi tartışma yaratmaya gebedir.

Her şeyden önce, tazminat davasında davacının talebi halinde mahkemece pişmanlık belgelerinin istenmesi halinde, mahkemenin bu belgelere erişimini engellemek oldukça zordur. Çünkü HMK'nin 195. maddesi uyarınca, *“taraplardan birisinin iddiasını ispat amacıyla kendisinin elinde bulunmayan bir delilin bulunduğu mahkeme bildirmesi ve mahkemece bu belgenin incelenmesine karar verilmesi halinde, tarafların elinde olmayan bu belgenin, ilgili kişilere yazı yazılarak mahkemeye sunulması talep edilebilir. Mahkemeye getirilmesi mümkün olmayan hallerde, ilgili belge yerinde incelenebilir”*.

Mahkemece Kuruma yazı yazılarak kendisine sunulmuş olan (halihazırda elinde bulunan) pişmanlık belgelerinin mahkemeye sunulması istenildiğinde, bunu engelleyen açık bir yasal düzenleme bulunmaması nedeniyle belgenin teslimi gerekecektir. En fazla, ilgili belgenin Kurumda incelenmesinin mümkün olduğu söylenebilir. Bir başka deyişle, belge mahkemeye gönderilmese dahi, belgenin mahkemece Kurumda incelenmesi engellenemez. Mahkemenin talebinin hiç yerine getirilmemesi bu talebi yerine getirmeyen kamu görevlisi bakımından TCK m. 257 anlamında cezai sorumluluk doğurabilir. Ayrıca mahkemenin belgenin incelenmesi emrinin yerine getirilmesine haklı bir sebep olmaksızın engel olunması halinde mahkemece, idari para cezası uygulanabileceği gibi, gerektiğinde zor kullanılmasına da hükmedilebilir (HMK m.218/2)¹⁵⁹. Böyle bir durumda ortaya çıkan giderlerden de talebi karşılamayan kişilerin sorumluluğu söz konusu olacaktır (HMK m.218/2).

Diğer taraftan pişmanlık başvurusunda bulunmuş olan kişiden de pişmanlık belgelerinin elde edilmesi mümkün olabilir. Zira HMK m. 195 sadece davanın taraflarının elinde bulunan belgelerin mahkemeye sunulmasına ilişkin olmayıp, aynı zamanda hükümde üçüncü kişilerin elindeki belgelerin de sunulmasının

¹⁵⁸ Wils 2009, s. 31.

¹⁵⁹ HMK 218/2 uyarınca, mahkemenin bu yöndeki emrinin yerine getirilmesine haklı bir sebep olmaksızın engel olunması halinde hâkim tarafından engel olan kişi hakkında sebep olduğu giderlere ve beşyüz Türk Lirasından beşbin Türk Lirasına kadar disiplin para cezasına hükmlenir.

istenebileceğini düzenlemektedir. Dolayısıyla tazminat davacısı, pişmanlık başvurusunda bulunan kişiyi dava etmişse, bu kimsenin elindeki başvuruya, davalının taraf sıfatına sahip olması nedeniyle erişebilme imkânına sahip olacaktır. Buna karşılık, pişmanlık başvurusunun sahibinin davalı sıfatına sahip olmaması halinde, tazminat davasının davacısı HMK m.195'e dayanarak üçüncü kişi sıfatıyla pişmanlık başvurusunda bulunanın elinde bulunan belgeleri mahkemeye sunmasını talep edebilecektir. Mahkemenin belgelerin incelenmesine karar vermesi halinde üçüncü kişi konumunda bile olsa pişmanlık başvurusunda bulunanın ilgili belgeleri mahkemeye sunması veya hâkim veya görevlendireceği bilirkişinin (yerinde) incelenmesine izin vermesi gerekecektir.

Mahkemenin belgenin ibrazına karar vermesine rağmen taraf sıfatıyla istenilen belgenin verilmemesi halinde, duruma göre mahkeme belgenin içeriği konusunda diğer tarafın beyanının kabul edebilir (HMK m.220/3). Üçüncü kişi sıfatıyla belgenin verilmemesi halinde ise mahkeme belgeye sahip olduğu iddia edilen kimseyi tanık olarak dinleyebilir. Belgeyi ibraz zorunda olanlar tanıklık yapmaktan çekinemezler. Zira HMK m.251/1 uyarınca bir hukuki işlemin yapılması sırasında tanık olarak bulundurulmuş olan kimse o işlemin esası ve içeriği hakkında tanıklıktan çekinemeyeceği gibi, taraflardan birinin hukuki selefi veya temsilcisi olarak kendisinin yaptığı işler hakkında da tanıklıktan çekinemez. Kanuni bir sebep göstermeksizin tanıklıktan çekinen veya gösterdiği sebep mahkemece kabul edilmemesine rağmen tanıklık yapmaktan çekinen kimsenin de beş yüz Türk Lirasından beşbin Türk Lirasına kadar disiplin para cezası ve bu yüzden doğan giderlerin ödemesine karar verilebilir (HMK m.253/1). Tanık kendisine sorulan soruya cevap vermezse iki haftayı geçmemek üzere disiplin hapsine mahkûm edilebilir (HMK m.253/2).

HMK'deki düzenlemelerin aksine CMK'de yer alan kuralların, ceza yargılamasında uygulanabilecek nitelik taşıdığından rekabet ihlalinin de içinde yer aldığı idari soruşturmalarda ve özel hukuk yargılamasında doğrudan uygulanabilirliği bulunmamaktadır. Zira rekabet ihlaline ilişkin soruşturma süreçlerinde bir yargılama işleminden söz edilemeyeceği gibi rekabet ihlalinin tespitine ilişkin usul RKHK'de ayrıca ve açıkça düzenlenmiştir. Aynı şekilde adli yargılamaya ilişkin usul de HMK'de ayrıca düzenlenmiştir. Bununla birlikte, CMK'de yer alan düzenlemeler idari soruşturmaya veya adli yargılamaya ilişkin düzenlemelerin yorumlanmasında dikkate alınabilirler.

Hukukumuzda, ihlalden zarar gören üçüncü kişilerin pişmanlık belgelerine erişim talebinin dayanağını BEHK oluşturacaktır. Çünkü dosyaya giriş hakkının kapsamı kişi bakımından -taraflarla- sınırlanmışken, bilgi edinme hakkının kişi bakımından kapsamı sınırlanmadığından herkes bu haktan yararlanabilir. Ayrıca, dosyaya giriş hakkı soruşturma sürecinde geçerli ve kullanılabilir, bir başka deyişle zaman bakımından sınırlı bir hak iken, bilgi edinme hakkı

soruşturma sona erdikten sonraki aşamada, herhangi bir zaman sınırı olmaksızın kullanılabilir bir haktır. Soruşturma safhası bakımından RKHK soruşturmanın tamamlanarak kararın verilmesinden sonraki aşamada ise BEHK uygulama alanı bulacaktır.

