



# REKABET FORUMU

HUKUK - EKONOMİ - POLİTİKA

Sayı: 37

Tarih: 23 Kasım 2007 Sahibi :Rekabet Derneği adına Prof. Dr. Erdal Türkkan / Ayda Bir Yayınlanır

**Editörler:** Erdal Türkkan, İbrahim Gül, Gönenç Gürkaynak, Kemal Erol, Nurkut İnan, Tamer Müftüoğlu

**Yazı Kurulu:** Aydın Ayaydın, Berna Özer, Ercan Kumcu, Ercüment Erdem, Gamze Öz, Hamdi Pınar, Kamil Mutluer, Kubilay Atasayar, Mümin Erkunt, Müfit Sonbay, Nahit Töre, Nalan Özcan Sevinç, Nurkut İnan, Osman Sevaioğlu, Şevket Özügergin, Tuna Yurtseven, Uğur Özgöker, Yavuz Ege, Yılmaz Aslan.

**GENEL MERKEZ: İleti Adresi :** PK 649 Yenişehir / Ankara

**Yazışma Adresi:** Necatibey caddesi, 94/8 Sıhhiye / Ankara

**Telefon:** 0 533 668 56 09 **İrtibat tel:** (312) 230 66 44

**Faks:** (312) 232 01 69 **e-posta:** [rd@rekabetderneği.org](mailto:rd@rekabetderneği.org)

**WEB:** [www.rekabetderneği.org](http://www.rekabetderneği.org)

**Banka:** T.C.Ziraat Bank. 0795 Necatibey Şub.

Hesap No: 647 654

**VERGİ No:** Ankara Başkent Vergi Dairesi:7340430101

**İSTANBUL ŞUBESİ: Adres:** Süleyman Seba Caddesi, Spor Apt. No 62 / 4 Akaretler/ Valideçeşme - BEŞİKTAŞ / 34357 İSTANBUL **Telefon :** 212 236 53 00

## İLK YAZI - YORUM

**Prof. Dr. Erdal TÜRKKAN (Rekabet Derneği Başkanı)**

Anayasa ve Rekabet..... **Error! Bookmark not defined.**

## MAKALELER

**Av. Boğaç ÇEKİNMEZ, LL.M**

Birleşme Devralmaları: Rekabet Kurulu'nun Verdiği Şartlı İzinlerde Şartın Hukuki Niteliği ve Bu Konudaki Belirsizlikler.....

**Error! Bookmark not defined.**

**Osman SEVAİOĞLU**

Enerji Sektörünün Yeni Siyasi Dönemden Beklentileri.....6

**Av. Merttaş KİLCİLER**

Türkiye Cumhuriyeti ile Avrupa Ekonomik Topluluğu Arasında Kurulan Gümrük Birliğinin Rekabet Kuralları (1/95 Sayılı Ortaklık Konseyi Kararı) ..... 8

**Av. Gönenç GÜRKAYNAK**

**Av. Yelda ÜREY**

**Pınar ÇAĞLAYAN**

AB ve Türk Rekabet Hukukunda

Para Cezalarına İlişkin Ağırlaştırıcı ve Hafifletici Nedenler..... 12

**ODTÜ İİBF, 2007**

**ADM 430 Competition Law Dersini Alan İktisat Bölümü Öğrencileri**

Kayıt Dışı Ekonomi ve Rekabet İlişkisi ..... 20

**Nejdet KARACEHENEM**

Rekabet İhlalinde Bulunan Teşebbüs Ve Teşebbüs Birliklerine Verilecek Para Cezalarına İlişkin Olarak

Rekabet Kurumu'nca Hazırlanan Klavuz Taslağı Hakkında Düşünceler(I) ..... 25

**NOT:** Forumdaki yazılar kaynak göstermek kaydı ile aynen kullanılabilir ve aktarılabilir. Yazılar yazarların görüşünü yansıtır. Rekabet Derneği'ni bağlamaz.

Rekabet Forumu'nun ilk 16 sayısı "Rekabet Haber Bülteni" adı altında yayınlanmıştır.

Daha önceki sayılar için: [www.rekabetderneği.org](http://www.rekabetderneği.org) adresine bakınız.

# AB VE TÜRK REKABET HUKUKUNDA PARA CEZALARINA İLİŞKİN AĞIRLAŞTIRICI VE HAFİFLETİCİ NEDENLER

Av. Gönenç Gürkaynak<sup>1</sup>  
Av. Yelda Ürey<sup>2</sup>  
Pınar Çağlayan<sup>3</sup>

## Giriş

Rekabet düzenine aykırılık sonucunda yetkili otorite tarafından, ihlalin tekrarlanmasının önlenmesi ve başkaları tarafından benzer bir ihlalin gerçekleştirilmesinin önüne geçilmesi amacı ile çeşitli yaptırımlar uygulanmaktadır. Söz konusu yaptırımların başında, idari para cezaları gelmektedir.

Uygulanacak para cezasının miktarının tespiti için kullanılan kriterler ve özellikle para cezalarının hafifletilmesini veya ağırlaştırılmasını gerektiren haller uygulamada, şeffaf, adil ve tutarlı olmadıkları gerekçesi ile tartışma konusu olmaktadır. Bu durum bir tek Türkiye'ye özgü değildir. Bu çalışmanın hem ABD'de hem AB'de hem de Türkiye'de rekabet hukuku uygulaması ve avukatlığı yapmış olan yazarlarından biri, her üç ülkede de sık sık "önce cezanın bir şekilde el yordamıyla takdir edildiği ve ancak bundan sonra o meblağa ulaşacak formülün sanki objektif ölçütlere dayanıyormuş gibi uygulanarak baştan bilinen meblağa formül yardımıyla ulaşıldığı" hissine kapılmıştır. Bu konu aslında hukuk felsefesi ile yakından ilgilidir.

