

**REKABET KURUMUNUN CEZA YÖNETMELİĞİ TASLAĞI:
HUKUK VE EKONOMİ PERSPEKTİFİNDEN BİR DEĞERLENDİRME**

*THE DRAFT FINE REGULATION OF THE TURKISH COMPETITION
AUTHORITY:
AN ANALYSIS FROM LAW AND ECONOMICS PERSPECTIVE*

Kerem Cem SANLI*

Öz

Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Teşebbüs Birliği Kararları ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek İdari Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik, 2009 yılından bu yana uygulanıyor olmasına rağmen, Türk Rekabet Hukuku uygulamasında ciddi bazı tartışmalara yol açmıştır. Yönetmelik, yaptırım politikasında caydırıcılık yaratmak ve tutarlılığı sağlamak üzere, aslında oldukça iyi niyetlerle yürürlüğe girmiştir. Fakat büyük ölçüde Rekabet Kurulunun tutarlı olmayan yorumu yüzünden, bu amaçların sağlanamayacağı kısa sürede ortaya çıkmıştır. Bu durumda, yeni bir Yönetmelik ihtiyacı ortaya çıkmıştır ve incelediğimiz yönetmelik değişikliği taslağı da işte böyle bir arka plan içerisinde hazırlanmıştır. Bu metin önemli değişiklikler içermektedir. Temel değişiklik teşebbüs cirosunun değil; teşebbüsün ihlalle ilişkili piyasadaki cirosunun esas alınacak olmasıdır. Yeni düzenlemeye göre, Rekabet Kurulu ihlalle ilgili piyasada teşebbüs tarafından elde edilen cironun %30'una kadar ceza vermeye yetkilidir ve ihlalin ağırlığı ceza oranının takdirinde temel faktör olarak belirlenmiştir. Ağır ihlaller için de üst eşiğe yakın orandan ceza verilmesi esası benimsenmiştir. Bu politika değişikliği iki açıdan isabetlidir: Optimal caydırıcılık ve hukuki ihtiyaç. İlgili piyasa cirosu, ihlalden elde edilen kâr ilgili piyasadan elde edildiğine göre, cezanın belirlenmesinde daha doğru referans noktasıdır. İkinci olarak, mevcut Yönetmelik'in temel sorununun teşebbüs cirosu olduğu dikkate alınırsa, ihlalle ilişkili piyasanın referans alınması muhtemelen daha tutarlı bir uygulamayı beraberinde getirecektir.

Anahtar Kelimeler: Rekabet Hukuku, Rekabet Kurumu, Yaptırım Politikası, Ceza Yönetmeliği, Optimal Caydırıcılık.

Abstract

The Fine Regulation has been in force since 2009 and despite its short history, it has given rise to controversies in Turkish Competition Law doctrine. Yet the Regulation was enacted with good intentions: To increase the deterrence and create consistency in fining practice. However, it has soon become clear that

* Yrd. Doç. Dr., İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi ve İstanbul Bilgi Üniversitesi Rekabet Hukuku ve Politikası Uygulama ve Araştırma Merkezi Müdürü.

these aims weren't attainable mainly due to Competition Board's unpredictable interpretation. Hence a need for a new legislation has emerged. The Draft Fine Regulation's preparation has this background. The Draft has brought drastic changes in method for setting fines. The main change is that the market turnover is taken as a proxy for calculating fines. According to the Draft, the Competition Board has an authority to determine up to %30 of the undertaking's turnover in relevant market. For severe infringements upper bound of %30 will be taken as a baseline. This change seems to be correct on two grounds: optimal deterrence and legal necessity. Market turnover is a better proxy for setting fines from economic perspective considering that the profit is accumulated from the relevant market. Secondly, taking market turnover criterion as a main reference will likely bring consistent implementation, given that unpredictability stems from the current "undertaking's turnover" criterion.

Keywords: Competition Law, Turkish Competition Authority, Enforcement Policy, Fine Regulation, Optimal Deterrence.

GİRİŞ

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (Kanun veya RKHK) 16. maddesi, Rekabet Kuruluna (Kurul) para cezalarının belirlenmesinde önemli bir takdir yetkisi vermektedir. Kurul, esasa ilişkin ihlalin söz konusu olması durumunda teşebbüsün cirosunun %10'una kadar idari para cezası verebilmektedir. Her ne kadar Kanun, cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilecek bazı faktörler sıralamışsa da, gerek bu ölçütler, gerekse Kabahatler Kanunu hükümleri, takdir yetkisini azaltacak vasfa sahip değildir. Nitekim 2009 yılına kadarki Kurul uygulamasına bakıldığında, idari para cezalarının tutarlı bir şekilde takdir edilmediği ve caydırıcılığın sağlanmadığı söylenebilir.

Nitekim Kurul da bu fikirde olacak ki, 2009 yılı başında yaptırım politikasında esaslı değişikliğe işaret eden iki yeni Yönetmeliği yürürlüğe sokmuştur. Bunlardan ilki "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Teşebbüs Birliği Kararları ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek İdari Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik" (Yönetmelik veya Mevcut Yönetmelik)¹, diğeri ise "Kartellerin Ortaya Çıkarılması İçin İşbirliği Yapılması Hakkında Yönetmelik"tir (Pişmanlık Yönetmeliği)². Bu iki metin incelendiğinde, cezaların belirlenmesinde Kurul'un takdir yetkisinin büyük ölçüde sınırlandığı ve ceza takdirinin objektif ölçütlere bağlandığı görülmektedir. Yaptırım politikasında yapılan bu değişiklik ile amaçlanan caydırıcılığın artırılması dışında, cezaların şeffaf bir usul içerisinde belirlenmesi

¹ Bkz. 15.2.2009 tarih ve 27142 sayılı RG.

² Bkz. 15.2.2009 tarih ve 27142 sayılı RG.

ve tutarlılığın sağlanmasıdır. Nitekim bu amaçlar, Yönetmelik'in gerekçesinde (m. 4/a, m.4/c) açık bir şekilde ifade edilmiştir.

Fakat geçtiğimiz beş senelik süreçte, bu amaçlara ulaşıldığını söylemek güçtür. Yönetmelik'in uygulanmasında ciddi sorunlar yaşanmış ve ne yazık ki tutarlılık, şeffaflık ve caydırıcılık tam olarak sağlanamamıştır. Uygulanan para cezalarında oransal bir artış olmamış, karteller açısından dahi ceza oranları 2009 yılı öncesi dönem ile aynı seviyede tatbik edilmiştir. Şeffaflık ve tutarlılık noktasında bir ölçüde iyileşme olduysa da, bu hususlarda da tam bir başarıdan bahsedilemez. Kartel kavramına, cironun belirlenmesine ve hatta teşebbüs kavramına ilişkin tutarsız bazı uygulamalar tartışma yaratmıştır. Muhtemelen bu sorunlar, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un İhlali Halinde Verilecek İdari Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik Değişikliği Taslağı'nın (Taslak Yönetmelik veya Taslak)³ hazırlanmasına gerekçe teşkil etmektedir. Rekabet Kurumu (Kurum), 2014 yılı başında, Taslak Yönetmelik'i tartışmaya açmış ve ilgililerden görüş talep etmiştir. Nitekim, bu makale de, Rekabet Kurumuna tarafımızca iletilen görüşün akademik yazım kurallarına göre genişletilmiş halinden ibarettir.

Bu görüşün, makale haline dönüştürülmesinin iki amacı vardır. İlk olarak Taslak'ın öngördüğü değişikliklerin kamuoyuna aktarılması hedeflenmiştir. Bu bağlamda Mevcut Yönetmelik ile Taslak arasındaki farklara işaret edilmiş, bu farkların olası nedenleri incelenmiş ve Taslak hükümleri etrafında idari para cezasının nasıl belirleneceği izah edilmiştir. Ayrıca mukayeseli hukuktaki örnekler ve özellikle AB Rekabet Hukukundaki mevzuat incelenmiş ve karşılaştırmaya yer verilmiştir. İkinci olarak ise normatif açıdan Taslak hükümleri ve temel politika değişikliği değerlendirilmiştir. Buradaki görüşlerimiz, büyük ölçüde hukuk ve ekonomi perspektifini esas almaktadır. Bu çerçevede optimal caydırıcılık (*optimal deterrence*) kuramı çerçevesinde Taslak'ın öngördüğü (temel para cezasının belirlenmesi, ağırlaştırıcı ve hafifletici hallerin uygulanması, caydırıcılık ve ödeme güçlüğüne dair) değişikliklerin yerinde olup olmadığı analiz edilmiştir. Bunun ötesinde hukuk tekniği açısından da inceleme yapılmış ve değişiklikler hakkındaki olumlu ve olumsuz hususlara dikkat çekilmiştir.

Baştan genel görüşümüzü ifade etmek gerekirse, Taslak'taki temel politika değişikliğinin (temel cezanın belirlenmesi) ekonomik ve hukuki açıdan isabetli olduğunu düşünüyoruz. Mevcut Yönetmelik'in henüz beş senedir uygulanıyor olmasından bahisle değişiklik ihtiyacının ivedi olup olmadığı tartışılır olmakla

³ Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un İhlali Halinde Verilecek İdari Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik Değişikliği Taslağı, <http://www.rekabet.gov.tr/ile/?path=ROOT%2fDocuments%2fG%C3%BCncel%2fk%C4%B1lavuzlar%2fcezaaa.pdf>, Erişim Tarihi: 24.01.2014.

birlikte, uygulamada ciddi bazı aksaklıklar vardır. Taslak, bu aksaklıklara büyük ölçüde (*iyimser öngörü*) çözüm getirmektedir. Ayrıca Taslak'ın, Avrupa Birliği (AB) Komisyonunun 2006 yılı Ceza Kılavuzu'nu esas alması da son derece olumludur. AB hukukundaki içtihatlar, Taslak hükümlerinin yorumunda önemli bir referans kaynağı olacak ve bu da tutarlı uygulama ihtimalini arttıracaktır.

Fakat Taslak Yönetmelik'in, yaptırım politikasındaki aksaklıklara ancak bir ölçüde çözüm getirebileceğini belirtelim. Asıl önemli olan, Taslak'ın lafzından ziyade, bu metnin Kurul tarafından somut olay bazında tutarlı ve amaca uygun yorumudur. Bu ise, ancak gerekçeli kararlarda Taslak hükümlerin nasıl anlaşıldığının ve uygulandığının izahatı ile mümkün olur. Aksi halde Taslak, sağladığı geniş takdir yetkisi çerçevesinde, rekabet hukukunun tamamen etkisizleşmesine neden olabilir (*kötümser öngörü*). Kötümser senaryonun ortaya çıkmaması için, Danıştay'ın da içtihatlarına paralel olarak⁴, Kurul gerekçeli kararlarında cezayı nasıl takdir ettiğini açıklamalıdır. Hatta bu konuda Kanun'da yapılacak bir düzenleme ile ceza takdirinin gerekçeli kararda yazılması zorunluluğu getirilebilir. Bu türden bir düzenleme, şeffaflığa ve hukuk güvenliğine hizmet edecektir.

Sistematik olarak aşağıda öncelikle Taslak Yönetmelik'in öngördüğü temel politika değişikliklerini ele alıyor, mukayeseli hukuktaki bazı örneklerle yer verdikten sonra da Taslak hükümlerini normatif açıdan değerlendiriyoruz. Burada önce optimal caydırıcılık kuramının temel ilkelerini aktarıyor, akabinde de Taslak hükümlerinin yerindeliğini bu ilkeler ışığında analiz ediyoruz. Sonrasında da, hukuk tekniği açısından Taslak hükümlerinin isabetini irdeliyoruz. Belirtelim ki Mevcut Yönetmelik bakımından da dillendirilen, cezaların kanuniliği ilkesini bu çalışmada ele almıyoruz. Kanun'daki hüküm karşısında bu tartışmanın Kanun Tasarısı bağlamında yapılması gerektiğini düşünüyoruz. Son olarak, Yönetmelik yaptırım politikasının ancak bir parçasıdır. Bu politikadaki aksaklıkların bir kısmı (teşebbüs ciroosu, cezaların kanuniliği ilkesi, yöneticilerin cezalandırılması, ciro yılı vs.), Yönetmelik değil, Kanun'dan kaynaklanmaktadır. Şu anda RKKH'da önemli değişiklikler öngören Kanun Tasarısı'nın TBMM'de görüşülmekte olduğu dikkate alınırsa, Taslak Yönetmelik'in bekletilmesi ve Kanun Tasarısı ile birlikte ele alınması, hem yasama tekniği hem de tutarlık ve bütünsellik açılarından daha doğru olur.

⁴ Danıştay 13. D. 2.4.2012 tarih ve E. 2010/4769 sayılı TEB kararı.

1. GENEL TESPİTLER

Taslak hükümlerini incelemeden önce Taslak'ın geneliyle ilgili temel bazı tespitlere yer vermek isabetli olur. Taslak, cezanın belirlenmesinde Mevcut Yönetmelik'e paralel bir sistematik (yöntem) öngörmekle birlikte, muhteva olarak önemli farklar içermektedir. Bu nedenle yeni bir yönetmelik ile düzenleme yapılması isabetli bir yasama tekniğidir. Taslak'ın yaptırım politikasında pratikte esaslı bir değişikliğe neden olup olmayacağını zaman gösterecek olmakla birlikte, öngörülen farklı ölçütler çerçevesinde kayda değer değişiklik getirebileceğini düşünüyoruz.

Taslak'ın öngördüğü temel değişiklik cezanın belirlenmesinde teşebbüs cirosu yerine teşebbüsün ilgili piyasadaki cirosunun (ve %30 tavan eşliğinin) esas alınmasıdır. Bu iki değişikliğin, (süre hükmünü de dikkate aldığımızda) ceza tutarlarında esaslı farklar yaratması muhtemeldir. Bu hükümler ve yeni caydırıcılık hükmü çerçevesinde, Mevcut Yönetmelik'ten tamamen farklı cezaların ortaya çıkabileceğini öngörüyoruz. Bu bilhassa cirosunu ağırlıklı olarak ihlalin gerçekleştiği piyasadan elde eden teşebbüsler açısından geçerlidir.

Taslak, AB Komisyonunun 2006 yılında benimsediği Avrupa Birliği Ceza Kılavuzundan (AB Ceza Kılavuzu) esinlenmiştir. Hatta esinlenmenin ötesinde, Taslak'ın AB Ceza Kılavuzu ile (birkaç fark dışında) tamamen aynıyet gösterdiği söylenebilir⁵. Bu nedenle AB Komisyonu ve AB Mahkemelerinin AB Ceza Kılavuzu'nun yorumunda benimsediği ilkeler, ülkemiz açısından yol gösterici olacaktır.

Taslak, cezanın belirlenmesinde Kurul'un takdir yetkisini bir ölçüde arttırmıştır. Bu bilhassa temel para cezasının belirlenmesi (%30'a kadar-ağır ihlal kavramı), caydırıcılık ve ödeme güçlüğü hükümlerinde kendini göstermektedir. Her ne kadar, ağırlaştırıcı ve hafifletici haller açısından takdir yetkisi sınırlanmışsa da (tavan sistemi)⁶, bu üç hüküm ceza miktarını daha çok etkilediği ölçüde Kurul'un takdir yetkisi genişlemiştir. Takdir yetkisinin genişlemesinin, bir ölçüde belirsizliği arttırdığı söylenebilir. Şüphesiz bu önermemiz, Kurul'un tutarlı içtihatlar benimsemesi halinde geçerli olmayacaktır. Zira Taslak, takdir yetkisinin kullanılmasında dikkate alınacak unsurları da açıklamaktadır. Fakat

⁵ Bkz. aşağıda "4.1. Avrupa Birliği Hukuku" başlıklı kısımdaki açıklamalar.

⁶ Ağırlaştırıcı haller açısından (tekerrür haricinde) %100 ve hafifletici haller açısından da %75 tavan olarak belirlenmiştir. Bu tür bir sınırın mehz hukukta yer almadığını belirtelim. Tavan sistemi, sadece ağırlaştırıcı haller değil, baz ceza ve nihai ceza için de geçerlidir.

geçmiş dönemdeki bazı açılardan tutarsız uygulamayı⁷ dikkate alırsak, Taslak'ın hukuki belirsizlik açısından eleştiriye açık olduğu iddia edilebilir⁸.

2. ÖNEMLİ DEĞİŞİKLİKLER

Taslak hükümleri ile Mevcut Yönetmelik mukayese edildiği zaman, otuz civarında değişiklik göze çarpmaktadır. Bu değişikliklerin az bir kısmı şekle ve sistematığe ilişkin olup, çoğu “esas”, yani cezanın belirlenmesini etkilemektedir. Burada belli başlı değişiklikler Taslak'ın öngördüğü sistematik çerçevesinde kısaca izah edilecektir.

2.1. Temel Para Cezasının Belirlenmesi

Temel para cezasının belirlenmesinde dört önemli fark vardır:

- Temel para cezasının belirlenmesinde teşebbüs cirosu yerine ilgili piyasa cirosu ölçütü benimsenmiş ve oran olarak da, %30 tavanı getirilmiştir. Kurul teşebbüsün ihlal ile doğrudan veya dolaylı olarak ilgili piyasadan elde ettiği cironun %30'una kadar baz ceza⁹ı takdir edebilir. İhlal tiplerine dair öngörülen referans aralıkları terk edilmiş, kartel ve diğer ihlaller ayırımı yerine; ağır ihlal ve diğer ihlaller (veya hafif ihlal) ayırımı getirilmiştir. Takdir yetkisi bu hüküm çerçevesinde artmakla birlikte, ihlalin ağırlığı ile neyin kastedildiği daha kapsamlı açıklanmış ve ağır ihlaller için üst sınıra yakın bir oran belirlenmesinin kural olduğu belirtilmiştir.
- Temel para cezasının iki aşamalı belirlenmesi sistemi muhafaza edilmiştir. Önce baz ceza, akabinde sürenin dikkate alınması ile temel ceza belirlenir.

⁷ Rekabet Kurulunun yaptırım politikasının gerek 2009 Ceza Yönetmeliği gerekse akabindeki dönem itibarıyla tutarlı olmadığı hakkında yaygın bir kanaat söz konusudur. Bkz. bu konuda SANLI K.C. (2009), Rekabet Hukuku Yaptırım Politikasında Yeni Dönem: Ceza ve Pişmanlık Yönetmelikleri, XII Levha Yayınevi, İstanbul, Türkiye; ARI H., G. KEKEVİ ve E. AYGÜN (2008), “Rekabet Kurulunun Kartellere Uyguladığı Para Cezalarının Değerlendirilmesi”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu VI* içinde, Kayseri, Rekabet Kurumu Yayını No:216, s.119-184; KEKEVİ G. (2014), “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK) m.16/3 Uyarınca Para Cezası Verilmesine İlişkin Rekabet Kurulu ve Danıştay Kararlarının Ceza Yönetmeliği Bağlamında Değerlendirilmesi”, *Rekabet Hukuku ile İlgili Kurul ve Yargı Kararları Sempozyumu III* içinde, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, Ankara, s.41-74; GÜNDÜZ, H. (2012), “Fines in Turkish Competition Law: Has the Lottery Ended”, *Rekabet Dergisi*, No:13(4), s. 52-58; ARI, H. ve E. AYGÜN (2009), “Rekabet Kurulu'nun Ceza Yönetmeliği: Yeni Bir Dönemin Ayak Sesleri”, *Rekabet Dergisi*, No:10(4), s. 10-15; EROĞLU, M. (2012), “2011 Yılındaki Gelişmelerin Değerlendirilmesi”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-X* içinde, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, s. 165-173.

⁸ İlgili piyasanın belirlenmesine alt ve üst sınır getiren hükümler ile bu belirsizliğin bir ölçüde azaltıldığını da hemen belirtelim.

