

TÜSİAD
AVRUPA İŞ DÜNYASI
KONFEDERASYONU
BUSINESSEUROPE
ÜYESİDİR

Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Başkan
Rekabet Kurumu
Ankara

İstanbul, 09 Temmuz 2012
Ref: ÜB/gu/12-1236

Sayın KALDIRIMCI,

Rekabet otoritelerinin kartelleri ortaya çıkarmasının en etkin ve hızlı yolu, kartel üyelerinden birinin işbirliğinden yararlanmak olarak görülmektedir. Zira kartelin ortaya çıkarılmasında yardımcı olan ve gerekli koşulları taşıyan bir kartel üyesinin soruşturma sonunda cezalandırılmaması, kartelin ekonomiye vereceği zarar ve tüketicinin uğrayacağı kayıp göz önünde bulundurulduğunda önemini yitirmektedir. Bu nedenle, çeşitli ülkelerde ve Avrupa Birliği'nde (AB), kartelin ortaya çıkarılmasında rekabet otoritesi ile işbirliği yapan ve gerekli koşulları taşıyan kartel üyesinin, soruşturma sonucunda alacağı cezadan bağışık tutulması veya cezasının indirilmesi biçiminde teşvik edici düzenlemeleri bulunmaktadır.

Mehaz hukuk niteliğinde olan AB Rekabet Hukuku'nda Komisyon ağır sınırlama niteliğinde olan kartellere son verebilmek için Kartellerde Cezalardan Bağışıklık ve Cezada İndirim Duyurusunu 2006 yılında (Pişmanlık Duyurusu) revize etmiştir.

Bu gelişmelere paralel olarak Rekabet Kurumu 15.02.2009 tarihinde “*Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmeliği*” (Pişmanlık Yönetmeliği) hazırlamıştır. Ardından yönetmeliğin uygulanmasında karşılaşılabilecek tereddütleri gidermeye yönelik “*Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik'in Açıklanmasına İlişkin Kılavuz Taslağı*” (Taslak Kılavuz) kamuoyunun ve ilgililerin görüşlerine açılmıştır.

AB Rekabet Hukuku'ndaki gelişmeler ile Türk Hukuku'ndaki konuya ilişkin doktrin ve içtihat göz önünde bulundurularak Taslak Kılavuza ilişkin tespit ve değerlendirmelerimiz ekte görüşlerinize sunulmaktadır.

Saygılarımla,

(*Orijinali imzalıdır.*)

Ümit BOYNER
Yönetim Kurulu Başkanı

İstanbul

Meşrutiyet Caddesi,
No: 46 Tepebaşı 34420
İstanbul – Türkiye
T +90 (212) 249 19 29
F +90 (212) 249 13 50
E tusiad@tusiad.org

Ankara

İran Caddesi, No: 39/4
Gaziosmanpaşa 06700
Ankara – Türkiye
T +90 (312) 468 10 11
F +90 (312) 428 86 76
E ankoffice@tusiad.org

Brüksel

13, Avenue des Gaulois, 1040
Brussels – Belgium
T +32 (2) 736 40 47
F +32 (2) 736 3993
E bxloffice@tusiad.org

Washington D.C.

1250 24th Street,
N.W. Suite Nr. 300,
Washington D.C. 20037 USA
T +1 (202) 776 77 70
F +1 (202) 776 77 71
E usoffice@tusiad.us

Berlin

Märkisches Ufer, 28
Berlin 10179 Germany
T +49 (30) 288 786 300
F +49(30) 288 786 399
E berlinoffice@tusiad.org

Paris

33, Rue de Galilée 75116
Paris – France
T +33 (1) 44 43 55 35
F +33 (1) 44 43 55 46
E parisoffice@tusiad.org

Pekin

Beijing Lufthansa Centre,
Office C-319, Beijing 100016
P. R. China
T +86 (10) 6462 2066
F +86 (10) 6462 2067
E tusiad.china@euccc.com.cn

ŞİRKET İŞLERİ KOMİSYONU

REKABET ÇALIŞMA GRUBU

“KARTELLERİN ORTAYA ÇIKARILMASI AMACIYLA AKTİF İŞBİRLİĞİ YAPILMASINA DAİR YÖNETMELİK’İN AÇIKLANMASINA İLİŞKİN KILAVUZ TASLAĞI”

HAKKINDA TÜSİAD GÖRÜŞÜ

TS/ŞİB/12-41

1. Taslak Kılavuz'da Para Cezası Verilmemesi Konusunda Yönetici ve Çalışanları Aktif İşbirliğinde Bulunmaya Zorlayacak ya da Teşvik Edecek Açıklamalara Yer Verilmemiştir.

Pişmanlık Yönetmeliğinin para cezası verilmemesi konusunu düzenleyen 4. maddesinde, para cezası alınmaması için sadece teşebbüsün Yönetmeliğin 6. maddesi çerçevesinde bir başvuru yapması yeterli görülmüş iken, söz konusu teşebbüsün yönetici ve çalışanlarına ceza verilmemesi hususunda ayrıca bir yükümlülük öngörülmemiş, teşebbüsün ceza almaması halinde yönetici ve çalışanlarının da cezadan muaf tutulacağı ifade edilmiştir.