Hukuki realizm akımının savunucuları, hakimlerin ceza hesaplarken formüllere başvurmalarının tek işlevinin hakimleri takdir ettikleri ceza ile ilgili baskıdan kurtarmak ve "elim kolum bağlı, hukuk böyle diyor" noktasında bir iç huzuru yaratmak olduğunu iddia etmektedirler. Kendisi de bir hakim olan ve hukuki realizm akımının da öncülerinden sayılan Oliver Wendell Holmes, hukuk kurallarının karar mercilerini kendi kararlarından soyutlamakta kullanılmasına karşı çıkarken, hukukçulara da ödev vermektedir. Sanki mistik bir hukuk mekanizması karar verenden bağımsız çalışarak sonucu ortaya çıkartıyor ve karar veren kişiye de yalnız bunu tebliğ etmek düşünyormuş gibi davranılmasına yol açacak tüm yorum ve yaklaşımlar terk edildikçe hukuk uygulamasını adilleştirme ve somut olay adaletini yakalama imkanı artacaktır.

Dolayısıyla, öngörülebilirlik sağlamak için para cezasının miktarının tespitine ilişkin indirim ve artırım hususlarında objektif kriterlerin belirlenmesi gerekliliği bulunmakla beraber, karar verene somut olayın özelliklerine göre adaleti sağlayabileceği manevra sahalarının bırakılması, dolayısıyla kararının altına imza atarken sorumluluğu da üstlenebilmesinin ve kendi kararını içselleştirebilmesinin sağlanması, son derece önemlidir.

Para cezalarının hesaplanmasına ilişkin objektif kriterleri içeren bir kılavuzun tartışılmakta olduğu şu günlerde, taslak kılavuz içeriğiyle ilgili somut pozisyonlara değinmeksizin, para cezalarının ağırlaştırılması ve hafifletilmesi hususuna ilişkin çeşitli tartışmalara yer veren bu çalışmanın faydalı olacağını umuyoruz. Bu çalışmada, Avrupa Birliği ("AB") içerisinde bu hususa ilişkin olarak getirilen düzenlemeler ile Türk Rekabet Hukuku düzenlemeleri ele alınmakta ve konuya ilişkin bazı karar örnekleri sunulmaktadır.

## I- AB Rekabet Hukukunda Para Cezaları Bakımından Ağırlaştırıcı ve Hafifletici Nedenler

AB Rekabet Hukukunda para cezaları bakımından öngörülen ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenlerin tam olarak anlaşılabilmesi ve özellikle Türk Rekabet Hukuku ile karşılaştırılabilmesi için, öncelikle uygulanacak para cezasının miktarının tespiti prosedürünün tam olarak anlaşılabilmesi gerekmektedir.

<sup>1</sup> ELİG Ortak Avukat Bürosu

<sup>2</sup> ELİG Ortak Avukat Bürosu

<sup>3</sup> Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi 4. Sınıf Öğrencisi

AB Komisyonu, uygulamada yaşanan belirsizlikleri gidermek amacı ile ilk olarak 1998 yılında “17 Sayılı Yönetmeliğin 15/2. Maddesi ve Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu Anlaşmasının 65/5. Maddesi Uyarınca Uygulanan Para Cezalarının Belirlenme Metodu Hakkında Rehber”<sup>1</sup> (“1998 Rehberi”) yayımlamış; 2006 yılında ise, söz konusu rehberi uygulamadan gelen tepkiler ile yenileyerek “1/2003 Sayılı Yönetmeliğin 23/2-a Maddesi Uyarınca Uygulanan Para Cezalarının Belirlenme Metodu Hakkında Rehber”<sup>2</sup> (“2006 Rehberi”) yayımlamıştır. Buna göre, uygulanacak para cezalarının tespiti iki aşamalı olarak gerçekleştirilmektedir. İlk olarak “temel ceza” (*basic amount*) belirlenecek, sonrasında ise, bu temel ceza üzerinden uygulanacak indirim ve artırım nedenlerinin var olup olmadığı incelenecektir. Diğer bir ifade ile, temel cezanın belirlenmesinin ardından ağırlaştırıcı ve hafifletici etkenlerin uygulanması ile nihai cezaya ulaşılabilecektir<sup>3</sup>.

#### a) Temel Ceza Miktarının Tespiti

Uygulanacak temel cezanın belirlenmesinde iki temel kriter göz önüne alınmaktadır: ihlalin ağırlığı ve ihlalin süresi. İhlalin ağırlığı, ihlalin sonuçları, şekli ve ilgili ürün pazarı ile ilgili coğrafi pazarın kapasitesi ve benzeri hususlar dikkate alınarak belirlenmektedir. 1998 Rehberinde, ihlalin ağırlığı hafif, ağır ve çok ağır olmak üzere üç kategoriye ayrılıp her bir kategori için üst ve alt sınır belirlenirken; 2006 Rehberinde ise, bu ayırım ortadan kaldırılmıştır. Her iki rehberde de, temel unsurlar aynı olmakla birlikte, kanaatimizce, 2006 Rehberi söz konusu kategorileri ortadan kaldırarak her somut olayın kendi koşulları içerisinde değerlendirilmesi gerekliliğini vurgulamakta ve çok farklı etkilere sahip olan ihlallerin aynı kalıp içerisine sokularak aynı değerlendirmeye tabi tutulmasını engellemektedir. Bu bakımdan, AB Komisyonu tarafından yapılan bu değişikliğin yerinde olduğunu düşünmekteyiz.

Temel ceza miktarının belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gereken diğer bir unsur da, yukarıda da belirttiğimiz üzere, ihlalin süresidir. İhlalin süresinin uzun veya kısa olması dikkate alınarak, temel ceza miktarı da düşük veya yüksek olarak belirlenecektir. 1998 Rehberine bakıldığında, ihlallerin kısa süreli (bir yıldan az), orta süreli (bir ila beş yıl arasında), uzun süreli (beş yıldan fazla) olarak ayrıldığı görülmektedir. Buna karşılık, 2006 Rehberi içerisinde bu ayrımlara yer verilmediği görülmektedir.