Soruşturma safhasında, üçüncü kişilerin pişmanlık belgelerine erişiminin mümkün olmayacağı söylenebilir. Zira soruşturma sürecinde dosyaya giriş hakkı kullanılabilir ve bu hak da soruşturmanın taraflarına tanınmış bir haktır. Bilgi edinme hakkı kapsamında yapılan başvurulardan bu aşamada sonuç alınması pratikte mümkün değildir. Çünkü bu aşamada soruşturma devam ettiğinden başvuru, soruşturmanın güvenliğinin tehlikeye düşeceği (BEHK m. 19/1-c) ve gizli kalması gereken bilgi kaynağının açığa çıkmasına neden olacağı veya soruşturma ile ilgili benzeri bilgi ve bilgi kaynaklarının temin edilmesini güçleştireceği gerekçesiyle (BEHK m. 19/1-d) reddedilebilecektir.

Kurumun Őimdiye kadarki uygulamalarına bakıldığında da soruşturma sürdüğü müddetçe bilgi edinme hakkına dayanılarak olumlu bir sonuç alınamayacağı söylenebilir. Zira soruşturmaya muhatap olan teşebbüslerce savunma hakkının daha etkin kullanılması gerekçesiyle soruşturma açılması kararının dayanağı olan naraştırma raporlarının kendilerine verilmesi talebiyle ve bilgi edinme hakkına dayanarak Kuruma yapmış oldukları başvuruların çoğunlukla reddedildiği, başvurusu sahiplerinin bu ret kararlarına karşı dava atıkaları ve bu davaların önemli bir kısmının da Kurum lehine sonuçlandığı görülmektedir.

Buna karşılık, soruşturma safhasının tamamlanarak Kurulun nihai kararını vermesinden sonra belgelerin gizliliğini korumak mümkün olmayacaktır. Şöyle ki;

- 1) RKHK'nin 45, 52 ve 53. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, pişmanlık ile ilgili bilgiler, en azından deliller ve savunmalar kapsamında açıklanan kararda yer alacaktır. Çünkü pişmanlık kapsamında yapılan başvuru ve buna ilişkin bilgiler, gerekçe ve kararın hukuki dayanağını oluşturacaktır. RKHK'nin 52. maddesi uyarınca gerekçe ve hukuki dayanağın kararda yer alması zorunludur. RKHK'nin 53. maddesi uyarınca ise ticari sırları ifşa etmeyecek Şekilde kararın yayımlanması gerekmektedir. Dolayısıyla açıkça ticari sır kapsamında yer alan bilgiler hariç, pişmanlık başvurusu sırasında sunulan bilgilerin önemli bir bölümü kararda yer almak durumundadır. Rekabet Kurulu uygulamasına bakıldığında, pişmanlık başvurusu içeren kararlarda ticari sır kapsamında değerlendirme yapılan bilgilerin yok denecek kadar az olduğu görülmektedir. Bu bağlamda kararlar incelendiğinde, Kurul kararının içeriğinde pişmanlık başvurusu ile ilgili ayrıntılı açıklamalara yer verildiği; pişmanlık başvurusu kapsamında sunulan bilgi ve belgelerin içeriğine yönelik ayrıntılı açıklama ve değerlendirmeler yapıldığı, pişmanlık başvurusunda bulunan kişi ve teşebbüslerin isimlerine ve bu kişilerce

yapılan açıklamalara açıkça yer verildiği, hatta zararın miktar ve kapsamını belirlemeye yönelik bilgilerin açıklandığı görülmektedir¹⁶⁰.

- 2) Pişmanlık Yönetmeliği'nde, pişmanlık belgelerine erişimi engellemek için başvuruların sözlü olarak yapılabilmesine imkân tanınmış ve sözlü yapılan başvuruların yazılı hale getirilerek kurum içi yazışma olarak saklanacağı belirtilmiştir (m. 6/3). Bu hükümlerle, oluşturulan belgenin Kurumda saklanması sağlanarak başvuruda bulunanın elinde herhangi bir belge bırakılmaması, böylece üçüncü kişiler tarafından açılacak özel hukuk davalarında taraflardan herhangi bir belge talebinde bulunulamaması amaçlanmıştır¹⁶¹. Bununla birlikte, AB'de olduğu gibi, pişmanlık başvurularının sözlü yapılması da Türk hukuku bakımından açıklanan bilgilere erişimi engelleyecek nitelikte değildir. Her şeyden önce, her ne kadar kurum içi yazışmalar bilgi edinme hakkının kapsamı dışında tutulmuşsa da ilgili hüküm incelendiğinde bunun bir takım şartlara bağlı olduğu ve istisnasının bulunduğu görülmektedir. Bu kapsamda, bir belge veya bilginin kurum içi yazışma olarak değerlendirilebilmesi için, bu bilgi veya belgenin, kurum veya kuruluşun kendisine ait (kendisi kaynaklı) olması, kamuoyunu ilgilendirmeyip sadece kendi personeli ile ilgili kurum içi uygulamalarına ve düzenlemeye ilişkin olması gerekmektedir. Bu niteliklere sahip olsa bile, söz konusu düzenlemeden etkilenen kurum çalışanlarının bilgi edinme hakları mevcuttur. Bu çerçevede, pişmanlık belgeleri değerlendirildiğinde; bu bilgi veya belgeler başvuruda bulunanlarca sağlandığından kurum kaynaklı olmadığı, gerek başvuruda bulunan gerekse soruşturmanın diğer tarafları ve hatta kartel nedeniyle, kamu, piyasa ve tüketiciler olmak üzere ekonominin bütün aktörleriyle ilgili olduğu, dolayısıyla sadece kurum personelini ilgilendirmediği gibi kurum içi uygulamalara ilişkin bulunmadığı, nihayet bir takım hukuki düzenlemelere dayanmakla birlikte pişmanlık başvurularının bizzat kendisinin düzenleme niteliğinde olmadığı açıktır. Şu halde, Kurum ya da Kurul tarafından pişmanlık bilgi ya da belgelerinin kurum içi yazışma olarak nitelendirilebilmesi için BEHK tarafından aranan şartların sağlanmamış olması nedeniyle bu belgelere erişimin engellenmesi mümkün değildir.
- 3) Yönetmelik'teki hüküm, başvurunun sözlü yapılması haline ilişkindir. Yani sözlü başvuru yapılmışsa kurum personeli tarafından yazılı hale getirilip kurum içi yazışma olarak saklanmaktadır. Buna karşın, başvurunun ilgili tarafça yazılı yapılması halinde, bunun kurum içi yazışma olarak

¹⁶⁰ Bkz. Rekabet Kurulu, 27.09.2012 tarih ve 12-46/1409-461 sayılı (3M) kararı, s. 31 vd, 67 vd, 85 vd; Rekabet Kurulu, 27.10.2011 tarih ve 11-54/1431-507 sayılı (Condor) kararı, s. 450 vd, s. 150 vd; Rekabet Kurulu, 03.05.2012 tarih ve 12-24/711-199 sayılı (Sodaş) kararı, s. 41-42; Rekabet Kurulu, 30.10.2012 tarih ve 12-52/1479-508 sayılı (MPS Metal) kararı, s. 9 vd; s. 32-33.

