

REKABET HUKUKUNDA TAAHHÜT VE UZLAŞMA

M. Haluk ARI
Esin AYGÜN
H. Gökşin KEKEVİ*

GİRİŞ

Gelişmiş rekabet hukuku sistemlerinde “taahhüt” ile “ihlalin kabulü ve işbirliği karşılığında cezalarda indirim yaparak ilgililerle uzlaşma” uygulamaları giderek yaygınlık kazanmaktadır. Taahhüt mekanizması çerçevesinde, rekabet otoritesinin yürüttüğü soruşturma, soruşturma muhataplarının ihlali kabul etmeksizin, rekabet sorunlarının giderilmesine yönelik taahhütler vermesiyle sona erebilmektedir¹. Genellikle kartel soruşturmalarında kullanılan uzlaşma yetkisinde ise, ihlali kabul edenlere verilecek cezalarda, başvuru sıraları, uygulanabilecek azami yaptırım gibi ölçütler çerçevesinde belirlenen indirimler yapılmaktadır. İlgililerin, çok maliyetli bir soruşturma süreci sonunda, ticari sıralarının ortaya çıkması, kamuoyundaki imajlarının bozulması ve en önemlisi başta azami ceza olmak üzere daha ağır yaptırımlara maruz kalmak gibi olasılıklardan kaçınmak için kabul ettikleri taahhüt ve uzlaşmanın, rekabet otoriteleri bakımından da yararları bulunmaktadır. Çünkü bu işbirliğinin, dosyaların gereksiz yere uzamasını önlemek, rekabet otoritelerinin kesin deliller elde etmesine imkan vermek gibi faydaları, kamu kaynaklarının etkin kullanımını sağlamaktadır. Ancak bu faydalarına rağmen taahhüt ve uzlaşmaya yönelik eleştiriler de mevcuttur. Savunma haklarının zedelenmesi, caydırıcılığın azalması, değerlendirilmesi gereken eleştirilerden sadece birkaçıdır.

Bu çerçevede Tebliğ’in birinci ve ikinci bölümlerinde, ABD ve AB’de taahhüt ve uzlaşma incelenerek, konuya ilişkin genel bir bakış açısı sağlanacaktır. Bu bölümler aynı zamanda, taahhüt ve uzlaşmanın, faydalarına ve eleştiri konusu yönlerine giriş niteliği taşıyacaktır.

Üçüncü bölümde, önce, Türk ceza ve vergi hukukundaki uzlaşma benzeri uygulamalar incelenecektir. İkinci olarak, Rekabet Kurulu’nun, başta 4054 sayılı Kanun’un 9 uncu maddesinin 3 üncü fıkrası çerçevesindekiler olmak üzere, taahhüt benzeri uygulamalar şeklinde nitelendirilebilecek kararlarına yer verilecektir. Üçüncü olarak, Kurul’un ihlalin kabulü ve işbirliği karşılığında cezalarda indirim yaptığı kararları hakkında bilgi verilecektir. Bütün bunların ışığında, 4054 sayılı Kanun’da değişiklik yapılmasına dair kanun tasarısındaki taahhüde ilişkin düzenleme ile Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik (Ceza Yönetmeliği)² ve Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik’teki (Pişmanlık Yönetmeliği)³ uzlaşmaya ilişkin düzenlemeler hakkında

* Rekabet Uzmanı. Çalışmadaki görüşler yazarlara ait olup, Rekabet Kurumu’nu bağlamamaktadır.

¹ Amerika Birleşik Devletleri (ABD) ve özellikle de Avrupa Birliği’nde (AB), yoğunlaşma işlemleri neticesinde ortaya çıkabilecek rekabet sorunlarının giderilmesi amacıyla verilebilecek taahhütler ayrı düzenlemelere ve açıklayıcı kılavuzlara konu olmaktadır (ABD için bkz. <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/205108.htm>; AB için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:267:0001:0027:EN:PDF>). Benzer bir yaklaşım, halen Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) gündeminde bulunan 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda (4054 sayılı Kanun veya RKHK) değişiklik yapılmasına dair kanun tasarısında da benimsenmiştir. Bu çerçevede, Tebliğ’de “taahhüt” konusuna ilişkin olarak, yalnızca yoğunlaşma işlemleri dışında ortaya çıkabilecek rekabet sorunlarının giderilmesine yönelik taahhütler incelenecektir.

² 15.2.2009 tarih ve 27142 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

³ 15.2.2009 tarih ve 27142 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

değerlendirmelerde bulunulacak; Türk rekabet hukukunda olması gerekenler üzerine görüşler ortaya konacaktır.

1. BÖLÜM

ABD REKABET HUKUKUNDA TAAHHÜT VE UZLAŞMA

1.1. TAAHHÜT

Taahhüt, Federal Ticaret Komisyonu-*Federal Trade Commission* (FTC)'nin tüm, Adalet Bakanlığı Antitröst Birimi-*Department of Justice Antitrust Division* (Adalet Bakanlığı veya DOJ)'in ise karteller dışındaki⁴ tüm soruşturmalarında⁵, bu soruşturmaların %90'ından fazlasını⁶ sona erdirmek üzere kullanılan bir mekanizmadır⁷. ABD rekabet hukukunda yaklaşık olarak bir asırdan beri kullanılan⁸ bu mekanizmanın ana hatlarına, ayrıntılarına daha sonra girmek üzere aşağıdaki yer verilmiştir:

- FTC veya karteller dışındaki soruşturmalarında Adalet Bakanlığı, rekabet yasalarının ihlal edildiğine ilişkin emareler tespit eder.
- İlgililer, çok maliyetli bir dava sürecinden sakınmak, soruşturma konusu eylemlerden zarar gördüğünü iddia edenlerin açacakları tazminat davalarının etkilerini en aza indirmek gibi nedenlerle kendiliğinden veya rekabet otoritesinden aldıkları işaret üzerine⁹, ihlal olarak değerlendirilme olasılığı bulunan rekabet sorunlarını giderecek taahhütleri vermek için soruşturmayı yürüten rekabet otoritesiyle görüşmelere başlar. Bu görüşmeler neticesinde, soruşturma muhatabı ilgililerden bir kısmı veya tamamı, ihlalde bulunduklarını kabul etmeksizin¹⁰, rekabet sorunlarının giderilmesine yönelik taahhütler verebilir. Taahhüdün konusunu esas itibarıyla rekabet sorunları ortaya çıkardığı düşünülen ve rekabet otoritesinin inceleme konusunu oluşturan eylemlerden sakınılması teşkil eder. Bunun dışında bir yaptırım uygulanması, örneğin para cezası verilmesi söz konusu değildir¹¹. Taahhüde ilişkin çeşitli örneklerle aşağıda yer verilmiştir:

⁴ ABD'de, karteller, diğer rekabet ihlallerinden farklı olarak ceza soruşturmalarının konusunu teşkil etmektedir. Münhasıran Adalet Bakanlığı tarafından yürütülen bu ceza soruşturmalarında taahhüt süreci yerine, "1.2. İhlalin Kabulü ve İşbirliği Karşılığında Cezalarda İndirim Yaparak İlgililerle Uzlaşma" başlığı altında incelenecek süreç işlemektedir.

⁵ DUCORE, D.P. (2006), "Settlement of Competition Conduct Violations at the US Antitrust Agencies and at the EC – Some Observations", B.E. Hawk (der.), *2005 Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute* içinde, s.234; FURSE, M. (2004), "The Decision to Commit: Some Pointers from the US", *European Competition Law Review*, Vol:25(1), s.8.

⁶ Ducore 2006, s.228; GEORGIEV, G.S. (2007), "Contagious Efficiency: The Growing Reliance on U.S. Style Antitrust Settlements in EU Law", <http://ssrn.com/abstract=1115120>, Erişim Tarihi: 30.3.2009, s.1006-1007.

⁷ İlgililerin rekabet sorunlarının giderilmesine yönelik taahhütleri çerçevesinde, FTC'nin, kendi bünyesinde yürüttüğü soruşturmaları sonlandıran kararlarına "consent order"; mahkemelerin, Adalet Bakanlığı'nın yürüttüğü soruşturmaları sonlandıran kararlarına, "consent decree" veya "consent judgment" denilmektedir. Bkz. ANDERSON, L.C. (2007), "Mocking the Public Interest: Congress Restores Meaningful Judicial Review Of Government Antitrust Consent Decrees", *Vermont Law Review*, Vol:31, s.593; Georgiev 2007, s.1006.

⁸ Georgiev 2007, s.1006; HIMES, J.L. (2007), "Judicial Review of Justice Department Consent Decrees: Is the Tunney Act Glass Half Empty or Half Full?", http://www.oag.state.ny.us/bureaus/antitrust/pdfs/COMPTEL_Remarks.Final.pdf, Erişim Tarihi: 11.4.2009, s.1.

⁹ STEPHAN, A. (2007), "The Direct Settlement of EC Cartel Cases", http://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/cartels_settlements/astephan.pdf, Erişim Tarihi: 11.4.2009, s.18.

¹⁰ Ducore 2006, s.241; Furse 2004, s.6.

¹¹ ATWOOD, J.R. (2006), "Observations on Negotiating Government Antitrust Settlements in the United States", B.E. Hawk (der.), *2005 Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute* içinde, s.193-194. Adalet Bakanlığı'ndan farklı olarak FTC'nin yürüttüğü soruşturmalarda, çok istisnai hallerde, ihlal olarak değerlendirilme olasılığı bulunan eylemlerden sakınılması şeklindeki taahhüdün yanında, mahkeme kararıyla kabul edilecek bir başka taahhülle bu eylemlerden zarar görenlere tazminat ödenmesi de söz konusu olabilir (Atwood 2006, s.194; Ducore 2006, s.227-228 ve 237-240). Taahhüde konu olan eylemden zarar gördüğünü

- Tabipler Birliği gibi meslek örgütlerinin fiyat belirlemekten sakınması¹²,
 - Patentlerin rekabeti sınırlayacak şekilde kötüye kullanılmaması, bu çerçevede, patenti korumak için açılan davalardan feragat edilmesi¹³,
 - Rakiplerin piyasada faaliyet gösterebilmesi için gerekli girdileri elde edebilmelerini engelleyen münhasır tedarik anlaşmalarına son verilmesi¹⁴,
 - Borsa simsarlarının hisse senedi fiyatlarının yükselmesini ve böylece elde ettikleri komisyonların artmasını sağlayan bilgi değişimine son vermesi ve bunu belgelendirmek için aralarındaki görüşmeleri kaydederek, olası tazminat davalarında davacıların erişimine kapalı olmak ve delil olarak kullanılmamak kaydıyla, rekabet otoritesinin denetimine sunması¹⁵,
 - İlgililerin, rekabet otoritesine verilen taahhüdü, taahhüt konusu eylemlerden zarar görme olasılığı bulunanlara duyurması¹⁶.
- İlgililerin verdiği taahhütler, üçüncü kişilerin görüşlerini almak üzere kamuoyuna duyurulur.
 - Üçüncü kişilerin görüşleri alındıktan sonra taahhütler kabul edilip, taahhüt sahibi ilgililer bakımından soruşturma sona erdirilebilir.
 - Genellikle 10 yıl süreyle geçerli olan¹⁷ taahhütlere uyulup uyulmadığının tespiti için ilgililer, sorumlu rekabet otoritesine bilgi aktarımına; rekabet otoritesi de gözetime devam eder¹⁸. Verilen taahhütlerde değişiklik yapılması sadece ilgililerin pazar koşullarında değişiklik ve benzeri gerekçeleri ispatlaması halinde mümkündür¹⁹.