Oysa, Yönetmeliğin para cezalarından indirim ilişkin 5. maddesinde, teşebbüsün yanında yönetici ve çalışanlarının da indirim alabilmesi, söz konusu yönetici ve çalışanların ihlali kabul etmesi ve Rekabet Kurumu (Kurum) ile aktif işbirliğinde bulunması şartına bağlanmıştır. Dolayısıyla yönetici ve çalışanların indirimden faydalanabilmeleri, yukarıdaki gibi kendiliğinden olmamakta, aktif bir çaba sarf etmelerini ve Kurum ile işbirliği yapmalarını gerektirmektedir. Bu durum hiç şüphe yoktur ki, Kurum'un inceleme konusu kartel hakkında daha fazla bilgi ve belge elde etmesi imkanını doğurmaktadır.

Cezadan muafiyet açısından yönetici ve çalışanlara bu şekilde bir işbirliği yükümlülüğü getirilmemesi doktrinde bazı açılardan makul karşılanmakla birlikte¹, bu tür bir yükümlülüğün getirilmiş olması, hem mevcut çalışanların kendilerini çalıştıkları teşebbüs karşısında zor duruma sokabilecek bilgi/belgeleri değiştirmelerini ve yok etmelerini engellemek hem de Kuruma daha fazla bilgi aktarmak açısından yararlı olacaktır. Mevcut çalışanların bu tür davranışlarda bulunmasının, teşebbüs tarafından işten çıkartma tehdidi ya da prim verilmesi gibi yöntemler ile engellenebileceği düşünülse dahi, eski çalışanları bu tür davranışlarda bulunmaktan alıkoyabilecek ya da Kurum ile işbirliği yapmaya teşvik edebilecek bir husus bulunmamaktadır.

Dolayısıyla, Taslak Kılavuz'da değişiklik yapılarak, para cezası verilmemesi durumunda da yönetici ve çalışanları Kurum ile aktif işbirliği yapmaya yöneltecek ifadelere yer verilmesi yararlı olacaktır. Kılavuzda özellikle; yönetici ve çalışanların çabaları olmaksızın teşebbüslerin 6'ncı ve 9'uncu maddelerde yer alan bilgi/belgeleri sağlamasının son derece zor olduğu, bu bilgi ve belgelerin sağlanamamasının doğal sonucunun da teşebbüsün yanı sıra hem mevcut hem de eski yönetici ve çalışanların ceza alması olacağından bahsedilmesi yerinde olacaktır.

¹ Kekevi, Gökşin, Pişmanlık Yönetmeliği: Garp Cephesinde Yeni Bir Şey Var, Rekabet Dergisi, Sayı: 40, Ekim-Kasım-Aralık 2009, Rekabet Kurumu, Ankara, s. 85.

2. Yöneticilerin “Bağımsız Başvuru” ve “Gizli Tutma” Yükümlülükleri Görev Aldıkları Teşebbüs Açısından Değil, Rakip Teşebbüsler Açısından Değerlendirilmelidir.

Pişmanlık Yönetmeliği’nin 7, 8 ve 9. maddelerinde yöneticilerin başvurularının karteğe taraf olan teşebbüslerden bağımsız bir biçimde gerçekleştirilmesi gerektiği ve soruşturma raporunun tebliğine kadar kural olarak gizli tutulması gerektiği ifade edilmiştir.

Bu düzenlemelerin ülkemizdeki sermaye şirketlerinin yaygın ortaklık yapıları göz önünde bulundurulduğunda, uygulama kabiliyetinin sınırlı olduğu görülmektedir. Şöyle ki; ülkemizdeki bir çok sermaye şirketinin bir hakim ortak ve eski Türk Ticaret Kanunu’ndaki nisapların sağlanması adına bir kaç ortaktan müteşekkil olduğunu görmekteyiz. Dolayısıyla söz konusu hakim ortağın iradesi olayların neredeyse tamamında teşebbüsün iradesi yerine geçebilmekte, tersi durum da yine geçerli olmaktadır. Kaldı ki yeni Türk Ticaret Kanunu tek hissedarlı şirket yapısına da cevaz vermektedir.

Bu durumda anılan hakim ortağın yönetici sıfatıyla başvurusunun, kendi teşebbüsünden bağımsız bir biçimde değerlendirilmesi ya da bu teşebbüsten gizli tutulması mümkün olamamaktadır. Dolayısıyla Taslak Kılavuz’da bu hususta açıklık sağlanabilecek ve anılan yükümlülüklerin holding yapılanmasına tabi kurumsal teşebbüsler açısından geçerli olacağı vurgulanabilecektir.

Ayrıca, önce yönetici veya çalışanın sonrasında ise teşebbüsün pişmanlık başvurusunda bulunduğu bir ihtimalde –ya da tersi bir durumda- aralarındaki bağımsızlığın zedelendiği gibi bir kanaate mi ulaşılabileceği yoksa bunların birbirlerinden ayrı başvurular olarak kabul edilip, ilk başvuranın bağımsızlıktan ikinci başvuranın ise indirimden mi faydalanacağı hususlarına Kılavuz’da açıklık sağlanması önem taşımaktadır.

