

Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Başkan
Rekabet Kurumu
Ankara

İstanbul, 15 Haziran 2012
Ref: ÜB/kt/12-1092

Sayın KALDIRIMCI,

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (“4054 sayılı Kanun”) ülkemizde etkin bir rekabet ortamının oluşması ve bu ortamın sürdürülebilir kılınması için uygulanmaktadır. 4054 sayılı Kanun’un 16. maddesinin son fıkrasında, para cezalarının tespitinde dikkate alınan hususların, Rekabet Kurulu tarafından çıkarılacak yönetmeliklerle belirleneceği hükme bağlanmıştır. Kanun’un 27. maddesi ise, Kurula, Kanun’un uygulanması ile ilgili olarak tebliğler çıkarmak ve gerekli düzenlemeleri yapmak görev ve yetkisini vermiştir.

Anılan hükümler doğrultusunda, Kanun’un 4. ve 6. maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunan teşebbüs ve teşebbüs birlikleri ile bunların yönetici ve çalışanlarına, Kanun’un 16. maddesinin 3. ve 4. fıkraları uyarınca¹ verilecek para cezalarının tespitine ilişkin usul ve esasları düzenlemek üzere, Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar İle Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik (“Ceza Yönetmeliği”) hazırlanmıştır.

Ceza Yönetmeliği’nin belirli maddelerinin içerik ve uygulama alanlarına ilişkin tespit ve değerlendirmelerimizi ekli dosyada görüşlerinize sunarız. Bu maddelerin yeniden değerlendirilmesinin söz konusu düzenleme ile ilgili ortaya çıkabilecek çelişki ve belirsizliklerin giderilmesine yardımcı olacağı kanaatindeyiz.

Saygılarımla,

(Orijinali imzalıdır.)

Ümit BOYNER
Yönetim Kurulu Başkanı

¹ 4054 sayılı Kanun 16. maddesinin 3. fıkrasında, Kanun’un 4. ve 6. maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunan teşebbüs ve teşebbüs birliklerine, nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Rekabet Kurulu (Kurul) tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin %10’una kadar para cezası verileceği düzenlenmiştir. Kanun’un 16. maddesinin beşinci fıkrasında, Kurulun, üçüncü fıkraya göre para cezasına karar verirken, ihlalin tekrarı, süresi, teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlalin gerçekleşmesindeki belirleyici etkisi, verilen taahhütlere uyup uymaması, incelemeye yardımcı olup olmaması, gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususları dikkate alacağı hükme bağlanmıştır. Kanunun 16. maddesinin 4. fıkrasında, ihlalde belirleyici etkisi saptanan teşebbüs veya teşebbüs birliği yöneticilerine ya da çalışanlarına, teşebbüs veya teşebbüs birliklerine üçüncü fıkra uyarınca verilen cezanın %5’ine kadar para cezası verilebileceği düzenlenmiştir.

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 bxoffice@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

TÜSİAD
AVRUPA İŞ DÜNYASI
KONFEDERASYONU
BUSINESSEUROPE
ÜYESİDİR

**“REKABETİ SINIRLAYICI ANLAŞMA, UYUMLU EYLEM
VE KARARLAR İLE HAKİM DURUMUN KÖTÜYE
KULLANILMASI HALİNDE VERİLECEK PARA
CEZALARINA İLİŞKİN YÖNETMELİK” HAKKINDA**

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

www.tusiad.org

TÜSİAD GÖRÜŞÜ

TS/ŞİB/12-41

CEZA YÖNETMELİĞİ: TESPİT VE DEĞERLENDİRMELER

TÜSİAD
AVRUPA İŞ DÜNYASI
KONFEDERASYONU
BUSINESSEUROPE
ÜYESİDİR

1. Ceza Yönetmeliği 4054 sayılı Kanun'un 7. Maddesinin İhlali Halinde Uygulanacak Cezalara İlişkin Bir Düzenleme Getirmemiştir:

4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin son fıkrası “*Bu maddeye göre verilecek idarî para cezalarının tespitinde dikkate alınan hususlar, işbirliği halinde para cezasından bağışıklık veya indirim şartları, işbirliğine ilişkin usul ve esaslar Kurulca çıkarılacak yönetmeliklerle belirlenir.*” şeklindedir. Söz konusu hüküm çerçevesinde “*işbirliği halinde para cezasından bağışıklık veya indirim şartları, işbirliğine ilişkin usul ve esaslar*”ı düzenlemek üzere Pişmanlık Yönetmeliği ve “*verilecek idarî para cezalarının tespitinde dikkate alınan hususlar*”ı düzenlemek üzere ise Ceza Yönetmeliği yürürlüğe konulmuştur.

4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinde cezalandırılan eylemleri iki gruba ayırmamız mümkündür. İlk grup, Kanun'un “*Yasaklanan Faaliyetler*” başlıklı Birinci Bölümü'nde yer alan “*Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar*” (4. madde), “*Hakim Durumun Kötüye Kullanılması*” (6. madde) ve “*Birleşme veya Devralma*” (7. madde)'dir. İkinci grup ise daha ziyade usul ihlalleri olarak nitelendirebileceğimiz, izne tabi birleşme ve devralmaların izinsiz olarak gerçekleştirilmesi, Kanun'un 14 ve 15. maddelerinin uygulanmasının çeşitli biçimlerde engellenmesi ya da zorlaştırılmasıdır.

16. maddede bu iki grup ihlal cezalandırılırken bir ayırım gözetilmiş ve ikinci grup ihlaller için sabit cezalar öngörülmüş iken, birinci grup ihlaller için Rekabet Kurulu'na önemli bir takdir hakkı tanınmıştır. Zira ikinci grup ihlaller karşılığında verilecek ceza Kanun'da sabit bir oran biçiminde zikredilmiş olmasına karşın, birinci grup ihlallerde sadece bir üst sınır getirilmiş ve Rekabet Kurulu'na cezayı takdir etme hakkı tanınmıştır. Ceza Yönetmeliği'nin amaçlarından birisi de, bu takdir hakkının ne şekilde kullanılacağı konusunda “*şeffaflık*” sağlanmasıdır. Dolayısıyla bu alanda çıkarılacak bir yönetmeliğin Kanun'un sadece 4 ve 6. maddeleri değil, 7. maddesinin ihlali halinde de uygulanacak yaptırımlara açıklık sağlaması beklenir.

Ceza Yönetmeliği'nin “*Amaç*” kenar başlıklı 1. maddesinde ise Yönetmeliğin Kanun'un **sadece 4 ve 6. maddelerinin** ihlali halinde uygulanacak para cezalarına ilişkin düzenleme getirmiş olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla Yönetmelik, 7. maddenin ihlali halinde uygulanacak para cezalarına ilişkin bir düzenleme getirmemiştir. Bu durumun 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesine aykırılık teşkil ettiği kanaatindeyiz.

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

2. Ceza Yönetmeliği Soruşturmaya Muhatap Teşebbüslerin Tüm Cirounu Esas Almaktadır:

Ceza Yönetmeliği'nde, 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesi ile paralel bir biçimde para cezasının “*yıllık gayri safi gelir*” üzerinden verileceği hükme bağlanmış ve Ceza Yönetmeliği'nin “*Tanımlar*” kenar başlıklı 3. maddesinde “*yıllık gayri safi gelir*” tanımına yer verilmiştir. Anılan tanım çerçevesinde, soruşturmaya muhatap olan teşebbüslere sadece ihlale konu olan ürünün cirosu üzerinden değil, teşebbüsün tüm cirosu üzerinden para cezası verilmesi gibi hakkaniyete ve Anayasa ile teminat altında alınan eşitlik ilkesine aykırı bir durum ortaya çıkmaktadır.

Bu durumun bir örnekle somutlaştırılması yararlı olacaktır: Türkiye otomotiv piyasasında yürütülen bir kartel soruşturmasına muhatap iki şirketten birisinin yurt içi ve yurt dışına otomotiv satışı, ayrıca turizm - otelcilik yaptığı, diğerinin ise sadece yurt içine otomotiv satışı yaptığı bir ihtimalde; ilk şirketin cezaya esas alınacak cirosuna yurt içi otomotiv satışlarının yanında soruşturma ile hiçbir ilgili bulunmayan yurt dışı otomotiv satışları ve turizm otelcilik gelirleri de dahil edilecek iken, ikinci şirketin cirosuna sadece otomotiv sektöründen elde ettiği gelir dahil olacaktır. Bu durumda ilk şirket hakkaniyete ve eşitlik ilkesine aykırı bir biçimde daha yüksek bir cezaya muhatap olacaktır.

Bu konudaki mehzaz Avrupa Birliği mevzuatı olan 2003/1 sayılı Tüzük'ün 23/(2)/(a) maddesi uyarınca Komisyon tarafından çıkarılmış olan, cezaların belirlenmesi metotlarına ilişkin 1998 tarihli Rehber² 2006'da revize edilmiştir³.