Yukarıda ana hatlarına yer verilen taahhüt sürecine daha ayrıntılı olarak bakıldığında, Adalet Bakanlığı ve FTC tarafından kullanılan taahhüt mekanizmasının ilkeler bazında aynı olduğu ama bazı ufak farklılıklar da içerdiği görülmektedir. Bu nedenle her iki rekabet otoritesi bakımından ayrı değerlendirme yapılabilir:

Adalet Bakanlığı'nın yürüttüğü soruşturmalardaki taahhüt sürecini²⁰, 2004 yılında çeşitli değişiklikler yapılan 1974 tarihli Tunney Yasası²¹ şu şekilde düzenlemiştir:

Taahhüt süreci genelde ilgililerin Adalet Bakanlığı'na gelip taahhütte bulunmak istediklerini söylemesiyle başlar. Adalet Bakanlığı çalışanları ile ilgililer arasında yapılan görüşmeler neticesinde üzerinde uzlaşılan taahhütler, karar vermesi için mahkemeye sunulur. Bu aşamadan sonra artık ilgililerin taahhütlerini tek taraflı olarak geri çekmesi mümkün

iddia edenlerin bu zararlarını kendi açacakları özel hukuk davalarında ispatlayarak tazminat alabilecek olmaları, rekabet otoritesinin taahhüt ile birlikte tazminat istemesinden sakınmasına ve bu tedbire çok istisnai hallerde başvurmasına yol açmaktadır (Ducore 2006, s.229).

¹² Örnek olarak bkz. *Partners Health Network, Inc* kararı (Ducore 2006, s.229).

¹³ Örnek olarak bkz. *Union Oil Co. of Cal.* kararı (Ducore 2006, s.229-230).

¹⁴ Örnek olarak bkz. *FTC v. Mylan Labs.* kararı (Ducore 2006, s.238-239).

¹⁵ Örnek olarak bkz. *US v. Alex. Brown & Sons, Inc* 963 F. Supp. 235 (S.D.N.Y. 1997), *aff'd sub nom, US v. Bleznak*, 153 F.3d 16 (2d Cir. 1998) kararı (Anderson 2007, s.604-606).

¹⁶ Örnek olarak bkz. *Partners Health Network, Inc* kararı (Ducore 2006, s.229).

¹⁷ Atwood 2006, s.194.

¹⁸ Ibid, s.194.

¹⁹ Ibid, s.194.

²⁰ Bu süreçle ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. DOJ (2008), DOJ Antitrust Division Manual, <http://www.usdoj.gov/atr/public/divisionmanual/index.htm>, Erişim Tarihi: 11.4.2009.

²¹ 15 U.S.C. § 16(b)-(h). Tunney Yasası'nın resmi adı, Antitröst Prosedürleri ve Cezaları Yasası-*Antitrust Procedures and Penalties Act*'tir.

değildir²²; buna karşılık, Adalet Bakanlığı mahkemenin nihai kararına kadar ilgililerin verdiği taahhütleri kabulden vazgeçebilir²³. Mahkemeye başvurulurken, ilgililer, taahhütlerine ilişkin olarak kamu görevlileri ile yapmış oldukları yazılı ve şifahi tüm görüşmelere ilişkin bilgileri sunar²⁴. Adalet Bakanlığı ise, mahkemeye başvurusu sırasında, Resmi Gazete-*Federal Register* ile kısa bir özeti Washington Post gibi gazetelerde²⁵ ilan edilmek üzere Rekabet Etki Analizi-*Competitive Impact Statement* (CIS)'i sunar. CIS temel olarak şu hususları içermek zorundadır²⁶:

- Soruşturmanın içeriği ve amacı,
- İhlal iddiasına esas teşkil eden uygulamalar,
- İlgililer tarafından verilen taahhütlere ve bu taahhütlerin rekabet sorunlarını nasıl giderebileceğine ilişkin açıklamalar,
- İlan konusu taahhütlerin, Adalet Bakanlığı tarafından göz önünde bulundurulmuş ama tercih edilmeyen alternatiflerine ilişkin açıklamalar,
- Üçüncü kişilerin zararlarının tazmini için başvurabilecekleri seçenekler,
- Sürecin nasıl işleyeceğine ilişkin bilgiler.

Resmi Gazete ile basındaki ilanın ardından 60 gün içinde üçüncü kişiler mahkemeye görüşlerini sunar. Dosyaya giriş hakkı, taahhüt verenlere tanınmadığı gibi, üçüncü kişilere de tanınmaz²⁷. Kısmen bunun da etkisiyle, 600'ün üzerinde görüşün sunulduğu *AT&T*²⁸ veya 30.000'in üzerinde görüşün sunulduğu *Microsoft II*²⁹ gibi dosyalar nadirdir; çoğu durumda üçüncü kişilerden herhangi bir yorum gelmemekte, gelen durumlarda ise sayısı az olmaktadır³⁰. Üçüncü kişileri görüş sunmanın ötesine geçirecek müdahil dolayısıyla da taraf sıfatı kazandırmak ve bir duruşmada dinlemek mahkemenin takdirindedir³¹. Ancak hedef, üçüncü kişilerin görüşleri alınarak daha sağlıklı bir karar verilebilmesi ama bunun yan etkisi olarak sürecin uzatılmaması ve karmaşılaştırılmaması olduğundan, genelde üçüncü kişilere müdahil olma imkanı verilmez³².

Yukarıda belirtildiği üzere, Adalet Bakanlığı, mahkemeye sunulmasından sonra taahhütlerini tek taraflı olarak geri çekmeleri mümkün olmayan ilgililerin aksine, mahkemenin nihai kararına kadar bu taahhütleri kabulden vazgeçebilir³³. Bu durumun gerçekleşme ihtimalinin en yüksek olduğu aşama, üçüncü kişilerin görüşlerinin mahkemeye sunulması sonrası olsa da, uygulamada Adalet Bakanlığının taahhütleri kabulden vazgeçmesiyle hemen hiçbir zaman karşılaşılmamaktadır³⁴.

²² Atwood 2006, s.196.

²³ DOJ 2008, s.IV-60.

²⁴ Atwood 2006, s.195; Furse 2004, s.6.

²⁵ DOJ 2008, s.IV-57; Stephan 2007, s.19.

²⁶ Atwood 2006, s.195; DOJ 2008, s.IV-55; Ducore 2006, s.236; Furse 2004, s.6.

²⁷ Ducore 2006, s.235.

²⁸ *US v. AT&T*, 552 F. Supp. 131 (D.D.C. 1982), *aff'd sub nom, Maryland v. US*, 460 US 1001 (1983) (*AT&T*) için bkz. Furse 2004, s.9.

²⁹ *US v. Microsoft Corp.*, 231 F. Supp. 2d 144 (D.D.C. 2002), *aff'd sub nom, Massachusetts v. Microsoft Corp.*, 373 F.3d 1199 (D.C.Cir.2004) (*Microsoft II*) için bkz. Atwood 2006, s.196; Himes 2007, s.8.

³⁰ BRANFMAN, E.J., "Antitrust Consent Decrees: A Review and Evolution of the First Seven Years Under the Antitrust Procedures and Penalties Act", *Antitrust Bulletin*, Vol:27, s.323'ten aktaran Furse 2004, s.9.

³¹ Atwood 2006, s.196; Himes 2007, s.4.

³² Furse 2004, s.9. Mahkemelerin üçüncü kişilere müdahil olma imkanı verdiği, *US v. Gillette Co.*, 406 F. Supp. 713 (D.Mass. 1975) gibi az sayıdaki karar örneği için bkz. Georgiev 2007, s.1010.

³³ DOJ 2008, s.IV-60.

³⁴ Georgiev 2007, s.1012.

Mahkemeler, Resmi Gazete’de de yayımlanan üçüncü kişilerin görüşleri ile Adalet Bakanlığı’nın bunlara verdiği çoğunlukla ayrıntı içermeyen, toplu yanıtları³⁵ değerlendirip, ilgililer tarafından verilen taahhütlerin kamu yararına uygun olup olmadığını karara bağlar. Mahkeme, kamu yararına uygunluk değerlendirmesi yaparken, taahhüdün ilgili pazardaki rekabete, genel olarak kamuoyuna, özel olarak ise ihlal iddiasına konu olan eylemden zarar görebilecek kişilere etkilerine bakar. Bu çerçevede, taahhüdün, ihlal iddiasına konu olan eylemleri sona erdirip erdirmediğini, süresini, belirsizlik yaratıp yaratmadığını, diğer taahhüt alternatiflerinin olası etkilerini ve benzeri hususları göz önünde bulundurur³⁶.

Belirtmek gerekir ki, taahhütlere ilişkin üçüncü kişilerin görüş sunmasından daha nadir olan durum, mahkemelerin, ilgililer tarafından verilen taahhütlerin, kamu yararı sağlamadığı sonucuna ulaşmasıdır³⁷. Mahkemelerin, *Microsoft II* davası gibi Adalet Bakanlığı’nın kabul ettiği taahhütlere çok sayıda ve iyi gerekçelendirilmiş muhalefetin bulunduğu³⁸ durumlarda dahi, ilgililer ile Adalet Bakanlığı arasında görüşmelerin yeniden başlamasına neden olacak bir müdahaleden kaçınmasının iki temel sebebi bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, *Microsoft I*³⁹ davasında Adalet Bakanlığı’nın kabul ettiği taahhütleri kamu yararını sağlamadığı için reddeden alt derece mahkemesi kararını, Adalet Bakanlığı ve Microsoft’un talebi üzerine bozan temyiz mahkemesi örneğindeki gibi üst mahkeme kararlarında açıkça vurgulanan, anayasadan kaynaklanan kuvvetler ayrılığı ilkesine saygı gereğidir⁴⁰. Bu ilke uyarınca, mahkemeler, Adalet Bakanlığı’nın daha geniş taahhütler verilmesini sağlayabilecek şekilde soruşturmasını genişletmesi gerektiği şeklinde bir gerekçeyle taahhütleri reddedememektedir çünkü soruşturmanın kapsamını belirlemek yargıcın değil de yürütmenin ve savcının geniş takdir yetkisinin içinde görülmektedir⁴¹. Mahkemelerin müdahaleden sakınmasının ikinci sebebi ise, aşırı derecede müdahale edilmesinin veya en azından böyle bir izlenim yaratılmasının, ilgilileri masaya oturmaktan caydıracak ve böylece taahhüt mekanizmasının getireceği faydaların sağlanamayacak olmasıdır⁴². Bu nedenle, mahkemeler kamu faydasını geniş tanımlamakta⁴³, örneğin, taahhütten beklenenin Adalet Bakanlığı’nın kesin bir zafer sağlaması değil, rekabet sorunlarını bir şekilde gidermesi olduğunu vurgulamaktadır⁴⁴. Bu iki gerekçeden dolayı, taahhütlerin, belirsiz, yerine getirilmesinin güç veya üçüncü kişilere zarar verebilecek niteliğinin, mahkemeyle alay edildiği hissi uyandıracak kadar açık olduğu durumlar haricinde, kamu faydasına uygun olduğu kabul edilmektedir⁴⁵. Mahkemelerin, taahhütlere müdahale konusundaki bizatihi mahkeme kararlarından kaynaklanan bu isteksizliklerini aşmak için Tunney Yasası 2004 yılında değiştirilmiştir. Bu doğrultuda, *Microsoft I* davasında temyiz mahkemesinin konuya ilişkin yorumunun yanlış olduğu vurgulanarak, mahkemelerin

³⁵ DOJ 2008, s.IV-58.