Bu noktada üzerinde özellikle durulması gereken bir diğer konu ise, hakim ortak konumundaki bir yöneticinin başvurusunun yönetici başvurusu olarak mı yoksa teşebbüs başvurusu olarak mı değerlendirilmesi gerektiğidir. Bu ayrım büyük bir önem taşımaktadır. Zira, teşebbüs başvurusu olarak alınır ise, hem teşebbüs ceza almayacak hem de Yönetmeliğin 4/3. maddesi gereği yönetici ceza almayacaktır. Ancak, başvurunun bir yönetici başvurusu olarak ele alınması halinde ise kişinin teşebbüsü ceza alacak ve fakat kendisi bireysel ceza almayacaktır. Yukarıda ifade edildiği üzere bu gibi durumlarda yönetici ile teşebbüs iradesi iç içe geçmiş durumda olacağı için, yöneticinin ilgili Kurum Birimi tarafından bu kişinin başvurusunun teşebbüs başvurusu olarak değerlendirilmesi doğru olacaktır. Nitekim bu husus Taslak Kılavuzun “Giriş” bölümünde yer alan “başvuranların lehine yorum” ilkesine de uygun düşmektedir.

3. Avukatlık Kanunu md. 38 Kapsamında Değerlendirmeler

Taslak Kılavuz'da aynı kartel soruşturmasında bir avukat tarafından birden fazla Teşebbüs/Yönetici/Çalışanın temsil edilmesinin Avukatlık Kanunu md. 38 ile çelişeceği ifade edilmiş ve bu durumda Rekabet Kurumu tarafından Baro'ya bildirimde bulunulabileceği belirtilmiştir.

Taslak Kılavuz'da yer alan bu ifadelerin hem usul hem de esas yönünden tekrar değerlendirilmesi gerektiği düşünülmektedir. Bu konuda göz önünde bulundurulması gereken ilk husus, Rekabet Kurumu nezdinde yapılan soruşturmalarda savunmanlık hizmetlerinin sadece avukatlar tarafından değil, iktisatçı, işletmeci, mühendis ya da diğer meslek gruplarına mensup kişiler tarafından da yürütülebilmesidir. Kartel soruşturmasına muhatap olan birden fazla kişinin aynı avukat tarafından temsil edilmesi Avukatlık Kanunu md. 38 gerekçe gösterilerek engellenirken, savunmanlık hizmeti veren diğer meslek mensupları tarafından eş zamanlı olarak birden fazla Teşebbüs/Yönetici/Çalışanın temsil edilmesi hakkaniyete ve amaca uygunluk açısından yeniden değerlendirilebilir.

Ayrıca, avukatlık mesleğinin yarı kamusal bir yönünün olması ve Avukatlık Kanunu'ndan doğan müvekkili aydınlatma yükümlülüğünün bulunması; rekabet soruşturmalarında savunmanlık hizmeti verecek avukatlar tarafından zaten müvekkillerinin Pişmanlık Yönetmeliği hakkında bilgilendirilmesini ve eğer bir pişmanlık başvurusunda bulunacaklar ise menfaat çelişmesi doğup doğmayacağına göre vekalet ilişkisinin değerlendirilmesini gerektirmektedir.

Taslak Kılavuz'a göre pişmanlık başvurusunda bulunacak teşebbüslerin avukat tarafından vazgeçirilmeye çalışılacağı yönünde bir algı oluşmaktadır; bu yaklaşım avukatlık mesleğinin etik ve kamusal yönlerini göz ardı etmektedir.

Ayrıca, Yargıtay'ın ceza yargılamasına ilişkin içtihatları ile sabit olduğu üzere menfaat çatışmasından bahsedilebilmesi için, “*şüpheli veya sanıklardan birisinin savunulması ancak diğer sanığın suçlanmasıyla sağlanabiliyorsa, çıkarların çatıştığını ve müdafilerinin değişik kişiler olması gerektiği*” kabul edilmektedir². Müvekkillerini Pişmanlık Yönetmeliği hakkında bilgilendiren ve Yönetmeliğin sunduğu imkanlardan yararlanabileceklerini hatırlatan bir avukatın bu açıklamalarına rağmen, pişmanlık başvurusunda bulunmayacağını ve savunmanlık hizmeti almak istediğini beyan eden birden fazla Teşebbüs/Yönetici/Çalışanın aynı avukat tarafından savunulması Avukatlık Kanunu md. 38 anlamında bir menfaat çatışması yaratmayacaktır.

Bir diğer önemli husus ise, Taslak Kılavuz'da pişmanlık başvurusu ile sanki soruşturmanın sonuçlandığı ve ihlalin sabit bir biçimde ortaya konulduğu/ispatlandığı gibi bir varsayımda bulunulmasıdır. Pişmanlık başvurusunun varlığına rağmen, soruşturmanın rekabet ihlali bulunmadığı gerekçesi ile kapatılması mümkündür. Bu durumda ortada bir rekabet ihlali yok iken, “*menfaat çatışması*” olduğundan da bahsedilmesi mümkün olamayacaktır. Dolayısıyla menfaat çatışması olup olmadığı, soruşturmanın esasını ilgilendiren ve derinlemesine değerlendirilmesi gerektiren bir konudur.