Komisyonun 2006 Rehberi'nde⁴ temel para cezasının miktarının tespiti açısından 1998 Rehberi'nden farklı bir yöntem benimsenmekte ve toplam ciro yerine “*satış değeri*”ni dikkate alarak hesaplamaya başlanmıştır. Satış değeri ihlalin gerçekleştiği ilgili pazarla doğrudan veya dolaylı olarak ilişkilendirilebilir satışları ifade eder. ATAD da bu yöntemin Komisyonun eski uygulamalarından daha uygun olduğuna hükmetmiştir⁵.

Rekabet Kurulu'nun da bazı emsal kararlarında hakkaniyet ve eşitlik ilkeleri gözetilmiş olacak ki, soruşturmaya muhatap teşebbüse ilgili ürün pazarından elde ettikleri ciro üzerinden para cezası verilmiştir.

Kurul'un 04.07.2007 tarihli ve 07-56/672-209 sayılı kararında emaye bobin teli pazarında faaliyet gösteren rakip teşebbüsler arasında tek bir fiyat listesine geçilmesi konusunda karar alınmasının Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiği ve Kanun'un 16. maddesi uyarınca ceza verilmesi gerektiği tespit edildikten sonra, ihlalde bulunan Hes Hacılar Elektrik San. ve Tic. A.Ş.'ye toplam cirosu üzerinden değil, ilgili pazar olan “*emaye bobin teli*” satış cirosu üzerinden ceza verildiği görülmektedir⁶.

² 14 Ocak 1998 tarihli rehber, OJ C 9, 14.1.1998.

³ 2006/C 210/ 02.

⁴ 2006-Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003. Official Journal C 210, 01.09.2006.

⁵ AYGÜN, Esin, “Rekabet Hukukunda Para Cezaları: Teori ve Uygulama”, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezleri Serisi No: 86, Ankara, 2008, s. 51.

⁶ Bkz. Kurul Üyesi, M. Sıraç Aslan, Karşı Oy Gerekçesi.

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

TÜSİAD
AVRUPA İŞ DÜNYASI
KONFEDERASYONU
BUSINESSEUROPE
ÜYESİDİR

Bir diğer kararda ise, Selçuklu Holding A.Ş. tarafından yapılan devralma işleminin Kurul'un izni olmaksızın gerçekleştirildiği gerekçesiyle, Selçuklu Holding A.Ş.'ye tüm cirosu üzerinden değil, ilgili pazar olan "*baskılı karton kutu ambalaj*" cirosu üzerinden pazar cezası verildiği görülmektedir⁷.

Yine, Kurul tarafından verilen bir diğer kararda, Sarten Ambalaj San. ve Tic. A.Ş. tarafından yapılan devralma işleminin Kurul'un izni olmaksızın gerçekleştirildiği gerekçesiyle, Sarten Ambalaj San. ve Tic. A.Ş.'ye tüm cirosu üzerinden değil, ilgili pazar olan "*teneke yemeklik yağ ambalajı pazarı*" cirosu üzerinden pazar cezası verildiği görülmektedir⁸.

Bir diğer kararda da, Garanti Sigorta A.Ş.'nin; Aksigorta A.Ş., Anadolu Anonim Türk Sigorta A.Ş., Axa Oyak Sigorta A.Ş., Basak Sigorta A.Ş., Güneş Sigorta A.Ş., İsviçre Sigorta A.Ş., Ray Sigorta A.S., TEB Sigorta A.S., T. Genel Sigorta A.S., T. Genel Sigorta A.Ş., Yapı Kredi Sigorta A.Ş. ve Milli Reasürans T.A.Ş. ile birlikte 11.10.2001 tarihinde imzalamış oldukları protokol ile reasüransa devredilecek poliçeler bakımından yangın sigortaları ve ek teminatlarına yönelik olarak uygulanacak asgari fiyatların belirlenmesi suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiğine karar verilerek, söz konusu teşebbüslere tüm ciroları üzerinden değil, ilgili ürün pazarı olan "*yangın sigortası pazarı*" cirosu üzerinden para cezası verilmiştir⁹.

Son olarak Türk Telekomünikasyon A.Ş. ve TTNNet A.Ş.'den oluşan ekonomik bütünlüğün, toptan genişbant internet erişim hizmetleri pazarındaki hâkim durumunu, perakende genişbant internet hizmetleri pazarında fiyat sıkıştırması yoluyla kötüye kullandığına, bu suretle 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiğine karar verilerek, ekonomik bütünlüğün, ilgili ürün pazarı olan "*toptan genişbant internet erişim hizmetleri pazarı*"ndaki cirosu üzerinden para cezası verilmiştir¹⁰.

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

www.tusiad.org

⁷ Rekabet Kurulu'nun 25.11.2009 tarih ve 09-57/1355-348 sayılı kararı. Bkz. Kurul Üyesi, Reşit Gürpınar, Karşı Oy Gerekçesi.

⁸ Rekabet Kurulu'nun 15.04.2010 tarih ve 10-31/471-175 sayılı kararı. Bkz. Kurul Üyesi, Reşit Gürpınar, Karşı Oy Gerekçesi.

⁹ Rekabet Kurulu'nun 24.04.2006 tarih ve 06-29/361-91 sayılı kararı.

¹⁰ Rekabet Kurulu'nun 19.11.2008 tarih ve 08-65/1055-411 sayılı kararı.

3. Birden Fazla Bağımsız Davranış Halinde Kaç Para Cezası Verileceği Konusunda Belirsizlik Vardır:

Ceza Yönetmeliği'nin 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi şu şekildedir:

“...Temel para cezası, Kanunun 4 üncü veya 6 ncı maddelerinde yasaklanmış, piyasa, nitelik ve kronolojik süreç olarak birden fazla bağımsız davranışın saptanması halinde, her bir davranış için ayrı ayrı hesaplanır.”

Yönetmelik'te bu hüküm hakkında başka bir açıklamaya yer verilmemiş olup, uygulamada hükmün ne şekilde yorumlanması gerektiği önem taşıyan bir konu olmaktadır.

Görüldüğü üzere madde metninin uygulanabilmesi için, cezaya konu olacak birden fazla davranışın piyasa, nitelik ve kronolojik süreç olarak birbirinden ayrılması gerekmektedir. Maddenin emredici lafzı ve söz konusu unsurların tercihli yahut seçimlik olarak sayılmaması ise “*piyasa, nitelik ve kronolojik süreç*” unsurlarının bir arada bulunmasını zorunlu kılmaktadır. Dolayısıyla ortada piyasa, nitelik ve kronolojik süreci aynı olan “*devam eden tek bir anlaşma*” var ise, ayrı para cezaları verilemeyecektir.

Yönetmelik'in ilgili maddesi ile hedeflenen, teşebbüsün hem yatay hem de dikey anlaşmalar yoluyla 4. maddeyi ihlal etmesi veya hem 4. maddeyi hem de 6. maddeyi bağımsız davranışlarla ihlal etmiş olması durumunda temel para cezasının bu davranışların her biri için ayrı olarak hesaplanmasıdır¹¹.

Buna karşılık birden fazla dikey kısıtlamanın tek bir ihlal teşkil etmesi, dikey kısıtlamaların kartel anlaşmasının bir parçası olması veya **bir anlaşmasının fiyat tespiti, pazar ve müşteri paylaşımı, arz miktarının kontrolü gibi Kanun'un 4. maddesinin farklı bentleri altında değerlendirilebilecek birden fazla unsuru içermesi durumunda, ayrı ceza takdir edilmesi yoluna gidilmemesi ve hallerin tek bir ihlalin parçası olarak kabul edilerek tek bir ceza uygulanması gerekmektedir.**

¹¹ ARI, Haluk, AYGÜN, Esin, Rekabet Kurulu'nun Ceza Yönetmeliği: Yeni Bir Dönemin Ayak Sesleri, Rekabet Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 4, Ekim 2009, Ankara.

4. Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesine Aykırı Hareket Edilmiştir:

4054 sayılı Kanun'un 16. maddesine göre;

"... Bu Kanunun 4, 6 ve 7 nci maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idari para cezası verilir.

...

Kurul, üçüncü fıkraya göre idari para cezasına karar verirken, 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 17 nci maddesinin ikinci fıkrası bağlamında, ihlalin tekrerrüü, süresi, teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlalin gerçekleşmesindeki belirleyici etkisi, verilen taahhütlere uyup uymaması, incelemeye yardımcı olup olmaması, gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususlar dikkate alınır.

...

Bu maddeye göre verilecek idari para cezalarının tespitinde dikkate alınan hususlar, işbirliği halinde para cezasından bağışıklık veya indirim şartları, işbirliğine ilişkin usul ve esaslar Kurulca çıkarılacak yönetmeliklerle belirlenir."

Bu amaçla, Ceza Yönetmeliği çıkarılmıştır. Ceza Yönetmeliğinin 5. maddesi temel para cezalarını düzenlemektedir.

"Temel para cezası hesaplanırken, Kanunun 4 üncü ve 6 ncı maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunan teşebbüs ile teşebbüs birlikleri ve bu birliklerin üyelerinin, nihai karardan bir önceki mali yılsonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yılsonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin;

a. Karteller için, yüzde ikisi ile yüzde dördü,

b. Diğer ihlaller için, binde beşi ile yüzde üçü

arasında bir oran esas alınır."