³⁶ DOJ 2008, s.IV-56.

³⁷ Georgiev 2007, s.1009-1010; Himes 2007, s.5. Mahkemelerin Adalet Bakanlığı tarafından kabul edilen taahhütleri yetersiz bulduğu başta *US v. AT&T*, 552 F. Supp. 131 (D.D.C. 1982), *aff’d sub nom, Maryland v. US*, 460 US 1001 (1983) olmak üzere az sayıdaki karar örneği için bkz. Anderson 2007, s.599 ve Georgiev 2007, s.1010.

³⁸ Himes 2007, s.8.

³⁹ *US v. Microsoft Corp.*, 159 F.R.D. 318 (D.D.C. 1995), *rev.d.*, *US v. Microsoft Corp.*, 56 F.3d. 1488 (D.C.Cir.1995) (*Microsoft I*) için bkz. Anderson 2007, s.598-600; Himes 2007, s.8-9.

⁴⁰ Anderson 2007, s.598-600; Himes 2007, s.8-9.

⁴¹ *US v. Microsoft Corp.*, 56 F.3d 1462 (D.C.Cir.1995) (*Microsoft I*) için bkz. Anderson 2007, s.600; Atwood 2006, s.196; DOJ 2008, s.IV-56; Furse 2004, s.7.

⁴² *US v. Bechtel Corp.*, 648 F.2d 660 (9th Cir. 1981) için bkz. DOJ 2008, s.IV-56.

⁴³ *US v. Microsoft Corp.*, 56 F.3d 1448 (D.C.Cir.1995) (*Microsoft I*) için bkz. DOJ 2008, s.IV-56.

⁴⁴ *US v. Microsoft Corp.*, 56 F.3d 1461 (D.C.Cir.1995) (*Microsoft I*) için bkz. Atwood 2006, s.196.

⁴⁵ *US v. Microsoft Corp.*, 56 F.3d 1462 (D.C.Cir.1995) (*Microsoft I*) için bkz. Furse 2004, s.7 ve *US v. SBC Commc’ns, Inc.*, 489 F.Supp.2d 15 (D.D.C. 2007) (*SBC*) için bkz. DOJ 2008, s.IV-57.

taahhütlerin kamu yararına hizmet edip etmediğine ilişkin değerlendirme yaparken bakması gereken hususlar daha detaylı olarak zikredilmiş ve bunlara bakılması zorunlu hale getirilmiştir⁴⁶. Ancak bu düzenlemeler de, geçmişe kıyasla çok büyük bir değişiklik yaratmamış ve yasama organını amacına ulaştıramamıştır⁴⁷. Çünkü yapılan değişiklikler, mahkemelerin Adalet Bakanlığı'nın kabul ettiği taahhütlere müdahaleden sakınmasına yol açan nedenleri ortadan kaldıracak ve takdir yetkisini ortadan kaldıracak nitelikte değildir⁴⁸.

Yukarıda belirtildiği üzere, FTC'nin yürüttüğü soruşturmalarda da benzer bir süreç söz konusudur⁴⁹. Genelde ilgililerin FTC çalışanlarına taahhütte bulunmak istediklerini belirtmesiyle başlayan görüşmeler neticesinde uzlaşılan taahhütler, FTC'nin karar organı olan Komisyon'a sunulur. Komisyon, ilgililer ile FTC çalışanları arasında uzlaşılan taahhütleri, üçüncü kişilerin görüşlerini sunabilmeleri için yayımlanmak üzere Resmi Gazete'ye gönderirse, artık ilgililerin taahhütlerini tek taraflı olarak geri çekmesi mümkün değildir⁵⁰.

Resmi Gazete'de yapılan ilanda, ihlal iddiasına esas teşkil eden uygulamalar ile Kamuoyunun Görüş Sunmasına Yardım Edecek Analizler-*Analysis to Aid Public Comment* adı verilen, ilgililer tarafından sunulan taahhütlerin rekabet sorunlarını nasıl ortadan kaldırılabileceğine ilişkin açıklamalara yer verilir⁵¹. Bu ilanla genelde 60 gün süren ve Kamuoyu Görüş Süreci-*Public Comment Period* olarak bilinen süreç başlar. Bu süreç, esas amacı, üçüncü kişilerin görüşleri alınarak daha sağlıklı bir karar verilebilmesi ama bunun yan etkisi olarak sürecin uzatılmaması ve karmaşılaştırılmaması olduğundan, üçüncü kişilerin FTC'nin soruşturmasına müdahil olma imkanı vermez. Bu çerçevede, örneğin üçüncü kişilere dosyaya giriş hakkı sağlamaz⁵².

Adalet Bakanlığı'ndaki sürece benzer şekilde, çoğu durumda üçüncü kişilerden herhangi bir yorum gelmemekte, gelen durumlarda ise sayısı az olmaktadır. Ancak eğer görüş gelmişse, FTC çalışanları bu görüşleri dikkate alarak nihai kararı vermek üzere Komisyona önerilerini sunar⁵³. Komisyonun bu aşamadaki karar alternatifleri arasında, kamuoyu görüşüne sunulan taahhütlerin aynen veya küçük değişikliklerle kabul edilmesi, taahhütlerde önemli değişiklikler yapılması için ilgililerle yeniden görüşülmesi⁵⁴ ve taahhütlerin reddedilerek soruşturmanın devam ettirilmesi yer almaktadır⁵⁵. Ancak Komisyonun kamuoyu görüşüne sunulan taahhütleri reddetmesi veya önemli değişiklikler yapılması gerektiği sonucuna ulaşması nadirdir. Taahhütlerin kabul edilmesi kararının sonucu, ilgilinin taahhütleri arasında standart bir işlem olarak Komisyonun bu kararının iptali istemiyle mahkemeye başvurmadan feragatte yer aldığı için, dosyanın kapanması olacaktır. Bu nedenle Komisyon

⁴⁶ Anderson 2007, s.606-612; Atwood 2006, s.196; Himes 2007, s.6.

⁴⁷ Georgiev 2007, s.1011.

⁴⁸ Anderson 2007, s.606 ve 614; Georgiev 2007, s.1011. Mahkemelerin yasadaki değişikliğine rağmen geniş takdir yetkisini hala koruduğuna ilişkin bir karar örneği için bkz. *US v. SBC Commc'ns, Inc.*, 489 F.Supp.2d 11 (D.D.C. 2007) (*SBC*) (DOJ 2008, s.IV-57).

⁴⁹ Bu sürece ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. FTC (2007), FTC Administrative Staff Manuals, <http://www.ftc.gov/foia/adminstaffmanuals.shtm>, Erişim Tarihi: 11.4.2009.

⁵⁰ Ducore 2006, s.232.

⁵¹ Ibid, s.236.

⁵² Ibid, s.235. Taahhüt verenlerin de dosyaya giriş hakkı bulunmamaktadır (Ducore 2006, s.235).

⁵³ Atwood 2006, s.197; Ducore 2006, s.230.

⁵⁴ Taahhütlerde ilgililerle görüşülerek önemli değişiklikler yapılması kamuoyu görüş sürecinin yeniden başlatılmasını zorunlu kılmaz; konu FTC'nin takdirindedir. Bkz. FTC 2007, s.13.

⁵⁵ Ducore 2006, s.230. Tazminat ödenmesi söz konusu olacaksa, tazminata ilişkin taahhüt mahkeme kararı gerektirmektedir (Georgiev 2007, s.999).

kararının sonuçları itibariyle mahkeme süreci neticesinde verilen kararlardan farkı bulunmamaktadır⁵⁶.

Bu aşamada akla gelebilecek bir soru, ilgililerin verdiği taahhütlere uymamalarının yaptırımının ne olduğudur. Adalet Bakanlığı'nın yürüttüğü soruşturmalar çerçevesinde verilen taahhütlere uyulmamasının yaptırımı, mahkeme kararına uyulmamasına ilişkin tüm dosyalarda olduğu üzere, ilgililere para ve hapis cezası verilmesidir⁵⁷. FTC'nin yürüttüğü soruşturmalar çerçevesinde verilen taahhütlere uyulmamasının yaptırımı ise, uyulmayan her bir taahhüt ve her bir gün için ayrı ayrı olmak üzere, 11.000 ABD Dolarına kadar para cezası verilmesidir⁵⁸.

Bu başlık altında son olarak, taahhüt mekanizmasının özel hukuk alanındaki sonuçlarına yer verilmelidir. Taahhüde konu olan eylemlerden zarar gördüğü iddiasıyla dava açmak isteyenler için bir kötü bir de iyi haber bulunmaktadır. Kötü haber, Clayton Yasası'nın⁵⁹ 5 inci maddesi uyarınca, ilgililer tarafından duruşma aşamasında ifade alınmadan önce verilen taahhütlerin, ihlalin kabulü söz konusu olmadığından tazminat davalarında karine (*prima facie evidence*) teşkil etmemesidir⁶⁰. Keza, taahhüt mekanizmasında, olası bir dava sürecine kıyasla daha az bilgi ve belgenin kamuoyunun bilgisine sunulması, tazminat davası açmak isteyenlerin işini zorlaştıran diğer bir etkenken⁶¹, ilgililerin de taahhüt vermeyi tercih etmelerinin temel nedenlerinden birini teşkil etmektedir.

İyi haber ise, Adalet Bakanlığı veya FTC'nin taahhüt ile sonuçlanan bir soruşturma başlatmasının, her ne kadar ihlalin kabulü söz konusu olmasa da, ihlal olasılığının yüksek olduğu konusunda geçimini tazminat davalarından sağlayan avukatlara güçlü bir mesaj göndermesidir⁶². Buna paralel olarak, taahhüt verilmesini takiben açılması kuvvetle muhtemel tazminat davalarında davacı avukatları, mahkeme kanalıyla, davalıların Adalet Bakanlığı veya FTC'nin soruşturması sırasında sundukları tüm bilgi ve belgeleri talep ederek, tazminat iddialarını güçlendirebilmektedir⁶³.

1.2. İHLALİN KABULÜ VE İŞBİRLİĞİ KARŞILIĞINDA CEZALARDA İNDİRİM YAPARAK İLGİLİLERLE UZLAŞMA

ABD'de, karteller, diğer rekabet ihlallerinden farklı olarak ceza soruşturmalarının konusunu teşkil etmektedir. Münhasıran Adalet Bakanlığı tarafından yürütülen bu soruşturmalarda taahhüt süreci yerine, ihlalin kabulü ve işbirliği karşılığında cezalarda indirim yaparak ilgililerle uzlaşma⁶⁴ şeklinde adlandırılabilen bir süreç işlemektedir.

Uzlaşma sürecinin açıklanabilmesi için öncelikle ABD'de taraf oldukları kartelin ortaya çıkarılmasına yardımcı olmak üzere, pişmanlık programına ilk sırada başvurup, programda öngörülen koşulları sağlayanlara cezalardan bağışıklık sağlandığı ifade

⁵⁶ Ducore 2006, s.230-231.

⁵⁷ Ibid, s.232.

⁵⁸ Ibid, s.232.

⁵⁹ 15 U.S.C. § 16(a).

⁶⁰ Atwood 2006, s.190 ve 194; Ducore 2006, s.241; Furse 2004, s.9. Buna karşılık, taahhüt duruşma aşamasında ifadeler alınmaya başladıktan sonra verilirse, takiben açılacak tazminat davalarında ihlalin bulunduğu yönünde karine teşkil eder (Atwood 2006, s.190; Georgiev 2007, s.1006).

⁶¹ Georgiev 2007, s.1006.