⁹ Baz ceza ile kastedilen sürenin etkisinin henüz dikkate alınmadığı ceza miktarıdır. Sürenin etkisi dikkate alındığında ceza miktarı temel ceza adını alır.

Baz cezaya dair referans aralıkları, Mevcut Yönetmelik'te zararın ağırlığı ve teşebbüslerin gücü (ve diğer) ölçütlerine göre belirleniyorken, Taslak ihlalin ağırlığı ölçütünü getirmiş ve bunu da açıklamıştır. Buna göre ihlalin ağırlığı, teşebbüslerin 1-piyasa gücü, 2-ihlalin niteliği ve 3-zarar ölçütleri dikkate alınarak belirlenir. Dolayısıyla; Mevcut Yönetmelik'ten farklı olarak ihlalin niteliği de, baz cezayı etkileyen bir faktör olarak eklenmiştir. Bu, muhtemelen ihlal tipine bağlı referans oranlarının terk edilmesi üzerine yapılan bir değişikliktir. Taslak daha da ileri gitmiş ve zarar faktöründen de ne anlaşılabileceğini açıklamıştır. Buna göre: a-coğrafi piyasanın kapsamı, b-teşebbüslerin toplam büyüklüğü ve c-ihlalin uygulanıp uygulanmadığı dikkate alınarak zarar büyüklüğü belirlenir.

- Üçüncü önemli değişiklik, şüphesiz sürenin etki biçimidir. Mevcut Yönetmelik süreye göre iki çarpan benimsemişken (%50 ve %100), Taslak sene çarpanını benimsemiştir. Dolayısıyla baz cezanın süreye göre 7-8 kat artması olasıdır. Bu, sürenin ceza üzerindeki etkisini arttırmaktadır. Taslak, ağır ihlal kavramını getirmiş ve eskiden kartel tanımı kapsamında sayılan eylemler ağır ihlal olarak vasıflandırılmıştır. Bu iki kavram arasında iki önemli fark vardır. İlki, alım ve satım koşullarının (fiyat dışındaki) ağır ihlal olarak nitelendirilmiş olmasıdır. Bu klasik olarak kartel kapsamında yer almayan bir anlaşma tipidir. İkinci olarak kartel tanımındaki anlaşma konuları tahdididir. Oysa Taslak “gibi” kavramına yer vererek Kurul’un takdir yetkisini genişletmiştir. Bunun dışında, arzın kısılması, ihalelerde danışıklık, piyasa paylaşımı ve fiyat tespiti hükümleri aynen muhafaza edilmiştir. “Ağır ihlal için %30’a yakın belirleme yapılır” denilerek, baz cezanın belirlenmesindeki takdir yetkisi sınırlanmıştır. Bu çerçevede “*de facto*” hafif ve ağır ihlal ayrımı benimsenmiş olmaktadır.

2.2. Ağırlaştırıcı Haller

Ağırlaştırıcı hallere ilişkin hükümde (Taslak, m.7) hem oranlar, hem de hallerde değişiklik vardır. Buna göre:

- Mevcut Yönetmelik'te yer alan “soruşturma kararının sonrasında ihlale devam” ve “incelemeye yardımcı olmama” başlıklı ağırlaştırıcı haller kaldırılmıştır. Bunlar artık ceza miktarını etkilemeyecektir. Tekerrür, ihlale zorlama ve taahhütlere uymama ise, bazı değişiklikler ile muhafaza edilmiştir. Örneğin tekerrür ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. Mevcut Yönetmelik'te yer alan “ihlale zorlama” kavramı, belirleyici etki başlığı altında zikredilmiş ve buna ilişkin geniş bir tanım verilmiştir. Örneğin ihlalde başlatıcı olmak

veya rakipleri güdülemek de belirleyici etki kapsamına alınmış ve zorlama dışında, başka haller de ağırlaştırıcı hal olarak kabul edilmiştir.

- Ağırlaştırıcı hallerin temel ceza üzerindeki etkisi yine ikili ayrıma tâbidir: Tekerrür ve diğerleri. Tekerrür, cezanın %100'e kadar arttırılması nedenidir ve (7. maddedeki) üst sınıra tâbi değildir. Mevcut Yönetmelik tekerrürün %50 ila %100 arasında bir artışa neden olacağını hükme bağlamaktadır. Bu açıdan tekerrürün tatbikinde alt sınır kaldırılarak takdir yetkisi artmıştır. Keza tekerrür, en önemli ağırlaştırıcı hal olma özelliğini korumaktadır. Mevcut Yönetmelik'te taahhütlere uymama %50 ilâ %100; zorlama ise %25'e kadar artırımı neden oluyorken, bu fark kaldırılmış ve diğer ağırlaştırıcı hallerin, %50'ye kadar etkili olması öngörülmüştür. Burada da herhangi bir alt sınır yoktur¹⁰. Bu çerçevede Kurul'un takdir yetkisinin üst sınır açısından daraltıldığını; alt sınır açısından genişlediğini söyleyebiliriz.

2.3. Hafifletici Haller

Hafifletici hallere ilişkin hükümde (Taslak, m.8) hem oran, hem de konu açısından değişiklik vardır. Buna göre:

- “İhlal konusu faaliyetlerin yıllık gayri safi gelirler içerisindeki payının çok düşük olması” başlıklı hafifletici neden doğal olarak Taslak'ta yer almamaktadır. Keza, ikinci fıkradaki başka bir kartel hakkında bilgi verilmesi ve diğer ihlallere ilişkin aktif işbirliği hükümleri Taslak'ta yoktur. Fakat hemen belirtelim ki Taslak'ın 8/1(c) hükmü yasal yükümlülüğün kapsamı dışında işbirliği yapılmasını hafifletici hal olarak öngörmüştür¹¹. Hükümün geniş kapsamı çerçevesinde bu kaldırılan iki halin kolaylıkla Taslak'ın 8/1(c) hükmü kapsamında görülmesi mümkündür. Bunun dışındaki dört hafifletici hal muhafaza edilmiş ama bazı değişiklikler yapılmıştır¹². Örneğin, diğer ihlallere son verilmesi ile neyin kastedildiği açıkça belirtilmiş; zarar tazminine ilişkin olarak tam ve gönüllü tazmin şartları kaldırılmıştır. Yeni bir hafifletici hal öngörülmüştür: Buna göre teşebbüsün ihlale katılımı (süre haricinde) daha sınırlı ise, bu da bir indirim nedenidir.
- Taslak'ın 8. Maddesinde hafifletici hallerin her biri için 1/3'e kadar indirim yapılacağı ve toplamdaki indirimin de 3/4'ten fazla olmayacağı belirtilmiştir. Bu çerçevede iki değişiklik söz konusudur. İlk olarak, hafifletici hallerin her

¹⁰ Mevcut Yönetmelik'te, “ihlale zorlama” dışındaki tüm ağırlaştırıcı haller açısından alt sınır bulunmaktaydı.

¹¹ Hükümün lafzı tam olarak şu şekildedir: “Pişmanlık Yönetmeliği kapsamı dışında ve yasal yükümlülüğün ötesinde Kurul ile işbirliği yapılması”.

¹² Dolayısıyla Mevcut Yönetmelik'teki 6 hafifletici hal, 5'e inmiş, 3 değişiklik yapılmıştır.

biri için (aynen ağırlaştırıcı hallerde olduğu gibi) bağımsız indirim oranı tatbik edilecektir. İkincisi Mevcut Yönetmelik'te 1/4 ila 3/5 aralığı kaldırılmıştır. Dolayısıyla aynı zamanda indirim oranının alt sınırına yer verilmemiştir. Bu hüküm çerçevesinde, alt sınır olmadığı için Kurul indirim nedenlerinin ceza üzerindeki etkisini “az” takdir edebilir.

2.4. Yeni Düzenlemeler

Taslak, Mevcut Yönetmelik'te yer almayan tamamen yeni iki kurum ihdas etmiştir. İlki caydırıcılık başlığı altında yer almaktadır ve özetle iki halde ceza miktarının arttırılabileceği öngörülmektedir (Taslak, m.9). İlki, farklı piyasalarda faaliyet gösteren teşebbüsler açısından ceza miktarı arttırılabilir. Bu Mevcut Yönetmelik'teki “ihlal konusu faaliyetlerin yıllık gayri safi gelirler içerisindeki payının çok düşük olması” başlıklı indirim nedeninin simetrisidir. İkincisi ise, ihlalden elde edilen kazancın cezadan yüksek olması veya piyasa cirosunun ihlaldeki ağırlığı yansıtmamasıdır.

Diğer kurum ise teşebbüsün ceza nedeniyle ödeme güçlüğüne düşmesi halinde indirim yapılmasıdır (Taslak, m.10). Burada ispat yükü teşebbüs üzerindedir ve hüküm istisnai olarak uygulanır.

2.5. Diğer Değişiklikler

Yukarıda sayılanlar dışında Taslak başka değişiklikler de getirmektedir. Örneğin Taslak'ın kapsamı daha geniştir, sadece RKHK'nin 4 ve 6. madde ihlallerine değil; uygun düştüğü ölçüde 7. madde ihlallerine de uygulanır.

Taslak, tanımlara ilişkin hükmü kısaltmıştır. Kartel, yıllık gayri safi gelir¹³, aktif işbirliği yönetmeliği, diğer ihlaller ve Kurum tanımları Taslak'tan çıkarılmıştır.

Cezanın üst sınırına ilişkin düzenleme sistematik olarak farklı şekilde yapılmıştır (Taslak, m.11). Uygulamadaki tereddütleri gidermek adına burada tüm ekonomik bütünlüğün dikkate alınacağı açıkça belirtilmiştir. Buradaki önemli bir değişiklik, ulusal değil, global cironun dikkate alınacak olmasıdır. Keza teşebbüs birliği açısından da cironun belirlenmesinde teşebbüslerin cirolarının esas alınacağını hükme bağlanmıştır.

Mevcut Yönetmelik'te 8. maddede düzenlenen çalışanlara ceza verilmesine ilişkin hüküm yerine Taslak'ta, kartel ve diğer ihlal ayırımı yapılmaksızın, teşebbüse verilen cezanın %5'ine kadar para cezası verileceği hükmü getirilmiştir. Dolayısıyla kartellerdeki %3 alt sınırı kaldırılmıştır.

¹³ Tek düzen hesap planındaki net satışlar gayri safi geliri ifade etmektedir (bkz. Yönetmelik m.3/1(f)).

2.6. Değişikliklerin Genel Olarak Tasnifi

Yukarıda kısaca özetlediğimiz değişikliklerin farklı vasıf ve işlevleri vardır. Bazı hükümler muhteva değişikliği öngörmeyip, Mevcut Yönetmelik'teki uygulama tereddütlerini ortadan kaldırmaya yöneliktir. Mesela teşebbüs birliklerinin ihlale taraf olduğu bir senaryoda, Taslak'ta, ihlalin üyelerin faaliyetlerine ilişkin olması halinde, üye teşebbüslerin ilgili piyasa cirolarının esas alınacağı belirtilmiştir. Bu hüküm, Mevcut Yönetmelik hükümlerinin uygulanmasındaki sorunları gidermeye yönelik olabilir. Keza benzer şekilde, teşebbüs cirosunun belirlenmesinde, tüm ekonomik bütünlüğün dikkate alınacağı açık ve net bir şekilde bir defa daha yer almıştır. Bu da Mevcut Yönetmelik hükümlerinin tatbikinde sorunlu alanlardan biridir¹⁴ ve hüküm bu sorunu çözmeyi amaçlamaktadır¹⁵. Yine bir başka hüküm, tekerrüre ilişkindir. Tekerrür, Taslak'taki 7. maddede ayrı bir fıkra ile düzenlenmiş ve yasaklayıcı maddelerden birinin ihlalinin ve idari kesinliğin yeterli olduğu açıkça hükme bağlanmıştır. Tekerrüre dair mevcut uygulama tutarlılık arz etmediği için¹⁶, bir ölçüde bu hükmün bunu telafi etmeyi amaçladığı düşünülebilir. Bir başka hüküm, ağırlaştırıcı ve hafifletici hallerin ardışık uygulanacağını açıkça belirtilmesidir. Mevcut Yönetmelik, bu hallerin temel para cezasına ayrı ayrı uygulanacağını açıkça belirtmesine rağmen, Kurul, önce ağırlaştırıcı sonra hafifletici halleri uygulamaktaydı¹⁷. Bu şekilde Taslak, mevcut Kurul uygulamasına ve Türk ceza hukuku ilkelerine uyumlu bir düzenleme öngörmüştür.

Taslak, başlangıç kısmındaki tanımları kısaltmakla birlikte, temel bazı kavramlar ile neyin kastedildiğini açıklamıştır. Örneğin ihlalin ağırlığı kavramı, üç faktöre göre belirlenmektedir: Teşebbüslerin piyasa gücü, ihlalin niteliği ve ihlalin neden olacağı zarar. Yine, takip eden fıkralarda ağır ihlale örnek haller sayılmıştır ve ayrıca zararın da hangi faktörlere göre belirleneceği izah edilmiştir. Keza, benzer şekilde, Mevcut Yönetmelik'te ağırlaştırıcı hal olarak yer alan ihlale zorlama Taslak'ta genişletilerek muhafaza edilmiş, belirleyici etki üst başlığı

¹⁴ Yönetmelik hükümleri açık şekilde tüm teşebbüs cirosunun esas alınacağını belirtmiş olmasına rağmen, Kurul bazı kararlarında (özellikle cironun yüksek olduğu olaylarda) sadece ilgili piyasa cirosunu esas almaktadır. Örneğin bkz. 28.10.2010 tarihli ve 10-68/1445-545 sayılı; 7.3.2011 tarihli ve 11-13/243-78 sayılı Kurul kararları.

¹⁵ Gerçi burada cironun ulusal ciro değil, global ciro olduğunu ve bunun farklılık arz ettiğini tekrar belirtelim.

¹⁶ Tekerrürün uygulanmadığı bazı kararlar için bkz. 23.6.2011 tarihli ve 11-39/838-262 sayılı, 13.7.2011 tarihli ve 11-42/911-281 sayılı ve 6.4.2012 tarihli ve 12-17/499-140 sayılı Kurul kararları.

¹⁷ Bkz. Rekabet Kurulunun 3.11.2009 tarih ve 09-51/1245-314 sayılı *Bodrum Feribot* kararı.

altında düzenlenmiştir.

Taslak ceza politikasında değişikliğe işaret eden hükümler ihtiva etmektedir. İlgili piyasadan elde edilen cironun esas alınması, %30 eşiği, sürenin ceza üzerindeki etkisi, caydırıcılık ve ödeme güçlüğüne dair hükümler, cezaların belirlenmesinde, farklı bir döneme girildiğini göstermektedir. Hal böyle olunca bazı hükümler, yeni bazı hükümlerin uygulanmasını kolaylaştırmaya yöneliktir. Mesela ilgili piyasa cirosunun hesaplanmasında 2010/4 sayılı Tebliğ hükümlerinden yararlanılacağına dair Taslak'taki 5/2. madde hükmü bu türdendir. Keza ihlale katılan teşebbüsün cirosu yoksa, Kabahatler Kanunu'nun 14. maddesinin uygulanacağını belirten hüküm de bu kapsamda düşünülebilir (Taslak, m.5/4)¹⁸.

Taslak bir yönüyle Kurul'un cezanın belirlenmesindeki takdir yetkisini arttırmakta (*ilgili piyasa-baz cezanın %30'a kadar belirlenmesi-caydırıcılık-ödeme güçlüğü*) ama diğer taraftan bunu dengeleyen ve Mevcut Yönetmelik'te yer almayan hükümler içermektedir. Örneğin Taslak'ta (tekerrür haricinde) ağırlaştırıcı (Taslak, m.7/1) ve hafifletici hallere (Taslak, m.8/2) açık bir "tavan" (*cap*) konmuştur. Keza, temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınacak olan faktörler daha açık bir şekilde belirtilmiş ve bunlar tanımlanmıştır. Bu açıdan geniş takdir yetkisi ile hukuk güvenliği arasındaki gerilimin izlerini Taslak'ta görmek mümkündür.

3. TASLAK ÇERÇEVESİNDE CEZANIN BELİRLENMESİ

Mevcut Yönetmelik çerçevesinde Kanun'un 4. veya 6. maddesini ihlal eden teşebbüse uygulanacak idari para cezası, 6 aşamalı bir yöntem ile

¹⁸ Kabahatler Kanunu'nun ilgili maddesi aynen şu şekildedir: "(1) Kabahatin işlenişine birden fazla kişinin iştirak etmesi halinde bu kişilerin her biri hakkında, fail olarak idarî para cezası verilir. (2) Özel faillik niteliğinin arandığı durumlarda, kabahate iştirak eden ve bu niteliği taşımayan kişi hakkında da fail olarak idarî para cezası verilir. (3) Kabahate iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir. Kabahatin işlenişine iştirak eden kişi hakkında, diğerlerinin sorumlu olup olmadığı göz önünde bulundurulmaksızın idarî para cezası verilir. (4) Kanunda özel faillik niteliğini taşıyan kişi açısından suç, diğer kişiler açısından kabahat olarak tanımlanan fiilin, bu niteliği taşıyan ve taşımayan kişiler tarafından ortaklaşa işlenmesi halinde suçta iştirake ilişkin hükümler uygulanır." Bu hüküm, doğrudan ihlalden fayda sağlamamakla birlikte, ihlalin gerçekleşmesini kolaylaştıran teşebbüsler açısından uygulama alanı bulacaktır. Örneğin otomotiv sektöründe perakende seviyesinde bir kartel kurulduğunu ve karteğe taraf teşebbüslerin sayılarının çok olması ve piyasa şartları nedeniyle, kartelin uygulanmasını kolaylaştırmaya yönelik bir danışmanlık firması ile anlaşma yapıldığını varsayalım. Anlaşmaya göre, danışmanlık firması kartel anlaşmasına uyulup uyulmadığını denetlesin ve uymayanlara cezalar uygulasin. İşte bu durumda danışmanlık firmasının da ceza alması gerekir. Keza benzer olarak, danışmanlık firması aracılığı ile hassas bilgilerin paylaşılması gibi durumlarda da bu hüküm işletilecektir.

belirlenmektedir. Buna göre, teşebbüsün cirosu belirlenmekte, akabinde kartel veya diğer ihlal olmasına göre, (piyasadaki güç ve zarar faktörleri dikkate alınarak) baz cezanın oranı tespit edilmekte ve sonrasında süre çarpanı uygulanarak temel ceza bulunmaktadır. Bundan sonra ayrı ayrı, ağırlaştırıcı ve hafifletici haller uygulanmaktadır.

Taslak, büyük ölçüde bu yöntemi benimsemiş, sadece buna iki ayrı aşama eklemiştir. Kısaca belirtmek gerekirse Taslak çerçevesinde ceza belirlenirken şu aşamalar söz konusudur:

1. İlgili piyasa belirlenmesi (ihlalle doğrudan veya dolaylı ilgili piyasa)
2. Cironun tespiti (karardan önceki mali yıl net satışlar)
3. İhlal tipinin vasıflandırılması (ağır-hafif ihlal)
4. Baz ceza (hafif ihlaller: $\%x < \%30$; ağır ihlaller $\%15 < \%x < \%30$)
5. Süre çarpanı dikkate alınarak temel para cezası tespiti
6. Ağırlaştırıcı hallerin uygulanması
7. Hafifletici hallerin uygulanması
8. İkincil ağırlaştırıcı ve hafifletici hal denetimi (caydırıcılık ve ödeme gücü)

Bu yöntem çerçevesinde cezanın belirlenmesinde üç unsurun belirleyici olduğu görülmektedir. İlki ilgili piyasanın tanımlanmasıdır. Piyasanın ne şekilde tanımlandığı, ceza tutarını doğrudan etkileyecektir. Burada ilgili piyasanın belirlenmesinin teknik bir analiz olmayabileceğini, önemli olan ihlalden elde edilen cironun (ve dolaylı olarak kârlılığın) belirlenmesi olduğunu belirtmek gerekir. İkinci husus, ihlalin ağırlığıdır. Kartel benzeri bir ilişki söz konusu ise, takdir yetkisi daraltılmış ve %15 üzerinde bir oranın esas alınması gerektiği belirtilmiştir. Fakat Mevcut Yönetmelik'te %0,5 ila %4 aralığının benimsendiği dikkate alınırsa, her durumda geniş bir oran aralığı söz konusudur. Nihayet üçüncü faktör de süredir. İhlalin süresini tespit etmek kolaydır ve bu faktör takdir yetkisine yer bırakmaz. Ancak süre, (Mevcut Yönetmelik'e kıyasla) cezanın belirlenmesinde son derece önemli bir rol oynamaktadır.