¹⁶¹ KEKEVİ, G. (2009), "Pişmanlık Yönetmeliği: Garp Cephesinde Yeni Bir Şey Var", *Rekabet Dergisi*, No: 10 (4), s. 105.

saklanmasına ilişkin bir hüküm öngörülmemiştir. Aslında başvurunun yazılı ya da sözlü olarak ayrılmasının ve farklı statülere sokulmasının pratik bir önemi bulunmamaktadır. Çünkü BEHK'nin 4. maddesinde bilgi tanımlanırken “her türlü veri” denildiği için, bilginin yazılı veya sözlü olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Yine aynı Kanun'da belge tanımlanırken “her türlü bilgi, haber ve veri taşıyıcıları” kapsama alınmıştır. Dolayısıyla sözlü olarak yapılmış pişmanlık beyanlarının kaydedilmiş halleri belge sayılacağından; veri taşıyıcısının içerisindeki veri ise bilgi sayılacağından, her halükarda bilgi edinme hakkının kapsamına girecektir. Hüküm bu haliyle, ancak soruşturmanın sürdüğü, bir başka deyişle henüz sonuçlanmadığı aşamada ve yalnızca taraflardan belge elde edilmesini önleyebilecek niteliktedir. Hatta taraflarca Kurumca hazırlanan belgenin bir örneğinin istenmesinin önünde bir engel bulunmadığı için, hüküm bu etkisini bile tarafın iradesine bağlı olarak doğurabilecektir. Aynı şekilde, soruşturma aşamasında bile olsa, belgelerin mahkeme tarafından talep edilmesi halinde, hükmün hiçbir etkisi kalmamaktadır¹⁶². Pişmanlık belgelerine erişimdeki asıl sorun, pişmanlık belgelerinin yalnızca soruşturma süresince gizli kalması değil, soruşturma sonuçlandıktan sonra da gizli kalıp kalamayacağıdır. Pişmanlık Yönetmeliği'nde, gizliliği sağlamak üzere öngörülen hükümler, bilgi edinme hakkı göz önüne alındığında, soruşturmanın sonuçlanmasından sonra pişmanlık belgelerine erişimi engelleyici nitelikte değildir.

- 4) Türk hukukunda katı gizlilik olan istisnai haller (İYUK m. 20; CMK m. 80 ve 139) hariç, süresiz olarak belgelerin gizli kaldığı ve erişilemediği bir durum yoktur. İstisnai haller de açık yasal düzenlemelerle belirginleştirilmiştir. Bir başka deyişle belgelerin gizli kalmasını sağlamanın yolu, açıkça ve katı bir şekilde bu kapsama girmesi istenilen hususun düzenlenmesidir. Bu bakımdan Pişmanlık Yönetmeliği'nde herhangi bir düzenleme yapılmamış olması, bir boşluk olarak nitelendirilemez. Zira pişmanlık belgelerinin gizliliği yönetmelikle değil, kanunla teminat altına alınması gereken bir husustur. Pişmanlık Yönetmeliği'nin çıkartıldığı dönemde BEHK yürürlükte ve bu Kanun çerçevesinde eldeki araçlar kullanılmaya çalışılmıştır. Bunun en açık göstergesi, pişmanlık belgelerinin kurum içi yazışma olarak nitelendirilmeye çalışılmasıdır. Bir başka deyişle, söz konusu Yönetmelik'in çıkartılması esnasında, o dönem itibariyle yasal düzenleme dışında gizliliği sağlamanın en uygun ve kolay yolu olarak bilgi edinme hakkının sınırları arasında yer alan “kurum içi yazışma” ölçütü dikkate alınmış ve Yönetmelik'te düzenlenmiştir. Bu bağlamda, Yönetmelik'te herhangi bir boşluk söz konusu olmadığı için, Yönetmelik'in gerekçesinde belirtilen “boşluk” olan hallerde başvuran lehine yorum ilkesine dayanılarak erişim engellenemeyecektir.

¹⁶² Kekevi 2009, s. 105.

- 5) Türkiye henüz AB üyesi olmadığı için, *Donau* kararına rağmen pişmanlık belgelerine erişimi kısmen veya tamamen engelleyen yasal düzenleme yapılması hukuken mümkündür. Bununla birlikte, aday üye olduğumuz gerçeği göz önüne alındığında, hatta bunun da ötesinde mahkemenin kararının hak arama özgürlüğü, dolayısıyla insan hakları yönü ve özel hukukunun rekabet hukuku uygulamalarına katkısı gibi hususlar dikkate alındığında, pişmanlık belgelerine erişimi yasal olarak bütünüyle engelleyen veya oldukça zorlaştıran düzenlemelerin hukuk politikası bakımından tercih edilmemesi gerektiği açıktır. Bunun yerine, ABD hukukunda olduğu gibi¹⁶³ pişmanlık başvurusunda bulunanın hukuki ve hatta ihaleye fesat karıştırma vb. suçlar bakımından cezai sorumluluğunun sınırlandırılması daha uygun olacaktır¹⁶⁴. Nitekim RKHK’de değişiklik yapılması amacıyla hazırlanmış olan tasarıda tazminat sorumluluğunu sınırlandırıcı bir düzenlemeye yer verilmiştir (Tasarı m. 26). Buna göre, “Kurumla aktif işbirliği yaparak ceza bağıışıklığından veya indiriminden yararlanan teşebbüs ya da teşebbüs birlikleri bakımından ise, hükmedilecek tazminat uğranılan zararı aşamaz”. Tasarı metnindeki maddenin gerekçesinde değişikliğin amacının, “teşebbüsleri pişmanlık programından yararlanmaktan caydırmamak ve böylece pişmanlık uygulamasının etkinliğini artırmak” olduğu açıklanmıştır¹⁶⁵.