⁶² Atwood 2006, s.194-195; Ducore 2006, s.241; Furse 2004, s.6.

⁶³ Atwood 2006, s.195.

⁶⁴ *Plea agreement/settlement/negotiation* kavramlarının karşılığı olarak kullanılmıştır.

edilmelidir. Pişmanlık programına ilk sırada başvurmak için yapılan yarışı kaybedenler, ilk sırada başvuru yapıp da bu başvurusu Adalet Bakanlığı'nın elinde karteli ispatlamak için yeterli delil olduğu gerekçesiyle kabul edilmeyenler, programda belirtilen koşulları kartelin kurulması için rakiplerini zorladığı gibi nedenlerle sağlamayanlar veya masum olduklarına inananlar bakımından ise geriye iki yol kalmaktadır. Birinci yol, azami cezaya çarptırılma riskini alarak⁶⁵, çok maliyetli bir dava sürecinden suçlu olmadıkları kararını çıkarmaktır⁶⁶. İkinci yol ise, karteli kabul edip, Adalet Bakanlığı savcılarıyla işbirliği yaparak, cezalardan indirim kazanmaktır.

Kartel soruşturmasına muhatap olan tüzel kişilerin tamamına yakını, gerçek kişilerin ise %90'ından fazlası bu ikinci yolu tercih etmekte⁶⁷, kendiliğinden veya Adalet Bakanlığı savcılarından aldıkları işaret üzerine⁶⁸, cezalarda indirim karşılığında karteğe taraf olduklarını kabul etme teklifinde bulunmaktadır. Bu teklifin ardından ilgililer ile Adalet Bakanlığı savcıları arasında ceza indiriminin büyüklüğü, para cezasının taksitle ödenip ödenemeyeceği⁶⁹, ilgililer tüzel kişi ise hangi çalışanlarının soruşturma haricinde tutulup, bağışıklıktan yararlanacağı, gerçek kişi ise, hapis hane tercihleri ve benzeri konularda pazarlık başlamaktadır⁷⁰. Bu çerçevede, ilgililer, ihlalin daha kısa sürdüğü, daha az ürünü veya daha küçük bir coğrafi alanı etkilediği gibi konularda Adalet Bakanlığı savcılarını ikna etmeye çalışmaktadır⁷¹. Adalet Bakanlığı'nın pazarlıklardaki tavrını ise, soruşturmanın hangi aşamasında, kaçınıcı sırada başvurulduğu, sunulan işbirliğinin niteliği ve benzeri hususlar belirlemektedir⁷². Buna göre, soruşturmanın erken aşamalarında, kartelin diğer üyelerinden önce başvurulmuş olması daha fazla indirim kazanılmasını sağlamaktadır⁷³. İşbirliği çerçevesinde yapılabilecekler arasında, pişmanlık programına başvuranlara benzer şekilde, karteğe ilişkin bilgi ve belgeler sunulması, büyük jüri soruşturmaları ile duruşmalarda, eski çalışanlar da dahil olmak üzere, ifade verilmesi yer almaktadır⁷⁴. Savcılar, bu işbirliğinin dosyaya önemli katkı sağlayacağı durumlarda daha fazla indirimi kabul edebilmekte⁷⁵; keza, işbirliği kapsamında sağlanan bilgi, belge ve ifadelerin, ihlalin süresinin uzaması ve benzeri nedenlerle işbirliğinde bulunanlara verilecek cezayı arttırmakta kullanılamayacağını da

⁶⁵ *Lysine* kartelindeki kimi şahısların dava yoluna başvurma riskini alıp, azami cezaya muhatap kaldıkları bir örnek için bkz. GRIFFIN, J.M. (2001), "An Inside View of a Cartel at Work: Common Characteristics of International Cartels", *Fighting Cartels—Why and How?* içinde, Swedish Competition Authority, Konkurrensvetket, Sweden, s.37-38 ve HAMMOND, S.D. (2005), "Transcript of Testimony of Scott D. Hammond before the United States Sentencing Commission Concerning Proposed 2005 Amendments to §2R1.1", <http://www.usdoj.gov/atr/public/testimony/209071.pdf>, Erişim Tarihi: 11.4.2009, s.3.

⁶⁶ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. KLAWITER, D.C. (2001), "After the Deluge: The Powerful Effect of Substantial Criminal Fines, Imprisonment, and Other Penalties in the Age of International Cartel Enforcement", *The George Washington Law Review*, October/December 2001, Vol:69(5/6), s.760-762.

⁶⁷ OECD (2007), "Plea Bargaining", Policy Roundtables 2006, DAF/COMP(2007)38, <http://www.oecd.org/dataoecd/12/36/40080239.pdf>, Erişim Tarihi: 4.4.2009, s.222.

⁶⁸ HAMMOND, S.D. (2006), "The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For All", OECD Competition Committee Working Party No.3, Paris, France, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.pdf>, Erişim Tarihi: 4.4.2009, s.9; Stephan 2007, s.20.

⁶⁹ SCHONEVELD, F.R. (2003), "Cartel Sanctions and International Competition Policy: Cross-Border Cooperation and Appropriate Forums for Cooperation", *World Competition*, Vol:26(3), s.448.

⁷⁰ Hammond 2006, s.4 ve 13.

⁷¹ Atwood 2006, s.192; Hammond 2006, s.9-10.

⁷² Klawiter 2001, s.754-755; LEVY, N. ve R. O'DONOGHUE (2004), "The EU Leniency Programme Comes of Age", *World Competition*, Vol:27(1), s.85.

⁷³ Hammond 2006, s.4 ve 9.

⁷⁴ Ibid, s.15.

⁷⁵ Ibid, s.4.

uzlaşanlara bir güvence olarak sunmaktadır⁷⁶. Bu tür ölçütler çerçevesinde indirim tespit edilirken önceden belirlenmiş, sabit bir oranının bulunmadığı belirtilmelidir. Örneğin, iki teşebbüslü bir kartelde ikinci sırada başvurana, beş teşebbüslü bir kartelde ikinci sırada başvurandan daha az indirim yapılmaktadır. Adalet Bakanlığı çalışanları bu durumu daha fazla şeffaflık için orantılılık ilkesinin feda edilmemesi ile açıklamaktadır⁷⁷. Bu tür ölçütler çerçevesinde belirlenen ceza miktarı (veya aralığı) ile bundan sağlanan indirimden ilgililer tatmin olursa, karteli kabul etmekte ve işbirliği yapmaktadır. Adalet Bakanlığı'nın Antitröst Birimi dışındaki birimlerinin yürüttüğü ceza soruşturmalarında, yukarıda incelenen taahhüt mekanizmasına benzer şekilde “*nolo contendere plea*” olarak adlandırılan belli bir yaptırımın ihlalde bulunulduğu reddedilerek kabul edilmesi mümkündür. Ancak kartel soruşturmasında bu tür uzlaşma talepleri istikrarlı olarak reddedilmekte; uzlaşmadan yararlanmak isteyen kartel soruşturması muhataplarının karteli kabul etmesi şart koşulmaktadır⁷⁸. İşbirliği yapılması gibi uzlaşma koşullarının yerine getirilmemesi halinde ilgililer indirimden yararlanamayacak; üstelik sundukları bilgi ve belgeler Adalet Bakanlığı tarafından aleyhlerinde delil olarak kullanılabilecektir⁷⁹.

Kartel soruşturmasının muhatapları ile Adalet Bakanlığı arasındaki bu uzlaşmaların mahkeme tarafından kabul edilmesi gerekmektedir⁸⁰. Bunun için, kartelin etkilediği ürün ve coğrafi pazar, kartele taraf olanlar ve benzeri bilgileri özetleyen uzlaşma metni, karar verebilmesine yardımcı olmak üzere mahkemeye sunulur. Metnin özet niteliğinde olmasının iki temel nedeni bulunmaktadır. Birinci neden, uzlaşma metninin sunulduğu mahkeme tarafından konuya ilişkin olarak halka açık bir duruşma yapılacağından, kartelin diğer tarafları için devam etmekte olan soruşturmanın sıhhatini tehlikeye düşürmemektir⁸¹. Soruşturmanın sıhhatinin tehlikeye düşmemesi gibi gerekçelerin varlığı halinde mahkeme duruşmanın gizli yapılmasına karar verebilir⁸² ancak halka açık duruşmanın, bir Adalet Bakanlığı yetkilisinin ifade ettiği üzere⁸³, kartelin diğer taraflarını uzlaşma masasına oturtmak konusunda ikna etmek gibi bir faydası bulunmaktadır. İkinci neden ise, dava sürecine kıyasla, olası tazminat davalarında kullanılabilecek daha az bilginin ortaya çıkmasının, kartel taraflarını uzlaşma masasına oturmaya ikna etmesidir⁸⁴.

Mahkemenin yetkileri uzlaşmanın B ve C tipi olmasına göre değişmektedir⁸⁵:

B tipi uzlaşmalar mahkeme bakımından bağlayıcı nitelik taşımaz. Mahkeme, tarafların üzerinde uzlaştığı ve Adalet Bakanlığı savcısının önerdiği cezadan (veya ceza aralığından) daha fazla bir cezaya hükmedebilir. Böyle bir durumda daha fazla cezaya çarptırılan ilgilinin uzlaşmadan geri adım atabilmesi mümkün değildir⁸⁶. Ancak son yirmi yılda bu tür uzlaşmaların %99’unda mahkeme, savcının önerdiği cezayı kabul etmiştir⁸⁷.

⁷⁶ O'BRIEN, A. (2008), “Cartel Settlements in the U.S. and EU: Similarities, Differences & Remaining Questions”, 13th Annual EU Competition Law and Policy Workshop, Florence, Italy, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/235598.pdf>, Erişim Tarihi: 11.4.2009, s.4.

⁷⁷ Hammond 2006, s.4.

⁷⁸ Atwood 2006, s.191; Hammond 2006, s.6.

⁷⁹ Hammond 2006, s.7.

⁸⁰ ARP, D.J. ve C.R.A. SWAAK (2003), “A Tempting Offer: Immunity from Fines for Cartel Conduct under the European Commission’s New Leniency Notice”, *European Competition Law Review*, Issue:1, s.12.

⁸¹ Hammond 2006, s.11.

⁸² Ibid, s.7.

⁸³ O'Brien 2008, s.8.

⁸⁴ OECD 2007, s.223; Stephan 2007, s.22-23.

⁸⁵ Hammond 2006, s.8.

⁸⁶ Hammond 2006, s.8.

⁸⁷ OECD 2007, s.220-221.

C tipi uzlaşmalarda ise, mahkemenin yetkisi tarafların üzerinde uzlaştığı ve Adalet Bakanlığı savcısının önerdiği cezayı kabul veya reddetmekle sınırlıdır. Mahkemenin tarafların üzerinde ulaştığı cezayı kabul etmemesi halinde, ilgilinin uzlaşmadan geri adım atabilmesi mümkündür. Böyle bir durumda işbirliği kapsamında sunulan hiçbir bilgi ve belge kullanılamaz⁸⁸. Ancak bugüne kadar ki yüzlerce dosyadan yalnızca birinde, bir yargıç, Antitröst Birimi'nin tavsiye ettiği cezayı az bulup, varılan uzlaşmayı kabul etmemiştir. Bunun üzerine, yeniden tespit edilen miktara ilişkin karar duruşmasında, Antitröst Birimi başsavcı düzeyinde temsil edilmiş ve anılan yargıç, düşük bir oranda artışa ikna edilmiştir⁸⁹.