4. MUKAYESELİ HUKUK

Taslak hakkında değerlendirme yapmadan önce, referans olması açısından başta AB hukuku olmak üzere, temel bazı ceza kılavuzlarını ele almak isabetli olur. Yaptırım sistemi ülkeden ülkeye farklılıklar göstermektedir. Genellikle idari bir otorite rekabet hukukuna aykırı davranışlar hakkında yaptırım uygulamakla

birlikte, yaptırımların mahkemeler tarafından uygulandığı ülke sistemleri de bulunmaktadır.¹⁹ Ülkemizde yaptırımların Kurul tarafından uygulandığını dikkate alınarak, mukayeseye konu olabilecek bazı ülke sistemleri aşağıda ele alınmıştır. Bu amaçla, önce AB hukukunu, akabinde Alman ve İngiliz hukukundaki durumu kısaca açıklıyoruz.

4.1. Avrupa Birliği Hukuku

AB hukukunda idari para cezalarının belirlenmesine ilişkin ilk Kılavuz, 1998 yılında uygulanmaya başlanmıştır. Uygulamadaki aksayan yönlerine ilave olarak, Rekabet Hukuku Tatbikine Dair 1/2003 Sayılı Tüzük'ün yürürlüğe girmesiyle birlikte Ceza Kılavuzu'nun değişmesi ihtiyacı kendini daha da hissettirmiş ve 2006 yılında, halen yürürlükte olan 1/2003 Sayılı Tüzük'ün 23/2(a) Maddesine Göre Verilen Para Cezalarının Yönteminin Belirlenmesi Hakkında Kılavuz yayınlanmıştır (AB Ceza Kılavuzu)²⁰.

AB Ceza Kılavuzu ile Taslak hemen hemen ayniyet göstermektedir; dolayısıyla tekrardan kaçınmak için AB Ceza Kılavuzu'nun uygulama esaslarını açıklamaktan ziyade, farklı hususlar üzerinde durmak isabetli olur²¹. Göze çarpan **ilk fark**, cironun baz alındığı yıl açısından, AB Ceza Kılavuzu'nda karar yılının değil, ihlale taraf olunan yılın esas alınmasıdır. Bu hükmün varlığı, ihlale katılma yılının, kartelden elde edilen ilave kâr (veya kartelin sosyal maliyeti) için daha doğru bir referans (*proxy*) olması ile açıklanabilir²².

Baz ceza oranının belirlenmesinde temel parametre, ihlalin ağırlığıdır. İşte, **ikinci fark**, AB Ceza Kılavuzu'nda ihlalin ağırlığı unsurunun üç değil, dört parametre çerçevesinde belirlenmesidir. Taslak'tan farklı olarak AB Ceza Kılavuzu, ihlale konu davranışın uygulanıp uygulanmadığının da dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Bu faktör de, ihlalden elde edilen kâr (veya ihlalin neden

¹⁹ Mesela ABD ve Kanada gibi ülkelerde bazı rekabet hukuku ihlalleri doğrudan suç kabul edilerek, ceza hukuku kapsamında soruşturulmakta ve yaptırımlar da mahkemeler tarafından da belirlenmektedir. Örneğin ABD'de, kartellere ilişkin yaptırımlar, (genel) Federal Cezalandırma Kılavuzu kapsamında yer alan Antitröst Cezalandırma Rehberi'ne göre belirlenmektedir. Diğer bazılarında (Yeni Zelanda gibi) yine mahkemeler yaptırımları belirlemekte ve fakat ceza hukuku değil, özel hukuk yaptırımları tatbik edilmektedir.

²⁰ Bkz. 1.9.2006 tarihli OJ C.210/2.

²¹ Kılavuz'un uygulanma esasları hakkında bkz. AYGÜN, E. (2008), *Rekabet Hukukunda Para Cezaları: Teori ve Uygulama*, Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu Yayını, No: 220, Ankara.

²² Burada bir nüansa da dikkat çekmek gerekir: AB Ceza Kılavuzu, ihlalin doğrudan veya dolaylı ilişkili olduğu ürün ve hizmetlerden elde edilen cironun esas alınacağını belirtmekte; doğrudan ürün piyasası atfı yapmamaktadır. Bunun esaslı bir fark olmadığını düşünüyoruz.

olduğu sosyal maliyet) ile doğrudan ilişkili olması itibarıyla Kılavuz'da yer almış gözükmemektedir. Taslak ise bunu zarar kapsamı içerisinde bir alt unsur olarak ele almış, dolayısıyla tamamen göz ardı etmemiştir.

Üçüncü fark, ağır ihlal olarak nitelendirilen, fiyat tespiti, piyasa paylaşımı ve arzın kısılması konularındaki anlaşmalar için, AB Ceza Kılavuzu'nda giriş ücreti (*entry-fee*) adı verilen ilave bir yaptırım oranının (%15 ila 25) eklenmesidir²³. Taslak'ta da ağır ihlaller için daha yüksek bir oran öngörülmüş olmakla birlikte, farklı bir yöntem benimsenmiş; temel ceza oranının daha yüksek takdir edileceği belirtilmiştir. Nitekim, 2006 AB Ceza Kılavuzu'nun yürürlüğe girmesinden sonra kartellere karşı uygulanan cezalar %107 oranında artmıştır.²⁴

Dördüncü fark ağırlaştırıcı faktörler başlığında (Mevcut Yönetmelik'te yer alan) incelemenin engellenmesi ve işbirliği yapılmamasına ilişkin halin Taslak'ta yer almamasıdır. Bu fark, muhtemeldir ki, Kanun'un 16. maddesinde usule ilişkin öngörülen yaptırımların teşebbüsleri işbirliğine güdülemek açısından yeterli görülmesinden kaynaklanmaktadır. Bu sebeple de Taslak'ta ayrıca yer bulmamış olabilir. Öte yandan taahhütlere uymamak, AB Ceza Kılavuzu'nda yer almamaktadır. Tekerrür dışındaki diğer iki ağırlaştırıcı hal için AB metninde herhangi bir oran yer almazken, Taslak oran ve tavan (*cap*) öngörmüştür. Bu açıdan Taslak, mehaza göre takdir yetkisine daha belirgin sınırlar getirmektedir.

Beşinci fark hafifletici hallere ilişkin, AB Ceza Kılavuzu'nda yer verilen ihlalin ihmal ile gerçekleştirilmesinin ayrı bir neden olarak Taslak'ta yer almamasıdır. Mevcut Yönetmelik'te de yer almayan bu neden, Türk hukukunda rekabet hukuku ihlallerinin öteden beri kusur ile ilişkilendirilmemesinden kaynaklanıyor olabilir. Gerçi yaptırımların tatbiki ile hukuka aykırılığın ihdası farklı kavramlardır. Ama kusurun belirlenmesindeki güçlükler bu hususta rol oynamış olabilir.

Altıncı fark, ihlale taraf olan teşebbüsün zarar görenlerin zararını kısmen veya tamamen telafi etmesine ilişkin hükmün AB Ceza Kılavuzu'nda yer almamasıdır.

Yedinci fark, AB Ceza Kılavuzu'nun 36. maddesindeki sembolik ceza hükmünün Taslak'ta yer almamasıdır.

²³ Kabaca belirtmek gerekirse giriş ücreti, AB Ceza Kılavuzu'nun ilgili maddesindeki parametrelere göre takdir edilen temel cezaya eklenmektedir. Burada artık sene unsuru dikkate alınmamaktadır (krş. GERADIN, D. (2011), "The EU Competition Law Fining System: A Reassessment", TILEC Discussion Paper, No:2011-052, <http://ssrn.com/abstract=19375820>, Erişim Tarihi: 18.3.2014, s.10).

²⁴ Geradin 2011, s. 14, dpn. 56.

4.2. Alman Hukuku

Alman Kartel Kanunu (GWB), AB ve Türk Hukuklarında olduğu gibi, GWB'yi ihlal eden teşebbüslerin cironun belirli bir oranı üzerinden ceza alacağını hükme bağlamakta ve cezanın belirlenmesinde de rekabet otoritesine takdir yetkisi vermektedir. GWB'ye göre ceza tespitinde, ihlalin ağırlığı ve süre temel parametreler olarak kabul edilmektedir. GWB, maksimum cezanın (en ağır ihlaller açısından) teşebbüsün (karardan bir yıl önceki) global cirosunun %10'u olacağını öngörmekte (m.81/4); İdari İhlaller (Kabahatler) Yasası ise ihmal suretiyle gerçekleştirilen ihlaller için tavanı %5 olarak belirtmektedir (m.17/2).

Cezanın tespitinde ise, Türk ve AB hukuklarına paralel olarak Alman Rekabet Otoritesi yayımladığı kılavuz çerçevesinde cezaları takdir etmektedir (GWB, m.81/7). Pozitif hukuka baktığımızda oldukça yeni tarihli (26.6.2013) bir Kılavuz yürürlüğe girmiştir. 15.09.2006 tarihli (28/2006 numaralı) Kılavuz'u ilga eden bu yeni Ceza Kılavuzu²⁵, Mülga Kılavuz, Taslak ve AB Ceza Kılavuzu'ndan farklı esaslara dayanmaktadır.

Özetle belirtmek gerekirse, teşebbüsün ihlalle ilgili ürün ve hizmetlerden elde edilen cironun %10'u baz ceza olarak alınmakta, teşebbüsün büyüklüğüne göre belirlenen çarpanlar ile bu rakam çarpılmaktadır. Üçüncü aşamada ise, ihlal (ihlal tipi ve süresi, ihlalin etkisi, etkilenen piyasaların önemi, faillerin işbirliği derecesi) ve fail (aktif rolü, etkilenen piyasada failin konumu, niyet ve önceki ihlaller) ile ilgili (ağırlaştırıcı ve hafifletici) faktörler çerçevesinde ceza miktarı belirlenmektedir. Fakat Kılavuz bu noktada söz konusu faktörlerin ceza miktarını nasıl etkileyeceğini izah etmemektedir. Dolayısıyla Taslak ve Mevcut Yönetmelik ile kıyaslandığı zaman, Alman Ceza Kılavuzu, temel para cezasının belirlenmesinden sonraki aşamada rekabet otoritesine ciddi bir takdir yetkisi vermektedir.

4.3. Birleşik Krallık Hukuku

Birleşik Krallık (İngiliz) rekabet hukukunun ihlali üzerine uygulanacak para cezalarının belirlenmesinde, Birleşik Krallık Rekabet Otoritesi Adil Ticaret Ofisi'nin (OFT) 2012 yılında yayımladığı bir Kılavuz uygulanmaktadır.²⁶ Kılavuz, AB Ceza Kılavuzu'na (ve dolayısıyla da Taslak hükümlerine) paraleldir.

²⁵ Kılavuz değişikliği, büyük ölçüde Federal Mahkemenin 26.2.2013 tarihinde çimento karteline ilişkin vermiş olduğu *Grauzement* kararından kaynaklanmaktadır. Mahkeme ancak ağır ve en ciddi ihlallerde %10 tavan cezanın uygulanabileceğini belirtmiştir. Bu ise 2006 tarihli Kılavuz çerçevesinde cezanın bu orana kolaylıkla erişilmesi nedeniyle revizyonu gerekli kılmıştır.

²⁶ Bu Kılavuz, 1998 tarihli Rekabet Yasası'nın (*Competition Act*) 38/1. maddesi gereği çıkarılmış olup, 2004 tarihli Kılavuz'un yerini almıştır.

Buna göre, ihlalin sona ermesinden önceki yıl, ihlal ile ilgili piyasadan elde edilen cironun %30'una kadar bir oran baz ceza olarak alınmaktadır. Hangi oranın uygulanacağına ise, ihlalin ağırlığı/ciddiyeti belirleyicidir. Bu hususta ise, ürünün vasfı, piyasa yapısı, ihlale taraf teşebbüslerin piyasa payları, giriş koşulları ve ihlalin piyasadaki etkisi gibi faktörler dikkate alınmaktadır. Kartel gibi ağır ihlaller için, %30'a yakın bir oran belirlenmektedir. İkinci aşamada ihlalin süresi göz önünde tutulmakta ve ihlalin devam ettiği sene sayısı çarpanı kullanılmaktadır.

Üçüncü aşama olarak ağırlaştırıcı ve hafifletici haller uygulanmaktadır. Ağırlaştırıcı hallere baktığımız zaman, bunların Taslak düzenlemesine göre daha kapsamlı olduğu göze çarpmaktadır. Örneğin rekabet otoritesinin incelemesini geciktiren eylemler, üst düzey yönetim seviyesinin ihlaldeki rolü, incelemenin başlamasından sonra dahi ihlale devam edilmesi, ihlalin kasten gerçekleştirilmesi ve pişmanlık başvurusu yapan teşebbüse karşı misilleme yapılması faktörleri ağırlaştırıcı hal olarak öngörülmektedir. Hafifletici haller ise iki hüküm dışında benzerdir. Bunlardan ilginç olanı teşebbüsün önceden uyum programı gerçekleştirmiş olmasıdır. Şüphesiz bu hüküm, uyum programlarının değerini arttırmaktadır. İkinci farklı hafifletici hal ise, teşebbüsün davranışının ihlal olduğu hususunda gerçek bir belirsizlik yaşamasıdır. Önemle belirtelim ki, ağırlaştırıcı ve hafifletici hallerin temel ceza üzerindeki etkisi oran üzerinden belirtilmemiş; ayrıca herhangi bir tavan da öngörülmemiştir.

Ağırlaştırıcı ve hafifletici hallerin uygulanmasından sonra, ölçülülük ve özel caydırıcılık prensipleri çerçevesinde teşebbüsün finansal durumu dikkate alınarak ceza arttırılabilmektedir (dördüncü aşama). Bu noktada ise Taslak'a paralel olarak, teşebbüsün ihlal ile ilintili olmayan piyasalarda faaliyet göstermesi veya ihlalden (cezaya rağmen) menfaat sağlaması gibi faktörler dikkate alınmaktadır. Hemen belirtelim ki istisnai hallerde, ceza orantısız olmuşsa, dördüncü aşamada indirim de yapılabilmektedir. Son aşamada ise, belirlenen cezanın teşebbüsün global cirosunun %10'unu geçmemesi için ayarlama yapılmaktadır. Keza teşebbüsün finansal açıdan güç durumda olması nedeniyle cezayı ödemeyecek halde olması durumunda da cezanın indirilmesi mümkündür.

5. TASLAK HAKKINDA DEĞERLENDİRME

Yukarıda, temel olarak değişiklikleri, yeni Taslak'ın öngördüğü sistemi ve bazı hukuk sistemlerinde benimsenen yöntemleri ele aldık. Burada ise, Taslak'ın öngördüğü değişiklikler hakkında görüşümüzü belirteceğiz ve bunu iki ayrı temele dayandıracağız. Görüşümüz, esas itibarla normatif karaktere sahip olacağı için, temel aldığımız normatif ölçütü de belirtmek gerekir.

Biz, ideal yaptırım sisteminin, ekonomik temeller üzerine inşa edilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Bu nedenle “optimal caydırıcılık” (*optimal deterrence*) prensibini esas alacağız²⁷. Nitekim Mevcut Yönetmelik ve Taslak temel olarak caydırıcılığı benimsediği ölçüde (ki bu Taslak’taki 9. madde ışığında rahatlıkla ifade edilebilir)²⁸, bu politika tercihi ile uyumlu olduğunu düşünüyoruz²⁹. Mukayeseli hukuktaki durum da genel olarak bu yöndedir.³⁰

İkinci olarak ise, Taslak hükümlerini, ekonomik değer yargılarından ziyade salt hukuki açıdan ele almaya çalışacağız. Bu çerçevede Pozitif Hukuktaki ve özellikle mevcut uygulamadaki aksaklıklar bağlamında, Taslak’ın öngördüğü çözümleri değerlendireceğiz.

²⁷ Optimal caydırıcılığın rekabet hukukunda iki görünümü vardır. Bunlardan ilki (ve klasik olanı) zararı ya da ihlalin sosyal maliyetini dikkate alır. Burada davranışın verdiği zarar çerçevesinde içselleştirme hedeflenir ve amaç aynı zamanda etkin olan ve olmayan davranışların ayırtılabilesidir. İkinci ise, bir anlamda davranışın sosyal maliyet doğurduğunu ve caydırılması gerektiğini varsayar. İkisi arasındaki pratik fark, ilkinde aynı zamanda doğrudan refah kaybının da (örneğin piyasadan çıkan müşterilerin refah kaybının) dışsal maliyet olarak (kaynak transferinin yanı sıra) dikkate alınmasıdır. Bu meblağ, yakalanma olasılığı çarpanı ile çarpılarak optimal ceza bulunur (bkz. bu ayrıma dair: BECKER, G. (1968), “Crime and Punishment: An Economic Approach”, *Journal of Political Economy*, No:76, s.169; LANDES, W. M. (1983), “Optimal Sanctions for Antitrust Violations”, *The University of Chicago Law Review*, No:50, s. 652 vd. Burada optimal caydırıcılık ile sosyal maliyet doğurduğu varsayılan eylemlerin caydırılması amacının güdüldüğünü, içselleştirmenin hedeflenmediğini varsayıyoruz. Ayrıca bkz. Aygün 2008, s. 11 vd.; ALLAIN, M. L., M. BOYER, K. RACHIDI ve J. P. PONSSARD (2013), “Are Cartel Fines Optimal? Theory and Evidence from European Union”, Cirano Scientific Publications, Paris, France, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2342180, Erişim Tarihi: 18.3.2014, s.3.

²⁸ Bkz. aynı yönde: Gündüz 2012, s.49; Aygün 2008, s.45.

²⁹ Bu prensibin (başta bilgi problemi ve mevcut hukuk sistemi olmak üzere) kısıtları olduğu herkesçe bilinmektedir, bu nedenle bunları ayrıntıları ile ele almıyoruz. Yaklaşımımızla ilgili belirtilmesi gereken ikinci husus, sadece temel değişikliklerin (temel cezanın belirlenmesi) ele alınacak olmasıdır. Bu çerçevede Mevcut Yönetmelik’i ve bunun işleyişini referans alıyoruz ve tüm değişiklikleri irdelemiyoruz. Nihayet üçüncü husus, yaptırım politikası ve optimal caydırıcılık salt Yönetmelik hükümlerinden ibaret değildir. Kanun hükümleri ve özel hukuk yaptırımlarının da dikkate alınması gerekir. Bunu ise (bu türden faaliyetin kapsamı nedeniyle) ancak kısmen yapabileceğiz. Fakat yaptırım politikasının bütünsel bir yönü olduğu hatırla tutulmalıdır.