Bu durumun yanı sıra, Avukatlık Kanunu md. 38. kapsamında Baroya başvuruyu menfaat çatışması nedeniyle menfaati zedelenen taraf yapabilecektir. Birden fazla

² Yargıtay Ceza Genel Kurulu, T. 12.7.2011, E. 2011/1-146, K. 2011/169.

Teşebbüs/Yönetici/Çalışan tarafından, avukata vekalet verilerek yürütülen bir savunmanlık hizmeti esnasında bu müvekkiller tarafından menfaatlerinin zedelenmediği düşünülüp, Baro'ya bir başvuru yapılmıyor iken; anılan kişilerin menfaatlerinin onlar adına Rekabet Kurulu ya da başka bir kurum tarafından takdir edilmesinin doğru olmadığı düşünülmektedir. Zira, müvekkillerin bir menfaat çatışması iddiası bulunmamasına rağmen, md. 38/b'nin ihlal edilmiş olması mümkün değildir.

Ayrıca, 4054 sayılı Kanun'un 16/son ve 27. maddeleri ile Rekabet Kurulu'na verilmiş olan yetki ve görev; pişmanlık konusunu düzenlemeye yönelik bir yönetmelik çıkartılması ile sınırlıdır. Bu açıdan bakıldığında, avukat ile müvekkili arasındaki ilişkilere müdahale etmeyi amaçlayan bir düzenleme yapılmamalıdır. Zira, avukat ile müvekkil arasındaki ilişki temel olarak Avukatlık Kanunu ve Avukatlık Meslek Kuralları ile düzenlenmektedir.

Son olarak üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise, Rekabet Kurumu tarafından Baro'ya yapılacak olan başvurunun hukuki niteliğinin ne şekilde değerlendirilmesi gerektiğidir. Zira, Danıştay'ın kararları ile de sabit olduğu üzere Rekabet Kurumu'nun dava ehliyeti bulunmamaktadır³. Bu durumda Baro'ya bildirim ve takibin Kurum tarafından ne şekilde yürütüleceği sorunu ortaya çıkmaktadır.

³ Danıştay 13. Dairesi, T. 16.11.2007, E. 2007/10830, K. 2007/7326; T. 1.2.2008, E. 2007/10829, K.2008/1745.

4. Cezadan Bağışık Tutulmaya İlişkin Başvuru Zamanı ve Usulü Bakımından AB Rekabet Hukuku'ndan Farklı Düzenlemeler Getirilmiştir.

Taslak Kılavuz'da ifade edildiği üzere Pişmanlık Yönetmeliği'nin 4/7. maddelerinin 1. fıkrasında “başvuru sırasında rekabet otoritesinin elinde yerinde inceleme yapmaya karar vermesine yetecek yeterli delilin olmaması” şeklinde bir koşula yer verilmemiş olduğu gibi, “noktasal şekilde yerinde inceleme yapmaya yetecek bilgi ve belge sunulması” gibi bir koşula da yer verilmiş değildir. Taslak Kılavuz'un 4/1. maddesinde önaraştırma kararı verilmesinden önce Yönetmelik'te öngörülen belgelerin sunulması yeterli görülmüştür.

AB Pişmanlık Kılavuzu'nda ise cezadan bağışıklık için Komisyonun (a) başvuru konusu kartel ile ilgili olarak noktasal şekilde yerinde inceleme yapmasına imkan verecek ya da (b) başvuru konusu kartel ile ilgili olarak 81. maddenin ihlal edildiği sonucuna götürecek bilgi ve belgelerin sunulması gerekmektedir⁴.

Ayrıca, Taslak Kılavuz'un 15. Paragrafında yer verilmiş olan “Dolayısıyla Kurul, yerinde inceleme yapmaya karar vermesine hatta Kanun'un 4. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmaya yetecek deliller bulunsa bile, “önaraştırma yapılmasına karar verilmesi” şeklinde açıkça belirlenen bir zamandan önce başvuru yapan ilk teşebbüs/yönetici/çalışana ceza vermeyecektir.” ifadesi ise 4054 sayılı Kanun'un “Dördüncü Kısım”ında öngörülmüş olan inceleme ve araştırma usulü ile çelişmektedir. Zira, Kanun'un 44. maddesi uyarınca; Kurum tarafından Kanun'un 15. maddesi kapsamında bir yerinde inceleme yapılabilmesi için öncelikle bir önaraştırma açılmış olması gerekmektedir. Dolayısıyla Taslak Kılavuz'da ifade edildiği biçimde Kurul tarafından önaraştırma kararı verilmesinde önce, bir “yerinde inceleme yapma kararı” verilmesi mümkün değildir.

Bu başlık altında değerlendirilmesi gereken bir diğer husus ise, başvuru sırasında sunulacak bilgi ve belgelerin kapsamı ile ilgilidir.