Mahkemenin kararıyla uzlaşan gerçek veya tüzel kişi tarafından kapanan dosyalar, pek çok olayda, soruşturma muhataplarının tamamı bu yolu tercih ettiğinden⁹⁰ soruşturmanın da kapanmasını sağlamaktadır.

Konuya ilişkin olarak somut örnekler verecek olursak, Rhone-Poulenc'in pişmanlık programından yararlanıp ceza almadığı *Vitamin* kartelinde, kartelin diğer taraflarından HLR'in cezası Cezalandırma Rehberi'ne göre 1,3-2,6 milyar \$ arasında olacakken 500 milyon \$; BASF'in cezası ise, 409-818 milyon \$ arasında olacakken 250 milyon \$ olmuştur⁹¹.

Graphite Electrodes kartelinde, pişmanlık programına başvuranın ardından uzlaşma anlaşması yapan Showa Denko 32,5 milyon \$, UCAR 110 milyon \$, sonuncu SGL ise 135 milyon \$ ödemek zorunda kalmıştır⁹².

Rubber Chemical kartelinde, pişmanlık programına başvuranın ardından uzlaşma anlaşması yapan Crompton'ın ödediği cezada, Cezalandırma Rehberi uyarınca ödemesi gereken asgari cezadan %59 oranında indirim yapılmış; bunun miktar olarak karşılığı 70 milyon \$'dan fazla olmuştur⁹³. Crompton'ın bu işbirliğinin diğer bir ödülü sadece üç üst düzey yöneticinin ceza soruşturmasına muhatap olmak üzere ayrılması (*carving out*); diğer çalışanlarına ise bağışıklık sağlanmasıdır⁹⁴. Buna karşılık aynı karteğe taraf olan ve uzlaşma masasına üçüncü sırada oturan Bayer AG, bu gecikmesinin bedelini beş üst ve orta düzey çalışanının ceza soruşturmasına muhatap olmasıyla ödemiş; ödülünü ise diğer çalışanlarına bağışıklık sağlanması ile almıştır⁹⁵.

Benzer şekilde *DRAM* kartelinde, uzlaşma masasına ikinci sırada oturan Infineon'un dört çalışanı ceza soruşturmasına muhatap olurken, bu rakam üçüncü sırada gelen Hynix'de beşe, dördüncü sırada gelen Samsung'da ise yediye çıkmıştır⁹⁶.

⁸⁸ Hammond 2006, s.9.

⁸⁹ Hammond 2006, s.23-24.

⁹⁰ Örneğin *Lysine*'de, şirketlerin tamamı uzlaşmaya varmıştır. Bkz. HAMMOND, S.D. (2001), "The Fly on the Wall Has Been Bugged—Catching an International Cartel in the Act", *International Law Congress 2001, EU Competition Law, Dublin, Ireland, UK*, www.usdoj.gov/atr/public/speeches/8280.htm, Erişim Tarihi: 11.4.2009, s.7.

⁹¹ Levy ve O'Donoghue 2004, s.85.

⁹² JOSHUA, J.M., M. LOW ve G. SPRATLING (2001), "International Cartels, International Exposure: How to Contain the Pain", *Global Competition Review*, February/March 2001, s.21 ve 24.

⁹³ ICN (2008), "Cartel Settlements", Report to the ICN Annual Conference, Kyoto, Japan, http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/Cartels/Cartel_WG_1.pdf, Erişim Tarihi: 11.4.2009, s.14.

⁹⁴ Ibid, s.14.

⁹⁵ Ibid, s.14.

⁹⁶ Ibid, s.14.

Uzlaşma mekanizmasının özel hukuk alanındaki sonuçlarına bakıldığında, uzlaşmaya konu olan kartelden zarar gördüğü iddiasıyla dava açmak isteyenler için bir iyi bir de kötü haber görülmektedir. İyi haber, ihlalin kabulü söz konusu olduğundan, uzlaşmanın, taahhüt sürecindekinden farklı olarak, tazminat davalarında suçluluk karinesi (*prima facie evidence*) teşkil etmesidir⁹⁷.

Ancak tazminat davası açmak isteyenler için birkaç kötü haber de söz konusudur ki bunlar aynı zamanda kartel soruşturmasına muhatap tüzel kişilerin uzlaşma masasına oturmak istemelerindeki en önemli nedenler arasındadır. Bu çerçevede, ilk olarak, ilgililerin, ihlalin daha kısa sürdüğü, daha az ürünü veya daha küçük bir coğrafi alanı etkilediği gibi konularda Adalet Bakanlığı savcılarını ikna edebilmelerinin açılacak özel hukuk davalarında ödenecek tazminat miktarını da azaltabileceği belirtilmelidir⁹⁸. Keza, olası bir dava sürecine kıyasla tazminat talebinde bulunacakların yararlanabileceği daha az bilgi ve belgenin kamuoyunun bilgisine sunulması⁹⁹, tazminat davası açacakların işlerini biraz daha zorlaştırmaktadır.

⁹⁷ Kartel kabul edilmeksizin uzlaşmaya varma imkanı olsaydı, ilgililer tazminat davalarından bir ölçüde korunabilirdi ancak yukarıda belirtildiği üzere, Adalet Bakanlığı kartel soruşturmalarında *nolo contendere plea* olarak adlandırılan bu tür uzlaşma taleplerini kabul etmemektedir (Atwood 2006, s.191; Stephan 2007, s.22-23).

⁹⁸ Atwood 2006, s.192.

⁹⁹ OECD 2007, s.223; Stephan 2007, s.22-23.

2. BÖLÜM

AB REKABET HUKUKUNDA TAAHHÜT VE UZLAŞMA

2.1. TAAHHÜT

Taahhüt¹⁰⁰ mekanizması Avrupa Komisyonu (Komisyon) uygulamasına 1/2003 sayılı Tüzüğün¹⁰¹ 9 uncu maddesi ile girmiştir. Aslında 17 sayılı Tüzüğün¹⁰² uygulandığı dönemde de ihlal iddialarının teşebbüslerce verilen taahhütlere bağlı olarak sonuçlandırıldığı gözlenirse de, o dönemde konuyu düzenleyen açık kuralların ve taahhütlere uyulmaması halinde sonucun ne olacağının öngörülmemiş olması, etkin işleyen bir taahhüt mekanizmasının bulunduğu saptamasının yapılmasını güçleştirmektedir¹⁰³. 17 sayılı Tüzük dönemindeki uygulama gerek doğrudan menfaati olan 3. kişiler gerekse iş çevreleri bakımından yeterli şeffaflığı sağlamaktan da uzak kalmıştır¹⁰⁴. Bu yönde bir mekanizmanın olmayışı Komisyon’a esneklik sağlamış, ancak öngörülebilirliği azaltması noktasında eleştirileri de beraberinde getirmiştir¹⁰⁵. İşte 1/2003 sayılı Tüzük, 9 uncu maddesi ve taahhütlere uyulmaması halinde uygulanacak yaptırımları düzenleyen maddeleri ile bu sakıncaları gidermek üzere kurgulanmıştır¹⁰⁶.

9 uncu maddede Komisyon’un, bir ihlalin sona erdirilmesine yönelik karar alacağı ve ilgili teşebbüslerin soruşturma açılması kararı ile kendilerine yöneltilen rekabetçi sorunlara cevap vermek üzere taahhütler sunmaları halinde, Komisyon’un, alacağı kararla, bu taahhütleri teşebbüsler üzerinde bağlayıcı kılabilceği yer almaktadır. Alınan taahhüt kararlarında, taahhütlerin geçerli olacağı bir süre belirlenebilmekle birlikte bu yönde bir zorunluluk yoktur¹⁰⁷. Taahhüt kararının alınması ile birlikte ihlal iddiasına yönelik olarak başka bir işlem yapılmasına gerek kalmamakta¹⁰⁸ ve ihlal saptaması yapılmadan olay sonuçlandırılmaktadır¹⁰⁹. Taahhüt kararları ihlal bulgusu içermese de, Komisyon’un karara konu eylemi tasvip ettiği yönünde bir sonuca da ulaşmamaktadır. Dolayısıyla taahhüt kararı muafiyet kararı olarak kabul edilmemektedir. Bu uygulama teşebbüsün önerisi ve Komisyon’un kabul etmesine bağlı olarak Komisyon’un öncelikleri çerçevesinde varılan bir mutabakat olarak kabul edilebilir¹¹⁰.

¹⁰⁰ “Commitment” kavramının karşılığı olarak kullanılmıştır.

¹⁰¹ Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty.

¹⁰² OJ 013, 21.6.1962 (17/62 sayılı Tüzük).

¹⁰³ GIPPINI-FOURNIER, E. (2008), “The Modernisation of European Competition Law: First Experiences with Regulation 1/2003”, Community Report to the Fide Congress 2008, <http://ssrn.com/abstract=1139776>, Erişim Tarihi: 29.3.2009, s.28.

¹⁰⁴ WILS, W.P.J. (2006), Settlements of EU Antitrust Investigations: Commitment Decisions under Article 9 of Regulation No 1/2003, *World Competition*, Vol:29(3), s.5. Aslında Komisyon’un teşebbüslere menfi tespit belgesi vermek veya muafiyet tanımak için koşullar öne sürmesi ve bunun karşılığında uyuşmazlıkları klasik soruşturma usulü izlemeksizin sonuçlandırması da taahhüt çerçevesinde değerlendirilmiştir. Uzun süren soruşturmalar ve karmaşık hakim durum ihlallerinde de bu yola başvurulduğuna dikkat çekilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Georgiev 2007.

¹⁰⁵ Georgiev 2007, 996.

¹⁰⁶ Modernleşme paketinin bir ürünü olan taahhüt mekanizmasının, yeterli tartışmalar yapılmaksızın kabul edildiğini öne süren ve uygulamanın yol açtığı sonuçları bunun bir parçası olarak gören yaklaşım için bkz. Georgiev, 2007.

¹⁰⁷ SCHWEITZER, H. (2008), “Commitment Decisions under Article 9 of Regulation 1/2003: The Developing EC Practice and Case Law”, EUI Working Papers, s.3.

¹⁰⁸ 1/2003 sayılı Tüzük, 9(1).

¹⁰⁹ 1/2003 sayılı Tüzük, 13 numaralı paragraf.

¹¹⁰ Frequently Asked Questions and Answers (FAQ), Brussels, 17 September 2004.

Hangi tür ihlaller bakımından bu mekanizmanın öngörüldüğü, etkilerinin neler olduğu ve üçüncü kişilerin sürece dahil olup olamayacakları gibi soruların cevapları ise ikincil bir düzenlemeye konu olmamıştır ve mekanizmanın esasları Tüzük'te yer verilen düzenlemelerle şekillenmiştir. Bu çerçevede taahhüt kararları, Tüzüğün 7 nci maddesinde düzenlenen ihlal bulgusu ve ihlalin sonlandırılmasını içeren kararlara alternatif bir yol getirmektedir. Bununla birlikte taahhüt kararları ihlal bulgusu içermediğinden ceza ile sonuçlanabilecek olan uyuşmazlıklar bakımından uygun değildir¹¹¹. Ancak bu ifadenin çok katı bir şekilde yorumlanmaması gerektiği, ceza uygulanması ihtimali olan herhangi bir uyuşmazlığın taahhüt ile çözümlenemeyeceği yönünde yapılan bir saptamanın mekanizmayı büyük ölçüde kısıtlayacağı, böyle bir durumda teşebbüsler bakımından da taahhütte bulunmak yönündeki teşvikin azalacağı öne sürülmektedir. Bu açıklamayı taahhüt mekanizmasının açık ihlaller özellikle karteller bakımından uygun olmadığı şeklinde dar olarak yorumlamak gerektiği vurgulanmaktadır¹¹².