#### b) Ağırlaştırıcı ve Hafifletici Nedenler

İhlalin ağırlığı ve süresi dikkate alınarak belirlenen ceza miktarı, somut olay içerisinde ağırlaştırıcı veya hafifletici nedenlerin varlığı aranarak nihai ceza miktarına ulaşılmasını sağlamaktadır. Yukarıda kısaca belirtilen hususlar dikkate alınmak suretiyle belirlenen ceza miktarı, somut olayda mevcut olan koşulların değerlendirilmesi ile ağırlaştırılacak veya azaltılacaktır.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, temel ceza miktarı objektif kriterlere göre belirlendikten sonra, somut olay içerisinde ihlale sebebiyet veren teşebbüsün davranışları dikkate alınarak temel cezanın ağırlaştırılmasını veya hafifletilmesini gerektiren bir hususun var olup olmadığı araştırılmakta ve varılan sonuca göre, nihai ceza miktarı belirlenmektedir.

Ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenler, ihlale neden olan teşebbüsün kişisel tutum ve davranışlarından oluştuğu için subjektif niteliği haizdir. Hangi tutum ve davranışların cezanın ağırlaştırılmasını veya hafifletilmesini gerektirdiği sorusunun cevaplanması ve uygulamada bu konuda yaşanan sıkıntıların önüne geçilmesi amacı ile ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenleri sınırlayıcı olmamak kaydı ile sayan 1998 Rehberi ve 2006 Rehberi düzenlenmiştir.

1998 Rehberi ve 2006 Rehberi ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenler bakımından karşılaştırıldığında, her iki rehberin de ortak payda üzerinde birleştiği ve genel olarak aynı hususları düzenledikleri

<sup>1</sup> “Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 15 (2) of Regulation No. 17 and Article 65 (5) of the ECSC Treaty”, bkz. *Official Journal of the European Communities* C 9, 14.01.1998, s. 3-5.

<sup>2</sup> “Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003”, bkz. *Official Journal of the European Communities* C 210, 01.09.2006, s. 2-5.

<sup>3</sup> **Cihan Aktaş/Haluk Ari**, *Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Para Cezalarının Uygulanması*, *Rekabet Dergisi*, Y. 2002, S. 10, s. 54.

görülmektedir. Öncelikle belirtilmesi gereken husus, her iki rehber içerisinde sayılan nedenlerin sınırlayıcı olmadığıdır. Diğer bir ifade ile, her iki rehber içerisinde de belirtilen nedenler sadece örneklerden ibaret olup, yapılacak değerlendirmelere yol gösterme amacını gütmektedir. Zira, AB Komisyonunun içtihatları incelendiğinde de, söz konusu rehberlerde belirtilmemiş ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenlerin kabul edilmiş olduğu görülmektedir.

#### **i- Ağırlaştırıcı Nedenler**

1998 ve 2006 Rehberlerinde örnek olarak belirtilen ve uygulamada sıklıkla rastlanılan ağırlaştırıcı nedenlerin başında şüphesiz, tekerrür gelmektedir. Buna göre, rekabeti ihlal ettiği tespit edilen bir teşebbüsün, aynı veya benzer nitelikteki ihlale yeniden sebep olması durumunda verilecek temel cezanın artırılması söz konusu olacaktır. Avrupa Topluluğu Adalet Divanı ("ATAD") 11.03.1999 tarih ve T-141/94 sayılı *Thyssen Stahl v. Commission* kararında bu hususa değinmiş ve aynı veya benzer nitelikteki bir ihlalin tekrarlanması halinde bu durumun ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Ayrıca, Komisyonun 14.10.1998 tarih ve 1999/210/EC sayılı *British Sugar* kararında da ihlalde tekerrürün ağırlaştırıcı neden olarak kabul edileceği belirtilmiştir.

Bir diğer ağırlaştırıcı neden ise, soruşturmayı yürüten makam ile işbirliği yapmaktan kaçınılması, bilgi ve belgelerin saklanmasıdır. Komisyon, 18.07.2001 tarih ve 2002/271/EC sayılı *SGL Carbon AG* kararında, SGL Carbon AG'nin soruşturmayı yürüten makamlarla işbirliği yapmaktan kaçınması ve soruşturmanın engellenmeye çalışılmasının ağırlaştırıcı neden teşkil ettiğini ifade etmiştir. Bunun yanında, aynı karar içerisinde soruşturmanın başlamasından sonraki süre içerisinde dahi, ihlale son verilmemiş olması da ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilmiştir. 25.03.1992 tarih ve 92/212/EEC sayılı *Eurocheque: Helsinki Agreement* kararında ise Komisyon, ihlale sebep olan anlaşmaya ilişkin önemli bilgi ve belgelerin verilmemesi, bunun yanında söz konusu anlaşmanın rekabet düzeninin ihlal etmediği iddiası ile yanlış bir yorumunun soruşturma heyetine verilmiş olması ve soruşturmanın başlamasından yaklaşık bir yıl geçtikten sonra ihlale son verilmesi nedeni ile cezanın artırılması gerektiği ifade edilmiştir.

İhlal içerisinde lider rolünün üstlenilmiş olması da bir diğer ağırlaştırıcı neden olarak her iki rehberde de zikredilmiştir. İlk Derece Mahkemesinin 27.09.2006 tarih ve T-59/02 sayılı *Archer Daniels Midland Co. V. Commission* kararında, kartel içerisinde toplantıların Archer Daniels Midland Co. tarafından organize edilmiş olmasının, bu şirketin kartel içerisinde lider rolü üstlendiğinin ispatı bakımından büyük önem arz ettiği ve bu nedenle bu hususun ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Aynı şekilde, İlk Derece Mahkemesi 10.05.2007 tarih ve C-328/05 P sayılı *SGL Carbon AG* kararında da, kartel içerisinde lider rol üstlenilmesinin ağırlaştırıcı neden olduğu hususunu vurgulamıştır.