³⁰ Bkz. bu konuda ICN (2008), “Setting of Fines For Cartels in ICN Jurisdictions, Report to the 7th Annual ICN Conference”, ICN Working Group on Cartels, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc351.pdf>, Erişim Tarihi: 9.3.2014 s.8, 9. Keza bkz. ICN (2005), “Building Blocks for Effective Anti-Cartel Regimes, Report to the 4th ICN Annual Conference, ICN Working Group on Cartels, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc346.pdf>, Erişim Tarihi: 9.3.2014, s. 52 vd.

5.1. Optimal Caydırıcılık

5.1.1. Genel Bakış

Hukuk ve ekonomi³¹ perspektifinden bakıldığı zaman, rekabet hukukunun ihlali halinde verilecek cezanın ne olması gerektiği sorusuna verilecek yanıt kavramsal olarak basittir. Ceza, teşebbüsün ihlalden elde ettiği (*ekonomik*) faydadan (*ilave kârdan*) fazla olmalıdır ($Ceza > tekel\ kârı$)³². Teşebbüsler rasyonel olduklarına göre, ilave kâr elde edeceklerini düşünerek rekabet hukukunu ihlal ederler. Bu nedenle teşebbüsün caydırılması isteniyorsa ilave kârdan daha fazla bir maliyetin (idari yaptırım yoluyla) teşebbüse yüklenmesi gerekir. Dolayısıyla optimal yaptırım tatbik edilecekse, rekabet otoritesinin, ihlale taraf olan teşebbüs ya da teşebbüslerin ihlal öncesi karar denklemine (*decision-making function*) göre yaptırımı kurgulaması gerekir³³.

Bu noktada göz önünde tutulması gereken en önemli husus, teşebbüsün yaptırımı muhatap olma ihtimalinin genellikle %100'den düşük olmasıdır. Bu durumda yaptırımın cezaya eşit olması, yeteri caydırıcılık sağlamaz. Mesela ancak her 5 ihlalden 1'i ortaya çıkarılıyor ve teşebbüs bunu biliyorsa, kendisinin yakalanma olasılığı 1/5'tir (%20). Bu durumda yaptırım uygulanma olasılığı da %100 değil, %20'dir. Hal böyle olunca da, teşebbüs yaptırımı bu orana göre ıskonto edecektir. Yaptırım, teşebbüsü caydırmak amacıyla davranış öncesi karar denklemini baz alınarak kurgulandığına göre, (*tekel kârından fazla olan*) ceza

³¹ Hukuk ve ekonomi hakkında geniş bilgi için bkz. SANLI K.C. (2007), *Hukuk ve Ekonomi ve Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi*, Arıkan Yayınevi, İstanbul, Türkiye, s.9-92.

³² Önemle belirtelim ki, rekabet hukuku uygulamasının tek maliyeti ceza miktarı değildir. Hukukun uygulanması ile birlikte, bunun bir reputasyon etkisi olabileceği gibi, teşebbüsün soruşturma ve yargılama ile ilgili bazı maliyetlere katlanması da kaçınılmazdır. Bunlar da optimal yaptırım tespit edilirken dikkate alınmalıdır. Yukarıda basitlik adına bu parametreleri göz ardı ediyoruz.

³³ Bu söylediklerimizi denklem ile somutlaştırmak da mümkündür. Kabaca teşebbüs, kartele taraf olmanın sağlayacağı fayda ile maliyetini marjinde mukayese edeceğine göre, denklemin bir tarafında kartele taraf olduğu diğer tarafında olmadığı kurguyu belirtmek gerekir. Bu ise: $pU(Y-F) > (1-p)U(Y)$ şeklinde ifade edilebilir. Burada “p” yakalanma olasılığını, “U” failin fayda fonksiyonunu, “Y” kartelin sağlayacağı ilave geliri ve “F” yaptırımın maliyetini göstermektedir. Eğer sol taraftaki değer daha ağır basarsa, teşebbüs hukuka aykırı davranmayacaktır. Rekabet otoritesi, burada sadece “p” ve “F” değişkenlerini etkileyebilmekte; fakat bunun dışındaki parametreleri müdahale edememektedir. Krş. WILS, W.P.J. (2007), “The European Commission’s 2006 Guidelines on Antitrust Fines: A Legal and Economic Analysis”, Public Lecture King’s College London, Center of European Law, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=962654, Erişim Tarihi: 9.3.2014, s.18; WILS, W.P.J. (2006), “Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice”, *World Competition*, No:29(2), http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=883102, Erişim Tarihi: 10.3.2014.

miktarının 5 ile çarpılması gerekir. Bu çarpan, rekabet hukukunu ihlal etmeyi teşebbüsler için kârsız hale getirip, caydırıcılık sağlayacaktır³⁴.

Bu noktada belirleyici olan parametre, ihlalden elde edilen ilave kârdır³⁵. Somut ihlalin ortaya çıkarılması olasılığı esas alınarak belirlenen çarpan ile bu kârın çarpımı halinde, caydırıcılık için yeterli olan tutara ulaşılmış olur. Teşebbüs *ex ante* bu tutar ile rekabet hukukunu ihlalinden elde edeceği faydayı marjinde mukayese eder ve bu tutar (işlem, yargılama ve hatta risk sakınma dikkate alındığı zaman) teşebbüsü hukuka aykırı eylemden vazgeçirir³⁶. Hatta eğer rekabet hukukunun ihlali bir itibar (*stigma effect*) etkisine neden oluyorsa bu da ilave maliyet olarak karar denkleminde yer alır.

Örnekleme gerekirse, teşebbüsün normalde piyasadaki faaliyetlerinden 100 Türk Lirası (TL) gelir elde ettiğini, bunun %10'unun kâr olduğunu düşünelim. Rekabet hukukuna aykırılık, mesela kartele taraf olmak, ciroda %10'luk bir artış sağlasın (yani kârlılık %100 artsın). Yakalanma olasılığının da %20 olduğunu düşünelim. Şimdi böyle bir durumda yaptırımın en azından 40 TL olması gerekir. Zira teşebbüs kartele taraf olduğu her durumda değil, ancak 1/5 olasılıkla yaptırma tabi olacak; 4/5 olasılıkla da tekel kârını elde edecektir. Bu bağlamda senede 8 TL (beklenen) ilave kâr sağlayacak, ceza 40 TL'den düşük; örneğin 30 TL olduğu bir durumda rekabet hukuku yaptırımı 6 TL ($30 \times 1/5$) olacağı için ihlal (diğer başka maliyetler yüksek olmadığı sürece) kârlı olacaktır. İkinci olarak ihlal 1 değil; 3 sene sürdüğü zaman tekel kârını üç ile çarpmak gerekecektir³⁷. Dolayısıyla optimal yaptırımının süre faktörünü de bu şekilde dikkate alması şarttır. Örneğin bu basit senaryoda, *ex post* yaptırımın tutarı 1 sene sürüyorsa 40 TL'den fazla mesela 50 TL; üç sene sürüyorsa 150 TL olmalıdır.

³⁴ Ödeme gücü sorununun olmadığı ve rekabet hukukuna aykırı davranışın sınırlarının hatasız olarak belirlendiği bir senaryoda, cezanın çok daha fazla artırılması da (ekonomik) caydırıcılık açısından önerilebilir. Böyle bir senaryoda, aslında cezanın hangi faktörlere göre belirlendiği de önemsizdir. Yeterince yüksek olması kaydıyla, tek bir ceza tutarı da öngörülebilir. Hatta cezanın bu şekilde artırılması, ihlalleri ortaya çıkarma maliyetlerini azaltacağı ölçüde ekonomik açıdan verimliliği de sağlar. Zira cezanın artırılması görece maliyetsiz ama teşebbüslerin ihlalinin ortaya çıkarma (pişmanlık gibi kurumlara rağmen) maliyetlidir. Ama gerçekte bu şartlar gerçekleşmediği için, cezanın yukarıda önerdiğimiz denkleme göre, olayın özelliklerini dikkate alacak şekilde belirlenmesi şarttır (ayrıca bkz. Allain vd. 2013, s.4).

³⁵ Bu kârı elde etmek de kesin olmadığı için, kâr da beklenen kâr olarak ifade edilmelidir. Dolayısıyla kartelin beklenen kârı, yakalanma olasılığı ile ters ilgililiği halindedir. Yakalanma olasılığı 1/5 ise; kâr elde etme olasılığı da 4/5'tir.

³⁶ İhlal birden fazla teşebbüsün ortak katılımı ile gerçekleşiyorsa, bazı teşebbüsler için ihlalin beklenen maliyetinin, bunun beklenen faydasından daha düşük olması halinde dahi, caydırıcılık sağlanabilir.

³⁷ Gerçi şunu da belirtelim, bazı ampirik çalışmalar süre geçtikçe kartelde kârlılığın azalabileceğine işaret etmektedir.

Dikkat edilirse, teşebbüsün kartele taraf olmadığı dönemdeki cirosunu dikkate aldığımız zaman, caydırıcı olacak yaptırımın tutarı, cironun yarısından fazla olmalıdır. Keza 3 sene sürmüşse, teşebbüsün cirosunun 1,5 senelik cirosunun ceza olarak belirlenmesi gerekir. Bu rakamlar ilk bakışta yüksek gözükabilir. Fakat bu örnekteki rakamlar, özellikle karteller açısından muhafazakâr denebilecek değerleri ifade etmektedir. Yapılan çalışmalar, kartelin tekel kârının ortalama %20'ler; kartel süresinin de 6 ila 8 sene civarında olduğuna işaret etmektedir. Bu çalışmalarda varılan sonuçların doğru olduğunu kabul edersek, kartellerle mücadele açısından, Kanun'daki idari yaptırıma dair hükümler çerçevesinde³⁸, ne Yönetmelik ne de Taslak hükümlerinin caydırıcılık yaratacağını söyleyebiliriz³⁹.

İlgili piyasadan elde edilen ciro çerçevesinde belirlenen ceza, ciroya göre kâr oranının (yüksek ortalama maliyetler veya dolaylı vergiler nedeniyle) düşük ve talep elastikiyeti esnek olan sektörler açısından caydırıcılık yaratabilir. Keza kartel dışındaki ihlaller açısından da ilgili piyasa cirosunun %30'una kadar yapılan oran takdiri, caydırıcı olabilecektir. Ama olağan bir kartel senaryosunda, Mevcut Yönetmeliğe göre belirlenen alışlageldik ciro oranları (%1 veya %2) veya Taslak Yönetmeliğe göre belirlenecek %30 oranı, yeterli olmayabilir⁴⁰.

5.1.2. Teorinin Tatbikine İlişkin Sorunlar ve Pratik Uygulama

Görüldüğü üzere optimal caydırıcılık teorisi ilk bakışta basit gözükmektedir. Fakat cezanın bu kurama göre takdir edilmesinde, muhtelif komplikasyonlar vardır⁴¹. İlk olarak, her ihlal tipinde elde edilecek tekel kârı farklılaşır⁴². Hatta ihlal tipleri arasında bu açıdan standart sapma yüksektir. Bazı ihlal tipleri, teşebbüsler

³⁸ Özel hukuk yaptırımlarının etkin bir şekilde uygulanması halinde bu önermenin geçerli olmadığını belirtelim.

³⁹ Bunun istisnası, Yönetmelik açısından ihlalin gerçekleştiği piyasanın, teşebbüsün toplam cirosu içerisinde düşük paya sahip olması ve buna rağmen Yönetmelik'te yer alan hafifletici nedenin uygulanmamasıdır.

⁴⁰ Nitekim AB Ceza Kılavuzu açısından da benzer görüş bkz. SMUDA, F. (2012), "Cartel Overcharges and Deterrent Effect of EU Competition Law", ZEW Discussion Paper No:12-050, <http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp12050.pdf>, Erişim Tarihi: 18.4.2014.

⁴¹ Aygün 2008, s. 15 vd.

⁴² Mesela bu konuda AB'de ortaya çıkarılan kartellere ilişkin yapılan bir çalışmada dahi, karteller arasında ciddi farklılıklar olduğu görülmüştür. Çalışmaya göre, karteller ortalama 8 sene sürmekte –en uzun 71 sene– ve üyelerin uyguladığı fiyatın %20.70 ila %18.37'si kartel kârını (ilave kârlılık) oluşturmaktadır. Fakat örneğin Kuzey (%15.36) ve Güney Avrupa'da (%26.94-%24.67) gerçekleşen kartellerde ilave kârlılık farklılaştığı gibi, uluslararası (%24.71) ve ulusal (%16.39) karteller açısından da farklı kârlılıklar söz konusudur. Keza süreler de farklılaşmaktadır. Örneğin Kuzey Avrupa'da kurulan karteller daha uzun (13.51 sene); buna karşılık Güney Avrupa'daki karteller daha kısadır (3.26-2.67 sene). Bkz. Smuda 2012.

için çok kârlıdır ve kâr derhal gerçekleşebilir. Bazı ihlal tiplerinde ise (dışlayıcı uygulamalar) ihlalin sağlayacağı ilave kâr kısa dönemde gerçekleşmez. Ayrıca bu gibi hallerde kârın kapsamının belirlenmesi olağanüstü güçtür. Bilhassa teşebbüsün sağladığı mal veya hizmetlerde (telekom ve akaryakıtta olduğu gibi), ciddi bir vergi yükünün olduğu durumlarda bunun ayrıştırılması sorun teşkil edebilir. Nitekim bu nedenle mukayeseli hukuk ve Türk hukukunda kâr yerine ciro referans alınmaktadır. Fakat dolaylı gösterge olması nedeniyle, ciro ihlalin sağladığı kârlılık için optimal olmayabilir. Bu yüzden, baz oran takdirinde ve ağırlaştırıcı ve hafifletici haller bağlamında, kârlılığın hedeflendiği gözden kaçırılmamalıdır.

İkinci olarak, “ihlalin yaptırıma tabi tutulması olasılığını” belirlemek son derece güçtür⁴³. Mesela kartellere ilişkin bazı çalışmalar, kartellerin ortaya çıkarılma olasılığını %10 ilâ %20 aralığında olduğunu belirtse de⁴⁴, bu verilerin güvenilirliği şüphelidir. Diğer ihlal tipleri açısından ise oran vermek güçtür. Ama dışlayıcı uygulamalar ve dikey anlaşmalar için, oranın %50’nin üzerinde olduğu herhalde kabul edilebilir. Dolayısıyla yakalanma olasılığı (aynen tekel kârında olduğu gibi) ihlal tipine göre değişmektedir ve sağlıklı bir veri elde etmek zordur.

Üçüncü olarak ihlalin varlığı halinde sadece idari yaptırımlar değil aynı zamanda özel hukuk yaptırımları (ve sınırlı olarak ceza hukuku yaptırımları) uygulanmaktadır. Bu yaptırımların etkileşim halinde fail ya da failleri etkileyeceği düşünülürse, idari yaptırımın belirlenmesinde bunların dikkate alınması gerekir. Fakat bu iki kurumsal yapı arasında herhangi bir bağın olmaması⁴⁵ ve tazminat

⁴³ Allain vd. (2013), s.13, 14.

⁴⁴ Bu konuda 1961-1988 yılları arasındaki ABD Adalet Bakanlığının soruşturduğu kartellere ilişkin yapılan bir çalışma, kartellerin ortaya çıkarılma olasılığının %13 ila %17 arasında bir yerde olduğunu ortaya koymaktadır (Bkz. BRYANT, P.G. ve E. WOODROW, JR. (1991), “Price Fixing: The Probability of Getting Caught”, MIT Press (der), *Review of Economics and Statistics* içinde, No:(70)3, s.531-536. AB hukukuna ilişkin yapılan ve daha yeni tarihli verileri (1969-2007) de kullanan bir çalışma ise, olasılığın %13 civarında olduğunu tahmin etmektedir: Bkz. EMANNUEL, C., C. MONNIER ve R. LEGAL (2008), “Cartels: The Probability of Getting Caught in The European Union”, Working paper, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1015061, Erişim Tarihi: 24.02.2014; ABD açısından sonraki çalışmalar soruşturma tekniklerindeki ilerleme ve özellikle pişmanlık programları çerçevesinde kartellerde yakalanma olasılığının arttığına işaret etmektedir: Bkz. MILLER, N. (2009), “Strategic Leniency and Cartel Enforcement”, *American Economic Review*, No:99(3), s.750, 760, uluslararası karteller için aynı yönde bkz. CONNOR J. M. ve C. G. HELMERS (2007), “Statistics on Modern Private International Cartels, 1990-2005”, Working paper, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1103610, Erişim Tarihi: 24.2.2014; Ayrıca bkz. Allain vd. (2013), s.14; Smuda 2012, s. 19.

⁴⁵ Buna tek istisna, rekabet hukukunu ihlal eden teşebbüslerin, zarar görenlerin zararlarını kısmen veya tamamen gidermesinin hafifletici hal olarak öngörülmesidir. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı’nda da, tazminatın belirlenmesi noktasında pişmanlık uygulamasına ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Ama bu iki düzenleme haricinde iki yaptırım sistemi arasında bir ilişki yoktur.

davalarının görülmesindeki belirsizlikler göz önünde tutulursa, idari yaptırımın belirlenmesinde özel hukuk uygulamasının nasıl dikkate alınacağı tamamen belirsizdir.

Bir başka komplikasyon, ihlalden dolayı uygulanan yaptırımdan, ihlalde doğrudan payı olan yönetici ve çalışanın (gerektiği kadar) etkilenmeme ihtimalidir. Yaptırım, neredeyse her zaman teşebbüse uygulanır. Oysa bazı ihlaller doğrudan çalışan ve yöneticiler tarafından gerçekleştirilir. Eğer hissedarlar, çalışanlarının davranışlarını gözetleme ve denetleme imkânına sahip değilse⁴⁶, ceza riskine rağmen, ihlal bu kişiler için kârlı olabilir. Teknik açıdan acente maliyetleri (*agency costs*) nedeniyle çalışan ihlalin maliyetini dışsallaştırmakta ve gerektiği gibi para cezası caydırıcılık yaratmamaktadır⁴⁷. Nitekim bu durum, ekonomik açıdan neden bireylerin de cezalandırılması gerektiğini izah etmektedir.

Dolayısıyla bu ve burada yer vermediğimiz muhtelif nedenlerden⁴⁸ ötürü ekonomik açıdan optimal yaptırımı tatbik etmek güçtür. Ceza Yönetmeliği nasıl kaleme alınırsa alınsın, karar denklemini etkileyen tüm faktörlerin gereği gibi yansıtılmasının güçlüğü nedeniyle, kaçınılmaz olarak, bazı ihlaller açısından yaptırım gereğinden fazla caydırıcı; diğerleri açısından ise daha az caydırıcı olma riski taşıyacaktır.

Fakat temel amaç caydırıcılık ise, tüm bu sorunlara rağmen yukarıdaki yöntemden daha isabetli veya uygun bir alternatif yoktur. Bu çerçevede rekabet hukukuna aykırı davranan teşebbüsün karar almadan önceki fayda fonksiyonun kurgulamak güçse de, optimal yaptırımın temelini oluşturan faktörlerin referans oluşturması isabetlidir. Bu çerçevede cezanın belirlenmesinde, teşebbüsün ihlalden elde ettiği tutar, caydırıcılığı esas alan sistemin ana unsurudur. Şüphesiz ihlalden elde edilen tutar, zaman faktörüne göre değiştiğine göre, bunun da dikkate alınması gerekir. Nihayet yakalanma olasılığı da, ihlal kararını doğrudan etkilediği için mutlak suretle göz önünde tutulmalıdır.

Salt bu faktörler yeterli midir? Optimal yaptırım, somut olayın özelliklerini dikkate aldığı için, hukuka aykırı davranan teşebbüsün fayda fonksiyonunu etkileyen başkaca hususların cezanın belirlenmesinde nazara alınması düşünülebilir. Mesela teşebbüsün ihlale sınırlı katılması veya teşebbüsün ihlal olup olmadığı hususunda tereddüde düşmesi ya da ihmal suretiyle hukuka aykırı

⁴⁶ Şüphesiz bu durum, belirli ölçeğin üzerindeki ticari şirketlerde gerçekleşecektir.