Ceza Yönetmeliğinin 3. maddesinde "Kartel": "Fiyat tespiti, müşterilerin, sağlayıcıların, bölgelerin ya da ticaret kanallarının paylaşılması, arz miktarının kısıtlanması veya kotalar konması, ihalelerde danışıklı hareket konularında, rakipler arasında gerçekleşen, rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve/veya uyumlu eylemler" olarak tanımlanmıştır. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus: **Yönetmelik, Rekabet Kanunu'nda yer almayan bir suç tipine yer vermiştir ve bu rekabete aykırılık için**

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

Kanun’da öngörülenin aksine ayrıksı bir ceza oranı getirmiştir. Her ne kadar Yönetmelik ile karteller tanımlanmış olsa da bu tip bir tanıma Rekabet Kanunu’nda yer verilmemiştir. Dolayısıyla, Yönetmelik ile yeni bir ihlal tipi getirilmiştir. Rekabet Kanunu’nda rekabet ihlalleri için teşebbüslerin gelirlerinin yüzde onuna kadar idari para cezası verilebileceği düzenlemiştir. Yani hükmedilecek cezalara ilişkin bir üst sınır getirmiştir. Fakat, söz konusu Yönetmelik kartel olarak tanımladığı bu ihlal tipi için teşebbüslerin gelirlerinin yüzde ikisi ile yüzde dördü arasında bir oranda ceza verilebileceğini düzenlemiştir. Bu durumda Yönetmelik ile Kanun’un aksine bir alt limit ve üst limit getirilmiştir.

Anayasa’nın 124. maddesine göre;

“Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelik çıkarabilirler.”

Anayasa madde 38:

“Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.

...

Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.

...”

Türk Ceza Kanunu’nun 2. maddesine göre,

“(1) Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz.

(2) İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz.

(3) Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.”

Türk Ceza Kanunu’nun ve Anayasa’nın açık hükmünden de anlaşıldığı üzere yönetmelik ile suç ve ceza konulamaz, kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez. Bu durumda, teoride tartışılan ve kabul eden bir suç tanımı olan “kartel” Rekabet Kanunu’nda yer almamasına rağmen Yönetmelik ile düzenlenmiş ve Kanun’da öngörülen düzenlemeden farklı olarak bir ceza öngörülmüştür. Bu sebeple **Kanun’un yapısına aykırı bir biçimde Yönetmelik ile bir suç tanımı getirilmesi ve bu suç için alt sınırı çizilmesi yani diğer 4. maddeye aykırılık biçimlerine göre daha ağırlaştırılmış bir ceza öngörülmüş olması dolayısıyla Anayasa’ya ve Kanunlara aykırı bu Yönetmeliğin iptalinin gerektiği kanaatindeyiz. Ayrıca, Rekabet**

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

Kanunu'nun 16. maddesi ile Yönetmelikle ceza düzenlenmesi yetkisi verilmiş olması dolayısıyla Anayasa'ya aykırılık teşkil etmektedir.

Anayasa madde 13:

“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”

Anayasa madde 38:

“Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.

...

Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.

...

Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.”

Yönetmelikle, kişilerin hak ve özgürlüklerini etkileyecek şekilde ve dayanak Kanunun sınırlarını aşacak biçimde ceza düzenlemesi yapılması mümkün değildir. Bu sebeple ilgili maddenin Anayasa Mahkemesi'ne gönderilmesi gerekmektedir.

Rekabet Kurulu üyelerinden Reşit Gürpınar da yukarıda bahsedilen hususlara paralel bir biçimde Ceza Yönetmeliği döneminde verilen kararlara karşı oy kullanmıştır ve karşı oy yazısında şu ifadelerle yer vermiştir:

“ ...

Bu hükümleri yorumlarsak; Yasa Koyucu, maddenin 4. fıkrası ile verilecek cezalarda alt sınır koymayıp, sadece üst sınırı belirleyerek cezaların yüzde ona kadar verileceğini hükme bağlamış, son fıkrasında ise sadece “cezanın tespitinde dikkate alınan hususlar” kavramını getirmiş ve Rekabet Kurulu'na sadece cezanın tespitinde dikkate alınacak hususların belirlenmesine ilişkin yönetmelik çıkarma konusunda sınırlı yetki vermiştir.

...

OLAYIMIZDA 4054 SAYILI YASANIN 16.MADDESİ İLE KONULAN KURAL, ANILAN YÖNETMELİKLE BİR ANLAMDA DEĞİŞTİRİLMEKTE VE KURULUN HAREKET ALANI DARALTILMAKTADIR. YASA İLE GETİRİLMEYEN VE YÖNETMELİK KOYUCUYA CEZA MİKTARLARINI VE CEZA SINIRLARINI SAPTAMA KONUSUNDA VERİLMİŞ BİR YETKİ OLMAMASINA RAĞMEN, BELİRLİ SUÇLARA VERİLECEK

TÜSİAD

AVRUPA İŞ DÜNYASI
KONFEDERASYONU
BUSINESSEUROPE
ÜYESİDİR

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

TÜSİAD
AVRUPA İŞ DÜNYASI
KONFEDERASYONU
BUSINESSEUROPE
ÜYESİDİR

CEZALARIN SAPTANMASI, PARA CEZASINA ALT SINIR KONULMASI VE YENİ, BİR ÜST SINIR KONULMASI 4054 SAYILI YASANIN 16.MADDESİNE AYKIRIDIR. ÖTE YANDAN (Yönetmelik'in) 5/1-A BENDİNDE; KARTELLER İÇİN YÜZDE İKİSİ İLE YÜZDE DÖRDÜ, (B) BENDİNDE; KARTELLER DIŞINDA KALAN DİĞER İHLALLER İÇİN, BİNDE BEŞİ İLE YÜZDE ÜÇÜ, ORANINDA BİR CEZA ÖNGÖRÜLMESİ, YASANIN 16/SON MADDESİNDE KURULCA ÇIKARILMASI İÇİN VERİLEN YÖNETMELİK YETKİSİNİ AŞMAKTADIR. ZİRA YÖNETMELİK İLE TEMEL CEZA TESPİTİ MÜMKÜN DEĞİLDİR. BU NEDENLE YASAYA AYKIRI BULUNAN YÖNETMELİK HÜKÜMLERİNE GÖRE CEZA BELİRLENMESİNİN OLANAKLI OLMADIĞI, HUKUKEN SAKAT OLDUĞU AÇIKTIR¹².”

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

¹² Rekabet Kurulu'nun 03.09.2010 tarih ve 10-58/1193-449 sayılı kararı.

5. Ceza Yönetmeliği'nin Geçmişe Dönük Olarak Uygulanması Türk Ceza Kanunu ve Anayasa'ya Aykırıdır:

Uygulamada Ceza Yönetmeliği'nin, Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten önce işlenmiş ve fakat soruşturması Yönetmeliğin yürürlüğe girmesinden sonra gerçekleştirilen ihlaller bakımından da - teşebbüslerin lehine mi yoksa aleyhine mi olduğuna bakılmaksızın - bir bütün olarak uygulandığını görmekteyiz. Örneğin, 2005-2007 tarihleri arasında devam etmiş ve fakat soruşturması yeni açılmış bir rekabeti sınırlayıcı anlaşma bakımından da Rekabet Kurulu, Ceza Yönetmeliği uyarınca uygulama yapmaktadır.

Bu durumda Ceza Yönetmeliği'nin aleyhte olan hükümleri uyarınca değil, soruşturmaya muhatap teşebbüslerin lehine olan 4054 sayılı Kanununun 16. maddesi uyarınca idari para cezasının verilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Şöyle ki;

Failin lehine olan kanun hükmünün uygulanması gereğini düzenleyen T.C. Anayasası'nın suç ve cezalara ilişkin esaslarını düzenleyen 38. maddesinin 1. ve 2. fıkraları uyarınca suç ve suça ilişkin yaptırımların uygulanması bakımından failin lehine olan kanun hükmünün esas alınması gerekmektedir. Yine, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nda atıf yapılan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun zaman bakımından uygulanmasına ilişkin 7. maddesinin 2. fıkrasında da Anayasa'ya paralel bir düzenleme getirilmiştir.

Ceza Yönetmeliği 15.02.2009 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Rekabet Kurulu, bu tarihten önce işlenmiş ve fakat soruşturması bu tarihten sonra yapılan rekabet ihlallerine de Yönetmeliğin tüm hükümlerini - teşebbüslerin lehine mi yoksa aleyhine mi olduğuna bakmaksızın - uygulamaktadır. Eğer anılan ihlale ilişkin soruşturma 15.02.2009 tarihinden önce yapılmış olsa idi, o tarihte Ceza Yönetmeliği yürürlükte bulunmadığı için doğrudan 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesi uyarınca para cezasının verilmesi söz konusu olacaktı. Zira, kural olarak ihlalin gerçekleştiği tarihte yürürlükte olan yasanın uygulanması gerekmektedir.