İhlali oluşturan davranışları güçlendirmek için diğer teşebbüslere karşı tedbirlerin alınması da ağırlaştırıcı nedenlere örnek olarak sayılmıştır. Komisyon 14.12.1979 tarih ve 80/256/EEC sayılı *Pioneer* kararında, durumun korunması amacı ile ihlali gerçekleştiren teşebbüsler tarafından etkili önlemler alınmasını ağırlaştırıcı neden olarak kabul etmiştir.

Belirttiğimiz üzere, 1998 ve 2006 Rehberinde belirtilen ağırlaştırıcı nedenler sınırlayıcı olarak sayılmadığından, uygulamada somut olayın koşulları göz önünde bulundurularak farklı unsurlar ağırlaştırıcı neden olarak nitelendirilmiştir. Örneğin, her iki rehber içerisinde de belirtilmemiş olmasına karşın, uygulamada Komisyon kararlarında, anlaşmanın gizlice yürütülmesi para cezalarının ağırlaştırılması için bir neden olarak belirlenmiştir. Komisyon 23.04.1986 tarih ve 86/398/EEC sayılı *Polypropylene* kararında, ihlale sebebiyet veren anlaşmanın gizlice uygulanması için özel tedbirler alınmış olması nedeni ile, teşebbüslerin, söz konusu anlaşmanın AB Hukukunun getirdiği düzenlemelere aykırılığının ve rekabet düzeni için risk teşkil ettiğinin bilincinde oldukları; bu nedenle cezanın ağırlaştırılması gerektiği sonucuna ulaşmıştır.

#### **ii- Hafifletici Nedenler**

2006 Rehberinde hafifletici nedenlere örnek olarak işbirliği ve delil tedariki zikredilmiştir (elbette, pişmanlık [leniency] programı haricinde kalması şartıyla). Bunun yanında, rekabet hukukuna aykırı harekete bir kanun hükmü tarafından izin verilmiş veya kamu idaresi tarafından teşvik edilmiş olması da hafifletici neden olarak zikredilmiştir.

2006 Rehberinde hafifletici nedenlere örnek olarak zikredilen hususlar bunlardan ibaret olmakla birlikte, yukarıda da belirttiğimiz üzere rehber sınırlayıcı nitelikte olmadığından, 1998 Rehberinde hafifletici nedenlere örnek olarak belirtilen hallerin de ele alınması yerinde olacaktır.

1998 Rehberi içerisinde, ihlalde tamamen pasif rolün veya lideri takip eden (“follow-my-leader”) rolün üstlenilmiş olması hafifletici nedenler arasında sayılmıştır. 28.01.1998 tarih ve 98/273/EC sayılı *Volkswagen* (“VW”) kararında, Komisyon, İtalyan VW satıcılarının Almanya ve Avusturya’ya VW markalı arabaları tedarik etmemeleri yönünde VW tarafından baskı yapılmış olduğunu belirterek İtalyan satıcıların cezalandırılmasının gerekli olmadığı sonucuna varmıştır. Bunun yanında, Komisyonun diğer bazı kararlarında, ihlalde pasif rolün üstlenilmiş olması veya liderin izlenmesi cezanın tamamen ortadan kalkmasına değil, sadece indirilmesine gerekçe teşkil etmiştir. İlk Derece Mahkemesinin 09.07.2003 tarih ve T-220/00 sayılı *Cheil Jedang Corp. v. Commission* kararında ve 26.04.2007 tarih ve T-109/02 sayılı *Carbonless Paper* kararında da, kartel içerisinde anlaşmaları gerçek anlamda uygulamayarak pasif rol üstlenilmesinin hafifletici neden teşkil edeceği hükme bağlanmıştır.

Yine 1998 Rehberinde, rekabet düzenine aykırılık teşkil eden anlaşmanın uygulamaya konulmaması da indirim nedenleri arasında sayılmıştır. Burada anlaşmanın uygulamaya konulmaması teriminden anlaşılması gereken husus, geç uygulanması, kısmen uygulanması veya hiç uygulanmamasıdır<sup>1</sup>. İlk Derece Mahkemesinin 14.05.1998 tarih ve T-327/94 sayılı *SCA Holding Ltd. v. Commission* kararında da, ihlale sebebiyet veren anlaşmanın uygulanmaması karşısında, cezanın hafifletilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

İhlalin yetkili makam tarafından tespitini takiben derhal sonlandırılması da bir diğer hafifletici nedendir. Söz konusu sonlandırmanın derhal ve etkili olması gerekmektedir. 05.06.1991 tarih ve IV/32.879 sayılı *Viho/Toshiba* kararında Komisyon, etkili uygulama ve yönetimin söz konusu koşulun yerine getirilmesi için çok önemli olduğunu vurgulamıştır. Aynı husus, 13.02.1979 tarih ve 85/76 sayılı *Hoffman La Roche v. Commission* ve 14.02.1978 tarih ve 27/76 sayılı *United Brands* kararlarında da belirtilmiştir.

Bir diğer hafifletici neden örneği de, teşebbüs açısından rekabeti kısıtlayıcı davranışın ihlal oluşturup oluşturmadığına dair haklı şüphelerin varlığıdır. Söz konusu hafifletici neden, genellikle ilgili sektörde ilk defa karşılaşılan ihlallerde ortaya çıkmaktadır. Bazı Komisyon kararlarında bu husus açıkça dile getirilmiş ve ilgili sektörde ilk defa bu şekilde bir ihlal söz konusu olduğu takdirde cezanın düşük olabileceği belirtilmiştir<sup>2</sup> (örneğin, 25.03.1992 tarih ve 92/212/EEC sayılı *Eurocheque: Helsinki Agreement* kararı).