AB Pişmanlık Kılavuzu'nda noktasal incelemenin başlatılmasını sağlayacak nitelikte olan bilgiler Kılavuzun 9. paragrafında sayılmaktadır. Buna göre teşebbüsün sunacağı bilgiler “şirket ifadesi” olarak sunulabilecektir. Şirket ifadesi yazılı veya sözlü olabilir. İfade kartelle ilgili olan, “amacı, faaliyetleri, işleyişi, ilgili olan ürün veya hizmetin ne olduğu, coğrafi kapsamı, süresi, kartelden etkilenen pazarın hacmi, tarihler, bölgeler, içeriği, tarafları” gibi her türlü detaylı bilgiyi içermelidir. Ayrıca ifadelerde sunulan kanıtlarla ilgili her türlü gerekli açıklamanın yapılması gerekmektedir. Kanıtlardan kasıt ise ihlalle ilgili olan ve teşebbüsün ibraz tarihinde zilyetliğinde olan veya daha sonra zilyetliğine geçecek olan her türlü delildir. Şirket ifadeleri ve deliller dışında bağışıklık talebinde bulunan teşebbüsün ve karteletaraf oldukları iddia edilen diğer teşebbüslerin ve bunlarla ilgili olan gerçek kişilerin adlarının ve adreslerinin Komisyon'a bildirilmesi zorunludur. Söz konusu gerçek kişilerin adları, şirketteki pozisyonları ve ofis adresleri yanında gerekli görülmesi halinde ev adreslerinin de bildirilmesi zorunludur.

Taslak Kılavuz'da ise bilgi/belge sunma yükümlülüğü daha sınırlı bir biçimde ele alınmış ve sadece Yönetmeliğin 6/9. maddelerinin 1/a. bentleri ile sınırlı tutulmuştur.

⁴ AB Pişmanlık Kılavuzu, prg. 8.

Bu bağlamda Komisyon Kılavuzu ile Taslak Kılavuz karşılaştırıldığında, Pişmanlık Yönetmeliği ve Kılavuzu'nun daha geniş ve muğlak bir çerçevede yapılan başvuruları da kabul etmekte olduğu görülmektedir. Uluslararası bir organ olan Komisyon'un tüm Avrupa Birliği üyesi ülkelerden gelecek başvuruları inceleme zorunluluğundan ötürü daha sıkı kriterler getirmiş olduğunun iddia edilmesi de mümkündür. Bununla birlikte, kartel gibi tespiti zor bir ihlâlâ dair pişmanlık başvurusunun beklenen sonuçları doğurması için daha kapsamlı delil sunulması şartının düzenlenmiş olması gerekmektedir.

Son olarak; Komisyon Kılavuzu'nun 10. paragrafı, pişmanlık başvurusunun sunulması anında Komisyon'un elinde bir karar vermek ya da bir soruşturmaya devam etmek için yeterli belge bulunduğunda, 8. paragraftaki bağışıklıktan yararlanılamayacağını belirtmektedir. Kılavuz Taslağı'nın 15. paragrafında ise, Yönetmeliğin 4. ve 7. maddelerinin 1. fıkralarında böyle bir koşula yer verilmediği açıklanmıştır. Bu hükme göre, Rekabet Kurumu'nun kartel üyesi tarafları olabildiğince esnek koşullarla ilk başvuruya çekmeyi amaçladığı çıkarımında bulunmak mümkündür. Ancak bu noktada bir ayrıma gidilmesi gereği hâsıl olmaktadır. Aksi takdirde, başvuran tarafın sunduğu delillerin Kurum'un elinde de mevcut olduğunu bilerek aynı delilleri sunmasına rağmen md. 4 ve md. 7 bağlamında bağışıklıktan yararlanması söz konusu olacaktır.

5. Cezadan İndirim Verilmesine İlişkin Başvuru Usulü ve Cezaların Takdiri Bakımından AB Rekabet Hukuku'ndan Farklı Düzenlemeler Getirilmiştir.

AB Komisyonu Kılavuzu uyarınca Topluluğu etkileyen bir kartele taraf olduğunu iddia eden bir teşebbüsün bağışıklık koşullarını sağlayamaması halinde cezadan indirim alması mümkün olabilir.

Bir teşebbüsün indirime hak kazanabilmesi için iddia edilen kartelle ilgili olarak Komisyon'un elinde bulunan delillere “*önemli derecede değer katacak*” bir delil sunması ayrıca bildirimin 12. paragrafından belirtilen genel koşulları sağlaması zorunludur.

“*Önemli derecede değer katan delilden*” anlaşılması gereken, delilin doğası gereği veya içerdiği detaylar sayesinde Komisyon'un iddia edilen karteli ispatlamasını kolaylaştıracak olmasıdır. Komisyon böylesi bir değerlendirme yaparken olguların daha çok önem taşıdığı dönemlerde ortaya çıkan yazılı delilleri dikkate alacaktır. Olgularla dolaylı olarak ilgili olan delillerdense, doğrudan ilgili olan ve suç isnat edici nitelikli deliller daha değerlidir. Belirtilmelidir ki itiraz edildiğinde onay gerektiren şirket ifadeleri gibi delillerdense “*zorlayıcı deliller*” çok daha değerlidir.

Zorlayıcı delil, Komisyon'un ihlâlâ ilişkin yeni olgular ortaya koymasına yardımcı olan veya ihlâlin süresinin veya ağırlığının belirlenenden daha fazla olduğunu ortaya koyan delillerdir. Bildirime göre böylesi delilleri Komisyon'a sunan teşebbüse verilecek ceza, delilin kanıtladığı yeni durum nedeni ile arttırılamaz.