¹⁶³ ABD’de 2004 yılında yürürlüğe giren Rekabet Karşıtı Cezai Yaptırımları Artırma ve Reform Kanunu [The Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act (ACPERA, 2004)] ile pişmanlık başvurusunda bulunanın özel hukuk sorumluluğu sınırlandırılmıştır. Normalde ihale katılanların üç kat tazminat sorumluluğu bulunmasına karşın, bu Kanun uyarınca pişmanlıktan yararlanan özel hukuk davalısı, tatmin edici işbirliği sağlarsa yalnızca kendisine atfedilebilir ticari faaliyetleri nedeniyle ortaya çıkan zarardan sorumlu tutulmaktadır. Tatmin edici işbirliği ile kastedilenler kanunda şu şekilde belirtilmiştir: a) Özel hukuk davacısına pişmanlık başvurusunda bulununca bilinen, özel hukuk davası ile potansiyel olarak ilgili bütün gerçeklerin sağlanması, b) Potansiyel olarak ilgili belgelerin sağlanması, c) bireysel başvurularda ifade vermek veya tanıklık için hazır olmak veya tüzel kişilik adına başvurularda ifade ve tanıkları bireylerle işbirliğinden korumak için en iyi şekilde çaba sarf etmek (m. 213). Bkz. Varney ve Terzaken 2013, s. 335-336. Diğer kartelciler, üç kat tazminatı içerecek şekilde müteselsilen sorumlu olmaya devam edecektir. Bkz. Cauffmann 2011, s. 203; GREEN, J., I. McCALL (2009), “Leniency and Civil Claims”, *Competition Law Insight*, 28 July 2009, s. 3-5; WALLER, S.W. (2006), “Towards a Constructive Public-Private Partnership to Enforce Competition Law”, *Law and Economics Review*, No:29(6), s. 367-381. Ayrıca belirtilmelidir ki ABD’de kartelden zarar görenlere tazminat ödeyen kartelci, diğer kartelcilere rücu yoluna gidememektedir. Bkz. Cauffmann 2011, s. 204.

¹⁶⁴ Bkz. Cauffmann 2011, s. 184; Kekevi 2008a, s. 16; Şahin 2013, s. 214; Riley 2010, s. 8. Riley, pişmanlık başvurusunda bulunulmasını sağlamak amacıyla ABD’de üç kat tazminat talebinin sınırlandırıldığını ve bunun başvuru dürtüsünü oldukça artırdığını ifade etmektedir. Öte yandan yazar, AB hukuku bakımından, gerek ABA’nın m.19/1 hükmünde gerekse içtihat hukukunda kabul edilmiş bulunan [bkz. Case C-453/99 *Courage and Crehan* [2001] ECR I-6297; Joined Cases C-295/04 to C-298/04 *Manfredi and Others* (2006) I-ECR 6619] gerçek ve etkin hukuki koruma hakkı nedeniyle davacının tazminat hakkının miktar bakımından sınırlandırılmasının mümkün olmadığını, bununla birlikte, ABAD’ın gerçek ve etkin hukuki koruma hakkına bir istisna tanınması gerektiğini belirtmektedir.

¹⁶⁵ Bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0636.pdf>, Erişim Tarihi: 15.11.2013.

- 6) RKHK’de düzenlenen sır saklama yükümlülüğü de pişmanlık belgelerine erişimi engelleyecek nitelikte değildir. Her şeyden önce sır saklama yükümlülüğüne ilişkin benzeri bir düzenleme AB mevzuatında da bulunmasına karşılık, gizli bilgi ve belgelerin değişimi yoluyla üye ülkeler ile Komisyon arasındaki işbirliğinin ilkeleri de yasal olarak düzenlenmiştir. ABAD tüm bu yasal mevzuatı dikkate alarak AB mevzuatında pişmanlık belgelerine erişimi engelleyen açık bir hükmün bulunmadığını kabul etmiştir. Ayrıca Komisyon, üye ülkelerin yargı organları üzerinde onları bağlayıcı şekilde yetki kullanabilmektedir. Buna rağmen, Komisyon üye ve personelinin sahip olduğu sır saklama yükümlülüğü pişmanlık belgelerine erişimin önünde bir engel oluşturamamıştır. AB hukukunda da ülkemizde olduğu gibi bilgi ve belgeye erişim talepleri bilgi edinme hakkının sınırlarına ilişkin hükümler dikkate alınarak değerlendirilmekte ve sonuçlandırılmaktadır. Bu bağlamda ülkemiz bakımından da sır saklama yükümlülüğünün herhangi bir engel teşkil etmeyeceği söylenebilir. Ülkemizde Kurumun mahkemeleri bağlayıcı şekilde bir yetki kullanması da söz konusu olmadığı gibi, bilgi edinme hakkının sınırları kapsamında bilgi ve belgeye erişimi önleyecek AB mevzuatında yer almayan özel bir sınırlama da içermemektedir. Diğer taraftan, sır saklama yükümlülüğü Kurum personeline yüklenmiş genel bir yükümlülüktür, sadece pişmanlık belgelerine özgülenmiş değildir. Kurum uygulamasına bakıldığında bilgi edinme çerçevesinde sır saklama yükümlülüğü ileri sürülerek herhangi bir bilgi veya belgenin verilmemesi yoluna gidilmediği görülmektedir. Diğer belge ve bilgi talepleri bakımından sır saklama yükümlülüğünün bir engel teşkil etmediği kabul edilirken, pişmanlık belgeleri bakımından bir engel oluşturduğunu söyleminin haklı bir gerekçesi bulunmadığı düşünülmektedir.
- 7) Anlaşmanın 81. ve 82. Maddelerinde Yer Alan Rekabet Kurallarının Uygulanması Hakkındaki 1/2003 sayılı Tüzük’ün¹⁶⁶ 28. maddesi uyarınca, gerek Komisyon gerekse üye ülkelerin rekabet otoritelerinin personelleri mesleki gizlilik (sır saklama yükümlülüğü) altında bulunduğundan, AB hukukunda, kural olarak Komisyonun dosyaları ve kayıtlarının belirli istisnalara bağlı olarak gizli olduğu kabul edilmektedir¹⁶⁷. Bununla birlikte, Tüzük’ün 11, 12 ve 15. maddelerinde Komisyon ve üye ülke rekabet otoriteleri ile yargı organları arasında gizli bilgilerin değişiminin nasıl sağlanacağı düzenlenmiştir.

¹⁶⁶ COUNCIL REGULATION (EC) No 1/2003 (16 December 2002) on the Implementation of the Rules on Competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, Official Journal, L 1/1, 4.1.2003.

¹⁶⁷ Vandendorre 2011, s. 117.

SONUÇ

Pişmanlık programlarının doğası gereği, pişmanlık başvurularının gizli kalması gerekmektedir. Bununla birlikte, son yargılamalardan ortaya çıkan sonuç, hem AB hem de ABD hukuku bakımından pişmanlık materyallerinin açıklanamayacağına ilişkin bir karine bulunmadığıdır. Hatta son zamanlardaki içtihatlar dikkate alındığında, rekabet hukuku süreçlerinin (idari usullerinin) dosyaya erişim hakkı bağlamında herhangi bir özel statüsünün bulunmadığı, bir kısım belgelerin açıklanmasının önünde herhangi bir engel bulunmadığı, giriş taleplerinin yasal metinlerde yer alan genel ve kategorik istisnalar içerisinde sokularak kolayca reddedilemeyeceği anlaşılmaktadır.