Öte yandan “failin lehine olan hükmün uygulanması” prensibi gereği; ihlal teşkil eden fiilin işlendiği tarihte yürürlükte olan mevzuatta daha aleyhe bir durum var ise yürürlükteki mevzuatın, daha lehe bir durum var ise fiilin işlendiği tarihte yürürlükte olan mevzuatın uygulanması gerekecektir. Aksi takdirde, Türk Ceza Kanunu Md. 7/2 ve Kabahatler Kanunu Md. 5/1'e aykırılık söz konusu olacaktır.

Ceza Yönetmeliği'nin yürürlüğe girmesinden önce verilmiş olan para cezalarına bakıldığında, en ağır rekabet ihlalleri olan kartel anlaşmalarına dahi Ceza Yönetmeliği'ne nazaran çok daha düşük oranlarda para cezaları verildiğini görmekteyiz. Nitekim, Seramik¹³, Demir Çelik¹⁴, Toz Alçı¹⁵ gibi uzun süreli ve pazarda önemli etkiler doğuran kartellere ilişkin kararlarda çok düşük oranlarda para cezalarının uygulandığını görmekteyiz. Ayrıca, bu konuda yapılmış olan karşılaştırmalı akademik çalışmalar da Ceza Yönetmeliği'nin uygulanması halinde teşebbüslere verilecek olası cezaların

¹³ Rekabet Kurulu'nun 24.02.2004 tarih ve 04-16/123-26 sayılı kararı.

¹⁴ Rekabet Kurulu'nun 14.10.2005 tarih ve 05-68/958-259 sayılı kararı.

¹⁵ Rekabet Kurulu'nun 08.04.2004 tarih ve 04-25/279-61 sayılı kararı.

neredeyse iki katı oranında artacağını tespit etmiştir¹⁶. Dolayısıyla Ceza Yönetmeliği'nin özellikle temel para cezasının tespitine ilişkin hükümlerinin soruşturmaya muhatap teşebbüslerin cezasını ağırlaştırarak, hukuki durumlarını kötüleştirdiğine şüphe bulunmamaktadır.

Dolayısıyla Ceza Yönetmeliği'nin yürürlüğe girdiği tarihten önce işlenmiş rekabet ihlallerinin soruşturulması eğer Yönetmeliğin yürürlük döneminde gerçekleştiriliyor ise; soruşturmaya muhatap olan teşebbüsler açısından Yönetmelik hükümleri ile Kanun'un 16. maddesi hükmünün karşılaştırılması suretiyle; Yönetmeliğin Kanun'a nazaran lehe olan hükümlerinin uygulanması, aleyhine olan hükümlerinin ise uygulanmayıp, bunun yerine lehe olan Kanun hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

Bu noktada Ceza Yönetmeliği'nin getirdiği düzenlemelerin maddi ceza hukuku veya ceza muhakemesi hukukundan hangisine ait olduğunun belirlenmesi gerekmektedir. Zira maddi ceza hukukuna ilişkin kurallar bakımından sonradan yürürlüğe giren düzenlemenin failin lehine mi yoksa aleyhine mi olduğuna bakılmakta iken, ceza yargılaması hukuku kurallarının hemen uygulanması söz konusu olmakta; dolayısıyla uygulanacak olan düzenlemenin kişilerin lehinde ya da aleyhinde olmasının hiçbir önemi bulunmamaktadır.

Ceza Yönetmeliği'nin maddi ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler getirdiğini belki de en iyi şekilde ortaya koyan kaynaklar Rekabet Kurulu'nun kararlarına karşı bizzat üyeleri tarafından verilen "Azlık Oyları" ve "Farklı Gerekçeler"dir. Nitekim yukarıdaki başlık altında yer verilmiş olan **KARŞI OY GEREKÇESİNDE DE CEZA YÖNETMELİĞİ'NİN MADDİ CEZA HUKUKUNA İLİŞKİN DÜZENLEMELER GETİRMİŞ OLDUĞU ve TÜRK CEZA KANUNU'NUN ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMASINA İLİŞKİN 7. MADDESİNE AYKIRI OLDUĞU AÇIKÇA İFADE EDİLMİŞTİR:**

*"Ceza Hukukunun önemli konularından birisi de, ceza kanunlarının zaman bakımından uygulanmasıdır. Zaman bakımından uygulama konusunda baz alınan husus suçun işlendiği tarihtir. Nitekim **Türk Ceza Kanununun "ZAMAN BAKIMINDAN UYGULAMA" başlıklı 7. maddesinin 2. fıkrasında "Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur."** hükmü getirilmiştir. Bu nedenlerle, bir ceza uygulamasında, soruşturma tarihini, kararın verildiği tarihi veya bir başka tarihi ceza uygulamasında esas almak mümkün değildir. **CEZA MİKTAR VE ORANLARINI BELİRLEYEN BU YÖNETMELİĞİN GEÇİCİ BİRİNCİ MADDESİ İLE DAHA ÖNCE İŞLENEN VE SORUŞTURMA AŞAMASINDA BULUNAN SUÇLARA TEŞMİL EDİLMESİ DE YASAYA VE HUKUKUN GENEL İLKELERİNE AYKIRIDIR.** Böyle bir uygulamanın benimsenmesi, halinde aynı tarihte suç işleyenler yönünden soruşturma*

¹⁶ Bkz. SANLI, K. Cem, "Ceza Yönetmeliği'nin Geçmiş Dönem Kartel Kararlarına Uygulanması ve Yeni Döneme Dair Bazı Çıkarımları", Rekabet Dergisi, Cilt 10, Sayı 4, Ekim 2009, Ankara, s. 117-155.

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

TÜSİAD
AVRUPA İŞ DÜNYASI
KONFEDERASYONU
BUSINESSEUROPE
ÜYESİDİR

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

www.tusiad.org

tarihinin farklı olması halinde farklı cezalar uygulanabilecektir. Bu durum da eşitsizliğe yol açacaktır. Öte yandan, İdari Para Cezaları Kabahatler Kanunu'na tabi olup, Kabahatler Kanun'un "Zaman Bakımından Uygulama" başlıklı 5.maddesinin (1) numaralı fıkrasında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun zaman bakımından uygulamaya ilişkin hükümlerinin kabahatler bakımından da uygulanacağı belirtilmiştir.

"Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik" 15.2.2009 tarih ve 27142 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş olup, Anılan Yönetmeliğin Geçici 1.maddesinde Yönetmelik hükümlerinin yürürlüğe girmesinden önce başlatılan ancak soruşturma raporu tebliğ edilmemiş olan Soruşturmalar hakkında da uygulanacağı hükmü yer almaktadır."

Kurulumuz kararının 45. sayfasında aynen "4054 sayılı Kanun'un 16. maddesi ve bu maddeye dayanılarak yayımlanmış olan Para Cezaları Yönetmeliği'nin 5(2) maddesi uyarınca adı geçen teşebbüslerin aralarındaki rekabeti azaltmak için 2006 yılı Şubat ayı ile 2008 yılı Ağustos ayı arasında kartel anlaşmasına dahil oldukları tespit" edildiği ibaresiyle suç tarihinin 2006-2008 arasında olduğunu kabul etmiştir.

OLAYIMIZDA, 2006-2008 YILARINDA İŞLENEN BİR FİİLE, BU TARİHTEN SONRA YÜRÜRLÜĞE KONULAN BİR DÜZENLEME, YUKARIDA BELİRTİLEN GEÇİCİ 1.MADDE KAPSAMINDA UYGULANMAKTA OLUP, BU DÜZENLEME VE DOLAYISIYLA BU UYGULAMA DA YUKARIDA BELİRTİLEN 5237 SAYILI YENİ TÜRK CEZA KANUNU'NUN 7. MADDESİNE AYKIRIDIR."

Ceza Yönetmeliği ile maddi ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. Bu sebeple Ceza Yönetmeliği'nin bütünüyle bir ceza muhakemesi kuralı olarak görülerek, derhal uygulanma ilkesinin geçerli olduğunun iddia edilmesi mümkün değildir.

Yönetmeliğin Geçici 1. Maddesi'ndeki, "Bu Yönetmelik hükümleri, yürürlüğe girmesinden önce başlatılan ancak soruşturma raporu tebliğ edilmemiş olan soruşturmalar hakkında da uygulanır." şeklindeki düzenleme ise Yönetmeliğin sadece lehe değil, aleyhe olan maddelerinin de bir bütün olarak uygulanmasını zorunlu kıldığından Türk Ceza Kanunu m. 7/2 ve Kabahatler Kanunu m. 5/1'e açıkça aykırıdır. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere Kurul'un Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten önce işlenmiş olan rekabet ihlalleri bakımından, Yönetmeliğin lehe olan hükümlerini uygulama, aleyhe olan hükümlerini ise uygulamama yükümlülüğü altındadır. Anılan Geçici madde ise yasaya aykırı bir yükümlülüğü Rekabet Kurulu'na getirmek suretiyle normlar hiyerarşisini ihlal etmektedir.

Sonuç olarak, Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten önce işlenmiş rekabet ihlalleri bakımından doğrudan Yönetmelik hükümlerinin değil; "failin lehine olan hükmün uygulanması" prensibi gereği, rekabet ihlali teşkil eden filin işlendiği tarihte yürürlükte olan yasa düzenlemesi ile Yönetmelik hükümleri

karşılaştırılarak, somut olayda fail için en lehe olan hükümlerin uygulanması gerekmektedir. Aksi takdirde, Türk Ceza Kanunu madde 7/2 ve Kabahatler Kanunu madde 5/1'e aykırılık söz konusu olacaktır.