Benzer bir değerlendirme unsuruna Pişmanlık Yönetmeliği'nde ve Kılavuz Taslağı'nda rastlanmamaktadır. Bu noktada, Kurul'un takdir yetkisine dair öngörülebilir bir ölçü sunulması gerekliliği göze çarpmaktadır.

Komisyon, pişmanlık başvurusunda bulunanlar arasında başvuru sırasına göre bir derecelendirme yaparak para cezasından indirim uygulamasını buna göre düzenleyeceğini belirtmiştir. Aynı sistem Pişmanlık Yönetmeliği'nde de düzenlenmiş ve Kılavuz

Taslağı'nda açıklanmıştır. Bununla birlikte, para cezasından indirim oranlarının matematiksel olarak belirlenmesinde önemli bir farklılık göze çarpmaktadır. Komisyon'un Pişmanlık Kılavuzunun 20. paragrafına göre ilk başvuran teşebbüse %30 ilâ %50 arasında, ikinci teşebbüse %20 ilâ %30 arasında, üçüncü teşebbüse ise %20'ye kadar bir oranda indirim uygulayacaktır. Buna karşılık Yönetmelik, aynı oranları sırasıyla ilk teşebbüs için üçte bir ilâ yarısı, ikinci teşebbüs için dörtte bir ilâ üçte bir, diğer teşebbüsler içinse altıda bir ilâ dörtte bir arası olarak düzenlemektedir. Ceza Yönetmeliği ile benimsenen sistemin yarattığı matematiksel hesap güçlüğü'nün ötesinde, bu eşiklerin Rekabet Kurulu'nun takdir yetkisini sınırlayıcı etkisi söz konusudur. Komisyon Kılavuzu üçüncü sıradaki teşebbüse %20'ye kadar indirim öngörürken, bu indirime bir alt sınır öngörmemiştir. Bu noktada Yönetmelik, Kanun'a dayalı bir düzenleyici işlem olmasının ötesine geçerek, Kanun ile ilişkilendirilmesinde sorun yaratabilecek bir zemini alt sınır olarak getirmektedir.

6. Sektördeki Diğer Teşebbüsler Hakkında Önaraştırma Kararı Verilmiş Olmasına Karşın, Kendisine Önaraştırma Açılmamış Olan Bir Teşebbüsün Pişmanlık Başvurusu Ne Şekilde Değerlendirilecektir?

Pişmanlık Yönetmeliği'nin 4 ve 5. maddeleri Kurulun önaraştırma yapmaya karar vermesinden önceki ve sonraki süreçte pişmanlıktan ne şekilde faydalanılabileceğini düzenlemektedir.

Bununla birlikte anılan maddede yahut Taslak Kılavuz'da önaraştırma kararının pişmanlıktan faydalanacak teşebbüs hakkında mı yoksa bu teşebbüsün faaliyet gösterdiği sektör hakkında mı verilmiş olması gerektiği konusunda bir açıklama bulunmamaktadır.

Örnek ile somutlaştıracak olur isek; X markasının bayileri hakkında yürütülen bir önaraştırma bulunmasına rağmen, yine X markasının bayisi olarak faaliyet gösteren Y özelinde verilmiş olan bir önaraştırma kararı henüz bulunmamaktadır. Bu durumda Y tarafından pişmanlık başvurusunda bulunulması halinde, faaliyet gösterdiği sektör ve hatta marka özelinde bir önaraştırmanın zaten var olduğu, ayrıca ihlalin varlığını gösterecek delillere de ulaşılmış olduğu gerekçe gösterilerek başvurusu cezadan bağımsızlık kapsamında değerlendirilmeyebilecek midir?

Bu hususlarda Yönetmelik ya da Kılavuz'da bir açıklama olmaması belirsizlik yaratmaktadır.

7. Sıra Sistemi:

Komisyon Kılavuzu'nda marker sistemi olarak anılan sıra sistemi AB Rekabet Hukuku'nda 2006 tarihli Duyuru ile getirilen en önemli yeniliklerden biridir. Pişmanlık Duyurusu uyarınca bağışıklık talebinde bulunanlar için gerekli durumlarda Komisyon, marker uygulanmasını takdir edebilecektir. Bağışıklık alınabilmesi için teşebbüslerin birbirleri ile yarışmalarında kamu yararı vardır. Bağışıklık alabilmek için teşebbüslerin sunacakları bilgi ve deliller sayesinde ihlaller tespit edilecek ve sona erdirilecektir. Teşebbüsler bağışıklık alabilmek için sıraya girmektedirler. Somut olayın şartlarına göre teşebbüslerin bu sıradaki yerlerinin korunmasına karar verilebilir. Kamu yararı basitçe teşebbüslerin sıraya girebilmek için birbirleri ile yarışmalarından ziyade kartellerin bildirilmesi hususunun arttırılmasıdır.