Bunun yanında, rekabet ihlalinin ihmalen gerçekleştirilmesi veya kasten gerçekleştirilmemiş olması da bir diğer hafifletici nedendir. Komisyon 15.07.1992 tarih ve 92/426/EEC sayılı *Parker Pen v. Commission* kararında, ihlalin teşebbüslerin ihmalinden kaynaklandığını belirlemiş ve bu durumun cezanın hafifletilmesi için yeterli bir sebep olduğunu hükme bağlamıştır.

Ayrıca, AB uygulamasına bakıldığında, Komisyon kararları ile, yerel hukukun AB düzenlemeleri ile çelişerek belirsizlik yaratması (05.02.1992 tarih ve IV/31.572 ve IV/32.571 sayılı *Building and Construction in the Netherland* kararları), ilgili ürün pazarının ekonomik durumunun bozulmuş olması (21.01.1998 tarih ve 8/247/ECSC sayılı *Alloy Surcharge* kararı), anlaşmanın açık bir şekilde uygulanması (05.02.1992 tarih ve IV/31.572 ve IV/32.571 sayılı *Building and Construction in the Netherland* kararları), ihlalden zarar görenlere ödemedede bulunulması (21.10.1998 tarih ve IV/35.691/E-4 sayılı *Pre-insulated Pipe Cartel* kararı) da hafifletici nedenler olarak belirlenmiştir.

### c) Pişmanlık (Pişmanlık) Programları<sup>3</sup>

<sup>1</sup> *Christopher Bellamy/ Graham Child, EC Law of Competition, Londra 2001, s. 950.*

<sup>2</sup> *Bellamy/Child, s. 952.*

<sup>3</sup> *Bu konuda Türkçe geniş bilgi için bkz. Ergun Özsunay, ABD ve Kartel Hukuklarında “Pişmanlık Programları” ve Türk Rekabet Hukuku Üzerine Düşünceler, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu IV, Kayseri 2006, s. 28 – 48; Pelin Uyanık, Pişmanlık Programları (Pişmanlık Programmes) Rekabet Dergisi, Y. 2002, S. 10, s. 50 – 76; Şenol Kocaer, Kartellerle Mücadelede Pişmanlık Programlarının Uygulanması, Ankara 2005.*

İlk olarak 1978 yılında Amerikan Hukukunda ortaya çıkan pişmanlık programı, özellikle gizli anlaşmaların ortaya çıkarılmasını ve bu şekilde yapılan soruşturmanın etkili olmasını sağlamak amacıyla yönelik olarak, rekabet düzenini ihlal eden davranışların ihlali gerçekleştiren veya ihlale dahil olan teşebbüsler tarafından ilgili makama bildirilmesidir. Bu durumda, bildirimde bulunan teşebbüsün cezasında indirim yapılması veya cezadan muaf tutulması söz konusu olmaktadır. 1998 Rehberi ve 2006 Rehberine bakıldığında, hafifletici nedenler arasında yer alan “işbirliği”nin pişmanlık programı kapsamında olmaması gerekliliği açıkça ifade edildiğinden, bu hususun hafifletici nedenler içerisinde ele alınmaması gerekmektedir. Zira, pişmanlık programları esas olarak, mevcut rekabet ihlallerinin ihlale dahil olan teşebbüsler tarafından ifşa edilmesini teşvik etmek amacıyla hizmet etmektedir.

Pişmanlık programı, AB Hukuku içerisinde ilk olarak 1996 yılında Komisyon tarafından çıkarılan “Pişmanlık Duyurusu<sup>1</sup>” (*Leniency Notice*) ile uygulamaya konulmuş; getirilen sistemin özellikle de cezasızlık içermeyen yönü nedeniyle başarısız olması neticesinde söz konusu duyuru 2002<sup>2</sup> yılında yenilenmiştir. Söz konusu duyuru kapsamında, teşebbüslere para cezalarından tam muafiyet imkanı getirilmiş ve para cezasından indirim hususları daha açık bir şekilde düzenlenmiştir<sup>3</sup>.

## II- Türk Rekabet Hukukunda Para Cezaları Bakımından Ağırlaştırıcı ve Hafifletici Nedenler

### a) Genel Olarak

Ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenler, Türk Rekabet Hukukunda AB uygulamasının aksine açıkça düzenlenmemiştir. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 16. maddesinin 4. fıkrası haricinde, Türk Rekabet Hukukunda ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenlere ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Söz konusu maddeye göre, “*Kurul, para cezasına karar verirken, kastın varlığı, kusurun ağırlığı, ceza uygulanan teşebbüs veya teşebbüslerin pazar içindeki gücü ve muhtemel zararın ağırlığı gibi unsurları dikkate alır*”.

Söz konusu madde, verilecek idari para cezasının belirlenmesi sırasında, somut olayın koşullarının dikkate alınması gerekliliğini ifade etmekte ve kasıt, pazar payı, ihlalin sebep olacağı muhtemel zarar gibi hususları sınırlayıcı olmamak kaydı ile örnek olarak saymaktadır. Her ne kadar kasıt veya kusurun durumuna ilişkin unsurların zaten bizatihi ihlalin unsuru olduğu ve bu bakımdan cezanın takdirinde dikkate alınamayacağı yönünde bir görüş mevcut ise de, biz bu görüşe iştirak etme imkanından yoksunuz. Zira, kusurun varlığı ihlalin bir unsuru olabilirse de, sonuçta bu kusurun kıvamı ve yoğunluğu ıslah için ne ölçüde ceza gerektiği bakımından tayin edici olabilecektir. Bu çalışmayı tartışmalarda pozisyon almaktan ziyade objektif bilgi paylaşımına yönelik olarak hazırladığımız için bu konuyla ilgili görüşlerimizi devam ettirmiyoruz.