⁴⁷ Krş. Geradin 2011, s.16, 20.

⁴⁸ Örneğin, ihlal ile birlikte teşebbüs için sadece ceza maliyeti değil, aynı zamanda soruşturma ve yargılama ile ilgili maliyetler de doğar ve bu maliyetler hiç de düşük değildir. Bunun dışında risk sakınan bir teşebbüs söz konusu ise, risk sakınma maliyetinin de dikkate alınması gerekir.

davranması, tekerrür gibi haller ihlal kararı öncesinde fayda fonksiyonunu etkiler⁴⁹. Somutlaştırmak gerekirse, teşebbüsün ihlalin varlığı konusunda tereddüde düşmesi veya ihmali suretiyle hukuka aykırı davranması, onu gizleme olasılığını azaltır. Buna karşılık tekerrür tam aksi yönde etki yapar⁵⁰. Zira ihlali tekerrür eden teşebbüsün, gizleme olasılığı daha fazla olduğu gibi; önceki ihlal ya da ihlallerin teşebbüs için yeterli derecede caydırıcılık yaratmadığı söylenebilir. Bu durumda tekerrür nedeniyle yaptırımın artırılması ekonomik açıdan makuldür.

Bunun haricinde yaptırım (veya genel olarak yaptırım politikası) sadece ihlal kararı değil; ihlal kararının verilmesinden ve hatta incelemenin veya soruşturmanın başlatılmasından sonraki karar ve davranışları etkilemek için kullanılabilir⁵¹. Zira belirli, tanımlanan bazı davranışlar nedeniyle yaptırımın artırılması veya azaltılması, teşebbüsleri istenilen şekilde (*delilleri vermek, ihlalde belirleyici etki yapmamak, diğer teşebbüsleri zorlamamak vs.*) davranmaya güdüleyebilir. Bu da, ihlalin neden olduğu sosyal maliyeti azaltabilir veya kamu kaynaklarının daha etkin kullanılmasına hizmet edebilir. Mesela teşebbüsün zararı tazmin etmesi ilk duruma veya rekabet otoritesi ile işbirliği yapması ikinci duruma örnek gösterilebilir. Bu anlamda yaptırım politikası, (sadece ihlal değil) teşebbüsleri ihlal kararı sonrası etkin davranmaya güdülemek için kullanılabilir.

5.1.3. Optimal Caydırıcılık Kuramı Işığında Taslağın Öngördüğü Temel Politika Değişikliğinin Değerlendirilmesi

5.1.3.1. Temel Cezanın Belirlenmesi

Bu başlık altında, temel para cezasına ilişkin olarak, Taslak'ın öngördüğü değişiklik ele alınacaktır. Taslak, teşebbüs cirosu yerine, ihlal ile ilintili piyasadan elde edilen cironun baz alınacağını belirtmiştir. Bu politika tercihi, yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde, ekonomik açıdan isabetlidir⁵². Zira teşebbüsün ihlal ile

⁴⁹ WILS, W.P.J. (2013), "Recidivism in EU Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis", *World Competition*, No: 35(1), <http://ssrn.com/author=456087>, Erişim Tarihi: 25.02.2014, s.12.

⁵⁰ Bkz. Wils 2013, s.8.

⁵¹ Biraz daha açalım: ihlal kararı ile kastedilen, teşebbüsün ihlal edip etmemeye ilişkin verdiği karardır. Bu kararı etkilemek yaptırım politikasının temel hedefidir. Ama ikincil bazı hedefler de gütmek mümkündür. Teşebbüs bir kere ihlal etmeye karar verdikten sonra, onun ihlal teşkil eden davranışını erken bırakmasını sağlamak veya kamunun kolay inceleme yapmasını kolaylaştıran davranışlar yapmaya sevk etmek, ikincil hedefler arasında sıralanabilir. İşte ağırlaştırıcı ve hafifletici haller de bu tür kararları etkilemek için kullanılabilir.

⁵² Nitekim AB hukukundaki 2006 Ceza Kılavuzu'nun kabul edilmesinden sonraki tartışmalar açısından da temel cezanın belirlenmesi usulünün optimal caydırıcılık açısından isabetli olduğu fikri benimsenmiştir. Bkz. CONNOR, J. M. (2013), "Cartel Fine Severity and the European Commission: 2007-2011", *European Competition Law Review*, No:34, <http://ssrn.com/abstract=2249010>, Erişim Tarihi: 18.3.2014, s.6.

ilgili piyasadaki cirosu, teşebbüsün ihlalden elde ettiği kâr ile doğrudan ilişkilidir. Bu cironun ihlalin özelliklerine göre uyarlanabilir olması, Rekabet Kurulu'na, kabaca da olsa optimal yaptırım uygulama imkânı verir. Buna karşılık Mevcut Yönetmelik hükümlerine göre teşebbüs cirosunun esas alınması halinde, ancak bazı hallerde optimal yaptırım belirlenebilir⁵³. Bu nedenle temel politika değişikliğinin isabetli olduğunu düşünüyoruz. Nitekim yukarıda ele aldığımız, AB, Alman ve İngiliz Hukukları bu yaklaşımı benimsemişlerdir⁵⁴.

Bu noktada şüphesiz dikkate alınması gereken bir husus, hangi zamanın cirosunun esas alındığıdır. Doğal olarak, ihlalin gerçekleştiği zaman sürecinde elde edilen ciro, en isabetli göstergedir. Zira ihlal kararı alırken, teşebbüs ihlalle ilgili ilave kârlılığı dikkate alır. Optimal yaptırım açısından isabetli gözükten tercih budur. AB, İngiliz ve Alman Ceza Kılavuzları da bu zaman dilimini esas almış gözükmemektedir. Taslak hükümlerine baktığımızda ise, Kanun'daki düzenlemeyi dikkate alarak (RKHK, m.16), nihai karardan bir yıl önceki cironun esas alınacağı açıkça belirtilmiştir. Şüphesiz Yönetmelik hükmünün Kanun'a aykırı bir hüküm içermesi beklenmez; bu nedenle hükmün isabetini tartışmıyoruz. Fakat tutarlı bir düzenleme yapılması isteniyorsa, Kanun'daki ilgili hüküm değiştirilmelidir. Zira nihai karardan önceki yıl, neredeyse her zaman, teşebbüsle ilgili ihlal iddiasının Kurum tarafından incelendiği döneme tekabül etmektedir. Bu dönemde ise ihlalin bitmiş olması münasebetiyle cironun referans değeri zayıftır⁵⁵. Bu çalışmanın kaleme alındığı sırada, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde RKHK'da ciddi değişiklikler öngören bir Kanun Tasarısı görüşülmektedir. Bu Tasarı'da yapılacak bir değişiklikle gereken uyum sağlanabilir.

⁵³ Teşebbüs cirosu, ancak teşebbüsün temel cirosunu ihlal ile ilgili piyasalardan elde ettiği bir durumda optimal yaptırım kuramı açısından anlamlıdır. Bunun dışındaki hallerde bu ciro doğru bir referans noktası değildir.

⁵⁴ Bkz. "4.1. Avrupa Birliği Hukuku" başlıklı kısımdaki açıklamalar. Ayrıca sadece incelediğimiz bu üç sistemde değil, Çek Cumhuriyeti (Bkz. UOHS Guidelines of the Office for the Protection of Competition on the Method of Setting Fines, <http://www.uohs.cz/en/competition/antitrust/guidelines-on-the-method-of-setting-fines.html>, Erişim Tarihi: 9.3.2014), ABD, Japonya, Avusturya, İsviçre, Fransa, Kore ve Rusya'nın da aralarında bulunduğu 15 ülke sisteminde ihlalle ilgili piyasanın esas alındığını belirtelim: Bu konuda bkz. ICN (2008), "Setting of Fines for Cartels in ICN Jurisdictions Report to the 7th ICN Annual Conference Kyoto", <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc351.pdf>, Erişim Tarihi: 9.3.2014.

⁵⁵ Burada inceleme esnasında cironun, ihlalin gerçekleştiği süredeki cirodan fazla ya da az olması mümkündür. Dolayısıyla mesele sadece caydırıcılık değil, doğru ve tutarlı değerlerin referansının esas alınmasıdır.

Öte yandan şu notu da düşelim: Kanun'un 16. maddesinde yapılan tercihin, hukuki belirliliği esas aldığı, ihlalin ne zaman sonlandığına dair açık ve net bir zaman bulunmaması ihtimaline binaen bu düzenlemede karar kılındığı söylenebilir. Açıkçası bu önermenin geçerliliği, Kurul kararları çerçevesinde ampirik bir araştırma ile doğrulanabilir; biz (bu tür bir çalışma yapmaksızın) ihlalin sona erme tarihinin belirlenmesinde bir zorluk olmadığını düşünüyoruz. İkinci bir husus ise, bazı ihlaller açısından tekel kârının ihlal dönemi ile (yani eylemin yapıldığı zaman) ilgili olmayabileceği savıdır. Bu geçerli bir savdır ama bu komplikasyonu dikkate alarak optimal yaptırım belirlenmesi olasılığı düşüktür⁵⁶.

Üçüncü olarak değerlendirilmesi gereken husus, %30 referansıdır. Taslak, AB ve İngiliz Ceza Kılavuzlarına uyumlu olarak, bu miktarı belirlemiştir. Ekonomik açıdan bakıldığı zaman, cironun hangi oranının alınacağı, hukuka aykırı davranışın sağladığı kâr ve yakalanma olasılığı ile ilgilidir. Bu parametreler ise ihlale göre değişir. Taslak, bu değişkenliği dikkate alarak baz cezanın esnek bir şekilde belirlenmesine imkân tanımıştır. Bu ekonomik açıdan isabetlidir⁵⁷. Örneğin bir dikey ihlal ile kartel arasında bu açıdan fark gözetilmelidir. Taslak'ta yer alan %30 tavanı ise, cezaların belirlenmesinde öngörülebilirlik sağlamayı hedeflemektedir⁵⁸. Bu rakamın optimal olup olmadığı hususunda bir değerlendirme yapmak güç olmakla birlikte; karteller açısından, bunun muhafazakar bir “tavan” olduğunu söyleyebiliriz. Bu nedenle, tipik bir kartel için Taslak çerçevesinde belirlenecek cezanın, ağır ihlal kavramına rağmen, yeteri derecede caydırıcı olmama ihtimali vardır⁵⁹. Fakat caydırıcılık hükmü (Taslak, m.9), bu yetersizliği bertaraf etme imkânı vermektedir. Diğer ihlaller açısından ise, tavanın ekonomik

⁵⁶ Örneğin yıkıcı fiyatlandırma yapılması durumunda ihlal döneminde teşebbüsün kâr elde etmesi bir kenara, uyguladığı fiyatlar maliyetlerini karşılamayacaktır. Bu nedenle de ihlal döneminin esas alınması, doğru bir referans olmaktan uzaktır. Bu gibi hallerde, ileride gerçekleşmesi muhtemel kâr referans alınarak bir ceza takdiri yapılması teorik olarak mümkünse de, bunun belirsizliği ve neden olacağı maliyet dikkate alındığı zaman bu türden bir yasama tercihi yapılması isabetli değildir. Bu gibi hallerde ancak ağırlaştırıcı haller veya Taslak'ta da benimsenen caydırıcılık hükmü çerçevesinde optimal yaptırıma yakın bir uyarılama yapılabilir.

⁵⁷ Krş. Wils 2013, s. 12.

⁵⁸ Öngörülebilirlik ise, iktisadi açıdan belirsizliği azalttığı ölçüde riskten kaynaklanan maliyeti azalttığı gibi, teşebbüslerin daha doğru kararlar vermesini sağlar. Bu nedenle ekonomik açıdan (yanlış bir seviye olmadığı sürece) değerlidir.

⁵⁹ Ancak düşük kârlılığın söz konusu olduğu piyasalar açısından %30 rakamı makul bir tavan olabilir. Örneğin 100 TL fiyatın 10 değil; 3 TL'si kâr olsun ve fiyat elastikiyetine de bağlı olarak kartelin fiyatları ancak 105 TL yapabildiğini varsayalım. Yakalanma olasılığının 1/5 olduğunu düşünersek, optimal baz cezanın 20 TL (ve cezanın da: süre x 20) olması yeterlidir. Bu durumda tavan, optimal ceza uygulanmasına engel değildir.

açından isabetsiz olduğu söylenemez⁶⁰. Burada ekonomik açıdan asıl mühim olan baz (ve temel) cezanın nasıl takdir edileceğidir.

Dikkate alınması gereken dördüncü faktör, %30 tavanı içerisinde, baz cezanın nasıl takdir edileceğidir. Taslak, oranın, *ihlalin ağırlığı* faktörüne göre belirleneceğini belirtmiş, bunu da kısmen tanımlamıştır. Tahdidi olmayacak şekilde, piyasa gücünü, ihlalin niteliğini, ihlal neticesinde gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zarar unsurları ağırlığının belirlenmesindeki faktörler olarak sayılmış; aynı zamanda “*ağır ihlal*” kavramı öngörülmüştür. Bu çerçevede ihlal ağır ise, ki Taslak bunu tanımlamaktadır, oran %15 ve üzerinden başlayacak ve tavana yakın olarak takdir edilecektir. Bu takdir edilirken de yine yukarıda saydığımız üç faktör ve özellikle ihlal nedeniyle gerçekleşecek zarar dikkate alınacaktır. Mukayese etmek gerekirse, AB Hukukunda AB Komisyonu, karteller açısından %17’den başlayan bir baz ceza oranı takdir etmekte ve buna diğer unsurların yanı sıra %15 ilâ %25 arasında bir giriş cezası eklemektedir. Sonuç olarak ceza oranları ciroya göre oldukça yüksek değerlere ulaşmaktadır⁶¹. Kurul’un ağır ihlaller karşısında nasıl bir politika izleyeceğini zaman gösterecektir, fakat AB Komisyonunun tavrının referans olabileceğinde şüphe yoktur. Öte yandan ihlal ağır değil, hafifse, o zaman alt sınır olmaksızın bir oran takdir edilebilir.

Bu sistemde bahsedilen “ağır ihlal” büyük ölçüde kartel tanımıyla örtüşmektedir. Bu anlamda kartellerin ağır ihlal olarak vasıflandırılarak tavana yakın bir orandan yaptırıma tabi kılınması, (yukarıdaki çekinceyle birlikte) optimal yaptırım kuramı ile uyumludur. Bu noktada, ağır ihlal tanımının kartelden farklı olduğunu ve Kurul’un “ihlalin ağırlığına dair ölçütler” çerçevesinde “ağır ihlal” tipleri yaratabileceğini belirtelim. Kurul’un bunu yaratırken, ihlalin kârlılığını özellikle dikkate alması gerekir.

İhlalin ağırlığı ölçütünü değerlendirmek gerekirse, kullanılan kavramlar yoruma açık olmakla birlikte, özellikle zarar ve ihlalin niteliği faktörlerinin ekonomik teori ile uyumlu olduğu söylenebilir. Biraz açalım: Zararın az ya da fazla olması, doğrudan, ilave kârın ölçeğine ilişkindir. Rekabet hukukuna aykırı ihlallerin neden olduğu zarar, salt ekonomik zarar vasfını taşıdığı için, zarar

⁶⁰ Ne yazık ki, karteller dışındaki ihlaller için, bildiğimiz kadarıyla yakalanma olasılığı ve ilave kârlılık parametrelerinin ortalama değerlerine dair bilimsel bir çalışma yoktur. Fakat diğer ya da hafif ihlaller açısından yakalanma olasılığı genellikle 1’e yakındır. Tekelci fiyatlandırma gibi bazı RKHK 6. madde ihlalleri dışında da kârlılığın karteller seviyesinde gerçekleşmesi ihtimali düşüktür. Bu nedenle %30 tavanı optimal olandan daha az caydırıcılığa neden olmaz.

⁶¹ Connor 2013, s.11. Yazar AB Komisyonunun 2006 Ceza Kılavuzu sonrasında ceza oranlarının genel olarak arttığını belirtmekte ve bazı kartellerde global cironun %412’si (*Marine Hose*) gibi olağan dışı rakamlara ulaşmaktadır. Bkz. mesela Connor 2013, s. 27.

ölçeği aynı zamanda kaynak transferine yani teşebbüsün “ilave kârlılığına” dair (genellikle) bir referans mahiyetini taşır⁶². Daha fazla zarar, teşebbüsün ihlalden daha fazla kâr elde etmesi anlamına gelir ki, optimal yaptırım kuramı çerçevesinde bu baz cezanın daha ağır takdir edilmesini gerektirir. Diğer taraftan muhtemel zarar da ayrıca zikredilmiştir. Zararın muhtemelen gerçekleşecek olması halinde, baz cezanın daha düşük takdir edilecek olması doğaldır.

Burada belki de eleştirilebilecek bir husus, zararın belirlenmesinde coğrafi zararın kapsamına yer verilmesidir. Zarar esasen parasal bir husustur ve ihlalden etkilenen kişi sayısı (veya daha doğru olarak tüketici refahı ile) ile ilgilidir. Bunun ise daha ziyade (her zaman değil) ciro (ve pazar büyüklüğü) ile ilişkili olduğu açıktır. Bu zararın belirlenmesinde, coğrafi piyasanın büyüklüğünün dikkate alınması isabetli gözükmemektedir.

İhlal tipi ile neyin kastedildiği tam olarak belirli değildir. Bununla ihlalin RKHK 4. (yatay-dikey) veya 6. maddeye dayanıp dayanmadığı ve/veya dışlayıcı veya sömürücü olup olmadığı kastediliyor olabilir. Biz bu noktada, ihlalin gizli kalıp kalmaması yani hukuka aykırı davranışı gerçekleştiren teşebbüslerin bunları gizleme güdüsü ile hareket edip etmediklerinin dikkate alınmasını öneriyoruz. Bu bir ölçüde sömürücü ve dışlayıcı uygulamalar bu ölçüte uygun bir tasniftir ve ihlal tipi bu şekilde yorumlanabilir. Zira dışlayıcı (rekabet karşıtı) eylemlerde gizleme olasılığı çok düşük iken, sömürücü eylemlerde daha yüksektir. İhlalin bu tipine göre baz cezanın takdir edilmesi de ekonomik teori ile uyumlu olacaktır.

Teşebbüsün piyasa gücünü değerlendirmek gerekirse, piyasa gücüne sahip teşebbüsün ihlali gerçekleştirme (yani başarıya ulaşma) olasılığı, genel olarak görece bu güce sahip olmayan teşebbüslere göre fazladır. Bu anlamda özellikle birden fazla teşebbüsün ihlale taraf olduğu bir durumda, bu teşebbüsler arasında baz cezanın farklılaştırılması açısından uygun bir ölçüt olabilir. Bu çerçevede, açık olmamakla birlikte, optimal yaptırım teorisine uyumlu bir şekilde yorumlanabilir.

Her durumda şunu belirtelim, biz son tahlilde bu kavramların yoruma açık olduğunu ve somut olayda her birinin, diğerinden soyutlanarak matematiksel olarak baz cezanın belirlenmesinde dikkate alınacağını öngörmüyoruz. Fakat, Yönetmelik’te yer verilen kavramların boş yere kullanılmadığını ve somut olayda bu faktörlerin titizlikte yorumlanmasının gerektiğini düşünüyoruz.