Türk hukuku bakımından da pişmanlık belgelerine erişimi kati şekilde engelleyecek bir hukuki durumdan söz etmek mümkün değildir. Rekabet mevzuatında yer alan ve yukarıda yer verilen hükümler, bilgi ve belgelerin gizliliğini sağlamak, bir başka açıdan üçüncü kişilerin pişmanlık bilgi ve belgelerine erişimlerini bütünüyle engellemek için yeterli değildir. Gerek bilgi edinme hakkına ilişkin mevzuat gerekse rekabet mevzuatı çerçevesinde yalnızca soruşturma safhasında bilgi ve belgelerin gizli tutulması ve erişime karşı korunması mümkündür. Kurulun nihai kararını vermesinden sonraki aşamada pişmanlık başvurusunda yer alan bilgi ve belgelerinin gizliliğini korumak ve bu belgelere üçüncü kişilerin erişimini önlemek mümkün görünmemektedir.

Tazminat talep eden üçüncü kişinin hakları ile pişmanlık programının etkililiği arasında açık bir gerilim vardır. Tazminat talep eden bakımından pişmanlık başvuruları en önemli ve etkin delil kaynağı iken, bu belgelerin erişilebilir olması, başvuruda bulunan bakımından kendi eliyle kendi ayağına kurşun sıkmak gibidir. AB'den farklı olarak Türk hukuku bakımından her iki müessesenin de yasal temeli bulunmaktadır. Tazminat davaları ve pişmanlık programları aynı amaca, rekabet kurallarına uyumu artırma amacına hizmet etmektedir ve her iki müessese birlikte çalışabilir; biri diğerini tamamlayabilir. Bu nedenle, bu iki müesseseden birine ağırlık verilmesi yerine her iki müessesenin birlikte uygulanmasına ilişkin uygun çözümler bulunmalıdır. Son içtihatlar çerçevesinde, pişmanlık belgelerinin bütünüyle gizli kalması mümkün olmamakla birlikte bütünüyle erişime açılması da uygun değildir. *Donau* kararından sonra, her iki müessesenin başarı bir şekilde birlikte var olabilmesi için en uygun çözüm, pişmanlıktan yararlananların tazminat miktarını veya tazminat ödeme riskini azaltmak olarak görülmektedir.

Pişmanlık programlarının etkililiğini korumak amacıyla, pişmanlık belgelerine erişim tanınması genel bir kural haline getirilmemeli, başkaca kaynaklardan delil elde etmenin mümkün bulunmadığı haller ve belirli bilgi/belgelerle sınırlı olarak ya da kamu yararının bulunduğu ispatlanan hallerde erişim tanınmalıdır. Bu amaçla Türk hukukunda en azından Pişmanlık Yönetmeliği'nde soruşturma sonrasını da kapsayacak şekilde bir düzenleme yapılmalıdır.

KAYNAKÇA

AKSOY, N. (2004), *Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu, Ankara.

ARI, H. (2009), “Rekabet Hukukunda Etkin Yaptırım Politikası: Themis, Kılıç ve Terazi”, K. C. Sanlı (der.), *Rekabet Hukuku Yaptırım Politikasında Yeni Dönem Ceza ve Pişmanlık Yönetmelikleri* içinde s. 5-29.

BENTLEY, Q.C.P. ve P. WERNER (2011), “European Commission Provides Guidance on Disclosure of Leniency Documents”, McDermott Newsletters, <http://www.mwe.com/publications/uniEntity.aspx?xpST=PublicationDetail&pub=7194&PublicationTypes=0c37aff3-0fa4-487b-ae40-09ee0164a996>, Erişim Tarihi: 18.06.2012.

BERA, S. (2012), “ECN to Align Leniency Procedures”, Global Competition Review, <http://globalcompetitionreview.com/news/article/32601/ecn-align-leniency-procedures/>, Erişim Tarihi: 25.12.2012.

CARUSO, A. (2010), “Leniency Programs and Protection of Confidentiality; The Experience of the European Commission”, *Journal of European Competition Law & Practice*, No:1(6), s. 453-477.

CAUFFMAN, C. (2011), “The Interaction of Leniency Programmes and Actions for Damages”, *The Competition Law Review*, No:7(2), s. 181-220.

CHOWDHURY, M. (2013), “The Effects Of Disclosure Rules On Leniency Incentives: Pfleiderer Balancing Versus The BIS ‘But For’ Test”, *Competition Law Journal*, No:12(1), s. 24-42.

ELÇİ, E. (2011), “Leniency Programs: Features, Components and How They Appear in EU and Turkey”, *Rekabet Dergisi*, No:12(2), s. 3-47.

European Commission (2005), “Green Paper – Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules”, European Commission, Brussels, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0672:FIN:EN:PDF>, Erişim Tarihi: 30.5.2013.

European Commission (2008), “Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules”, European Commission, Brussels, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SEC:2008:0404:FIN:EN:PDF>, Erişim Tarihi: 30.5.2013.

European Commission (2008), “White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules”, European Commission, Brussels, <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0165:FIN:EN:PDF>, Erişim Tarihi: 30.5.2013.

GRASSO, R. (2008), “The E.U. Leniency Program and U.S. Civil Discovery Rules: A Fraternal Fight?”, *Michigan Journal of International Law*, No:29(3), s. 565-604.

GRAY, E. (2011), “The Perception Problem”, *Global Competition Review*, No:14(9), <http://globalcompetitionreview.com/features/article/30755/the-perception-problem/>, Erişim Tarihi: 12.3.2012.

GREEN, J. ve I. McCALL (2009), “Leniency and Civil Claims”, *Competition Law Insight*, 28 July 2009, s. 3-5.

GÜNDÜZ, H. ve T. KOYUNCU (2011), “ABD, AB ve Türk Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarının Önündeki Usuli Engeller”, *Rekabet Dergisi*, No:12(3), s. 85-178.

GÜRZUMAR, O. B. (2002), “4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 4. Maddesine Aykırı Sözleşmelerin Tabi Olduğu Geçersizlik Rejimi”, *Rekabet Dergisi*, Sayı 12, s. 3-76.

GÜVEN, P. (2008), *Rekabet Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, Türkiye.

HAMILTON, A.L., H. DAVID ve P. WERNER (2011), “The Disclosure of Leniency Documents: Confidential Documents Still Protected”, *McDermott Newsletters*, <http://www.mwe.com/publications/uniEntity.aspx?xpST=PublicationDetail&pub=7191&PublicationTypes=d9093adb-e95d-4f19-819a-f0bb5170ab6d>, Erişim Tarihi: 16.08.2012.