TÜSİAD
AVRUPA İŞ DÜNYASI
KONFEDERASYONU
BUSINESSEUROPE
ÜYESİDİR

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

6. Ceza Yönetmeliğinde Geçen “Para Cezası” Kavramı Türk Ceza Kanuna ve Kabahatler Kanuna Aykırıdır:

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda “*para cezası*” yerine “*adli para cezası*” kavramı kullanılmış ve böylelikle “*para cezası*” kavramının kullanımı bırakılmıştır. Türk Ceza Kanunu’nun “*Cezalar*” başlıklı 45. maddesi şu şekildedir:

“*Cezalar*

MADDE 45 - (1) Suç karşılığında uygulanan yaptırım olarak cezalar, hapis ve adli para cezalarıdır.”

Yine, Türk Ceza Kanunu’nun “*Adli para cezası*” başlıklı 52. maddesi ise şu şekildedir:

“**Adli para cezası**

MADDE 52 - (1) ADLİ PARA CEZASI, beş günden az ve Kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde yediyüzotuz günden fazla olmamak üzere belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanan meblağın hükümlü tarafından Devlet Hazinesine ödenmesinden ibarettir...”

Yine, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nda ise “*idari para cezası*” kavramına yer verilmiştir. Kabahatler Kanunu’nun 16. ve 17. maddeleri şu şekildedir:

“**ÜÇÜNCÜ BÖLÜM**

İdari Yaptırımlar

Yaptırım türleri

MADDE 16.- (1) Kabahatler karşılığında uygulanacak olan idari yaptırımlar, idari para cezası ve idari tedbirlerden ibarettir.

(2) İdari tedbirler, mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirlerdir.”

“*İdari para cezası*

MADDE 17.- (1) İdari para cezası, maktu veya nispi olabilir...”

Rekabet ihlalleri de kabahat niteliğinde olup, 4054 sayılı Kanun’un ihlali halinde uygulanması gereken temel yaptırım olarak “*idari para cezası*” öngörülmüştür. Nitekim 4054 sayılı Kanun’un “*Üçüncü Bölümü*”nün başlığı “*İdari Para Cezaları*” olup, 16. maddesinin de kenar başlığı “*İdari Para Cezası*”dır. Kanun’un Ceza Yönetmeliği’nden bahseden 16. maddenin son fıkrasında da “*idari para cezası*” kavramı kullanılmıştır.

Görüldüğü üzere Türk Ceza Kanunu’nda “*adli para cezası*”, kabahatler alanında uygulanacak olan Kabahatler Kanunu ve Rekabet Kanunu’nda ise “*idari para cezası*” kavramı kullanılmıştır.

Ceza Yönetmeliği’ne baktığımızda ise ne Türk Ceza Kanunu’nda ne de Kabahatler Kanunu ve Rekabet Kanunu’nda öngörülmemiş olan “*para cezası*”

TÜSİAD
AVRUPA İŞ DÜNYASI
KONFEDERASYONU
BUSINESSEUROPE
ÜYESİDİR

kavramının kullanıldığını görmekteyiz. Nitekim Ceza Yönetmeliği'nin tam adı dahi “*Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem Ve Kararlar İle Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik*”tir.

Türk Ceza Kanunu, Kabahatler Kanunu ve Rekabet Kanunu’nda öngörülmemiş ve hatta kullanımı terk edilmiş olan “*para cezası*” kavramının Ceza Yönetmeliği ile birlikte tekrardan bir pozitif hukuk metnine alınması anılan yasalara aykırılık teşkil etmektedir.

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

7. Temel Para Cezasının Kategorilere Ayrılarak Belirlenmesi Avrupa Birliği'ndeki Gelişmelere Ters Düşmektedir:

Ceza Yönetmeliği uyarınca temel para cezasının belirlenmesinde iki husus göz önünde bulundurulur: İhlalin niteliği ve ihlalin süresi. Öncelikle, ihlalin niteliğine göre, ilgili teşebbüs cirounun belirli bir yüzdesi esas alınır. Ardından, ihlalin süresine göre temel para cezası tespit edilir.

Temel para cezasının belirlenmesinde, en ciddi rekabet ihlali olduğu genel kabul gören karteller¹⁷ ile diğer rekabet ihlalleri arasında bir ayırım yapılır. Bu çerçevede Ceza Yönetmeliği'nin 5. maddesinin 1. fıkrası uyarınca;

- Karteller için, yıllık gayri safi gelirin %2'si ile %4'ü,
- Diğer rekabet ihlalleri için, yıllık gayri safi gelirin %5'i ile %3'ü,

arasında bir oran esas alınır.

Görüldüğü üzere Yönetmelik ile temel para cezası ihlalin ağırlığına göre kategorilere ayrılmış olup, bu durum yürürlükten kaldırılmış olan 1998 tarihli Rehber ile paraleldir. 1998 tarihli Rehber'de de ihlaller hafif, ağır ve çok ağır biçiminde sınıflandırılarak her bir ihlal türü için verilecek cezalara alt ve üst sınır getirilmiştir.

Oysa 2006 tarihli Rehber'de ihlaller kategorilere ayrılmamış bunun yerine her somut olayın kendi koşulları içerisinde değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. İhlalin ağırlığı somut olayın şartlarına göre belirlenmektedir. Hesaba alınacak satış değeri oranı, toplam satış değerlerinin azami % 30'una tekabül edebilir. Komisyon satış değeri oranını belirlerken, ihlalin doğası, ilgili tüm teşebbüslerin pazar payı, ihlalin coğrafi kapsamı, ihlalin uygulanıp uygulanmadığı gibi bir dizi hususu göz önünde bulundurur.

Genellikle gizli olan yatay fiyat belirleme, pazar paylaşma, arz kısma anlaşmaları doğaları gereği en zararlı rekabet kısıtlamalarıdır. Rekabet politikaları gereği bu tip anlaşmalar en ağır şekilde cezalandırılmaktadır. Dolayısıyla bu tip ihlallerde hesaba alınan satış değeri oranı azami ölçüde olacaktır (% 30)¹⁸.

¹⁷ Fiyat tespiti, müşterilerin, sağlayıcıların, bölgelerin ya da ticaret kanallarının paylaşılması, arz miktarının kısıtlanması veya kotalar konması, ihalelerde danışıklı hareket konularında, rakipler arasında gerçekleşen, rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylemleri.

¹⁸ 1998 tarihli Rehber'e göre ceza belirlenirken ilk olarak ihlalin ağırlığına göre belirlenen eşikler arasında bir miktar belirlenmekteydi. İhlalin ağırlığının değerlendirilmesinde ihlalin niteliği, pazardaki etkisi ve ilgili coğrafi pazarın büyüklüğü dikkate alınmaktaydı. Rehber'de ağırlığa yönelik olarak üç ceza seviyesi öngörülmüştü.

1-Hafif İhlaller: muhtemelen 1000 ECU ile 1 milyon ECU arasında ceza verilecek olan, genellikle dikey nitelikte, sınırlı bir pazar etkisi olan ve Topluluk pazarının sınırlı bir bölümünü etkileyen ticaret kısıtlamaları şeklindeki davranışlar.

2-Ağır İhlaller: muhtemelen 1 milyon ECU ile 20 milyon ECU arasında ceza verilecek olan yatay olmayan veya yukarıdaki ile aynı tipte dikey nitelik göstermeyen ihlallerdir. Esas olarak daha geniş pazar etkisi ve ortak pazarın geniş alanlarını etkilemesinin yanında daha sıkı uygulanan kısıtlamalar. Ayrıca hakim durumun kötüye kullanılması ile ilgili bazı uygulamalar da bu gruba dahildi (sağlamayı reddetme, ayrımcılık, rakipleri pazar dışına atmak için hakim durumdaki teşebbüsler tarafından yapılan sadakat indirimleri, vb.).

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 Gallée 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

Görüldüğü üzere 2006 tarihli Rehber’de kademe sistemi terk edilmiş olmasına karşın, kamu menfaatlerini önemli ölçüde ihlal eden kartellerin diğer ihlallere nazaran daha ağır bir biçimde cezalandırılması gereği yine ifade edilmiştir.

2006 tarihli Rehber her somut olayın kendi koşulları içerisinde değerlendirilmesine imkan tanımakta ve bu şekilde farklı etkilere sahip rekabet ihlallerinin aynı kalıp içerisine sokularak aynı değerlendirmeye tabi tutulmasını engellemektedir¹⁹.

Ceza Yönetmeliği’nde ise AB’deki bu gelişmelere paralel, modern bir düzenleme yapmak yerine, yürürlükte kaldırılmış olan 1998 tarihli Rehber ile örtüşen kademe sisteminin benimsenmesi kanaatimizce doğru olmamıştır.