Mekanizmanın kullanılması için gerekli koşullar esnektir ve Komisyon'un hangi olaylarda buna başvurabileceğine ilişkin olarak takdir hakkı mevcuttur. Soruşturma açılması kararında öngörülen rekabetçi kaygıların giderilmesine yönelik olarak teşebbüslerin taahhüt altına girmeyi göze aldıkları ve Komisyon'un da ihlal bulgusu içeren bir karar almak yerine etkin bir uygulama için bu taahhütleri taraflar üzerinde bağlayıcı kılarak süreci sonlandırmayı kabul ettiği işlemler bakımından mekanizmanın işletilmesi uygun kabul edilmektedir. Taahhütler yapısal veya davranışsal olabilmektedir¹¹³.

Taahhüt mekanizması, açık ihlaller ve özellikle karteller dışındaki tüm ihlal iddiaları bakımından öngörülebilmektedir. Komisyon'un mevcut uygulaması dahilinde rastlanılan örnekler çeşitlilik göstermektedir. Örneğin, taahhüt mekanizmasının işletilmesinin, daha çok Komisyon'un 82 nci maddesi ile düzenlemiş olduğu hakim durumun kötüye kullanılması ihlalleri bakımından elverişli olduğu anlaşılmaktadır. Aslında taahhüt kararları bir davranışın kötüye kullanma olup olmadığını söylemekte yetersiz kalsa da, davranışın yol açtığı sorunların çözümlenmesinde devreye girmektedir. Genellikle bu ihlaller bakımından esas önemli olan ağır yaptırımlar uygulayarak teşebbüsleri caydırmak değil, bu teşebbüslerin pazardaki rekabetin tesisini teminen neleri yapıp neleri yapamayacaklarının belirginleştirilmesidir. Uyuşmazlıkların ağır yaptırımlar yerine etkin bir çözümle sonuçlandırılması her iki taraf için de tercih edirliliği arttırmaktadır. Özellikle yüksek teknoloji endüstrileri bakımından bu kararların sonuca ulaşmayı hızlandırdığı belirtilmelidir. Zira klasik usul altında yürütülen bir soruşturmanın senelerce sürdüğü dikkate alındığında, bu süreç sonunda alınan kararın değişen piyasa yapısı karşısında bir değeri olmayacaktır¹¹⁴. Buna ek olarak teşebbüs birlikleri gibi çok sayıda tarafın bulunduğu bazı işlemlerde taahhüt kararı alınması, klasik usulle yürütülen bir soruşturmada karşılaşılan sorunları ortadan kaldırarak hızlı çözüm alınmasını sağlamak ve birlik üyeleri üzerinde bağlayıcı olmaktadır¹¹⁵.

¹¹¹ 1/2003 sayılı Tüzük, 13 numaralı paragraf.

¹¹² Gippini-Fournier 2008, s.29.

¹¹³ FAQ, s.2. Bununla birlikte Komisyon'un denetim ve gözetim gerektirmeyen taahhütler almayı tercih edeceği tartışılmaktadır. Komisyon, kendisine düzenli rapor verilmesini de isteyebilir. Ayrıntılı bilgi için Bkz. LANG, J.T. (2005), "Commitment Decisions and Settlements with Antitrust Authorities and Private Parties under European Antitrust Law", B.E. Hawk (der.), 2005 Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute içinde, s.286.

¹¹⁴ LANG, J.T. (2003), "Commitment Decisions Under Regulation 1/2003: Legal Aspect Of a New Kind of Competition Decision", *European Competition Law Review*, Vol:24(8), s.352-353.

¹¹⁵ Lang 2006, s.275.

Taahhüt kararlarının yeni karşılaşılan, karara bağlanması zor kararlar yerine açık ancak çok ciddi olmayan ihlaller bakımından öngörülmesi ayrıca mekanizmaya sıklıkla başvurularak caydırıcılığın azaltılmaması da tartışılan bir diğer konudur. İhlalin belirsiz veya niteliğinin açık olmadığı durumda bu yolla ulaşılan bir çözüm, teşebbüslere katlanmaları gerekenden daha fazla bir yükümlülük yükleme riski taşımakta, rekabetçi bir davranışı caydırma ihtimalini gündeme getirmektedir¹¹⁶. Sonuç olarak taahhüt kararlarının optimal kullanımı; ihlalin hızlı bir şekilde sona erdirilmesi ile elde edilen avantajların, klasik bir usulün takibi ile elde edilecek caydırıcılığın sağlanması, haksız kazancın geri alınması, tazminat davalarının takibinin kolaylaşması gibi avantajlara ağır bastığı durumlarda mümkün olacaktır¹¹⁷.

Taahhüt süreci Komisyon'un hakkında işlem başlattığı taraflara soruşturma açma kararının (*Preliminary Assessment*) gönderilmesiyle başlamaktadır¹¹⁸. Bu bildirimin içeriğine ilişkin bir belirlilik olmasa da, soruşturma raporuna benzer şekilde Komisyon'un ilk değerlendirmelerini içermesi ve teşebbüslere cevap verme imkanı tanınması gerekmektedir¹¹⁹. Taahhüt mekanizmasını işletmek isteyen teşebbüsler, kendilerine ulaşan bildirimce cevaben taahhüt önerilerini Komisyona sunmaktadırlar. Bu süreçte taahhütler üzerinde uzlaşmak amacıyla Komisyon ile teşebbüsler arasında görüşmeler yapılmaktadır¹²⁰. Komisyon soruşturma başlatıldığını internet sayfasında ilan etmekte, arkasından teşebbüslerin kabul ettiği taahhütleri kamuoyu ile paylaşarak yayınladığı bir duyuru aracılığı ile ilgisi olan üçüncü kişileri görüş göndermeye davet etmektedir¹²¹. Sürece menfaati olan üçüncü kişilerin dahil olması, Komisyon'un kararın özetini, esaslı noktalarını ve verilen taahhütleri yayınlaması ile mümkün olmaktadır. Bu gereklilik, Tüzüğün 27 inci maddesinde yer alan Komisyon'un 9 uncu madde çerçevesinde bir karar almadan önce olayın özetini, verilen taahhütlerin veya çözüm yolunun esaslı noktalarını yayınlacağı düzenlenmesinden kaynaklanmaktadır. İlgisi olan üçüncü şahısların, Komisyon tarafından belirlenen ve bir aydan az olmayacak bir süre içerisinde gözlemlerini sunabileceği, bu yayının teşebbüslerin, ticari sırlarının korunmasındaki meşru menfaatini dikkate alacağı da 27 inci maddede hüküm altına alınmıştır¹²². İlgili tarafların yorum yapabilmeleri için bir aylık süre tanındığı ve "Pazar testi" olarak da adlandırılan bu sürecin, alınan taahhüt kararının sakıncalı yönlerinin bulunduğu işaret etmesi durumunda Komisyon alınan taahhüt kararını yeniden değerlendirmek veya

¹¹⁶ Gippini-Fournier 2008, s.42.

¹¹⁷ Taahhüt mekanizmasının optimal kullanımı esnasında dikkat edilmesi gereken hususlar için bkz. Wils 2006, s.8-10.

¹¹⁸ Komisyon'un yapmış olduğu bildirimin, soruşturma raporu şeklinde olması gerektiği yönündeki görüş için bkz. Lang 2003, 347. Aksi yönde bkz. Gippini-Fournier 2008, s.34. Gippini-Fournier bu bildirimin soruşturma raporuna benzediğini ancak büyük ölçüde onun özeti olduğunu savunmaktadır. Aksi yöndeki bir varsayım mekanizmanın cazibesini azaltacaktır. Ayrıca bkz. Commission Regulation (EC) No 773/2004 of 7 April 2004 Relating to the Conduct of Proceedings by the Commission Pursuant to Articles 81 and 82 of the EC Treaty (773/2004 sayılı Tüzük), madde 2.

¹¹⁹ COOK, C.J. (2006), "Commitment Decisions: The Law and Practice under Article 9", *World Competition*, Vol:29(2), s.215.

¹²⁰ Örneğin *Coca-Cola* kararında (Case COMP/A.39.116/B2), teşebbüs yetkilileri ile Komisyon arasında taahhüt önerileri üzerinde uzlaşmak amacıyla birkaç ay öncesinde görüşmeler başlamış ve belirli taahhütler üzerinde mutabakata varılmıştır. Komisyonun gönderdiği soruşturma açma kararının tebliğinden kısa bir süre sonra Coca Cola tarafından taahhüt önerileri gönderilmiştir. Cook, buradan yola çıkarak soruşturma açma kararının esasen bir formaliteden ibaret olduğu sonucuna ulaşmaktadır. Bkz. Cook 2006, s.216. Taahhüt mekanizmasına ilişkin kuralların net olmamasının Komisyon'a hareket alanı sağladığı tartışılmaktadır. Bkz. Georgiev 2007, s.1019.

¹²¹ FERRO, M.S. (2005), "Committing to Commitment Decisions – Unanswered Questions on Article 9 Decisions", *European Competition Law Review*, Vol:26(8), s.457.

¹²² 1/2003 sayılı Tüzük, madde 27 (4).

kaldırarak inceleme başlatmak seçeneklerine yönelebilmektedir¹²³. Mevcut uygulamalar Komisyon'un özellikle bazı dosyalarda çok fazla sayıda görüş aldığını ve Komisyon'un bu görüşleri nihai kararında dikkate aldığını göstermektedir¹²⁴.

Topluluk hukukunun genel prensipleri uyarınca, kendilerini bağlayıcı taahhütler altına giren teşebbüslerin buna dayanak teşkil eden kararı temyize götürmeleri mümkündür¹²⁵. Ancak tarafların kendi isteği ile bu sürece girmeleri karşısında mahkemeye başvurma ancak istisnai hallerde söz konusu olacağı söylenebilir. Böyle bir durum bakımından ilk akla gelen örnek, Komisyon'un teşebbüslerin kabul ettiğinden daha fazla kısıtlamayı içeren bir karar alması halidir¹²⁶. Komisyon'un uyuşmazlığa ilişkin ayrıntılı bir karar yayınlamamasının yargı denetimini güçleştirebileceği savunulmaktadır. Bununla birlikte taahhütlerin kısa süreler için verilmesi ve pazar koşullarının kararda yer alması, sakıncaları giderici olarak görülmektedir¹²⁷. Üçüncü kişilerin temyiz haklarının olup olmadığı da ayrı bir tartışma konusunu oluşturmaktadır. İlgisi olan üçüncü kişilerin, uyuşmazlığın klasik soruşturma usulü ile sonuçlandırılmaksızın taahhüde bağlanmasını mahkemeye götürebilecekleri kabul edilmektedir¹²⁸. Bununla birlikte bu imkanın mekanizmanın etkinliğini zayıflatacağı, karardan memnun olmayan üçüncü kişilerin özel hukuk davaları aracılığı ile zararlarını tazmin etmelerinin daha uygun olduğu tartışılmaktadır¹²⁹.