HAMMOND, S. D. (2003a), “A Summary Overview of the Antitrust Divisions Criminal Enforcement Program”, *New York State Bar Association Annual Meeting*, New York, US, <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/200686.htm>, Erişim Tarihi: 12.03.2012.

HAMMOND, S. D. (2003b), “Beating Cartels at Their Own Game: Sharing Information in the Fight Against Cartels”, *Inaugural Symposium on Competition Policy*, Tokyo, Japan, www.justice.gov/atr/public/speeches/201614.pdf, Erişim Tarihi: 24.05.2012.

HODGES, C. (2006), “Competition Enforcement, Regulation and Civil Justice: What is the Case?”, *CMLR*, No:43(5), s.1381-1407.

HOLLWAY, B., N. FREY ve J. REEVES (2012), “Indicent Exposure – The Implications of the Pfleiderer and National Grid Cases”, *Competition Law Journal*, No:11(3), s. 200-210.

JOSHUA, J.M. (2000), “Leniency in US and EU Cartel Cases; Leniency in US and EU Cartel Cases”, *Antitrust*, No:14(3), s. 19-23.

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

KEKEVİ, G. (2008b), *ABD, AB ve Türk Rekabet Hukukunda Kartellerle Mücadele*, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi, Rekabet Kurumu, Ankara.

KEKEVİ, G. (2009), “Pişmanlık Yönetmeliği: Garp Cephesinde Yeni Bir Şey Var”, *Rekabet Dergisi*, No:10(4), s. 73-117.

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

KIRCH, P., J. EVANS, M. LITTEKEN (2011), “Plaintif in Pursuit”, *Global Competition Review*, No:14(8), <http://globalcompetitionreview.com/features/article/30494/plaintiffs-pursuit/>, Erişim Tarihi: 13.03.2012.

KOCAER, Ş. (2005), *Kartellerle Mücadelede Pişmanlık Programlarının Uygulanması*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu, Ankara.

KORTUNAY, A. (2013), “Alacağın Temliki Yoluyla Kollektif Tazminat Taleplerine İmkân Veren Bir Model Geliştirilebilir Mi?”, K. C. Sanlı (der.), *Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun’un Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları* içinde, s. 321-351.

MILLER, S.R., K. NORDLANDER, J.C. OWENS (2010), “US Discovery of European Union and US Leniency Applications and Other Confidential Investigatory Materials”, *CPI Antitrust Journal*, March 2010 (1), s. 2-14.

NORDLANDER, K. (2004), “Discovering Discovery: US Discovery of EC Leniency Statements”, *European Competition Law Review*, No:25(10), s. 646-659.

OECD (2002), *Fighting Hard-Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes*, OECD, Paris.

RILEY, A. (2010), “The Modernization of EU Anti-cartel Enforcement: Will the Commission Grasp the Opportunity?”, Center For European Studies Special Report, <http://www.ceps.eu/book/modernisation-eu-anti-cartel-enforcement-will-commission-grasp-opportunity>, Erişim Tarihi: 15.6.2013.

ROTH, P. ve V. ROSE (2008), *Bellamy & Child, European Community Law of Competition*, Oxford, UK.

SAMADI, F. (2011), “Judges Key to the Future of Competition Litigation”, *Global Competition Review*, <http://globalcompetitionreview.com/news/article/30712/judges-key-future-competition-litigation/>, Erişim Tarihi: 16.03.2012.

SANDERS, M., E. JORDAN, C. DIMOULIS, K. SCHWEDT, B. DILUIGI ve M. van VISSEN (2013), “Disclosure of Leniency Materials in Follow-on Damages Actions; Striking “the Right Balance” between the Interest of Leniency Applicants and Private Claimants?”, *European Competition Law Review*, No:34(4), s. 174-182.

SANLI, K. C. (2000), *Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi, Rekabet Kurumu, Ankara.

SANLI, K. C. (2003), “Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-I*, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, s. 211-276.

SANLI, K. C. (2007), “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı'nın Özel Hukuk Alanında Getirdiği Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, *Rekabet Dergisi*, Sayı 30, s. 3-71.

SANLI, K.C. (2013), “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları: Genel Bakış ve Sorunlar”, K. C. Sanlı (der.), *Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'un Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları* içinde, s. 15-82.

SLOT, P.J. (2013), “Does the Pfeiderer Judgement Make the Fight against International Cartels more Difficult?”, *European Competition Law Review*, No:34(4), s. 197-206.

SMILTON, H. M., C. S. DAVIS ve D. LEVISHON (2011), “Pfeiderer AG v. Bundeskartellamt: A Step Forward in Efforts to Obtain Discovery from European Commission Antitrust Proceedings”, *Antitrust*, No:19(6), s. 3-6.

SPAGNOLO, G. (2003), “Divede et Impera Optimal Deterrence Mechanism against Cartels and Organized Crime”, University of Mannheim, CEPR, <http://repec.org/esNAWM04/up.24618.1049197921.pdf>, Erişim Tarihi: 12.03.2013.

ŞAHİN, M. (2013), *Rekabet Hukukunda Tazminat Talepleri, ABD, AB ve Türk Rekabet Hukuklarında*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Türkiye.

UYANIK, P. (2002), “Pişmanlık Programları”, *Rekabet Dergisi*, Sayı 10, s. 33-51.

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

VAN BAEL, I. ve F. BELLIS (2010), *Competition Law of the European Community*, Kluwer Law International, Alphenaan Den Rijn, Netherlands.

VANDENBORRE, I. (2011), “The Confidentiality of EU Commission Cartel Records in Civil Litigation; The Balls is in the EU Court”, *European Competition Law Review*, No:32(3), s. 116-125.

VARNEY, C.A. ve J.F. TERZAKEN (2013), “United States”, C. A. Varney (der.), *The Cartels and Leniency Review* içinde, s. 335-336.

WALLER, S.W. (2006), “Towards a Constructive Public-Private Partnership to Enforce Competition Law”, *Law and Economics Review*, No:29(6), s. 367-381.

WILS, W.P.J. (1997), “The Commission Notice on the Non-Imposition or Reduction of Fines in Cartel Cases: A Legal and Economic Analysis”, *European Law Review*, No:22(2), s. 122-140.

WILS, W.P.J. (2007), “Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice”, *Law and Economics Review*, No:30(1), s. 25-64.

WILS, W.P.J. (2009), “The Relationship Between Public Antitrust Enforcement and Private Actions For Damages”, *Law and Economics Review*, No:32(1), s. 3-26.

ZUCKERMAN, A. (2006), *Civil Procedure*, Thomson, London, UK.