TÜSİAD
AVRUPA İŞ DÜNYASI
KONFEDERASYONU
BUSINESSEUROPE
ÜYESİDİR

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

www.tusiad.org

3-Çok Ağır İhlaller: muhtemelen 20 milyon ECU'nun üzerinde ceza verilecek, genellikle fiyat kartelleri ve pazar paylaşımı gibi yatay kısıtlamalar, veya milli pazarların ayrılması ve hakim durumdaki firmaların bu durumlarını açıkça kötüye kullanması gibi tek pazarın düzgün işlemlerini tehlikeye atacak davranışları kapsamakta.

Komisyon ayrıca, soruşturulan teşebbüs hakkında baz ceza seviyesini belirlerken, anılan teşebbüsün ekonomik kapasitesine de bakmaktaydı. Ayrıca büyük teşebbüslerin daha fazla yasal ve ekonomik bilgiye sahip olmaları gerektiği de göz önüne alınmaktaydı. Komisyon bu tür teşebbüslerin, hangi davranışlarının topluluk rekabet kurallarını ihlal ettiğinin farkında olacağını ve dolayısıyla "ihlal edici davranışları" neticesinde ceza alacaklarının bilincinde olacaklarını varsaymaktaydı. Komisyon baz ceza seviyesini belirlerken özellikle, aynı nitelikteki ihlale katılan teşebbüslerin büyüklük farklarına da bakacaktaydı. Komisyon’un baz ceza miktarını belirlerken göz önünde bulundurduğu kriterler; ihlalin niteliği, tarafların bilgisi, tarafların davranışları, ürünün değeri ve niteliği, tarafların sayısı ve büyüklüğü, ihlale katılım derecesi, yasal ve ekonomik durumdur.

AKTAŞ C., ARI H., “Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Para Cezalarının Uygulanması”, Rekabet Dergisi, Sayı 10, 2002, s. 55.

¹⁹ GÜRKAYNAK, Gönenç, ÜREY, Yelda, ÇAĞLAYAN, Pınar, AB ve Türk Rekabet Hukukunda Para Cezalarına İlişkin Ağırlaştırıcı ve Hafifletici Nedenler, Rekabet Forumu, Rekabet Derneği, Sayı: 37, 2007, s. 12 vd.

8. Temel Para Cezasının Belirlenmesinde İhlalin Süresinin Kademelere Bölünmesi Avrupa Birliği'ndeki Gelişmelere Ters Düşmesi:

1998 tarihli Rehber'de, ihlallerin kısa süreli (1 yıldan az), orta süreli (1-5 yıl arasında), uzun süreli (5 yıldan fazla) olarak ayrıldığı görülmektedir. Bir yıldan kısa süreli ihlallerde cezanın arttırılmayacağı, 1-5 yıl arasında süren ihlallerde cezanın %50 oranında arttırılacağı, 5 yıldan uzun süreli ihlallerde ise %50'nin üzerine her yıl için %10 ekleneceği öngörülmüştür.

Buna karşılık, 2006 Rehberi içerisinde bu ayrımlara yer verilmediği görülmektedir. 2006 tarihli Rehber'de toplam satış değerlerinin azami % 30'una tekabül edecek biçimde alınan miktar, ihlalin devam ettiği yıl sayısı ile çarpılacaktır. Bu sayede cezanın ağırlığı süre kademelerine göre değil, ihlalin devam ettiği her yıl için arttırılmaktadır.

Ceza Yönetmeliği'nde ise ihlalin türüne göre belirlenen para cezası miktarı Ceza Yönetmeliği'nin 5. maddesinin 3. fıkrası uyarınca;

- 1 yıldan uzun, 5 yıldan kısa süren ihlallerde yarısı oranında arttırılır,
- 5 yıldan uzun süren ihlallerde bir katı oranında arttırılır.

Görüldüğü üzere Ceza Yönetmeliği ile 1998 tarihli Rehber ile paralel düzenlemelere gidilmiştir. Bu husus; Avrupa Birliği'nde 2006 tarihli Rehber ile terk edilmiş olan eski sistemin Türkiye'de benimsenmesi gibi sakıncalı bir durum yaratmasının yanı sıra hakkaniyete aykırı sonuçların oluşmasına da neden olmaktadır. Zira Ceza Yönetmeliği 1 yıl 1 ay sürmüş bir ihlal ile 4 yıl 10 ay sürmüş bir ihlali aynı ağırlıkta görmekte iken, 4 yıl 11 ay sürmüş bir ihlal ile 5 yıl 1 ay sürmüş olan bir ihlali farklı ağırlıklarda görmektedir.

İlk durumda her iki teşebbüsün de aynı oradan artırıma maruz kalacak olması, 1 yıl 1 ay ihlalde bulunmuş olan teşebbüsü 5 yıla kadar ihlali sürdürme yönünde motive edebilecektir²⁰. Zira Ceza Yönetmeliği'nde belirlenen eşikler sebebi ile ihlalinin 1 yıl 1 ay olması ile 4 yıl 11 ay olması arasında hiç bir fark bulunmamaktadır.

İkinci durumda ise 5 yılı sadece 1 ay ile aşmış olan teşebbüsün üst dilim ağırlaştırmaya tabi olması buna karşın 5 yılın 1 ay altında kalan teşebbüsün ise alt dilime tabi olması yine hakkaniyete aykırı sonuçlar yaratacaktır.

Bu sebeple Ceza Yönetmeliği'nde de tıpkı 2006 tarihli Rehber'de olduğu üzere ihlalin sürdürüldüğü her yıl için artan oranlı bir ceza sisteminin benimsenmesi yönünde bir değişikliğe gidilmesi daha doğru olacaktır.

²⁰ KARACEHENNEM, Nejdet, Rekabet İhlalinde Bulunan Teşebbüs ve Teşebbüs Birliklerine Verilecek Para Cezalarına İlişkin Olarak Rekabet Kurumu'na Hazırlanan Kılavuz Taslağı Hakkında Düşünceler, Rekabet Bülteni, Sayı: 39, Mart 2008, Rekabet Derneği, İstanbul.

9. Ağırlaştırıcı Unsurların Uygulanması Alanında Soru İşaretleri ve 4054 sayılı Kanun’a Aykırılıklar Mevcuttur:

Temel para cezasının belirlenmesinin ardından teşebbüse uygulanacak nihai para cezasının tespiti için, ağırlaştırıcı ve hafifletici unsurların uygulanması söz konusu olmaktadır. Yönetmelik’te öncelikli olarak ağırlaştırıcı unsurların uygulanması öngörülmüştür.

İlk ağırlaştırıcı unsur olarak “*ihlalin tekrerrüü*” belirtilmiştir. Ancak, tekrerrür müessesinin Rekabet Hukuku alanında ne şekilde uygulanması gerektiği konusu belirsiz bırakılmıştır. Bu noktada akla gelen bazı sorular: (i) Önceki ihlalin Rekabet Kurulu tarafından karara bağlanmış olması yeterli mi olacak yoksa mutlaka cezalandırılmış olması aranacak mıdır? Kanaatimizce bir tespit kararı dahi yeterli olacaktır. (ii) İhlal kararının yargısal açıdan kesinleştirilmesi gerekmekte midir? İdari kesinliğin yeterli görülmesi halinde, tekrerrür nedeniyle cezanın arttırılmasından sonra eğer ilk karar yargı organı tarafından iptal edilirse, tekrerrür nedeniyle cezanın arttırıldığı kararın da iptali gerekecektir. Yargısal kesinliğin aranması halinde ise, tekrerrür nedeniyle cezanın arttırılabilmesi için yargı kararının mevcut soruşturmada bekletici mesele yapılması gerekebilecektir. Danıştay uygulaması her ne kadar idari kesinliği yeterli görse de, kanaatimizce yargısal kesinliğin aranması hukuk güvenliğinin sağlanması açısından daha doğru olacaktır. (iii) Tekerrüre esas alınacak ihlal ile ilk ihlalin aynı nitelikte olması mı aranacaktır? Örneğin, ilk ihlal dikey anlaşma ikinci ihlal yatay anlaşmadan kaynaklandı ya da ilk ihlal 6. maddeye ikinci ihlal 4. maddeye ilişkin ise ne olacak? Bu tür ayrımlara dayalı olarak tekrerrürün uygulanmayacağına iddia edilmesinin mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Zira bu durumda soruların sayısının arttırılması ve hatta “*ilk ihlal ile ikinci ihlalin aynı pazarda olması gerektiğinin*” iddia edilmesi dahi mümkün olabilecektir. (iv) Önceki ihlal ile sonraki ihlalin aynı tüzel veya gerçek kişi tarafından işlenmesi mi aranacak yoksa teşebbüs tanımından yola çıkarak mı bir değerlendirme yapılacaktır? Kanaatimizce bu konuda teşebbüs tanımının esas alınması Kanun’un amacına uygun olacaktır. (v) Tekerrürün uygulanmasını engelleyecek bir zamanaşımı süresi söz konusu mudur? Yoksa geçmişte tek bir ihlalin dahi gerçekleştirilmiş olması tekrerrür riskinin ilelebet devam edeceği anlamına mı gelmektedir? Bu konuda açık bir süre sınırı öngörülmemiş olduğu için ikinci seçenek geçerli gözükmektedir. (vi) İlk ihlalin pişmanlık uygulaması kapsamında tespit edilmiş olması halinde sonraki ihlal sebebi ile tekrerrür uygulanacak mıdır? Yukarıda ifade ettiğimiz üzere tekrerrür sebebi ile artırım için mutlaka ceza verilmesi gerekmemekte olup, tespit kararı dahi yeterlidir. Bu sebeple pişmanlık uygulamaları halinde de tekrerrürün uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

Soruların sayısının arttırılması mümkün olup, tüm bu hususların bir yönetmelik ile düzenlenmesi elbette ki mümkün değildir. Bu sebeple Ceza Yönetmeliği’nin uygulanmasına ilişkin bir kılavuz hazırlanmasının doğru olacağı kanaatindeyiz.