⁶² Burada şunu not olarak düşelim, rekabet hukukunun ihlali, aynı zamanda doğrudan etkinsizliğe (*dara kaybına*) de neden olur. Bu ise kaynak transferi değil, net refah kaybıdır. Bunun dikkate alınması ise, doğrudan ilave kâra tekabül etmez. Keza kârlılığa transfer edilmesi mümkün olmayan başka zararlar (*kalite azalması* vs.) da doğabilir.

Baz cezanın belirlenmesinde Taslak'ta yer almayan ama yer verilmesi mümkün olan bir başka unsur, ürünün vasfıdır. Her ne kadar piyasa gücü kapsamında mütalaa edilmesi mümkünse de, elastikiyeti katı olan ve temel ihtiyaç maddesi olan, yaygın bir şekilde tüketilen ve (maliyet ve fiyatı ile kıyaslandığı zaman) olağan üstü tüketici refahı sağlama potansiyeli olan ürün ve hizmet piyasalarıyla ilişkili ihlaller açısından, baz cezanın daha ağır takdir edilmesi düşünülebilir. Örneğin akaryakıt ve demir-çelik gibi temel girdilerle ilişkili olan veya ekmek, kömür gibi nihai tüketim mallarıyla ilişkili ihlaller ile dalış hizmeti, köpek maması, mobil pazarlama, veya pırlanta gibi ürünlerle ilişkili ihlaller aynı kefiye konulmamalıdır. Tüketici refahını ve kamu yararını gözeten bir yaptırım politikası, ilk tip ürün ve hizmetler için daha yüksek bir baz cezayı öngörmelidir. Fikrimizce bu hususun Taslak'ta ayrıca belirtilmesi, caydırıcılık açısından önemlidir⁶³.

Son husus **süre** faktörüdür. Taslak sürenin etkisini Mevcut Yönetmelik'ten tamamen farklı bir şekilde belirtmiştir. Bu düzenleme ekonomik teori (optimal yaptırım) ile genel olarak uyumludur. İhlalden elde edilen ilave kâr, ihlal ne kadar sürdüyse, bu süre dikkate alınarak belirlenebilir. Taslak da sene çarpanını benimsemiştir. Bu, sene değil, başka bir payda da olabilirdi; ama son tahlilde bir tercih yapılması gerekir ve bu tercih genel olarak modern hukuk sistemleriyle uyumludur. Sadece bazı dışlayıcı ihlal tiplerinde (yıkıcı fiyat gibi) süre ile elde edilen kâr arasında bir *korelasyon* yoktur; fakat bu ihlaller açısından korelasyon kurulabilecek bir gösterge bulmak da güçtür.

Son tahlilde, yoruma açık olmakla birlikte, temel cezanın belirlenmesine ilişkin yapılan politika tercihinin, optimal yaptırım politikası açısından isabetli olduğu söylenebilir. Bu değişikliği isabetli kılan bir başka husus, geçmiş dönemdeki uygulamalardır ki bunu aşağıda ele alıyoruz.

5.1.3.2. Ağırlaştırıcı ve Hafifletici Haller

Ağırlaştırıcı ve hafifletici hallere gelince, yukarıda belirttiğimiz üzere, burada sıralanan haller, somut olaydaki bazı özellikleri dikkate almakta ve cezanın uyarlanması sağlamaktadır. Bu haller, ihlal öncesi veya sonrası kararları etkileyerek, teşebbüsleri sosyal açıdan istenen tarzda güdülemeye imkân verebilmektedir. Şüphesiz bu kapsamda çok sayıda hal sıralanabilir; nitekim mukayeseli hukukta öngörülen hallere bakıldığı zaman, bu konudaki çeşitlilik gözlemlenebilir. Bu nedenle rekabet otoritelerinin bu konuda bir politika tercihi

⁶³ Belirttiğimiz üzere bu özellik Taslak'taki 9. madde kapsamına hâlihazırda girebilir. Keza Taslak'taki 9. madde hükmü de bu tür halleri kapsayacak şekilde kullanılabilir. Fakat biz belirsizliğin olmaması açısından bunun ayrıca belirtilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

yapmaları kaçınılmazdır. Bu tercihin de, (*güdülenmesi arzu edilen davranışın sosyal maliyeti dikkate alınarak*) genellikle geçmiş uygulamada en fazla rastlanılan halleri esas alması beklenir. Taslak'ın da bu tercihi yapıp yapmadığı tartışılabilir.

Benimsenen halleri ekonomik açıdan değerlendirdiğimizde ise genel olarak şu tespitleri yapabiliriz. Ağırlaştırıcı hallerden tekerrür, yaptırım miktarının teşebbüs için yeteri derecede caydırıcı olmadığına, örneğin teşebbüsün ihlali ortalama bir teşebbüsten daha fazla gizleyebildiğine ve/veya kârlılığının daha yüksek olduğuna işaret eder⁶⁴. Benzer şekilde ihlalde belirleyici rol oynama, ihlalin başarı olasılığını arttıran bir faktördür ve “net sosyal maliyet” olduğu ölçüde⁶⁵ bu konudaki çabanın caydırılması son derece anlamlı bir politika tercihidir⁶⁶. Taahhütlere uyulmamasının ağırlaştırıcı hal olarak sayılması anlamlı gözükmeyle birlikte, bunun ayrı bir yaptırım olarak düzenlenmesi de düşünülebilirdi⁶⁷.

Hafifletici haller açısından baktığımızda da, Taslak'ın 8. maddesinin “a”, “c” ve “b” bentlerinin ihlal kararı sonrası davranışları güdülediği söylenebilir. Örneğin “c” bendi, teşebbüsleri işbirliği yapmaya güdüleyerek, Kurum'un ihlali araştırma ve ortaya çıkarma maliyetlerini azaltırken; ihlalin yaptırıma tabi olma ihtimalini arttırmaktadır. Şüphesiz bu istenilen bir sonuçtur. Keza “b” bendi de, kaynak transferinin iadesini sağlamakta ve teşebbüsleri rızai olarak tazminat borcunu ödemeye teşvik ederek haksız fiil sorumluluğunun uygulanma maliyetini aşağı çekmektedir. Doğal olarak bu özel hukuk uygulamasının etkinliğini artırır. Ama zararın karşılanması ne zaman ve hangi şartlar altında indirim neden olacağı belirsizdir. Bu nedenle hükmün teşebbüsleri ne ölçüde tazminat ödemeye güdüleyeceği hususunda yorum yapmak güçtür. Hüküm, kartel tipi ihlallerden ziyade, dışlayıcı uygulamalar açısından uygulanabilir gözükmektedir; zira kartel tipi ihlaller açısından zarar tazmini son derece karmaşıktır ve bu nedenle ödenecek tazminatın hafifletici sebep olarak takdir edilmesi belirsizlik arz etmektedir⁶⁸.

⁶⁴ İlave ekonomik argümanlar için bkz. Wils 2007, s.24, 25.

⁶⁵ İhlal konusu davranışın sosyal maliyeti artırdığını varsayarsak, bu davranışın gerçekleşmesi için çaba harcanması yani bu amaca yönelik yapılan yatırımlar net sosyal maliyettir. Yani sosyal açıdan yapılması arzu edilmez, herhangi bir faydaya hizmet etmez.

⁶⁶ Wils 2007, s.30.

⁶⁷ Kanun'un 16. maddesinin bu hali ağırlaştırıcı hal olarak sayması, sanırım ki bu hale Yönetmelik'te yer verilmesine neden olmuştur. Fakat bu Kanun'da ayrıca düzenlenebilirdi.

⁶⁸ Kartel tipi ihlaller açısından bu hükmün uygulanmaması gerektiğini iddia etmediğimizi belirtelim. Burada kastedilen pek çok kartel tipi ihlal açısından zarar görenlerin sayısı çoktur ve ihlalde bulunan teşebbüsün cezada indirim alması için, ne ölçüde tazminat ödemesi gerektiği belirsizdir. Örneğin bir kartelden 10 tane ilk seviyede alıcının ve 15 adet de ikinci seviye (dolaylı) alıcının zarar gördüğünü düşünelim. Kime ne ölçekte tazminat ödemesi acaba cezada indirim sağlayacaktır.

Taslak'ın 8. maddesinin “a” bendindeki hal de, teşebbüsleri ihlale son vermeye teşvik edici gözükmektedir. Gerçi şunu belirtelim ki, bu bent aşağıda açıkladığımız üzere sınırlı bazı hallerde ters güdü de yaratabilir. Zira ihlalin farkında olan ve kendisi hakkında şikâyet yapılan teşebbüs, kendisi hakkında inceleme başlamadan önce ihlali sonlandırmak yerine, incelemenin kendisine bildirilmesinden sonra ihlale son vermeyi tercih edebilir. Bu ise istenilen bir sonuç değildir⁶⁹.

Hafifletici haller arasındaki Taslak'ın 8. maddesindeki “ç” ve “d” halleri ise, ihlal kararını etkiler. Bu haller, ihlal konusunda daha az istekli olan teşebbüsleri, diğerlerinden ayırmaya imkân verir ve onlar için ihlal maliyetini düşürür. Bu da doğaldır zira bu teşebbüslerin kâr güdüsü ve olasılığı klasik bir ihlal tipinden farklıdır. Gerçi şunu belirtelim “d” bendi, yoruma bağlı olarak, ihlal kararı sonrası davranışları da etkileyecektir. Zira hüküm, ihlale taraf olan teşebbüsü, rekabetçi davranmaya güdülemektedir. Örneğin herhalde tipik hal kartel gibi çok taraflı ihlallerde karşımıza çıkacaktır. Fiyat karteline ve bilgi değişimi anlaşmasına taraf olan teşebbüs, anlaşmaya uymaksızın rekabetçi fiyatlar uyguladığı (*cheating*) takdirde, daha az ceza alacağını bilirse, bu onu en azından rekabetçi davranmaya sevk eder. Bu nedenle de hüküm, aynen pişmanlık uygulaması gibi, kartel anlaşmalarının işlem maliyetini (güveni kırmak yoluyla) artırır⁷⁰.

5.1.3.3. Caydırıcılık ve Ödeme Gücü

Taslak, 5-8. maddelere göre belirlenen cezanın, caydırıcı olmaması halinde, cezanın caydırıcılığı sağlamak üzere artırılmasına imkân veren bir hüküm içermektedir. Hüküm açık bir şekilde Taslak'ın caydırıcılığı temel aldığına işaret etmektedir. Üç durumda verilen cezanın caydırıcı olmayacağı gerekçesiyle artırılması mümkündür. Bunlardan ilki teşebbüsün cirosunu esas olarak farklı piyasalardan sağlamasıdır. Esasen ilgili piyasadaki elde edilen ciro, caydırıcılık açısından doğru referanstır ve çoğu kez caydırıcılık açısından yeterlidir. Bu anlamda teşebbüsün cirosunu asıl olarak farklı piyasalardan elde etmesi caydırıcılık ile doğrudan ilgili gözükmemektedir. Fakat özel caydırıcılık açısından, ihlale konu piyasadaki

Kısmen dendiğine göre örneğin iki veya üç kişiye tazminat ödenmesi yeterli midir? Bu soruların yanıtları belirsiz olduğu ölçüde, cezadaki bu indirim nedeni tazminat ödemeye güdülemez. Öte yandan dışlayıcı ihlaller açısından zarar gören veya görenler genellikle belirli ve az sayıda olduğu için tazminat ödenmesi, bu ölçüde sorunsal değildir. Cezanın indirileceği kesin olduğu ölçüde, bu neden tazminat ödemeye güdüleyebilir. Zira ihlalde bulunan, zaten tazminat borcu altındadır ve ceza indirimi bir anlamda onun tazminat borcunun düşmesi anlamına gelmektedir.

⁶⁹ Aynı yönde Wils 2007, s.31.

⁷⁰ Krş. Wils 2007, s.34

cironun çok düşük olması ve verilen cezanın teşebbüsü güdüleyememesi, cezanın arttırılmasına gerekçe teşkil edebilir.

İkinci husus cironun ihlaldeki ağırlığı yansıtmamasıdır. Açıkçası bu yoruma açık bir ifadedir ve bir şekilde ciroya göre belirlenecek cezanın, elde edilen veya elde edilmesi muhtemel kârâ göre düşük olması halinde ceza arttırılabilmektedir. Nitekim üçüncü hal bu ifadeyi tamamlamakta ve ihlalin kazancının, cezadan fazla olması durumunda cezanın arttırılabileceği hükme bağlanmaktadır. Burada hemen şu notu düşelim: burada önemli olan “*ex post*” değil; ihlal öncesi (*ex ante*) durumdur. Bu nedenle, cezanın, ilave kârdan çok daha yüksek olması asıldır. Buradaki ifade de bu şekilde geniş yorumlanmalı ve cezanın kârdan fazla olduğu hallerde bile caydırıcılık hükmü uygulanabilmelidir.

Ödeme gücüne ilişkin kurala göre, yukarıdaki hükümler doğrultusunda belirlenecek olan cezanın tahsil edilmesi, teşebbüsü acze düşürecekse, indirim yapılabilir. Ekonomik teoriye göre, cezanın teşebbüsün malvarlığını aşması halinde, optimal caydırıcılık sağlanamaz (*judgement proof problem*)⁷¹. Zira bu ihtimalde teşebbüs fiilen ödeyeceği cezayı dikkate alır; bir anlamda “*ex ante*” ceza riskini iskonto eder. Bu kavram, bilhassa ceza hukukunda neden finansal yaptırımların yaygın bir şekilde kullanılmadığını açıklamaktadır. Rekabet hukukunda bu genellikle sıkça karşılamayacak bir durum olmakla birlikte⁷², ekonomik teoriye uyumludur, zira malvarlığının üzerinde ceza uygulamak caydırıcılığa hizmet etmediği gibi, eğer teşebbüsün yaptığı yatırımların batık maliyet vasfı yüksekse, bu kaynakların israf edilmesi ve piyasadan teşebbüsün çıkması ile rekabetin azalması sonucunu doğurur. Bunlar ise arzu edilen sonuçlar değildir.

Çalışan ve yöneticilerin de cezaya muhatap olmasına ilişkin (Kanun ve) Taslak hükmü, optimal caydırıcılık kuramı açısından isabetlidir. Bu hüküm, bilhassa, acente sorunu nedeniyle, ihlal maliyetini dışsallaştıran çalışanın caydırılmasına hizmet eder. İhlalde belirleyici etkisi olan ve fakat cezaya yeteri derecede muhatap olmayan çalışanlar, bu şekilde ihlalin maliyetini bir ölçüde taşımış (içselleştirmiş) olurlar. Bu hüküm bilhassa büyük çok uluslu şirketlerin yeteri derecede caydırılması açısından son derece önemlidir.

⁷¹ Bkz. SHAVELL, S. (1986), “Judgement Proof Problem”, *International Review of Law and Economics*, No:6, s.45-58; Sanlı 2007, s.462, 463.

⁷² Fakat bilhassa bazı uygulamalarda bu türden bir durum ile karşılaşılabilir. Örneğin hukuka aykırı olan bir dışlayıcı uygulamada bulunan ve fakat tam başarı sağlamayan bir teşebbüsün malvarlığı, ihlal sonrası soruşturma sürecinde eriyebilir. Keza ihlal başarılı olsa bile, ihlal ile karar arasında en azından 1,5 veya 2 sene kadar bir sürenin geçecek olması da, teşebbüsün malvarlığının süreç içerisinde erimesine neden olabilir.

5.2. Taslak Hükümlerinin Hukuken Değerlendirilmesi ve Eleştiriye Açık Noktalar

Hukuki değerlendirme ile kastedilen, mehzaz, pozitif hukuk ve şeffaflık, hukuk güvenliği, ölçülülük, adalet gibi bazı meta prensipler⁷³ ışığında Taslak hükümlerinin terminoloji, sistematik ve muhteva açısından ele alınmasıdır. Bu bağlamda, geçmiş Kurul uygulaması da dikkate alınacaktır.

5.2.1. Temel Cezanın Belirlenmesi

İlk olarak temel politika değişikliğini ele almak isabetli olur. Mevcut Yönetmelik hükümleri ile ilgili temel problem⁷⁴, teşebbüs cirosuna göre hesaplanan baz cezanın, bazı ihlal tipleri açısından Kurul tarafından tatmin edici bulunmamasıdır. Daha açık bir ifadeyle Kurul, bazı ihlaller karşısında, Mevcut Yönetmelik hükümlerini aynen (ve doğru bir yorum ile) tatbik ettiği bir durumda verilecek olan cezaları bir ölçüte göre aşırı bulmuş ve Mevcut Yönetmelik hükümlerini bu anlamda esnetmiştir. Buna dair üç örnek verilebilir⁷⁵:

Kurul ilk olarak “kartel” tanımını esnetmiş ve açık olarak kartel denebilecek pek çok anlaşmayı, kartel olarak vasıflandırmaktan kaçınmıştır⁷⁶. Bunun altındaki neden, kartel vasıflandırması ile birlikte cezaların artacak olmasıdır ve Kurul bu

⁷³ Burada 2009 yılından bu yana dillendirilen ve Kurul kararlarına da yansıyan, cezaların kanuniliği ilkesini ayrıca ele almıyoruz. Halen cezanın belirlenmesine ilişkin esasların Yönetmelik çıkartılarak tespit edilmesi gerektiğini öngören RKHK’nın 16. maddesinin hukuka uygunluğu tartışma konusu yapılmaktadır. Bu tartışmadan bağımsız değerlendirme yapıyoruz. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ARI, H. (2008), “Rekabet Kurulu’na 5278 Sayılı Kanunla Verilen Cezalara İlişkin Yönetmelik Çıkarma Yetkisinin Kanunilik İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu VI* içinde, Kayseri, Rekabet Kurumu Yayını, No:216, Ankara, s.241-286. AB hukukunda da, AB Komisyonu tarafından uygulanan para cezasının idari yaptırımın ötesinde, ceza hukuku karakteri olduğuna dair görüşler dillendirilmektedir. Özellikle 2009 Lisbon Anlaşması sonrasında (Avrupa İnsan Hakları Hukuku müktesebatının AB hukukunun bir parçası olmasından mütevellit) AB Komisyonu uygulamasının farklılaşması ve yargı denetiminin (ceza hukuku prensipleri çerçevesinde) etkinliğinin artırılması gerektiği dillendirilmektedir: Bkz. FORRESTER, I. S. (2011), “A Challenge for Europe’s Judges: The Review of Fines in Competition Cases”, *European Law Review*, No:36, s.185-207.

⁷⁴ Hatırlatmak gerekirse mevcut sistemde, teşebbüs cirosu esas alınmakta ve “kartel”- “diğer ihlaller” ayrımı çerçevesinde öngörülen oranlara göre baz ceza belirlenmektedir. Karteller ve diğer ihlaller için belirli % oran aralıkları (alt ve üst sınır) öngörülmüştür. Dolayısıyla takdir yetkisi sınırlanmıştır.

⁷⁵ Bu eleştiriler için bkz. KEKEVİ, G. (2014), “RKHK m.16/3 Uyarınca Para Cezası Verilmesine İlişkin Rekabet Kurulu ve Danıştay Kararlarının Ceza Yönetmeliği Bağlamında Değerlendirilmesi”, *Rekabet Hukuku ile İlgili Kurul ve Yargı Kararları Sempozyumu III* içinde, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, s.41-74.

⁷⁶ Mesela bkz. 8.8.2003 tarih ve 13-13/198-100 sayılı, 12.6.2012 tarih ve 12-32/916-275 sayılı; 21.12.2013 tarih ve 12-58/1556-558 sayılı Kurul kararları.

sonuçtan kaçınmak için kavramı değiştirmek suretiyle yorumlamıştır (*değiştirici yorum*).