YAYIN İLKELERİ VE MAKALE YAZIM KURALLARI /

PUBLICATION POLICY AND NOTES FOR CONTRIBUTORS

1. YAYIN İLKELERİ

1. Yayın hayatına 2000 yılında başlayan Rekabet Dergisi, Rekabet Kurumu tarafından üç ayda bir yayımlanan hakemli bir dergidir. Dergide, rekabet hukuku, politikası ve sanayi iktisadi alanlarındaki Türkçe veya İngilizce özgün makalelere, vaka yorumları ve benzeri görüşler ile haberlere yer verilmektedir.

2. Rekabet Dergisi'nde yayımlanmak üzere rekabetdergisi@rekabet.gov.tr adresine gönderilen yazılar daha önce başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Yazarlar, yazılarıyla birlikte, iletişim adresi, telefon ve elektronik posta bilgilerini sunmalıdır. Gönderilen yazılar, Editörler tarafından, içerik ve "Makale Yazım Kuralları" başlığı altında belirtilen kurallara uygunluk bakımından değerlendirilir. Ardından, yazarın ismi gizlenerek, konu hakkında uzman iki hakeme gönderilir. Hakemlerden gelecek raporlar doğrultusunda yazının basılmasına, reddedilmesine veya yazardan düzeltme istenmesine karar verilecek ve bu durum yazara en kısa sürede bildirilecektir. Gerekli durumlarda üçüncü bir hakemin görüşüne başvurulabilir.

3. Rekabet Kurumu, Rekabet Dergisi'nde yayımlanacak her bir yazı karşılığında yazarına, telif ücreti olarak, **net 750 TL** öder. Ayrıca 10 adet dergi yazara ücretsiz olarak gönderilir.

2. MAKALE YAZIM KURALLARI

1. İlk sayfada şu bilgiler yer almalıdır:

- Yazının Türkçe ve İngilizce başlığı (Siyah ve tümü büyük harf karakterinde),
- Yazarın adı ve çalıştığı kuruluş (Yazı başlığının hemen altında, sayfanın sağına yanaştırılmış olarak yazar adı belirtilmeli ve soyadın sonuna bir yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta ise, yazarın çalıştığı kuruluş ile unvanı belirtilmelidir),
- 200 kelimeyi aşmamak üzere Türkçe ve İngilizce özet,
- Türkçe ve İngilizce olarak beş anahtar kelime.

2. Yazılar, kaynakça bölümü dahil olmak üzere çift aralıklı olarak 12 punto Times New Roman karakteri ile yazılmalıdır. Dipnot ve tablolarda ise 10 punto harf büyüklüğü kullanılmalıdır. Dipnotlar numara sırasıyla sayfa altında gösterilmelidir. Tablo ve şekillere numara verilmeli; başlıkları üstünde, kaynakları ise altında yer almalıdır.

3. Kısaltılacak isim ilk defa kullanıldığında, kısaltılmadan ve parantez içinde kısaltması belirtilerek kullanılmalıdır.
4. Metin içerisinde kullanılan yabancı kelimeler italik olarak belirtilmelidir.
5. Metin içerisindeki başlıklar, “Giriş” ve “Sonuç” hariç olmak üzere, harf ya da Roma rakamı kullanılmaksızın aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:

1. KALIN VE TÜMÜ BÜYÜK HARF

1.1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

1.1.1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

6. Kaynaklara göndermeler dipnotlarla yapılmalıdır. Dipnotlar ise numara sırasıyla sayfa altlarında yer almalıdır. Metin içinde gönderme yapılan bütün kaynaklar, Kaynakça başlığı altında gösterilmelidir. Kaynakça alfabetik sıraya göre hazırlanmalıdır. Bir yazarın birden çok eserine başvurulmuşsa, bu durumda yakın tarihli eser sonra gösterilmelidir. Bir yazarın aynı tarihli birden çok eseri varsa, yayın tarihleri sonuna “a”, “b”, “c” gibi harfler eklenmelidir. Gönderme yapılırken ve kaynakça düzenlenirken uyulması gereken biçim kurallarına aşağıda yer verilmiştir:

a) Tek Yazarlı Kitap:

Metin içindeki ilk göndermede: WHISH, R. (2009), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, US, s.72.

Diğer göndermelerde: Whish 2009, s.173.

Kaynakçada: WHISH, R. (2009), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, US.

b) Tek Yazarlı Makale:

Metin içindeki ilk göndermede: WILS, W.P.J. (2005), “Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?”, *World Competition*, No:28(2), s.117.

Diğer göndermelerde: Wils 2005, s.130.

Kaynakçada: WILS, W.P.J. (2005), “Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?”, *World Competition*, No:28(2), s.117-159.

c) İki Yazarlı Eser:

Metin içindeki ilk göndermede: JONES, A. ve B. SUFRIN (2004), *EC Competition Law Text, Cases, and Materials*, Second Edition, Oxford University Press, New York, US, s.819-820.

Diğer göndermelerde: Jones ve Sufrin 2004, s.130.

Kaynakçada: JONES, A. ve B. SUFRIN (2004), *EC Competition Law Text, Cases, and Materials*, Second Edition, Oxford University Press, New York, US.

d) Üç ve Üçten Fazla Yazarlı Eser:

Metin içindeki ilk göndermede: NEVEN, D., P. PAPANDROPOULOS ve P. SEABRIGHT (1998), *Trawling for Minnows European Competition Policy and Agreements Between Firms*, Centre for Economic Policy Research, Great Britain, s.61.

Diğer göndermelerde: Neven vd. 1998, s.61.

Kaynakçada: NEVEN, D., P. PAPANDROPOULOS ve P. SEABRIGHT (1998), *Trawling for Minnows European Competition Policy and Agreements Between Firms*, Centre for Economic Policy Research, Great Britain.

e) Derleme İçinde Makale:

Metin içindeki ilk göndermede: GUERRIN, M. ve G. KYRIAZIS (1992), “Cartels: Proof and Procedural Issues”, B.E. Hawk (der.), *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy* içinde, s.773.

Diğer göndermelerde: Guerrin ve Kyriazis 1992, s.813.

Kaynakçada: GUERRIN, M. ve G. KYRIAZIS (1992), “Cartels: Proof and Procedural Issues”, B.E. Hawk (der.), *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy* içinde, s.773-843.

f) Yazarı Belli Olmayan Yayınlar, Raporlar vb.:

Metin içindeki ilk göndermede: OECD (2005), *Competition Law and Policy in Turkey*, OECD, Paris, s.24.

Diğer göndermelerde: OECD 2005, s.42.

Kaynakçada: OECD (2005), *Competition Law and Policy in Turkey*, OECD, Paris.

g) İnternette Alınan Kaynaklar:

Metin içindeki ilk göndermede: HAMMOND, S.D. (2006), “The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For All”, OECD Competition Committee Working Party No.3, Paris, France, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.pdf>, Erişim Tarihi: 08.01.2009, s.5.

Diğer göndermelerde: Hammond 2006, s.8.