Türk rekabet hukuku uygulamasında objektif olarak belirlenmiş kriterlerin yokluğu ve ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenler bakımından açık bir düzenlemenin bulunmaması, Rekabet Kurulu içtihatlarının incelenmesi gerekliliğini doğurmaktadır.

Uygulamaya bakıldığında, Rekabet Kurulunun ağırlaştırıcı neden olarak kabul ettiği durumların başında ihlalde lider rolünün üstlenilmesi geldiği görülmektedir. Ayrıca, soruşturmanın başlamasından sonra ihlalin sonlandırılmaması, ihlalde tekerrür ve ihlalin ağır olması gibi hususların da uygulanacak idari para cezasını ağırlaştırıcı etkiye sahip olduğu Kurul kararlarından anlaşılmaktadır.

Kurulun hafifletici neden olarak kabul ettiği hususların başında, “işbirliği”nin bulunduğu görülmektedir. Bunun yanında, genel olarak, teşebbüslerin ihlali en azından soruşturma açıldıktan sonraki süreç içerisinde ortadan kaldırmaya yönelik kendi inisiyatifleri ile önlemler almaları ve bu doğrultuda gerekli düzeltici tedbirleri hayata geçirmelerinin; ayrıca, soruşturma safhası boyunca soruşturma heyetine bilgi ve belge sağlanması konusunda yardımcı olmaları ve işbirliği sergilemelerinin Rekabet Kurulu tarafından hafifletici neden olarak kabul edildiği görülmektedir.

<sup>1</sup> Commission Notice on the non-imposition or reduction of fines in cartel cases (96/C207/04) OJ C 207 of 18.07.1996.

<sup>2</sup> Commission Notice on Immunity from Fines and Reduction of Fines in Cartel Cases, 2002/C, OJ C 45/3 of 19.2.2002.

<sup>3</sup> Özsunay, s. 42.

Bu noktada, Rekabet Kurulu kararlarına ilişkin olarak düzenli bir bilgi paylaşımına geçmeden evvel, halihazırda özellikle hafifletici sebeplerin ceza farklılaştırması bakımından son derece az etkiye sahip olduğunu ve teşebbüslerin cezaların seviyesindeki farklılıkla motive edilmesini sağlayacak hiçbir yaklaşımın geliştirilmediğini vurgulamak gerekmektedir. Dolayısıyla, aşağıda yer verilen kararlarda hafifletici sebepler tanınmış olmakla beraber, bunların somut olayda herhangi bir teşebbüs için “iyi ki soruşturma bildirimini aldığım anda yoğun özen göstermeye başlayıp bütün sistemimi değiştirmişim” yahut “neyse ki ihlale sürüklenen pasif bir teşebbüs olduğum için canım daha az yandı” gibi noktalara gelmesi söz konusu olamamıştır.

## **b) Rekabet Kurulu Kararlarından Örnekler**

### **i- Rekabet Kurulunun Ağırlaştırıcı Nedene İlişkin Kararlarından Örnekler**

Rekabet Kurulu 30.05.2006 tarih ve 06-37/477-129 sayılı *Ytong* kararında “(...) idari para cezasının takdirinde, AKG'nin ve Türk Ytong'un ihlalde aktif ve belirleyici bir rol oynamasının ağırlaştırıcı bir neden olduğu (...)” sonucuna varmıştır.

10.10.2005 tarih ve 05-66/946-255 sayılı *Kozmetik* kararında, Kurul ihlalin gerçekleştirilmesinde lider pozisyonda bulunulmasının ağırlaştırıcı neden olarak kabul edildiği hususunu şu şekilde dile getirmiştir: “(...) Bu teşebbüslerin ihlalin oluşumunda öncü ve destekçi olmaları hiç şüphesiz ağırlaştırıcı bir unsur olarak ortaya çıkmaktadır (...)”.

Kurul 15.08.2003 tarih ve 03-57/671-304 sayılı *Benkar* kararında “(...) teşebbüsün cirosu dikkate alınarak ve 18.9.2001 tarihli Kurul kararına uymamakla başlayan ihlalin devam ettiği süre ve soruşturma devam ederken yasaklanan hükmün uygulanması ağırlaştırıcı neden olarak (...)” göz önünde bulundurulması gerektiğini ifade etmiştir.

Kurulun 02.12.2004 tarih ve 04-77/1108-277 sayılı *Çimento* kararı ağırlaştırıcı nedenler bakımından önem arz etmektedir. Kurul, söz konusu kararda birçok unsuru göz önünde bulundurmuş ve “daha önceden rekabet soruşturması geçirmiş olan pazardaki teşebbüslerin fiyat tespitinin rekabet ihlali olduğunu bilmemesinden, dolayısıyla kastın bulunmadığından” bahsedilemeyeceğini ve bu hususun ağırlaştırıcı neden olacağını belirtmiştir. Kurul, bu şekilde, ihlalde tekerrürün özellikle kastın varlığının kesin olarak ispatı olarak kabul edileceğini ve dolayısıyla verilecek cezanın ağırlaştırılmasını gerektireceğini ifade etmiştir. Bunun yanında, “(...) Çimentonun alternatifinin bulunmaması yanı sıra, kullanım alanının geniş olması, temel bir malzeme olması nedeniyle, çimento fiyatlarındaki suni artışın, alt pazarlarındaki sektörler (hazır beton, inşaat...) üzerindeki zincirleme etkisi, her alt pazarda katlanarak büyüyen bir etkiye sahip olacak ve ülke ekonomisine olan etkisi bu nedenle oldukça büyük olacaktır. (...) Çimento pazarında gerçekleştirilen rekabet ihlallerinin yaratacağı muhtemel zararların oldukça büyük oluşu da, söz konusu soruşturmada dikkate alınması gereken ağırlaştırıcı unsurlardan birisidir (...)” demek suretiyle ihlalin etkisinin büyük olmasının da ağırlaştırıcı neden olarak kabul edileceği sonucuna varmıştır. Kararda, “(...) ihlalin süresinin oldukça geniş bir zaman dilimini kapsaması nedeniyle, ceza verilirken söz konusu durum ağırlaştırıcı bir unsur (...)” olarak belirlenmiştir. Bunun yanında, söz konusu karara konu olaya ilişkin olarak alınan raportör görüşünde ise, ihlalin tekrarının ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilmesi gerektiği vurgulanmıştır.