Tüzüğün 9 uncu maddesinde, karara dayanak teşkil eden gerçeklerden herhangi birinde önemli bir değişiklik olduğu, ilgili teşebbüslerin taahhütlerine aykırı hareket ettiği veya kararın, taraflarca temin edilen eksik, yanlış veya yanıltıcı bilgiye dayandırılmış olduğu hallerde, Komisyon'un talep üzerine veya re'sen, yeniden işlem başlatabileceği¹³⁰ düzenlenmektedir. Yeniden işlem başlatılmasını takiben Komisyon; ihlal bulgusuna ulaşarak ihlal konusu davranış için ve/veya taahhütlere uyulmadığı için yaptırım uygulayabilmekte, yeni bir taahhüt kararı alabilmekte ya da ilk taahhüt kararının geçersiz olduğu sonucuna ulaşabilmektedir. Bundan başka, taahhüt kararına uyulmamasının teşebbüsler açısından para cezası ile sonuçlanabilecek bir süreci beraberinde getireceği belirtilmelidir. Tüzüğün para cezalarını düzenleyen 23 üncü maddesinde, 9 uncu madde uyarınca verilen bağlayıcı taahhütlere uymayan teşebbüs veya teşebbüs birliklerine bir önceki yıl cirolarının %10'una kadar para cezası verilebileceği belirtilmektedir. Süreli para cezalarını düzenleyen 24 üncü maddede teşebbüs veya teşebbüs birliklerine taahhütlere uyulmayan her gün için, bir önceki iş yılındaki ortalama günlük cirolarının % 5'ini geçmeyen ve kararın belirlediği tarihten itibaren hesaplanan miktarda süreli para cezası uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Sonuç olarak taahhütlere uyulmaması Komisyon'un süreci yeniden başlatmasına neden olabileceği gibi, böyle bir işlem başlatılmaksızın uymama davranışının da para cezası ile cezalandırılması mümkündür. Zira burada uymama davranışının kendisi bir ihlal halinde gelmektedir. Bununla birlikte uymama davranışına karşı soruşturma başlatılırken aynı anda para cezası ve/veya süreli para cezası uygulanıp uygulanamayacağı da ayrı bir tartışma konusunu oluşturmaktadır. Kanaatimizce, uymama davranışı, ayrı bir ihlal teşkil ettiği için soruşturma başlatılmasıyla eş

¹²³ FAQ, s.2 Bundan başka Komisyon Danışma Kurulu'nun (*Advisory Committee*) ve Sözlü Savunma Görevlisinin (*Hearing Officer*) de görüşlerini almaktadır.

¹²⁴ Cook 2006, s.217. Bu yöndeki kararlar için bkz. De Beers-Alrosa, Coca Cola, Repsol.

¹²⁵ Taahhüt mekanizmasında temyize gitmenin yaratacağı sakıncalar için bkz. Cook 2006, s.222-223.

¹²⁶ Wils 2006, s.22.

¹²⁷ Ferro 2005, s.458.

¹²⁸ Wils 2006, s.22.

¹²⁹ Georgiev 2007, s.1023.

¹³⁰ Bununla birlikte Georgiev, Komisyon ve tarafların birlikte karar vermesi veya sadece tarafların talebi üzerine taahhütlerin değiştirilip değiştirilemeyeceğine veya bunun nasıl bir usul altında mümkün olacağına dair düzenlemeye yer verilmediğine işaret etmektedir. Bkz. Georgiev 2007, s.1020.

zamanlı olarak para cezası uygulanması önünde bir engel yoktur. Zira soruşturma süreci sonucunda alınacak karar ihlal kararı olacaktır. Ayrıca, süreli para cezası da teşebbüslerde verilen taahhütlere uygun davranma yönünde bir tehdit oluşturması nedeniyle uygulanabilmelidir¹³¹.

Taahhüt mekanizması, ihlal bulgusu içermediğinden böyle bir kararın özel hukuk yaptırımları alanında ne gibi etkilerinin bulunduğu ayrıca değerlendirilmelidir. Taahhüt kararları teşebbüslerin davranışlarının rekabeti ihlali olup olmadığı konusunda sessiz kalmakta, yani bu kararlarla ihlal bulgusu yapılmamaktadır. Uygulamada tüketicilerin veya rakip teşebbüslerin özel hukuk yaptırımlarının uygulanmasını temin etmek amacıyla mahkemeye başvurmaları esnasında, davranışın ihlal teşkil ettiğine ilişkin bir karar tercih edilmektedir. Dolayısıyla alınan bu kararların özel hukuk uygulamaları üzerindeki etkisinin ihlal kararlarına göre daha zayıf olacağı söylenebilir.

Taşıdığı belirsizliklere rağmen taahhüt mekanizması, kabulü ile birlikte Komisyon tarafından sıklıkla kullanılmıştır. Alınan kararların bir kısmı 17 sayılı Tüzük uyarınca başlatılan incelemelere yönelik olmuştur. 81 inci madde uyarınca alınan kararlardan *Buma ve Sabam*¹³², *CISAC*¹³³ ve *Cannes Anlaşması*¹³⁴ müzik lisanslamasını konu edinen kararlardır. Her üç kararda da Komisyon tarafından rekabete aykırı olabileceği değerlendirilen hükümleri kaldırmaya yönelik taahhütler verilmiştir. Cannes anlaşmasının indirimlere ve rekabet etmemeye ilişkin hükümlerinin Komisyon tarafından 81 inci maddeye aykırı olabileceği değerlendirilmiş ve bu iki maddenin değiştirilmesine yönelik olarak verilen taahhütler üzerine dosya sonuçlandırılmıştır. *Deutsche Bundesliga*¹³⁵ ve *FA Premier League*¹³⁶, futbol maçları yayın haklarının satışına ilişkin olarak alınmış, Bundesliga Kararında maç yayın haklarının şeffaf ve ayrımcı olmayan bir usulle farklı paketler altında sunulacağı belirtilerek bu paketlerin detayları tespit edilmiştir. *Austrian Airlines/SAS İşbirliği Anlaşması*¹³⁷ uçuş programları ve slotlara erişim sağlanması taahhütlerini içermiştir. Bu kararlar, Komisyon ve teşebbüslerin klasik soruşturma usulü dışında daha esnek bir mekanizmaya ihtiyaç duyduğunun göstergesi olmuş ve muafiyet kararlarına benzer bir işleve sahip olmuştur¹³⁸. 81 inci madde kapsamında alınan diğer dört karar *DaimlerChrysler*, *Toyota*, *General Motors* ve *Fiat* hakkındadır¹³⁹. Kararlar, bu teşebbüslerin bağımsız tamircilere teknik bilgi sağlamaya ilişkin taahhüt üstlenmelerini içermiştir. Büyük ölçüde birbirine benzeyen bu taahhütler, teknik bilginin neleri içerdiğine ve teknik bilginin bağımsız tamircilere de ayrımcılık yapılmaksızın verilmesi gerektiğine ilişkindir. Buna ek olarak bağımsız tamircilerin bilgiye ulaşımının nasıl sağlanacağı, bu çerçevede nasıl bir fiyatlama politikasının elverişli olacağı da sağlayıcıların dikkate alması gereken konular olarak belirlenmiştir. *Repsol* kararı¹⁴⁰ ise, Repsol'ün akaryakıt dağıtım sistemi bünyesindeki bayilerinin daha serbest koşullar altında faaliyet göstermelerini içeren taahhütler üstlenmesini karara bağlamıştır.

¹³¹ Bu kanaatimiz kısmi olarak W. Wils tarafından da paylaşılmaktadır. Kendisine konuya ilişkin olarak yönelttiğimiz soruya aldığımız cevap, soruşturma başlatılması ile para cezasının eş zamanlı uygulanabilmesi önünde bir engel olmadığı yönündedir. Bununla birlikte W. Wils, süreli para cezasının uygulanmasının tartışmalı olduğu, süreli para cezalarının amacı dikkate alındığında, bu cezanın uymama davranışının caydırılması için işletilmesi gerektiği ve bu nedenle soruşturma başlatılması ile aynı anda uygulanamayacağı görüşündedir.

¹³² COMP/39.152, COMP/39.151.

¹³³ COMP/38.698.

¹³⁴ COMP/38.681.

¹³⁵ COMP/37.214.

¹³⁶ COMP/38.173.

¹³⁷ COMP/37.749.

¹³⁸ Schweitzer 2008, s.5-6.

¹³⁹ http://ec.europa.eu/comm/competition/sectors/motor_vehicles/news.html

¹⁴⁰ COMP/38.348.

82 nci madde bakımından ise farklı ihlal iddiaları taahhüt kararlarına konu olmuştur. 82 nci maddenin belirsiz kabul edilebilecek ifadelerinin, taahhüt kararlarını bu ihlal türleri bakımından cazip hale getirdiği kabul edilmektedir¹⁴¹. *Coca-Cola* kararında¹⁴², The Coca Cola Company (TCCC)'nin münhasır anlaşmalar, hedef indirimleri ve bağlama anlaşmaları yaparak hakim durumunu kötüye kullandığına yönelik olarak yapılan şikayetler üzerine Komisyon inceleme başlatmış, taahhüt mekanizması işletilerek TCCC tarafından verilen taahhütlerin 2010 yılına kadar bağlayıcı kılınması ve incelemenin sona erdirilmesi şeklinde nihai karar alınmıştır. Coca Cola kararında belli istisnalar haricinde münhasır anlaşmalar yapılmamasına, müşterilere yapılacak indirimlere, soğutucu dolapların kullanımına ve bağlama uygulamalarına gidilmemesine yönelik olarak taahhütler verilmiştir¹⁴³. *Distrigaz* kararı¹⁴⁴ ise Distrigaz tarafından akdedilen uzun dönemli tedarik anlaşmalarının pazarı kapatma ihtimaline karşılık olarak alınmış, taahhütler dört yıl için getirilmiş ve pazarın alternatif sağlayıcılara açılması temin edilmeye çalışılmıştır.

Diğer 82 nci madde kararı olan *De Beers/Alrosa*¹⁴⁵ ise yargı aşamasında İlk Derece Mahkemesi'nin yapmış olduğu değerlendirmeler çerçevesinde ayrı bir öneme sahip olmuştur. Dünyanın en büyük ham elmas tedarikçisi olan De Beers'in, dünyanın ikinci en büyük elmas üreticisi olan Alrosa'dan yaptığı yüksek miktardaki işlenmemiş elmas alımlarının, pazardaki diğer teşebbüslerin hammadde kaynaklarını ortadan kaldırmak suretiyle rekabeti sınırladığı ve De Beers'in pazardaki hakim durumunu kötüye kullandığı gerekçesiyle yürütülen inceleme kapsamında Komisyon, taraflara iki ayrı soruşturma raporu göndermiş, teşebbüsler dosyaya erişim ve sözlü savunma haklarını kullanmıştır. Mayıs 2004'te 1/2003 sayılı Tüzük'ün yürürlüğe girmesinin ardından, teşebbüsler aralarındaki işlenmemiş elmas ticaretinin hacmini azaltacak nitelikte taahhütler sunmuştur. Böylelikle daha önce gönderilmiş olan soruşturma raporu, teşebbüslerin sundukları taahhütlere temel teşkil etmiştir. Komisyon 2005 yılının Haziran ayında bu taahhütleri üçüncü kişilerin görüşüne açmış, ancak gelen görüşlerde taahhütlerin yetersiz olacağı yönünde değerlendirmeler yer almıştır. Bunun üzerine De Beers, 2009 yılından itibaren Alrosa'dan doğrudan veya dolaylı olarak yapacağı işlenmemiş elmas alımlarını durduracağı konusunda taahhütte bulunmuştur. Komisyon, Şubat 2006'da, 1/2003 sayılı Tüzük'ün 9 uncu maddesi kapsamında aldığı kararda bu taahhütleri teşebbüs üzerinde bağlayıcı kılmış ve incelemeyi sonlandırmıştır.