Kaynakçada: HAMMOND, S.D. (2006), “The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For All”, OECD Competition Committee Working Party No.3, Paris, France,
<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.pdf>,
Erişim Tarihi: 08.01.2009.

h) Tezler:

Metin içindeki ilk göndermede: KAYIHAN, L. (1999), *An Analysis of Vertical Restraints and Green Paper Implications*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Katholike Üniversiteit Leuven, Leuven, s.12.

Diğer göndermelerde: Kayıhan 1999, s.15.

Kaynakçada: KAYIHAN, L. (1999), *An Analysis of Vertical Restraints and Green Paper Implications*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Katholike Üniversiteit Leuven, Leuven.

YAYIN İLKELERİ VE MAKALE YAZIM KURALLARI /

PUBLICATION POLICY AND NOTES FOR CONTRIBUTORS

1. PUBLICATION POLICY

1. Competition Journal, which started its life in 2000, is a refereed journal published quarterly by the Turkish Competition Authority. The journal publishes original articles, case comments and news in Turkish and English in the field of competition law, policy and industrial organization.

2. Articles submitted to the rekabetdergisi@rekabet.gov.tr address for publication in the Competition Journal must be neither previously published in nor submitted for publication to other journals. Authors should provide their contact addresses, telephone and electronic mail information alongside their articles. Articles sent are first checked by Editors for their compliance with the rules stated under the heading “Publication Policy and Notes for Contributors”. Afterwards, they are sent anonymously to two referees who are expert on the subject. According to the reports of the referees, a decision will be made on whether to publish or reject the article or request corrections from the author, and this decision will be notified to the author as soon as possible. If deemed necessary, the opinion of a third referee may be requested.

3. Turkish Competition Authority shall pay net **TL 750** as the copyright fee to the author of each article published in the Competition Journal. Also, 10 copies of the journal shall be sent to the author, free of charge.

2. NOTES FOR CONTRIBUTORS

1. The first page of the article should include the following information:

- a) Title of the article in Turkish and English (With bold and all caps fonts),
- b) Name of the author and the organization s/he works in (Name of the author should be indicated directly below the title of the article, aligned right, and an asterisk should be inserted after the surname. The relevant footnote should indicate where the author works and his/her title),
- c) An abstract of maximum 200 words in Turkish and English,
- d) Five keywords in Turkish and English,

2. Articles, including the bibliography section, should be written with a 12 point Times New Roman font, double-spaced. Footnotes and tables should use 10 point fonts. Footnotes should be included in numerical order at the bottom of each

page. Tables and figures should be numbered; their titles should be indicated over the figure/table and the sources should be indicated below.

3. For its first instance, an abbreviated name should be used in its full form, with the abbreviation included in parenthesis.

4. Foreign terms used in the text should be in italics.

5. Headings, with the exception of “Introduction” and “Conclusion”, should be arranged without letters or Roman numerals as follows:

1. BOLD AND ALL CAPS

1.1. Bold and Only First Letters in Caps

1.1.1. Bold and Only First Letters in Caps

6. References to sources should be done in footnotes. Footnotes should be included in numerical order at the bottom of each page. All sources to be referenced in the text should be indicated under the heading Bibliography. Bibliography should be arranged in alphabetical order. If more than one title by an author is referenced, recent titles should be listed later. In case an author has more than one title with the same date, letters such as “a”, “b”, “c” should be appended to the date of publication. Formatting rules to follow in references and in the bibliography are listed below:

a) For Books with one Author:

For the first reference in the text: WHISH, R. (2009), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, US, p.72.

For other references: Whish 2009, p.173.

In the bibliography: WHISH, R. (2009), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, US.

b) For Articles with one Author:

For the first reference in the text: WILS, W.P.J. (2005), “Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?”, *World Competition*, No:28(2), p.117.

For other references: Wils 2005, p.130.

In the bibliography: WILS, W.P.J. (2005), “Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?”, *World Competition*, No:28(2), p.117-159.

c) For Books and Articles with Two Authors:

For the first reference in the text: JONES, A. and B. SUFRIN (2004), *EC Competition Law Text, Cases, and Materials*, Second Edition, Oxford University Press, New York, US, p.819-820.

For other references: Jones and Sufrin 2004, p.130.

In the bibliography: JONES, A. and B. SUFRIN (2004), *EC Competition Law Text, Cases, and Materials*, Second Edition, Oxford University Press, New York, US.

d) For Books and Articles with Three or More Than Three Authors:

For the first reference in the text: NEVEN, D., P. PAPANDROPOULOS and P. SEABRIGHT (1998), *Trawling for Minnows European Competition Policy and Agreements Between Firms*, Centre for Economic Policy Research, Great Britain, p.61.

For other references: Neven et al. 1998, p.61.

In the bibliography: NEVEN, D., P. PAPANDROPOULOS and P. SEABRIGHT (1998), *Trawling for Minnows European Competition Policy and Agreements Between Firms*, Centre for Economic Policy Research, Great Britain.

e) For Articles in Edited Publications:

For the first reference in the text: GUERRIN, M. and G. KYRIAZIS (1992), “Cartels: Proof and Procedural Issues”, B.E. Hawk (ed.), in *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy*, p.773.

For other references: Guerrin and Kyriazis 1992, p.813.

In the bibliography: GUERRIN, M. and G. KYRIAZIS (1992), “Cartels: Proof and Procedural Issues”, B.E. Hawk (ed.), in *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy*, p.773-843.

f) For Publications, Reports, etc. without an Author:

For the first reference in the text: OECD (2005), *Competition Law and Policy in Turkey*, OECD, Paris, p.24.

For other references: OECD 2005, p.42.

In the bibliography: OECD (2005), *Competition Law and Policy in Turkey*, OECD, Paris.

g) For Sources from the Internet:

For the first reference in the text: HAMMOND, S.D. (2006), “The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For All”, OECD Competition Committee Working Party No.3, Paris, France, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.pdf>, Date Accessed: 08.01.2009, p.5.

For other references: Hammond 2006, p.8.

In the bibliography: HAMMOND, S.D. (2006), “The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For All”, OECD Competition Committee Working Party No.3, Paris, France,
<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.pdf>,
Date Accessed: 08.01.2009.

h) For Thesis:

For the first reference in the text: KAYIHAN, L. (1999), *An Analysis of Vertical Restraints and Green Paper Implications*, Unpublished Graduate Thesis, Katholike Üniversiteit Leuven, Leuven, p.12.

For other references: Kayihan 1999, p.15.

In the bibliography: KAYIHAN, L. (1999), *An Analysis of Vertical Restraints and Green Paper Implications*, Unpublished Graduate Thesis, Katholike Üniversiteit Leuven, Leuven.



Üniversiteler Mahallesi
1597. Cadde No: 9
06800 Bilkent/ANKARA

<http://www.rekabet.gov.tr/rekabetdergisi>

ISSN 1302-552X