İkinci husus teşebbüs cirosu meselesidir. Kurul, Mevcut Yönetmelik çok net olmasına rağmen, bazı kararlarında (muhtemelen cezanın bir değer yargısına göre yüksek çıkacak olması) nedeniyle teşebbüsün cirosunu esas almaktan imtina etmiş ve bunun yerine teşebbüsün ilgili piyasa (veya işkolu) cirosunu değerlendirmeye almıştır⁷⁷. Şüphesiz bu da Mevcut Yönetmelik hükümlerine ve hukukun genel ilkelerine uygun değildir.

Üçüncü husus ise, doğrudan teşebbüs kavramı ile ilişkilidir. Ceza hukukundan esinlenen görüşlerin de etkisiyle, ihlale taraf olan teşebbüsün cirosu yerine, bazen teşebbüsün bir parçası olan tüzel kişiliğe ceza uygulanması tercih edilmiştir. Bu şekilde bir uygulama, RKHK ve Mevcut Yönetmelik hükümlerine aykırı gözükmemektedir ve muhtemelen baz cezanın belirlenmesinde teşebbüs cirosunun esas alınmasından kaynaklanmaktadır. Kurul %2 ila %4 (ve hatta %0,5-%3) aralıklarını esnetemediği ölçüde, kavramları esnetmiştir ki bunun hukuk güvenliği üzerindeki olumsuz etkisi azımsanmamalıdır.

Kurul'un bu hatalı ve tutarsız denilebilecek uygulamasının (büyük ciroya küçük ceza/küçük ciroya büyük ceza uygulaması)⁷⁸, en azından teorik olarak, benimsenen yeni yöntem çerçevesinde son bulacağı söylenebilir. Zira burada doğrudan ihlal ile ilgili piyasadan elde edilen ciro esas alınacak ve teşebbüsün tüm cirosu ya da ihlal ile ilişkili olmayan unsurlar bir anlamda değerlendirmeden ari tutulacaktır. Cezanın ihlalle ilişkili gelire endekslenmesi aynı zamanda daha adilane gözükmemektedir. Ayrıca kartel kavramına da yer verilmemiş olması, gerek kartel kavramı etrafındaki tartışmaların sonlandırılması, gerekse kavram erozyonu açısından isabetli olmuştur. Baz ceza aralıkları tercihinden vazgeçilmiştir. Bu tercih Kurul'un takdir yetkisini arttırmış ve bu anlamda kavramları zorlama olasılığını da azaltmıştır.

Süreyle ilişkin ileri sürülen bazı itirazlar da, sene aralıkları yerine sene çarpanının kabul edilmesiyle birlikte karşılık bulmuş olmaktadır. Önceki sistemde, bir ihlalin 1.5 sene sürmesi ile 4.5 sene sürmesi arasında (diğer koşullar aynı kalmak kaydıyla) herhangi bir fark gözetilmemekteydi. Bu da doğal olarak

⁷⁷ Mesela bkz. 11.11.2010 tarih ve 10-72/1503-572 sayılı, 7.3.2011 tarih ve 11-13/243-78 sayılı Rekabet Kurulu Kararları.

⁷⁸ SANLI, K.C. (2011), Rekabet Kurulu'nun Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. Maddesine İlişkin Yaptırım Politikası Hakkında Değerlendirme, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, XII Levha Yayınları, İstanbul, Türkiye, s.56.

adaletsiz görülmekte ve eleştirilmekteydi⁷⁹. Taslak sene çarpanını kabul etmekle bu olumsuzluğu bertaraf etmiştir. Bu faktörler, genel olarak yapılan değişikliğin olumlu yönlerine işaret etmekle birlikte, bu tercihin sorunsuz olduğu anlamına gelmez. Temel eleştiri, buradaki takdir yetkisinin (hukuk güvenliğini riske atabilecek ölçekte) genişlemesidir. Bu genişlemenin ise dört ayrı boyutu vardır: ilgili piyasanın tespiti⁸⁰, alt sınır olmaması, “ağır ihlal” tanımının ucunun açık bırakılması ve caydırıcılık hükmü. Kurul, örneğin dikey fiyat tespiti dosyasında, baz ceza için %1 oranını da, %20 oranını da takdir edebilir⁸¹. Hatta, %00000,5 oranını takdir etmesinde bir engel gözükmemektedir. Ağır ihlaller açısından dahi kullanılan dil (“üst hadde yakın tespit edilmesi esastır”) muğlaktır. Özellikle geçmiş uygulama dikkate alındığı zaman, geniş takdir yetkisinin keyfi bir şekilde kullanılması riski hiç de az değildir⁸². Nitekim, Mevcut Yönetmelik’in, baz cezaya dair aralık tespit etmesinin olası nedeni de budur. Bu nedenle bu sistem Kurul’a cezaların takdirinde önemli bir sorumluluk da yüklemektedir. Belki de bu riskin azaltılması için, geçmiş dönem kararlar incelenmek suretiyle hafif ihlaller (ya da diğer ihlaller) için bir alt sınır öngörülebilir. Eğer bu yapılmayacaksa en azından Kanun’un 52. maddesine yapılacak ekleme ile cezanın belirlenmesi usulünün de gerekçeli kararda yer alması zorunluluğu getirilebilir.

Ciro ile ilgili bir başka işaret edilebilecek husus, ilgili piyasa kavramına atfen bunun yurt dışı satışları kapsayıp kapsamadığı meselesidir. Baz cezaya esas olacak ciro açısından yurt içi cironun esas alınması hukuk tekniği açısından⁸³

⁷⁹ Bkz. mesela TÜSİAD Şirket İşleri Komisyonu Rekabet Çalışma Grubu (2012), Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Teşebbüs Birliği Kararlarıyla, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik Hakkında Raporu, İstanbul, Türkiye, http://www.tusiad.org/_rsc/shared/file/Ceza-Yonetmelik---TUSIAD-GORUSU.pdf, Erişim Tarihi 18.3.2014.

⁸⁰ Burada ilgili piyasanın belirlenmesinin belirsizlik içermesi ve maliyetli olmasından mütevellit, temel politika değişikliği eleştirilebilir. Piyasa belirlenmesi kolay bir faaliyet değildir ve veri kıtlığı nedeniyle uygulamada sıklıkla “tahmin” yoluyla piyasa belirlenmekte; hatta pek çok kararda piyasa tespitinden imtina edilmektedir. Bu nedenle eleştirilerde bir miktar haklılık payı vardır. Fakat zaten ihlal tespitinin neredeyse her zaman ilgili piyasa tespitini gerekli kılması ve bu belirlemenin önceki safhalarda yapılmış olması nedeniyle biz bunun önemli bir sorun olmadığını düşünüyoruz.

⁸¹ Ağır ihlaller için %15’in altında bir baz ceza oranının belirlenmemesi gerektiğini düşünüyoruz, bu nedenle ağır ihlaller için dolaylı ya da zımnen olarak alt sınır vardır.

⁸² Yönetmelik’in yeteri derecede şeffaf uygulanmadığı hakkında bkz. Kekevi 2014, s.61, 62.

⁸³ Optimal yaptırım kuramı, rekabet hukuku ihlallerinden elde edilen tüm gelirin dikkate alınmasını gerektirir. Bu anlamda gelirin yurt içi ve yurt dışından elde edilmiş olması arasında bir fark yoktur. Buna karşılık hukuken bu türden bir uygulama bazı sorunları beraberinde getirir. İlk olarak Kanun, etki teorisi kapsamında Türk piyasalarındaki rekabet sorunlarını gidermeyi amaçlamaktadır. İhlalin yurt dışındaki etkileri ve bu anlamda yurt dışındaki satışlardan elde edilecek cironun hesaba katılması tutarlı gözükmemektedir. Ayrıca bu satışlara bağlı olarak ihlal, bundan etkilenen ulusal veya ulusal üstü (AB Hukuku) rekabet hukuku sisteminin yetki alanında soruşturma konusu

daha isabetli gözükmemektedir. Bu mehzaz düzenlemede de bu şekildedir. Bir diğeri eleştirii konusu Taslak'ın 5/3. maddesindeki: “*Teşebbüs birlikleri tarafından gerçekleştirilen ihlal üyelerin faaliyetleriyle ilgiliyse, kural olarak üye teşebbüslerin ilgili pazar ciroları toplamı esas alınır.*” hükmüne ilişkindir. Burada neredeyse her zaman⁸⁴, teşebbüs birliğinin ihlal teşkil eden davranışı üyelerinin faaliyetleri ile ilgilidir. Bu durumda ise her zaman teşebbüslerin cirosunun esas alınması gerekir. Kanımızca teşebbüs ciroları, az sayıda teşebbüsün birliğin üyesi (veya tarafı) olduğu ve teşebbüs birliğinin kartel platformu olduğu hallerde geçerli olmalıdır. Buna karşılık özellikle teşebbüslerden büyük ölçüde bağımsız hareket edebilecek kurumsal yapıya sahip, çok sayıda teşebbüsü bünyesinde barındıran meslek birliklerinin, teşebbüs faaliyetleriyle ilgili de olsa aldığı rekabeti sınırlayıcı kararlar dolayısıyla sadece teşebbüs birliğinin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı meselesi tartışma konusu yapılmalıdır. Fikrimizce bu gibi hallerde teşebbüs cirolarına atıf yapmak anlam ifade etmez. Dolayısıyla farklı ihtimalleri dikkate alan bir yaptırım hükmü yer almalıdır.

5.2.2. Ağırlaştırıcı ve Hafifletici Haller

Genel olarak muhafaza edilen ağırlaştırıcı ve hafifletici hallerin isabetli tercihleri yansıttığı söylenebilir. Soruşturma kararının tebliğinden sonra ihlale devam başlıklı halin kaldırılması uygulama alanı bulmamasından kaynaklandığını tahmin ediyoruz. İncelemeye yardımcı olmama haline de, muhtemeldir ki, RKHK'nın 16. maddesinde zaten düzenlendiği gerekçesiyle yer verilmemiştir. Bu açıdan tercihlerin isabetli olduğunu düşünüyoruz. Tekerrürün muhafaza edilmesi, ayrıntılı düzenlenmesi ve üst sınıra tabi olmaması da keza isabetlidir⁸⁵. Fakat tekerrür açısından yine en azından mütevazı bir alt sınırın belirlenmesi gerektiğini düşünüyoruz.

olabilir. Bu durumda aynı cironun çifte hesaplama dahil edilmesi gibi bir mesele olacaktır. Buna paralel olarak Kurul ilgili coğrafi piyasayı neredeyse her zaman Türkiye Cumhuriyeti coğrafyası ile sınırlamaktadır; bu çerçevede de Türkiye dışındaki coğrafyada satılan mallardan elde edilen cironun hesaba dahil edilmesi tutarlı gözükmemektedir. Fakat şunu belirtelim: bu sakıncalara rağmen Taslak'ın 11. maddesi çerçevesinde politika tercihi olarak global ciroya paralel bir şekilde tüm cironun esas alınması esas tercih edilmiş olabilir. Ama fikrimizce durum böyleyse bunun net bir şekilde kaleme alınması şarttır.

⁸⁴ Akla gelen neredeyse tek örnek teşebbüs birliğinin giriş engeli yaratacak uygulamayı hayata geçirmesidir. Eğer hüküm konulurken bunun dışındaki haller de düşünülmüşse, burada düzenleme daha açık olmalıdır.

⁸⁵ Bu noktada özel-genel tekerrüre ve kararın kesinleşmesi ihtiyacına dair tartışmaların devam edeceğini düşünüyoruz. Fakat mevcut hüküm bizce isabetlidir.

Burada Taslak'ın 7/1(a) maddesinde belirleyici etki kavramına yer verilmesi ilginçtir. Bu Mevcut Yönetmelik'te yer alan bir ağırlaştırıcı hal değildir. Mevcut Yönetmelik, belirleyici etkiyi çalışanlara ceza verilmesinin ölçütü olarak öngörmektedir. Taslak ise, çalışanlara ceza verilmesini "aktif rol" ölçütüne tabi tutmuştur. Fakat belirleyici etki kapsamında sayılan eylemler, "ihlalde aktif rol oynamak" başlığında kümelenmiştir. Dolayısıyla sanırsınız ki aktif rol ile belirleyici etki arasında bu anlamda bir fark yoktur. Nitekim Kanun'un 16. maddesi her iki durum için belirleyici etki terimini kullanmıştır. Hal böyleyse, çalışanlar için de ölçütün değiştirilmemesi ve belirleyici etki teriminin muhafaza edilmesini öneririz. Eğer bu iki kavram arasında fark var ise, bunun net bir şekilde belirtilmesi uygun olur. Mevcut haliyle bu iki hükümdeki ifadelerin gereksiz bir karmaşa yarattığını düşünüyoruz.

Hafifletici hallere ilişkin olarak ise, kaldırılan haller genel olarak isabetli gözükmemektedir. Diğer ihlallere (kartel dışındaki ihlaller) dair işbirliği yapılması, hafifletici hal olarak zikredilmemiş olmakla birlikte, biz bunun Taslak'taki 7/1(c) maddesine girebileceğini düşünüyoruz. Aksi halde kaldırılması isabetli gözükmemektedir. Zira bu hüküm, herhangi bir maliyet getirmeksizin, ihlal sonrası safhada uygulama maliyetlerini azaltmaktadır. Bir olasılık başka kartel hakkında bilgi verilmesi de, Taslak'taki 7/1(c) kapsamında mütalaa edilebilir. Dolayısıyla Taslak'ın 7/1(c) hükmünü bir torba hafifletici hal olarak yorumluyoruz.

İhlal nedeniyle ortaya çıkan zararın karşılanması, uygulanması belirsizlik arz etmekle birlikte, hukuken isabetlidir. Zira en azından bu şekilde idari yaptırımlar ile özel hukuk yaptırımları arasında bir ilişki kurulmaktadır. Buna paralel bir hükmün, tazminatın takdiri başlığı altında Kanun'da yer alması ve teşebbüslere uygulanan idari para cezalarının mahkeme tarafından dikkate alınması isabetli olur. Zira tazminat davaları esas itibarla idare hukuku uygulamasının devamında (*follow-on suits*) ikame edileceği için, özel ve idare hukuku arasındaki ilişki ancak bu şekilde kurulabilir. Bu hafifletici halin bir diğer olumlu yönü, özel hukuk uygulamasını özendirmesidir⁸⁶. Bu nedenle Yönetmelik'te muhafaza edilmesi isabetli olmuştur.

İhlallere son verilmesine dair hafifletici hal, açıklanarak muhafaza edilmiştir. Bu yerinde bir tercihtir. Fakat bu hükmün hafifletici hal olarak kalması, (sınırlı bazı hallerde) olumsuz bir güdüleme yaratabilir. İki senaryo düşünelim: Birinde ihlal zaten inceleme yapılmadan önce bitmiş olsun. Diğerinde ise, teşebbüs ihlali

⁸⁶ Teşebbüsün tazminat borcunu ödemek suretiyle idari para cezasını azaltması onu kendisine yapılan alacak taleplerini karşılamaya sevk eder. Bu da, rekabet hukuku ihlalinden zarar gören kişilerin zararlarını daha kolay telafi etmelerini sağlayarak özel hukuk etkinliğini arttırmaktadır.

sonlandırmasını ve ancak incelemenin başlamasından sonra, bildirmek suretiyle sonlandırır. Bu hüküm çerçevesinde tüm şartlar aynı kalırsa, ikinci teşebbüs daha az cezaya muhatap olacaktır. Bu makul gözükmemektedir ve teşebbüslerin (yüksek bir olasılık olmamakla birlikte) stratejik davranmasına neden olabilir. Bu nedenle hükmün varlığı tekrar gözden geçirilmelidir.

Yeni bir hafifletici hal öngörülmüştür. Buna göre teşebbüsün ihlale katılımı (süre haricinde) daha sınırlı ise bu da bir indirim nedenidir. Hükmün nasıl yorumlanacağını zaman gösterecek olmakla birlikte, muhtemelen karteller ya da çoklu ihlaller bakımından uygulanacaktır. Kartele taraf olan teşebbüsün, aslında anlaşma şartlarına uymama iradesi göstermesi (*cheating*) ve mesela, anlaşmaya kıyasla rekabetçi fiyat vermesi bu hale örnek gösterilebilir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere bu hüküm ekonomik açıdan (anlaşmaya uymama yönünde güdü yarattığı ölçüde) isabetlidir ve pişmanlık uygulamasında olduğu gibi, kartelin işleyişini güçleştirir. Daha geniş bir yorum yapmak gerekirse, derecelendirilmesi mümkün olan ihlal tipleri açısından, teşebbüsü daha az maliyet doğurucu bir şekilde davranmaya güdülediği gibi, aynı zamanda adaletli gözükmemektedir.

Hafifletici haller arasında zikredilmemekle birlikte, ihmal suretiyle gerçekleştirilen ihlaller veya ihlalin varlığına dair samimi tereddüde düşme hallerinin (tek bir hal olarak) bu madde kapsamında düzenlenmesi isabetli olur⁸⁷. Ağır ihlal dışında kalmak kaydıyla bu türden bir hükme yer verilmesi, ekonomik açıdan isabetlidir. Zira bu hallerde teşebbüsün net bir ihlal kararı yoktur; bu nedenle idari para cezasının “gereğinden fazla caydırıcı” (*overdeterrence*) olma riski vardır. Bu tür bir ihtimalde en azından idari para cezasının düşürülmesi isabetlidir.

Yeni sistemde, hafifletici haller, ancak ağırlaştırıcı hallerin uygulanmasından sonra tatbik edileceği için, ceza üzerinde daha fazla etki yapacaktır. Bu nedenle hafifletici hallere dair tavan öngörülmesi isabetlidir.

5.2.3. Diğer Hükümler Hakkında

Diğer hükümler başlığı altında, dört düzenlemeden bahsedilebilir. İlki Taslak’ın 9. maddesinde düzenlenen caydırıcılıktır. Hüküm muhtemelen tartışılacak olmakla birlikte, ekonomik ve hukuki açıdan isabetli olduğunu düşünüyoruz. İlk olarak teşebbüs, ceza caydırıcı olsa bile, çapraz sübvansiyon mantığı çerçevesinde yine de hukuka aykırılığı tercih edebilir. İkinci olarak, yukarıda da belirttiğimiz üzere karteller açısından temel para cezasının caydırıcı olmama ihtimali vardır. Taslak’taki 9/2. madde çerçevesinde bu risk hafiflemektedir. Tabii *ex post* olarak

⁸⁷ Wils 2007, s. 33.

kazancın yaptırımdan da fazla olması, ihlalin ortaya çıkarılma olasılığının %100'den az olduğunu dikkate alırsak, caydırıcılığın hiç sağlanamadığı anlamına gelir. Bu nedenle, (kazancın yaptırım (miktarından değil) riskinden fazla olduğu halleri de içerecek şekilde) Taslak'taki 9/2. maddeyi geniş yorumlamak icap eder.

İkincisi Taslak'ın 10. maddesinde düzenlenen ödeme güçlüğüdür. Bu hüküm ekonomik ve hukuki açıdan isabetlidir. Ceza nedeniyle teşebbüsün iflas etmesi ve bazı kaynakların ekonomiden çıkma ihtimali, israfa neden olacağı gibi, rekabeti de azaltabilir. Bu nedenle, özellikle teşebbüsün devredilme olasılığı yoksa, ödeme güçlüğü indirim nedeni olmalıdır. Yaptırım sisteminin bütünlüğünü dikkate alarak, söz konusu teşebbüsün aynı ihlal nedeniyle önemli sayıda (ve ölçekte) tazminat davalarına muhatap olma riski de ödeme güçlüğü maddesinde dikkate alınabilir.