Bununla birlikte AB Rekabet Hukuku'nda, Taslak Kılavuz'dan farklı olarak marker uygulaması sadece cezadan bağışıklık için getirilmiş olup, cezadan indirim açısından benimsenmiş olan bir sistem değildir. AB Rekabet Hukuku'nda marker sisteminin cezadan indirim için benimsenmemesinin gerekçeleri şu şekilde açıklanmaktadır:

Marker sisteminin cezadan indirim taleplerine de uygulanması halinde ortaya çıkacak yararların söz konusu durumun getireceği dezavantajlar ile karşılaştırılması sonucunda böylesi bir uygulamanın pratik işlerliğinin bulunmayacağı anlaşılmıştır. Şöyle ki; Komisyon'a herhangi bir soruşturmada kısa sürede birden fazla cezadan indirim talebi gelmektedir. Teşebbüslerin indirim alabilmek için birbirleri ile yarışmaları arzu edilen bir durumdur. Yarış sayesinde teşebbüsler, önce gelen olabilmek için acele etmektedirler. Fakat pişmanlık bildirimi uyarınca kartellerin belirlenmesi için anahtar görevi gören kurum bağışıklıktır. Dolayısıyla ilk kez bir kartelle ilgili olarak Komisyon'un bilgi sahibi olacağı bağışıklık başvurularında, başvuruda bulunan teşebbüse başvurusunu tamamlaması için belirli bir süre verilmesi daha uygundur.

Sonuç olarak Komisyon'un marker uygulamasını sadece bağışıklık talep edenlere tanımasının (cezadan indirim talep edenlere tanınamasının) sebebi, pişmanlık programının etkinliğinin sağlanabilmesidir. Programın etkinliği ancak teşebbüsler arasında cezalarda indirim için yarışın sağlanması ile mümkün olacaktır. Tecrübeler göstermektedir ki Komisyon'un soruşturma başlatmasını takiben çok kısa bir süre içerisinde bu yönde birçok başvuru olabilecektir. Ayrıca eşzamanlı birçok başvurunun bulunması pratikte Komisyon'un etkin değerlendirme yapabilmesi açısından zor olacaktır.

Anılan sebeplerden ötürü sıra sisteminin Taslak Kılavuz'da cezadan indirim halleri açısından da kabul edilmiş olması, AB Rekabet Hukuku'ndaki gelişmeler ile aynı paralellikte değildir.

8. Farazi Başvuru:

- Komisyon'a resmi bağışıklık başvurusunda bulunan bir teşebbüs;
- Komisyon'a 8. ve 9. maddelerde belirtilmekte olan ve şirket ifadelerini de içeren kartelle ilgili tüm bilgi ve delilleri sağlamalıdır.
 - Teşebbüs, başlangıçta, söz konusu bilgi ve delilleri farazi olarak sunabilir. Bu durumda teşebbüs üzerinde anlaşılmış daha ileri bir tarihte ifşa etmeyi önerdiği delillerin detaylı ve açıklayıcı bir listesini Komisyon'a sunmak zorundadır. Belgenin hassas bilgilerin çıkarıldığı kopyaları, delilin doğasını ve içeriğini göstermek açısından yeterli olabilir. Başvuran teşebbüsün ve karteğe taraf olan diğer teşebbüslerin adlarının, söz konusu delil ibraz edilene kadar ifşa edilmesine gerek yoktur. Ancak, iddia edilen kartel ile ilgili olan ürünün veya hizmetin, kartelin coğrafi kapsamının ve tahmini süresinin açıkça belirtilmesi zorunludur.

Görüldüğü üzere farazi başvuru, şirketlere, kimliklerini veya ihlali açıklamaksızın ellerinde bulunan delilin bağışıklık eşiklerini karşılayıp karşılamadığını anlama imkanı verir. Farazi başvuruda şirketin elinde bulunan delili gerçekten sunması gerekir. Ancak söz konusu delilin aslını değil, şirketin kimliğini ve karteli gösteren kısımların silinmiş olduğu kopyaları sunabilir.

Pişmanlık Yönetmeliği yahut Kılavuz Taslağında ise farazi başvuruya ilişkin bir düzenleme getirilmemiş, fakat Kılavuz Taslağı'nda bu yönde bir başvuru yapma önünde engel olmadığı ifade edilmiştir.

Her ne kadar Pişmanlık Yönetmeliği veya Kılavuz Taslağı'nda; inceleme/önaraştırma başlamadan yapılacak başvurularda, *"noktasal şekilde yerinde inceleme yapmaya yetecek bilgi ve belge sunulması"*; inceleme/önaraştırma başladıktan sonra yapılacak başvurularda ise, *"kartele ilişkin olarak 4. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaştıracak, güncel, kendini suçlayıcı delillerin sunulması"* şeklinde koşullar bulunmasa da, Kılavuz Taslağı'nda farazi başvuru konusunda ayrıntılı düzenleme yapılması daha yararlı olacaktır.

9. Diğer Hususlar:

Komisyon'un 2006 tarihli Duyurusu'nda ifade edildiği üzere bir teşebbüse Komisyon'ca cezadan bağışıklık veya indirim verilmesi, ihlalin özel hukuk sonuçlarını dolayısıyla ilgili teşebbüslerin özel hukuk alanındaki sorumluluklarını ortadan kaldırmamaktadır. Benzer bir düzenlemeye Taslak Kılavuz'da da yer verilmesi pişmanlık başvurusunda bulunacak teşebbüsler ile yönetici ve çalışanların bilinçlendirilmesi açısından önem taşımaktadır.