Bir diğer ağırlaştırıcı unsur ise “*Soruşturma kararının tebliğinden sonra kartele devam edilmesi hali*”dir. Yönetmelik’te bu ağırlaştırıcı sebebin sadece karteller için öngörülmüş olup, “*diğer ihlaller*” olarak nitelendirilen dikey anlaşmalardan doğan ihlaller ile hakim durumun kötüye kullanılması uygulamaları açısından öngörülmemiştir. Bunun yerine “*diğer ihlallere son verilmesi*” bir hafifletici unsur olarak kaleme alınarak

TÜSİAD
AVRUPA İŞ DÜNYASI
KONFEDERASYONU
BUSINESSEUROPE
ÜYESİDİR

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 Gallée 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

TÜSİAD
AVRUPA İŞ DÜNYASI
KONFEDERASYONU
BUSINESSEUROPE
ÜYESİDİR

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 bxoffice@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

www.tusiad.org

teşebbüsleri ihlale son vermeye zorlamaktan ziyade, teşvik edilmeye çalışılmıştır. Bu durum diğer ihlaller ile suçlanan teşebbüslere ihlale devam etme konusunda tabiri caizse bir “vize” vermektedir. Bu sebeple hükmün tüm rekabet ihlallerini kapsamına alacak bir biçimde kaleme alınması gerekmektedir.

Son olarak üzerinde durulması gerektiğini düşündüğümüz ağırlaştırıcı unsur “*İncelemeye yardımcı olunmaması hali*”dir. Bu ağırlaştırıcı unsur, 4054 sayılı Kanun’da öngörülmemiş olmasına rağmen teşebbüslere incelemeye yardımcı olma yükümlülüğü getirerek, kanaatimizce Kanun’un ihlal edilmesi sonucunu doğurmaktadır. Şöyle ki; 4054 sayılı Kanun’un 16. maddesi uyarınca yerinde incelemenin engellenmesi ya da zorlaştırılması (ki bu kapsama eksik, yanlış ya da yanıltıcı bilgi veya belge verilmesi ya da bilgi veya belgenin süre içinde ya da hiç verilmemesi halleri de girmektedir) halinde para cezası uygulanacağı öngörülmüştür. Görüldüğü üzere para cezası öngörülen haller aktif yahut pasif bir eylem yolu ile ve fakat hep yerinde incelemenin engellenmesine yöneliktir. Ceza Yönetmeliği’nde ise engelleme değil, yardımcı olmama ağırlaştırıcı unsurlar arasında sayılmak suretiyle teşebbüslere Rekabet Kurumu ile aktif bir biçimde işbirliği yapma yükümlülüğü getirilmiştir. Bu husus Kanun’da düzenlenmemiş olduğu için Yönetmelik’te bu şekilde bir hüküm getirilmiş olması Kanun’un ihlali sonucunu doğuracaktır. Ayrıca, “*yardımcı olunmaması*”nın ne anlama geldiği de son derece muğlaktır. Örneğin, teşebbüs yetkilileri hiç zorluk çıkarmadan uzmanları tesise almış, uzmanların işini yapmalarını da engellememiş olmalarına rağmen, uzmanların yaptıkları incelemede, tesis içerisinde bir yerlerde var olmasına rağmen, ihlali ispatlayacak bilgi / belgelere ulaşamamaları halinde teşebbüs yerinde incelemeye yardımcı olmamış mı sayılacaktır? Bu durumda teşebbüsün ihlali ikrar etmediği yahut aynı anlama gelecek biçimde ihlali ispatlayacak bilgi / belgeleri ibraz etmediği her durumda bu ağırlaştırıcı sebep uygulanacak mıdır?

Bir diğer husus ise, teşebbüse yerinde incelemeyi engelleme ya da zorlaştırmadan ötürü para cezası verildiği bir ihtimalde artık bu ağırlaştırıcı unsurun da kendiliğinden uygulanması mı gerekecektir? Zira teşebbüs, yardım etmek bir yana, yerinde incelemeyi engellemeye dahi çalışmıştır. Bu durumda hukukun genel ilkelerinden birisi olan “*non bis in idem*”in ihlali gündeme gelmeyecek midir? Kanaatimizce aynı eylemin hem para cezası verilmesine sebep gösterilip hem de ağırlaştırıcı unsur sayılması “*non bis in idem*”in ihlali sonucunu doğuracaktır.

10. Hafifletici Unsurların Uygulanması Alanında Soru İşaretleri ve 4054 sayılı Kanun’a Aykırılıklar Mevcuttur:

Ağırlaştırıcı unsurların uygulanmasından sonra ise hafifletici unsurların uygulanması söz konusu olacaktır. Yönetmelik’te sayılan ilk hafifletici unsur “*yasal yükümlülüklerin yerine getirilmesi haricinde incelemeye yardımcı olunması*”dır. Yukarıda ifade edildiği üzere 4054 sayılı Kanun’da yerinde incelemenin engellenmesi ve zorlaştırılması para cezasına tabi tutulmuştur. Dolayısıyla teşebbüslere yerinde incelemeyi engellememe ve zorlaştırmama yükümlülüğü getirilmiştir. Ancak, yerinde incelemeye yardımcı olma gibi bir yükümlülük getirilmemiştir. Ceza Yönetmeliği’nde ise yerinde incelemeye yardımcı olunmaması bir ağırlaştırıcı unsur olarak sayılıp, Kanun’da olmayan bu yükümlülük Yönetmelik ile getirilmiştir. Şimdi ise, *yasal yükümlülüklerin yerine getirilmesi haricinde incelemeye yardımcı olunması* bir hafifletici sebep olarak zikredilmiştir. Oysa az önce de ifade ettiğimiz üzere, yerinde incelemeye yardımcı olunmamasının bir ağırlaştırıcı unsur olarak sayılması aslında yerinde incelemeye yardımcı olma “*yasal*” yükümlülüğünü zaten - hukuka aykırı bir biçimde - getirmektedir. Bunun ötesinde nasıl bir “*yardım*” beklenmektedir ki, bu yardım bir hafifletici unsur olarak kabul edilsin? Kanaatimizce hem ağırlaştırıcı hem de hafifletici unsurlar arasında sayılan bu paralel düzenlemeler, teşebbüsleri dolaylı olarak ikrara zorlayarak Anayasa ile teminat altına alınmış olan “*savunma hakkı*”nı zedeleyebilecektir.

Bir diğer hafifletici neden ise, “*zarar görenlere gönüllü olarak tazminat ödenmesi*”dir. Bu hafifletici nedenin hangi şartlar altında uygulanacağı konusunda birçok belirsizlik mevcuttur. Örneğin, soruşturmaya muhatap teşebbüs ne kadarlık bir tazminat öderse hafifletici unsurlardan yararlanır? Bu konuda tazminatı takdir etmek üzere bir hakem mi tayin edilecektir? Zarar görenler ile kast edilen doğrudan zarar görenler mi yoksa dolaylı olarak zarar görenler midir? Rakiplere mi, bayilere mi yoksa tüketicilere mi ödenecektir? Yoksa her üçüne birden mi? Her rekabet ihlalinden son tahlilde tüketiciler etkilendiği için her halükarda tüketicilere tazminat ödenmesi gerekecek midir? Tazminatın gönüllü olarak ödenmesi ile kast edilen, davasız ve takipsiz bir biçimde ödenmesi midir? Yani soruşturmaya muhatap teşebbüs bir tazminat davası ya da icra takibi sonunda tazminatı öder ise bu durumda hafifletici unsur uygulanmayacak mıdır?

Soruların sayısının artırılması mümkün olup, tüm bu hususların bir yönetmelik ile düzenlenmesi elbette ki mümkün değildir. Bu sebeple Ceza Yönetmeliği’nin uygulanmasına ilişkin bir kılavuz hazırlanmasının doğru olacağı kanaatindeyiz.