Üçüncü olarak Taslak'ın 11. maddesinde düzenlenen yasal üst sınırın Kanun'a uygun olarak teşebbüs cirosunun %10'u olarak muhafaza edilmesi ve fakat ulusal değil, global cironun dikkate alınmasıdır. Bu düzenleme mehzadaki hükme paraleldir. Kanun'da bu konuda açıklık yoktur. Mevcut Yönetmelik ise, ulusal ciroyu baz almaktadır. Bilhassa teşebbüs kavramı, Kanun'daki tanıma uygun olarak yorumlanır, bu konuda bir istisnaya gidilmezse, global şirketler açısından pratikte bir ciro tavanı kalmayacağı söylenebilir. Bunun ekonomik açıdan isabetli olup olmadığından bağımsız olarak, Kurul'un geçmiş karar ve uygulamaları çerçevesinde bu hükmün uygulanma kabiliyeti olmadığını düşünüyoruz. Ayrıca uygulanmasıyla birlikte eşitlik ve benzer mülahazalar çerçevesinde sıklıkla eleştiri konusu olacaktır. Fikrimizce bunun ulusal ciro olarak değiştirilmesi isabetli olur. İkinci olarak, yavru ortaklığın eylemlerinden ötürü ana ortaklığa gidilecekse, bunun belirli ölçütlere dayanması gerekir. İlke olarak ekonomik bütünlük ve bu arada "belirleyici etki uygulayan" ana ortaklık sorumlu tutulacaksa da, özellikle ana ortaklığın herhangi bir şekilde ihlalle ilişkisinin olmadığı, ihlalin tamamen yavru ortaklığın inisiyatifi ile gerçekleştiği ve ana ortaklığın ihlalin önlenmesi noktasında tedbirler aldığını ispatladığı durumlarda, (ispat yükü ana ortaklıkta olmak üzere) salt yavru ortaklığın sorumluluğu söz konusu olabilmelidir.

Son olarak Taslak'ın 12. maddesindeki yöneticilere ve çalışanlara verilen para cezasına ilişkin hüküm hakkında şu tespitler yapılabilir. Taslak metin, Mevcut Yönetmelik'teki hükmü muhafaza etmiştir. Bu olumludur. Fakat çalışan ve yöneticilerin idari para cezasına muhatap olması, son derece önemli olmasına rağmen, Mevcut Yönetmelik kapsamında bu hükümler işletilememiştir⁸⁸. Bunun

⁸⁸ Aynı yönde bkz. Kekevi 2014, s.66.

olası nedenlerinden biri, Kanun'un teşebbüs (ve teşebbüs birliğini) özne olarak kabul etmesi ve gerçek kişiler için düzenleme içermemesidir. Bu nedenle özellikle savunma hakkına ilişkin (etkinliği arttırmak adına) Kanun'da da buna paralel bir düzenleme yapılması gerektiğini düşünüyoruz. Yani, teşebbüslerin yanı sıra çalışanlara ceza verilmesi halinde, onların soruşturma sürecine katılımı, savunma hakkına halel getirmeyecek şekilde düzenlenmelidir. İkinci bir husus ise, yukarıda belirttiğimiz üzere "aktif rol" kavramının Kanun'daki terminoloji ile uyumlu hale getirilmesi zaruretidir. Üçüncü husus ise, Kanun'a paralel olarak teşebbüs birliği yöneticisinin ihlalde belirleyici etkisi olması halinde, yöneticinin (veya çalışanın da) birlikten bağımsız olarak cezaya muhatap olması gerekir. Taslak'ta bunun düzenlenmesi isabetlidir. Nihayet son bir husus da, ağır ihlaller açısından yöneticilerin daha yüksek bir oran üzerinden cezalandırılmasına dair Mevcut Yönetmelik'teki hüküm muhafaza edilmelidir.

5.2.4. Taslak Hükümlerinin Geneli Hakkında Sistematik, İfade ve Terminoloji

Yönetmelik terminoloji ve ifade konusunda bazı aksaklıklar içermektedir. Kısaca sıralayalım:

- Taslak'ın 1/2. maddesindeki "*Bu Yönetmelik hükümleri uygun olduğu ölçüde 4054 sayılı Kanunun 7 nci maddesinde yasaklanan davranışlarda bulunanlar bakımından da uygulanır*" ifadesinin, "*.... bulunanlara da uygulanır*" olarak değiştirilmesi daha isabetlidir.
- Taslak'ın 2. maddesindeki, *4054 sayılı Kanunun* ifadesi yerine, *4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun* denmesi daha yerindedir.
- Taslak'ın 6/1. maddesindeki süre hükmü karmaşıktır. Baz ceza ile yıl cinsinden ihlal süresinin çarpılarak temel cezanın bulunacağı açıktır. Ama 12 aydan kısa dönem ihtimallerinin nasıl ekleneceği belirsizdir. Hüküm aynen şöyledir: "*Bu hesaplama ihlalin 12 aydan kısa bölümleri bir yıl, altı aydan kısa süren müteakip her bir bölümü ise altı ay olarak kabul edilir.*" Bu ifade çok karışıktır. Eğer 1 yılın dışında 6 ay çarpanı da kullanılacaksa, bunun net bir şekilde ifadesi gerekir.
- Yine Taslak'taki 6/2. maddede rakipler arasındaki ilişkilere atfen, ağır ihlal kavramı tanımlanmıştır. Burada ağır ihlalin rakiplerin anlaşması halinde söz konusu olacağı (metinden bu anlam çıkmakla birlikte net olması açısından) ifade edilmelidir.

SONUÇ

Taslak Yönetmelik üç nedenden ötürü fikrimizce yaptırım politikası açısından isabetli bir düzenleme teşkil etmektedir. İlk olarak Mevcut Yönetmelik, bazı uygulama sorunlarını beraberinde getirmiştir. Özellikle teşebbüs cirosu üzerinden temel cezanın belirlenmesi ve Kurul'un takdir yetkisini sınırlayan (alt eşikler) hükümler, mevcut Yönetmelik'in tutarsız ve amaca aykırı bir şekilde yorumlanmasına neden olmuştur. Taslak Yönetmelik, ihlal ile ilgili piyasa ölçütünü esas almak ve alt sınırları ortadan kaldırmak ile, bu sorunlu uygulamayı bertaraf edecek niteliğe sahiptir.

İkinci olarak Taslak, mehaz ile uyumludur. Mehaz düzenleme olan AB Komisyonunun 2006 Ceza Kılavuzu, takriben 8 senedir uygulandığı için, Taslak hükümlerinin yorumunda bir referans söz konusudur. Bu ise, Taslak hükümlerinin tutarlı ve amaca uygun bir şekilde yorumlanmasına hizmet edecektir.

Üçüncü ve en önemli neden ise, temel cezanın belirlenmesinde benimsenen politika tercihi, optimal yaptırım teorisi (veya hukuk ekonomi perspektifi) açısından isabetlidir. Dolayısıyla amaca uygun bir şekilde yorumlandığı takdirde, rekabet hukukuna aykırı eylemlerin caydırılması amacına ulaşılacaktır.

Taslak Yönetmelik, farklı esasa dayandığı için, yürürlüğe girdiği bir durumda Mevcut Yönetmelik'ten çok farklı ceza ve ceza oranlarının çıkması olasıdır. Mesela cirosunun önemli bir kısmını tek (ve ihlalle ilgili) bir piyasadan elde eden teşebbüsler açısından ceza miktarı Mevcut Yönetmelik'e kıyasla yüksek olacaktır. Ayrıca üst sınırın tatbikinde (cironun %10'u) tüm ekonomik bütünlüğün global cirosu esas alınır, bu oranın indirimi de söz konusu olmayacaktır. Buna karşılık somut olaydaki teşebbüsün ihlalle ilişkili piyasadan elde ettiği ciro önemsizse, takdir edilecek ceza Mevcut Yönetmelik'ten çok farklı olmayabilir.

Taslak'ı genel olarak olumlu bulmamıza rağmen, bazı riskler ve olumsuzluklar mevcuttur. Önemli gördüklerimizi⁸⁹ burada sıralamak gerekirse:

- Taslak, takdir yetkisini bir ölçüde genişletmiş gözükmektedir. Her ne kadar geniş takdir yetkisinin (yukarıda kısaca açıkladığımız) olumlu yönleri olabilir de, öngörülebilirlik ilkesi ve hukuk güvenliği bundan zarar görebilir. Örneğin Mevcut Yönetmelik çerçevesinde, teşebbüslerin ne ölçüde cezaya muhatap olabilecekleri hem alt hem de üst sınır açısından belirsizdir. Bu nedenle de, Yönetmelik'in ne şekilde uygulandığı; yani cezanın nasıl takdir edildiği mutlaka gerekçeli kararlarda belirtilmelidir. Hatta bu konuda

⁸⁹ Bu ve diğer eleştirilerimizi 5 numaralı başlık altındaki açıklamalarımızda ayrıntıları ile belirttik.

Kanun'un 52. maddesinde değişiklik yapılarak, şeffaflığı sağlayacak açık bir hüküm konması son derece yerinde olur.

- Taslak, Kanun'a paralel olarak ciroya esas alınacak yılı, nihai karardan bir yıl öncesi olarak belirtmiştir. Oysa caydırıcılık kuramı açısından, ihlalle ilgili cironun esas alınması doğrudur. Bu nedenle AB hukukuna da paralel olarak, cironun belirlenmesinde ihlalden önceki yıl baz alınmalıdır. Şüphesiz bu Kanun'da değişiklik yapılmasını gerektirmektedir.
- Ciro ile ilgili olarak iki öneri getirilebilir. İlk olarak bunun yurt içi satışlar ile ilintili olması gerekir. İhlal, Türkiye Cumhuriyeti coğrafyası dışındaki piyasaları etkilese de, baz/temel ceza açısından yurt içi cirosunun esas alınması daha isabetlidir. İkincisi vergi yükünden bağımsız cironun esas alınması gerekir. Bu optimal yaptırım teorisinin gereği olduğu gibi, mukayeseli hukuk açısından da aynı sonucun kabulü şarttır. Bunun Yönetmelik'e hüküm olarak eklenmesi düşünülebilir.
- Taslak, teşebbüs birliğine verilecek cezada, ihlalin teşebbüslerin faaliyetleri ile ilgili olması halinde teşebbüslerin cirolarının esas alınması gerektiğini belirtmektedir. Bu net ve uygulanabilir bir ölçüt olmadığı gibi, muhtelif senaryolarda teşebbüslerin cirolarının esas alınması amaca uygun olmaz. Bu nedenle, teşebbüs birliğinin ihlale taraf olduğu farklı ihtimalleri (mesela meslek birlikleri) dikkate alan, alternatifli yaptırım sistemine yer verilmelidir.
- Temel cezanın belirlenmesine ilişkin Taslak'taki 6. madde yorumlanırken, ihlalden elde edilen kârın büyüklüğü ve ihlalin gizlenmesi (*veya yakalanma*) ihtimali dikkate alınmalı ve ihlalin ağırlığı ölçütü bu parametreler ışığında yorumlanmalıdır.
- Bilhassa karteller açısından, Taslak hükümlerine göre belirlenen ceza miktarı optimal caydırıcılık kuramına göre yeterli olmayabilir. Özellikle dar piyasa tanımı yapılması veya ihlalle ilintili piyasa cirosunun önemsiz olması halinde, cezanın yeteri derecede caydırıcı olmama ihtimali yüksektir. Bu nedenle, idare ve ceza hukuku bağlamında ortaya çıkabilecek tartışmalardan bağımsız olarak, Taslak'ın 9. maddesindeki caydırıcılık hükmünün pratik açıdan önemli olduğunu düşünüyoruz.
- Teşebbüs kavramına ilişkin net bir tanım verilmiş ve hatta 2010/4 sayılı Tebliğ'e atfı yapılmışsa da, çeşitli platformlarda yapılan tartışmalardan bu konuda halen bir fikir birliği olmadığı görülmektedir. Teşebbüs kavramı, pozitif hukuka uygun yorumlanmalıdır. Bilhassa ihlal yavru ortaklık tarafından gerçekleştirilmiş ve bundan ötürü ana ortaklık sorumlu tutulacaksa, ana ortaklığın, ihlal ile ilgisi olmadığını ve bu türden davranışları önlemek

için gereken tedbirleri aldığını ispatlayarak, sorumluluğu üzerinden atmasına imkan verilmelidir.

- Yönetici ve çalışanların cezalandırılmasına dair hüküm, Mevcut Yönetmelik çerçevesinde etkin bir şekilde işletilmemiştir. Bu Kanun'da bu konuda ayrıntılı bir düzenleme bulunmaması nedeniyle kısmen anlaşılabilir olmakla birlikte, caydırıcılık açısından son derece önemlidir. Bu nedenle, konuya dair Kanun değişikliği yapılmalı ve Yönetmelik hükümleri de buna uygun daha kapsamlı hükümler içermelidir. Bilhassa savunma hakkı ve ağır ihlaller için alt eşik öngörülmesi düşünülebilir.

KAYNAKÇA

ALLAIN, M. L., M. BOYER, K. RACHIDI ve J.P. PONSSARD (2013), “Are Cartel Fines Optimal? Theory and Evidence from European Union”, Cirano Scientific Publications, Paris, France, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2342180, Erişim Tarihi: 18.3.2014, s.3.

ARI, H. ve E. AYĞÜN (2009), “Rekabet Kurulu’nun Ceza Yönetmeliği: Yeni Bir Dönemin Ayak Sesleri”, *Rekabet Dergisi*, No:10(4), s. 10-15.

ARI, H., G.KEKEVİ ve E. AYĞÜN (2008), “Rekabet Kurulu’nun Kartellere Uyguladığı Para Cezalarının Değerlendirilmesi”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu VI* içinde, Kayseri, Rekabet Kurumu Yayını No: 216, s.119-184.

AYĞÜN, E. (2008), *Rekabet Hukukunda Para Cezaları: Teori ve Uygulama*, Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu Yayını, No:220, Ankara.

BECKER, G. (1968), “Crime and Punishment: An Economic Approach”, *Journal of Political Economy*, No:76, s.169 vd.

BRYANT, P.G. ve E. WOODROW, JR. (1991), “Price Fixing: The Probability of Getting Caught”, MIT Press (der.), *Review of Economics and Statistics* içinde, No:70(3), s.531-536.

CONNOR, J. M., (2013) “Cartel Fine Severity and the European Commission: 2007-2011”, *European Competition Law Review*, No:34, <http://ssrn.com/abstract=2249010>, Erişim Tarihi: 18.3.2014, s.6.

EMANNUEL, C., C. MONNIER ve R. LEGAL (2008), “Cartels: The Probability of Getting Caught in The European Union”, Working paper, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1015061, Erişim Tarihi: 24.02.2014.

EROĞLU, M. (2012), “2011 Yılındaki Gelişmelerin Değerlendirilmesi”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-X* içinde, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, s. 165-173.

FORRESTER, I. S. (2011), “A Challenge for Europe’s Judges: The Review of Fines in Competition Cases”, *European Law Review*, No:36, s.185-207.

GERADIN, D. (2011), “The EU Competition Law Fining System: A Reassessment”, TILEC Discussion Paper, No:2011-052, <http://ssrn.com/abstract=1937582>, Erişim Tarihi: 18.3.2014.

GÜNDÜZ, H. (2012), “Fines in Turkish Competition Law: Has the Lottery Ended”, *Rekabet Dergisi*, No:13(4), s. 52-58.

ICN (2005), “Building Blocks for Effective Anti-Cartel Regimes, Report to the 4th ICN Annual Conference”, ICN Working Group on Cartels, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc346.pdf>, Erişim Tarihi: 9.3.2014.

ICN (2008), “Setting of Fines For Cartels in ICN Jurisdictions, Report to the 7th Annual ICN Conference”, ICN Working Group on Cartels, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc351.pdf>, Erişim Tarihi: 9.3.2014.

ICN (2008), “Setting of Fines for Cartels in ICN Jurisdictions Report to the 7th ICN Annual Conference, Kyoto”, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc351.pdf>, Erişim Tarihi: 9.3.2014.

KEKEVİ, G. (2014), “RKHK m.16/3 Uyarınca Para Cezası Verilmesine İlişkin Rekabet Kurulu ve Danıştay Kararlarının Ceza Yönetmeliği Bağlamında Değerlendirilmesi,” *Rekabet Hukuku ile İlgili Kurul ve Yargı Kararları Sempozyumu III* içinde, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, s.41-74.

LANDES, W. M. (1983), “Optimal Sanctions for Antitrust Violations”, *The University of Chicago Law Review*, No:50, s. 652 vd.

MILLER, N. (2009), “Strategic Leniency and Cartel Enforcement,” *American Economic Review*, No:99(3), s.750, 760.

SANLI, K.C. (2007), *Hukuk ve Ekonomi ve Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi*, Arıkan Yayınevi, İstanbul, Türkiye.

SANLI, K.C. (2009), *Rekabet Hukuku Yaptırım Politikasında Yeni Dönem: Ceza ve Pişmanlık Yönetmelikleri*, XII Levha Yayınevi, İstanbul, Türkiye.

SANLI, K.C. (2011), *Rekabet Kurulu’nun Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 6. Maddesine İlişkin Yaptırım Politikası Hakkında Değerlendirme, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması*, XII Levha Yayınları, İstanbul, Türkiye.

SHAVELL, S. (1986), “Judgement Proof Problem”, *International Review of Law and Economics*, No:6, s.45-58.

SMUDA, F. (2012), “Cartel Overcharges and Deterrent Effect of EU Competition Law”, ZEW Discussion Paper No:12-050, <http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp12050.pdf>, Erişim Tarihi: 18.4.2014.

TÜSİAD Şirket İşleri Komisyonu Rekabet Çalışma Grubu (2012), *Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Teşebbüs Birliği Kararlarıyla, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik Hakkında Raporu*, İstanbul, Türkiye, <http://www.tusiad.org/>

rsc/shared/file/Ceza-Yonetmelik---TUSIAD-GORUSU.pdf, Erişim Tarihi: 18.3.2014.

UOHS, Guidelines of the Office for the Protection of Competition on the Method of Setting Fines, <http://www.uohs.cz/en/competition/antitrust/guidelines-on-the-method-of-setting-fines.html>, Erişim Tarihi: 9.3.2014.

WILS, W.P.J. (2006), “Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice”, *World Competition*, No:29(2), http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=883102, Erişim Tarihi: 10.3.2014.

WILS, W.P.J. (2007), “The European Commission’s 2006 Guidelines on Antitrust Fines: A Legal and Economic Analysis”, Public Lecture King’s College London, Center of European Law, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=962654, Erişim Tarihi: 9.3.2014.

WILS, W.P.J. (2013), “Recidivism in EU Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis”, *World Competition*, No:35(1), <http://ssrn.com/author=456087>, Erişim Tarihi: 25.02.2014.

REKABET KURULU ve DANIŞTAY KARARLARI

Rekabet Kurulunun 8.8.2003 tarih ve 13-13/198-100 sayılı kararı.

Rekabet Kurulunun 3.11.2009 tarih ve 09-51/1245-314 sayılı kararı

Rekabet Kurulunun 28.10.2010 tarih ve 10-68/1445-545 sayılı kararı

Rekabet Kurulunun 11.11.2010 tarih ve 10-72/1503-572 sayılı kararı

Rekabet Kurulunun 7.3.2011 tarih ve 11-13/243-78 sayılı kararı

Rekabet Kurulunun 23.6.2011 tarih ve 11-39/838-262 sayılı kararı

Rekabet Kurulunun 13.7.2011 tarih ve 11-42/911-281 sayılı kararı

Rekabet Kurulunun 6.4.2012 tarih ve 12-17/499-140 sayılı kararı

Rekabet Kurulunun 12.6.2012 tarih ve 12-32/916-275 sayılı kararı

Rekabet Kurulunun 21.12.2013 tarih ve 12-58/1556-558 sayılı kararı

Danıştay 13. Dairesi 2.4.2012 tarih ve E. 2010/4769 sayılı *TEB* kararı