24.04.2007 tarih ve 07-34/349-129 sayılı *Siemens* kararında ise “(...) ağırlaştırıcı olarak ise ihlalin niteliği, Siemens'in ihlallerin oluşmasındaki rolü ile Siemens'in ekonomik ve finansal gücünün göz önüne alınmasına (...)” karar verilmiştir.

### **ii- Rekabet Kurulunun Hafifletici Nedene İlişkin Kararlarından Örnekler**

Rekabet Kurulunun hafifletici nedenlere ilişkin olarak vermiş olduğu kararlara örnek olarak 18.02.2003 tarih ve 03-10/114-52 sayılı *Nobel* kararı verilebilir. Söz konusu kararda Rekabet Kurulu, Nobel'in “(...) soruşturma sürecinin başlamasıyla birlikte soruşturmaya konu olan bayilik anlaşmalarında yer alan rekabeti sınırlayıcı hükümleri tadil eden yeni bayilik anlaşmalarını yürürlüğe koymuş (...)” olmasını hafifletici neden olarak kabul etmiştir.

Bu kapsamda ele alınması gereken bir diğer karar ise, 19.10.2005 tarih ve 05-69/959-260 sayılı *Ulusoy* kararıdır. Söz konusu kararda, "(...) 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca *Taahhütname*'de yer alan cezai şartın icra edilmemiş olması ve *Rekabet Kurumu* tarafından soruşturma açıldığı için tebliğ edilmesi üzerine rekabet yasağı maddesinin *Ulusoy Deniz Taşımacılığı A.Ş.* tarafından yürürlükten kaldırılması hususlarının (...)" hafifletici neden olarak kabul edilmesi gerektiği *Rekabet Kurulu* tarafından hükme bağlanmıştır.

Aynı şekilde, 10.03.2005 tarih ve 05-13/156-54 sayılı kararda da "(...) cezanın takdirinde hafifletici olarak teşebbüsün soruşturma sürecinde göstermiş olduğu davranışlar ve sözleşmelerde yapmış olduğu değişiklikler (...)" hafifletici neden olarak kabul edilmiştir. *Rekabet Kurulu* 06.09.2002 tarih ve 02-53/685-278 sayılı kararında da "soruşturma sürecinde gösterdiği işbirliğine yakın tutum ve davranışları" hafifletici neden olarak dikkate almıştır.

Kurul, 16.05.2002 tarih ve 02-29/339-139 sayılı kararında ve 24.11.1999 tarih ve 99-53/575-365 sayılı kararında işbirliğinin hafifletici neden olduğunu vurgulamıştır.

Yine benzer bir şekilde, Kurul 30.05.2006 tarih ve 06-37/477-129 sayılı *Ytong* kararında "(...) *Gaziantep Ytong'un* ise, anlaşmanın varlığını inkar etmeyerek ve ihlalin sona erdirebilmesine yönelik olarak *Gazbeton Üreticileri Birliği* ve *Türk Ytong* ile arasındaki yapısal bağlara ilişkin somut adımlar atmasının hafifletici bir neden olduğu dikkate alınarak (...)" demek suretiyle, işbirliğinin yanı sıra, ihlale sebebiyet veren durumun ortadan kaldırılması için atılan somut adımları da hafifletici neden olarak kabul etmiştir.

Bunun yanında, ilk defa bir soruşturmaya maruz kalmanın da *Rekabet Kurulu* tarafından hafifletici neden olarak göz önünde bulundurulabileceği "(...) sektörde soruşturma yapılmış olmasının tüm teşebbüsler için ağırlaştırıcı neden olamayacağı, *Çimsa* ve *AÇS'nin* bir defa soruşturmaya muhatap olmalarının olsa olsa hafifletici neden olabileceği (...)" şeklinde ifade edilmiştir.

19.01.2007 tarih ve 07-07/43-12 sayılı *İlaç Endüstrisi* kararında, "(...) 3.4.2002 tarihli ihalede, incelemeye dayanak oluşturan belgede 26.3.2002 tarihli toplantıya temsilcilerinin katıldığı belirtilen *Fako'nun* 1277 kaleme denk gelen toplam 49 adet ürünün hiçbiri için teklif gelmemiştir. Bununla birlikte, *Fako'nun* 2002 yılında yaşadığı ciddi ekonomik sorunlardan bahisle, 3.4.2002 tarihli ihalede ecza depolarının kendisinden talep edeceği fiyat ve mal garantilerini 7 ay gibi uzun bir süreyle verebilmesinin mümkün olmadığı ve yaşadığı nakit sıkıntısı sebebiyle uzun vadeli işlerden kaçındığı yönündeki savunması, teşebbüsün mali bilgilerinin incelenmesi neticesinde makul bulunmuş ve bu durumun teşebbüs lehine hafifletici bir neden olarak dikkate alınması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır (...)" ifadeleri ile, rekabet düzenini ihlal eden teşebbüsün mali durumunun bozuk olmasının hafifletici neden olarak kabul edilebileceği sonucuna varılmıştır.

Kurul aynı kararda, "(...) *Deva* ve *Mustafa Nevzat'ın*, 4054 sayılı Kanun karşısında sorumlu olduğu, ancak yukarıda adı sayılan iki teşebbüs gibi ihlale bütünüyle katılmadığı değerlendirilerek bu husus ihlalin ağırlığının takdirinde hafifletici neden olarak (...)" kabul etmiştir.