Bir diğer hafifletici unsur ise “*Yürütülen bir soruşturmada Aktif İşbirliği Yönetmeliğindeki para cezası verilmemesine ilişkin düzenlemeden yararlanamayan bir teşebbüse verilecek ceza, başka bir kartele ilişkin olarak Kurulun önaraştırma yapmaya karar vermesinden önce, Aktif İşbirliği Yönetmeliğinin 6 ncı maddesinde belirlenen bilgi ve belgeleri sunması halinde, dörtte bir oranında indirilir. Aktif İşbirliği Yönetmeliğinin para cezası verilmemesine ve verilecek cezalarda indirim yapılmasına ilişkin hükümleri saklıdır.*” Görüldüğü üzere anılan hafifletici unsurun uygulanmasının şartı “*başka bir kartele*” ilişkin bilgi / belge verilmesidir. Ancak “*başka bir kartel*” ifadesi biraz muğlaktır. Başka bir kartel olması için mevcut kartel soruşturmasından hangi unsurunun farklı olması gerektiği belirsizdir. Tarafları mı? Konusu mu? İlgili piyasa mı? Yayıldığı

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

TÜSİAD
AVRUPA İŞ DÜNYASI
KONFEDERASYONU
BUSINESSEUROPE
ÜYESİDİR

zaman dilimi mi? Bu soruların yanıtı önem taşımaktadır zira bu hafifletici unsurdan yararlanmak için verilen bilgi / belgeleri Rekabet Kurumu “*başka bir kartel*” olarak değil de, mevcut anlaşmanın “*yayılması / genişlemesi*” olarak nitelendirir ise cezanın artması dahi söz konusu olabilecektir.

Örneğin, dar oligopol bir pazarda, konusu fiyat sabitleme olan bir kartel anlaşmasının taraflarından birisinin benzer bir zaman dilimi içerisinde aynı tarafların yaptıkları müşteri paylaşımı konulu bir kartelin daha bulunduğunu belgelerse, söz konusu belgeler “*başka bir kartel*” mi sayılacak yoksa mevcut soruşturmanın sadece fiyat tespitini değil, aynı zamanda müşteri paylaşımını da mı konu aldığı şeklinde yorumlanacaktır?

Bu hafifletici neden bakımından söz konusu olan bir diğer tereddüt ise, uygulama için aranan şartın Aktif İşbirliği Yönetmeliğinin 6. maddesinde belirlenen “*bilgi ve belgeleri sun(ul)ması*” ile sınırlı tutulmuş olmasıdır. Bu durumda teşebbüs bu bilgi ve belgeleri sunmasına rağmen herhangi bir sebepten ötürü Aktif İşbirliği Yönetmeliği’nden faydalanamamasına karşın (Ör: diğer teşebbüsleri ihlale zorlamış olması gibi), hafifletici neden uygulanacak mıdır? Bu durumda hafifletici nedenin uygulanmaması gerekmektedir. Ancak, yorum problemlerini ortadan kaldırmak adına, söz konusu hafifletici nedenin uygulanması şartının “*Aktif İşbirliği Yönetmeliği’nde öngörülen usul ve esaslara uygun bir başvuru*” şeklinde değiştirilmesi gerekmektedir.

Yönetmeliğin 7. maddesinin son fıkrasında kaleme alınan hafifletici unsur ise “*Diğer ihlalleri gerçekleştiren teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin ihlallerini kabul ederek, aktif işbirliğinde bulunmaları halinde, para cezası altında bir ile dörtte bir arasında indirilir*”dir.

Söz konusu hafifletici nedenin uygulanabilmesi adına “*ihlalin kabul edilmesi*” için bir süre sınırı öngörülmemiştir. Bu durumda teşebbüs sözlü savunma toplantısı ile tefhim arasındaki bir dönemde dahi ihlali kabul etse, hafifletici sebebin uygulanması gerektiği gibi bir sonuç çıkmaktadır. Anılan hafifletici neden bakımından da, Pişmanlık Yönetmeliği’nde öngörülmüş olan sürelerle benzer zaman sınırları getirilmesi gerekmektedir.

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

11. Yönetici ve Çalışanlara Para Cezası Verilebilmesinin Şartları ve Ceza Kademesi:

Ceza Yönetmeliği'nin 8. maddesinin 1. fıkrası “*Kartelde belirleyici etkisi saptanan teşebbüs yöneticileri ve çalışanlarının her birine ayrı ayrı, aktif işbirliği gibi hususlar dikkate alınarak, teşebbüse verilen cezanın yüzde üçü ile yüzde beşi arasında bir oranda para cezası verilir.*” şeklindedir.

Görüldüğü üzere yönetici ve çalışanlara para cezası verilmesi bakımından da tıpkı baz cezada olduğu gibi alt sınır getirilmiş durumdadır. Oysa 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinde yönetici ve çalışanlara para cezası verilmesi bakımından sadece bir üst sınır getirilmiştir. Bu sebeple yukarıda 4. başlıkta ifade edildiği biçimde, yönetici ve çalışanlara verilecek para cezaları bakımından da “*suçta ve cezada kanunilik ilkesi*” ihlal edilmiş durumdadır.

Yine aynı fıkra düzenlemenin sadece “*teşebbüs*” yönetici ve çalışanları için getirildiği ve “*teşebbüs birlikleri*”nden hiç söz edilmediği görülmektedir. Buna karşın maddenin 3. fıkrasında diğer ihlaller bakımından “*teşebbüs birlikleri*” yönetici ve çalışanlarının da kapsama alındığı görülmektedir. Bu durumda iki olasılık akla gelmektedir. Ya karteller alanında bilinçli bir tercih yapılarak teşebbüs birlikleri dahil edilmemiştir ya da hüküm kaleme alınırken bu husus ihmal edilmiştir. Kanaatimizce bu alanda bilinçli bir tercih yapma imkanı Rekabet Kurulu'na verilmemiştir. Zira Kanun'un 16. maddesinde açıkça “*teşebbüs veya teşebbüs birliği*” yönetici ve çalışanları denmiş olup, Kurul'a bir takdir hakkı tanınmamıştır.

Son olarak üzerinde durulması gereken “*belirleyici etki*” kavramı ile ne anlatılmak istendiğidir. Belirleyici etki ile kast edilen yönetici veya çalışanın ihlalin gerçekleştirilmesine aktif bir biçimde katkısının bulunması mıdır? Örneğin, kartel toplantılarının hep belirli kişilerce organize edilmesi ve kararların üyelere bu kişiler tarafından sirküle edilmesi veya kartelin delili olan yazışmaların hep aynı kişiler arasında yapılması gibi. Yoksa ihlale herhangi bir aktif katkısı bulunmamasına rağmen engellemek için herhangi bir aksiyon alınmaması, bu anlamda pasif durumda kalmak da belirleyici etki olarak kabul edilebilecek midir? Örneğin, kartel anlaşmasının akdedilmesi ile ilgili yazışmaların sonradan şirket yöneticisine de gönderilmesi ve fakat yöneticinin herhangi bir cevap vermemesi gibi. Kanaatimizce belirleyici etkiden bahsedebilmek için ilgili yönetici veya çalışanın rekabet ihlaline liderlik etmiş olması; dolayısıyla aktif bir rol üstlenmiş olması gerekmektedir.

Bu alanda söz konusu olan bir diğer önemli husus ise, belirleyici etkide bulunduğu iddia olunan yönetici veya çalışana savunma hakkının ne şekilde tanınacağıdır. Yönetmelik'te bu konuda hiçbir açıklama yapılmamış olmasına karşın ilgili kişilere savunma hakkı tanınması Anayasal bir gerekliliktir. Bununla birlikte savunma usulünün ne şekilde olacağı belirsizdir. Kanaatimizce teşebbüsler açısından 4054 sayılı Kanun'un tanıdığı olduğu üç yazılı ve bir de sözlü savunma hakkı yönetici ve çalışanlara da tanınmalıdır. Bu usule uyulmaksızın uygulanacak bir ceza “*savunma hakkı*”nın ihlali sebebi ile Danıştay tarafından iptal edilebilecektir.

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

TÜSİAD
AVRUPA İŞ DÜNYASI
KONFEDERASYONU
BUSINESSEUROPE
ÜYESİDİR

12. Teşebbüs Birliklerine Verilecek Para Cezaları Açısından Cironun Tespitinde Netlik Bulunmamaktadır:

Ceza Yönetmeliği'nde sadece teşebbüslere değil, teşebbüs birliklerine verilecek para cezaları açısından da düzenlemeler getirilmiş ve teşebbüs birlikleri bakımından da gayri safi gelirin esas alınacağı ifade edilmiştir. Ancak, söz konusu gayri safi gelirin hesaplanmasında kimin dikkate alınması gerektiği net bir biçimde belirlenmemiştir. Buna göre teşebbüs birliğinin ya da teşebbüs birliği üyelerinin gayri safi gelirlerinin toplamı dikkate alınarak bir para cezası takdir edilmesi söz konusu olabilecektir. Örneğin, ilk olasılıkta teşebbüs birliğinin bir iktisadi işletmesi var ise bunun cirosu esas alınacak iken, ikinci olasılıkta üyelerin cirolarının toplamı esas alınacaktır. Fakat bu iki seçenek arasında ciddi oranda bir ciro farkı olabileceği için eşitlik ve hakkaniyet ilkelerine aykırı sonuçlar doğabilecektir. Her ne kadar ikinci seçeneğin uygulanması caydırıcılığı sağlama açısından daha uygun gibi gözükse de, çok sayıda üyesi olan teşebbüs birlikleri açısından hesaplama sorunları ortaya çıkabilecektir.

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