Taslak Kılavuz'un 75. Paragrafında *“Kurul soruşturmanın tamamlanmasının ardından vereceği nihai kararda, soruşturma konusu davranışların kartel niteliği taşımadığı ancak Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiği ve bu nedenle para cezası verilmesi gerektiği sonucuna ulaşabilir. Böyle bir durumda da, pişmanlık başvurusu yapanlar, kapsamında bulundukları Yönetmelik maddesine göre bağışıklıktan veya indirimden yararlanacaktır”* ifadesine yer verilecek pişmanlık sistemine kartellerin yanı sıra, diğer rekabet ihlalleri de eklenmiştir. AB Rekabet Hukuku'nda böylesi bir uygulama bulunmamakta olup, AB Pişmanlık Kılavuzu kapsamına sadece karteller girmektedir. Bunula birlikte pişmanlık başvurusuna konu olan kartel soruşturması kapsamında yapılan incelemeler sonucunda kartelin yanı sıra; dikey ihlallerin ve/veya diğer yatay ihlallerin de mevcut olduğu sonucuna ulaşılması halinde, başvuruda bulunan teşebbüsün bu dikey ihlaller ya da diğer yatay ihlaller bakımından da Pişmanlık Yönetmeliği'nden yararlanıp yararlanamayacağı hususu belirsizdir. Kanaatimizce, Pişmanlık Yönetmeliği'nde bu duruma engel bir düzenleme bulunmadığı için teşebbüsler, bu ihlaller bakımından da pişmanlık müessesinin sunduğu imkanlardan yararlanabilmelidirler.

Taslak Kılavuzun 73. Paragrafı uyarınca; *“Terditli başvuru yapılmaması halinde, başvuru sahibi sunduğu belgelerin iadesini talep edebilir veya başvurusunun ceza indirimi kapsamında değerlendirilmesini talep edebilir. Ancak terditli başvurudan farklı olarak bu durumda, başka başvuruların mevcudiyeti halinde, başvuru sırası sayesinde kazanılan haklar yitirilmiş olacaktır.”* Bu düzenleme, sunduğu belgelerin iadesini talep etmeyip, ceza indirim kapsamında değerlendirilmesini talep eden başvuru sahipleri açısından aleyhte sonuçlar doğabilecektir. Taslak Kılavuza hakim prensiplerden birisi olan *“başvuran lehine yorum”* ilkesi uyarınca, bu durumda da başvuru sırasında kazanılan hakların yitirilmemesi gerekmektedir.

Komisyon Duyurusu, 31. vd. paragraflarda, kartel üyesi olan bir teşebbüsün kurumsal beyan yoluyla Komisyon'a gönüllü olarak kartele ilişkin bilgisini ve karteldeki rolünü açıklamasını düzenlemektedir. Burada dikkat çeken nokta, bu başvurunun sözlü olarak yapılması hâlinde, beyan anında sesli kayıt yapılması ve kayıtların transkriptinin alınarak Komisyon'un binalarında saklanmasıdır. Başvuruda bulunan teşebbüslere, kayıtların teknik olarak aslıyla ne kadar uyumlu olduğunu kontrol etme fırsatı tanınmaktadır. Uyumsuzluk iddiası hâlinde ilgili teşebbüse itiraz imkânı tanınmaktadır. Bu bilgilerin soruşturma amacı dışında kullanılması ise işbirliği yapılmadığı anlamında yorumlanmaktadır ve Komisyon Topluluk Mahkemeleri'ne para cezalarının artırılması için talepte bulunabilir. Kılavuz Taslağı ise 65. paragrafta kartelle ilgili sahip olunan bilgilerin ancak şifahi olarak sunulabileceğini düzenlemekte, yazılı beyan imkânı tanımaktadır. Şifahi beyanın ise hazırlanan tutanağın okunup kabul edildiğinin elektronik kayıt alınmasına imkân verilmesi suretiyle yapılacağı belirtilmiştir. Yani, şifahi beyanların doğrudan kayıt altına alınması imkânı olmadığı gibi, tutanağın kabulüne ilişkin olarak da şifahi beyanın kayıt altına alınması, başvuranın talebi olmadığı hâllerde

söz konusu olmayabilecektir. Bu durum, savunma hakkının kullanılması açısından etkili ve yeterli korumayı sağlamaktan uzak kalmaktadır. Bu itibarla mesele, Komisyon Kılavuzu'na paralel bir düzenlemeyle yazılı beyan imkânı tanınması ve sözlü beyanın verildiği anda zorunlu olarak kayıt altına alınması yönünde bir düzenlemeyle başvuru imkânının daha güvenceli hâle getirilmesi yoluyla tatmin edici şekilde çözümlenebilecektir. Taslak Kılavuzun 74. paragrafında ise, ceza indirimi uygulanırken kartelde kaç üye bulunduğu ve kaçının pişmanlık başvurusunda bulunduğu dikkate alınacağı belirtilmiştir. Ancak daha fazla sayıda üyesi olan bir kartelde daha fazla indirim yapılması prensibinin pişmanlık başvurusunu teşvik edecek nitelikte olduğunu söylemek güçtür.