15.08.2003 tarih ve 03-57/671-304 sayılı *Benkar* kararında ise, "(...) dikey anlaşmaların yatay anlaşmalara göre daha hafif ihlaller olarak kabul edilmesi ve teşebbüsün *Ek Görüş'ten* sonra da olsa Kurul kararının gereğini yerine getirmeyi taahhüt etmesi hafifletici neden olarak (...)" Kurul tarafından kabul edilmiştir.

Kurul 04.10.2005 tarih ve 05-64/925-248 sayılı *SMSD* kararında "(...) *Sürtünme Malzemeleri Sanayicileri Derneği* tarafından alınan kararın dernek üyesi teşebbüsler tarafından etkin biçimde uygulanmaması ve piyasada kapsamlı bir etki doğurmaması hususlarının hafifletici neden olarak göz önünde bulundurulması (...)" gerektiği kanaatine varmıştır.

10.10.2005 tarih ve 05-66/946-255 sayılı *Kozmetik* kararında, "(...) distribütörlerin, sektördeki 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal eder nitelikteki oluşuma sonradan ve perakendeci teşebbüslerin baskısıyla katılması, söz konusu ihlal niteliğindeki davranışların uzun süre devam etmemesi hafifletici



unsurlar olarak (...)” göz önünde bulundurulması gerektiği ifade edilmiştir.

**c) Rekabet Kurumu Tarafından Hazırlanan Cezaların Belirlenmesine İlişkin Kılavuz Taslağı**

Kurum tarafından, görüş ve önerilerin alınması için kamuya sunulmuş olan “4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 4. ve 6. Maddesinde Yasaklanmış Olan Davranışları Gerçekleştiren Teşebbüs ve Teşebbüs Birliklerine Verilecek Para Cezasının Belirlenmesine İlişkin Kılavuz Taslağı”<sup>1</sup> (“Taslak”), temelde AB düzenlemelerini esas almakta ve Kurul’un mevcut uygulamasını AB uygulamasına yaklaştırmak amacını gütmektedir.

Taslağın 5. maddesinde para cezalarının belirlenmesinde izlenecek aşamalar belirlenmiştir. Buna göre, 1998 Rehberi ve 2006 Rehberinde olduğu gibi, öncelikle ihlalin süresi ve ihlalin niteliği dikkate alınarak temel ceza miktarı belirlenecek; sonrasında ise, ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenler nazara alınacak; son olarak, etki edecek diğer faktörler ve etkin pişmanlık uygulaması incelenecek, bu şekilde nihai ceza miktarı tespit edilecektir.

Sistem, AB uygulamasına yaklaştırılmış; pişmanlık programları hafifletici nedenler arasından çıkarılmıştır. Maddede, temel ceza bakımından karteller için cironun %2’sinin, diğer ihlaller için ise, %1’inin esas alınacağı belirtilmiştir. Taslağın pek çok yerinde 1998 Rehberi içerisinde getirilen, ancak 2006 Rehberinde terk edilen kademe sistemi öngörülmüştür.

Taslakta 1998 Rehberine benzer ve fakat 2006 Rehberinden farklı bir şekilde, ihlalin süresi için iki kalıp belirlenmiştir. Buna göre, bir ila beş yıl arasında süren ihlallerde, ihlalin niteliğine göre belirlenen cezanın yarısı oranında; beş yıldan uzun süren ihlallerde ise bir katı oranında artırılacaktır. Bu kalıplar çok isabetsiz görünmektedir ve hemen hemen her somut olayda Rekabet Kurulu üyelerinin rahatsızlık duyacakları nisbi adaletsizlik durumlarına yol açacaklardır. 1 yıl 10 aylık bir ihlalle 4 yıl 10 aylık bir ihlal aynı kefedede değerlendirilirken 5 yıl 1 aylık bir ihlalin başka bir rejime tabi olması, seneler geçtikçe, yüz kızartıcı adaletsizliklere sebebiyet verebilecektir. Bu konuda, mutlaka barem getirilecekse, her yıl bazında barem getirilmesi gerektiği açıktır. Görüşlerimizi sınırlı tutmak amacıyla, bu konuyu da notlatıyoruz.

Ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenler taslak içerisinde sınırlayıcı olarak belirlenmemiştir. Taslakta, tekerrür en önemli ağırlaştırıcı neden olarak ele alınmış; bunun yanında eksik ve yanlış ilgi verilmesi ile ihlale liderlik etmenin ağırlaştırıcı neden olarak dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir.

Ayrıca, Taslağın 13. maddesi Kurulun, teşebbüslerin büyüklüğü, ihlalden elde edilen kazanç veya ihlal neticesinde ortaya çıkan zarar, caydırıcılığın sağlanması, ödeme gücü, esas alınan cirolar içerisinde ilgili ürünün ağırlığı, ürünün niteliği ve benzeri unsurları göz önünde bulundurarak, para cezasını, dörtte bire kadar arttırabileceğini veya azaltabileceğini hükme bağlamaktadır.

**Sonuç**

Karar veren konumundaki kişi için, her somut olay bakımından tutarlı bir çizgide ilerleme kaygısı kadar ciddi bir diğer kaygı da her somut olayda adil olabilme imkanını muhafaza etmektir. Bu yönden, ağırlaştırıcı ve hafifletici sebepleri düzenleyen hükümlere şekil verebilmek için bugüne kadar somut olay adaletinin sağlanması için hangi tedbirlerin alındığına ve nelerin eksik kaldığına da dikkatle bakılmalıdır. Bu çalışma bu yönde katkıda bulunma kaygısıyla hazırlanmıştır.

<sup>1</sup> Taslağa <http://www.rekabet.gov.tr/word/CezaKilavuzu.doc> adresinden ulaşılması mümkündür.