Alrosa alınan taahhüt kararının tarafı olmasa da karardan etkilenmiş, karara karşı dava açmış, sözlü savunma hakkının ihlal edildiğini, belirsiz süre için üstlenilen taahhütlerin orantısız olduğunu ve sözleşme yapma özgürlüğüne aykırı bir karar alındığını iddia etmiştir. İlk Derece Mahkemesi, taahhüt kararını iptal etmiştir¹⁴⁶. Mahkeme 9 uncu madde kararlarında Komisyon'un ihlali ortaya koyma zorunluluğu bulunmadığını ancak taahhüt kararına esas olan rekabetçi kaygılarının dayanağını göstermesi gerektiğini belirtmiş, yapılacak pazar analizinin ve ihlal değerlendirmesinin ihlal bulgusu içeren kararlardan daha az detaylı olabileceğini ancak taahhütlerin orantılı olup olmadığının denetlenmesine yetecek bir netliğe sahip olması gerektiğini vurgulamıştır¹⁴⁷. Alrosa'nın ve De Beers'in dosya bakımından hukuki statüleri ve bu çerçevede sahip oldukları haklar da değerlendirilmiştir. De Beers'in

¹⁴¹ Schweitzer 2008, s.9.

¹⁴² COMP/A.39.116/B2.

¹⁴³ COMP/A.39.116/B2.

¹⁴⁴ COMP/B-1/37966.

¹⁴⁵ COMP/B-2/38.381.

¹⁴⁶ Case T-170/06, Alrosa v. Commission, 11.7.2007. Komisyon kararı temyiz etmiştir ancak dava henüz sonuçlanmamıştır.

¹⁴⁷ Par. 100, 125.

işlemin tarafı olan “ilgili teşebbüs” (*undertaking concerned*) olduğu¹⁴⁸, Alrosa’nın ise 82 nci madde bakımından yürütülen işlemin tarafı olmasa da karardan etkilendiği, bu nedenle dosyanın özel koşulları dikkate alınarak ilgili teşebbüsle aynı haklara sahip olması gerektiği belirtilmiştir¹⁴⁹. Topluluk hukukunun genel prensiplerinden hareket edilerek tarafların dosyaya giriş ve sözlü savunma haklarına sahip oldukları sonucuna ulaşılmıştır¹⁵⁰.

Mahkeme ayrıca De Beers tarafından kabul edilen taahhütlerin ulaşılmak istenilen amaçlarla orantılı olup olmadığını da değerlendirmiştir. Mahkeme Komisyon’un istediği takdirde taahhütleri kısmi olarak bağlayıcı kılabilceğini, taahhüdün teşebbüs tarafından gönüllü olarak verilmesinin Komisyon’un yeterlilik ve gereklilik değerlendirmesi yapma yükümlülüğünü kaldırmadığını belirtmiştir¹⁵¹. Ayrıca Komisyon’un daha az kısıtlayıcı ihtimallerin varlığı halinde bunların ihtiyacı karşılayıp karşılamayacağını değerlendirmesinin orantısallık ilkesinin gereği olduğu karara bağlanmıştır¹⁵².

Alrosa kararı, pek çok yönüyle tartışmalara konu olmuştur. Anlaşmanın ve taahhüt kararının doğrudan tarafı olmayan, dolayısıyla kararla bağlı olmayan Alrosa’nın kararın iptali yerine sözleşme ilişkisinin zarar görmesinden hareketle özel hukuk yoluyla çözüm araması gerektiği savunulmuştur¹⁵³. İlk Derece Mahkemesinin Alrosa kararı ile taahhüt mekanizmasını uzlaşma aracı yerine kamusal uygulama aracı olarak gördüğü, Komisyon’a rekabetçi kaygılarını açık bir şekilde formüle etmesi gerekliliğini ve tarafların savunma haklarının tam olarak korunması zorunluluğunu da getirdiği, bu standartlar altında, taahhüt kararlarının kabul ediliş amacına uygun olarak kullanılamayacağı belirtilmiştir¹⁵⁴.

Taahhüt kararları kapsamında, son olarak geçtiğimiz günlerde alınan bir karara değinmek yerinde olacaktır. Komisyon 2007 yılında MasterCard’ın çok taraflı takas komisyonu işlemleri bakımından 81 inci maddeyi ihlal ettiği ancak gerekli değişikliklerin yapılması halinde işleme muafiyet tanınabileceği yönünde bir karar almıştır. MasterCard’a altı aylık bir süre tanınmış, 2008 yılının Haziran ayında MasterCard sınır ötesi takas işlemleri bakımından sürdürdüğü uygulamayı sonlandırmıştır. Ancak, 2008 yılının Ekim ayından itibaren Karara aykırı eylemlerde bulunmuştur. Bununla birlikte, Nisan ayında yapılan bir basın duyurusu ile, MasterCard’ın 2009 yılının Temmuz ayından itibaren uygulayacağı sisteme ilişkin vermiş olduğu taahhütler sonucunda hakkında işlem başlatılmasına gerek olmadığı sonucuna ulaşıldığı açıklanmıştır. Dolayısıyla ödemeli kart pazarında etkin bir sistemin işletilmesine yönelik olarak verilen taahhütler kabul edilmiş, pazara hızlı bir müdahalenin yapılması sağlanmıştır¹⁵⁵.

2.2. İHLALİN KABULÜ VE İŞBİRLİĞİ KARŞILIĞINDA CEZALARDA İNDİRİM YAPARAK İLGİLİLERLE UZLAŞMA

Komisyon soruşturma sürecini hızlandırmak suretiyle etkin bir uygulama sağlamak amacıyla 2008 yılının Temmuz ayında yaptığı düzenlemelerle kartellere yönelik olarak

¹⁴⁸ Par. 176.

¹⁴⁹ Par. 187.

¹⁵⁰ Par. 188-191, 196-197.

¹⁵¹ Par. 139 ve 143.

¹⁵² Par. 131. İlkeye ilişkin diğer değerlendirmeler için ayrıca bkz. par. 103, 141, 149.

¹⁵³ Gippini-Fournier 2008, s.49.

¹⁵⁴ Schweitzer 2008, s.1. Bununla birlikte Komisyon ve teşebbüslerin davranışlarının sınırlanması ve rekabetin korunmasının ötesine geçilmemesi bakımından yargı denetiminin gerekliliği de vurgulanmıştır.

¹⁵⁵ Antitrust: Commissioner Kroes takes note of MasterCard's decision to cut cross-border Multilateral Interchange Fees (MIFs) and to repeal recent scheme fee increases, IP/09/515, Brussels, 1st April 2009.

uzlaşma¹⁵⁶ mekanizmasını kabul etmiştir. Böyle bir yeniliğin en önemli nedeni uzayan soruşturma ve temyiz süreçleridir. Özellikle ABD ve AB’de farklı soruşturmalara tabi olan teşebbüsler bakımından yapılan karşılaştırmalar, ABD’de uyuşmazlıkların daha hızlı sonuçlandırıldığını somutlaştırmaktadır. Uzayan bu süreçler beraberinde yüksek uygulama maliyetlerini de getirmektedir. İşte zaman ve kaynak tasarrufunu sağlamak suretiyle bu ihtiyaçlara yönelik bir uzlaşma paketi kabul edilmiştir¹⁵⁷. Uzlaşma süreci ile birlikte kendilerine yöneltilen iddialar hakkında bilgi sahibi olmaları sağlanan teşebbüslere ihlali kabul etmelerine bağlı olarak almaları muhtemel olan para cezalarından %10 oranında indirim yapılmaktadır. İhlalin kabulünün ve diğer bazı savunma haklarından vazgeçilmesinin soruşturmaları hızlandırması, böylece kaynakların diğer soruşturmalara aktarılması beklenmektedir. Her ne kadar klasik soruşturma usulünün yürütülmesi esnasında da teşebbüslerin kimi haklarından vazgeçmeleri ve ihlali kabul etmeleri karşılığında ceza miktarında indirim almaları mümkün olsa da, bu tercih tüm teşebbüsler veya en azından çoğu teşebbüs tarafından kullanılmadığında, soruşturma sürecinin hızlanması anlamında bir yol kat edilememektedir. Dolayısıyla Komisyon uzlaşma mekanizması ile tüm teşebbüsler tarafından izlenebilecek bir yöntem sunarak usul etkinliğinin sağlanması yönünde bir adım atmaktadır¹⁵⁸.

Sadece karteller bakımından alınabilecek uzlaşma kararları, bu yönü ile taahhüt kararlarından farklılaşmaktadır. “2.1. Taahhüt” başlığı altında taahhüt kararlarının, 1/2003 sayılı Tüzüğün 9 uncu maddesi ile düzenlendiği ve ihlal tespiti veya ceza uygulanmasını içermeksizin, ihlal şüphesinin teşebbüs tarafından verilecek taahhütlerle giderilmesini ve bu taahhütlerin teşebbüs üzerinde bağlayıcı kılınarak dosyanın sonuçlandırılmasını içerdiği belirtilmişti. Dolayısıyla taahhüt mekanizmanın karteller bakımından işletilmesi ve örneğin ihlalin tekrarına esas teşkil etmesi mümkün değildir. Buna karşılık, uzlaşma kararları 1/2003 sayılı Tüzüğün 7 inci ve 23 üncü maddelerinde dayanağını bulmaktadır, ihlal tespitini içerdiğinden ihlalin sona erdirilmesini ve ceza uygulanmasını gerektirmekte, ayrıca ihlalin tekrarına esas teşkil edebilmektedir¹⁵⁹.

Komisyon tarafından öngörülen mekanizma delil elde edilmesi veya cezanın pazarlığından çok usul etkinliğinin sağlanmasına yönelik olarak kurgulanmıştır¹⁶⁰. Bununla birlikte, teşebbüslerin uzlaşma mekanizması çerçevesinde sürece dahil olmalarının, teşebbüslere sonuç üzerinde etki etme imkanı sağladığı kabul edilmektedir¹⁶¹.

Karteller bakımından öngörülen bu mekanizmanın nasıl işlediği 773/2004 sayılı Tüzükte yapılan değişiklikler¹⁶² ve kabul edilen bir Duyuru (Komisyon Duyurusu)¹⁶³ ile belirlenmiştir. Tüzük ve Duyuruda genel bazı açıklamalara yer verildiği görülmektedir. Örneğin, klasik soruşturma usulünden farklı olarak, uzlaşma mekanizmasının işletildiği dosyalarda, şikayetçiye soruşturma raporunun ticari sırlardan arındırılmış versiyonunun gönderilmeyeceği, bunun yerine şikayetçinin olay ve izlenen usul hakkında bilgilendirileceği

¹⁵⁶ “Settlement” kavramının karşılığı olarak kullanılmıştır.

¹⁵⁷ Stephan 2007, s.6.

¹⁵⁸ TIerno CENTELLA, M.L. (2008), “The New Settlement Procedure in Selected Cartel Cases”, *Competition Policy Newsletter*, No:3, s.30.

¹⁵⁹ FAQ, MEMO/08/458, s.3.

¹⁶⁰ Antitrust: Commission introduces settlement procedure for cartel cases, IP/08/1056.

¹⁶¹ Antitrust: Commission introduces settlement procedure for cartel cases-frequently asked questions, MEMO/08/458.

¹⁶² Commission Regulation (EC) No 622/2208 of 30 June 2008 amending Regulation (EC) No 773/2004, as regards the conduct of settlement procedures in cartel cases (Değişiklik Tüzüğü).

¹⁶³ Commission Notice on the conduct of settlement procedures in view of the adoption of Decision pursuant to Article 7 and Article 23 of Council Regulation (EC) No 1/2003 in cartel cases.

ve görüşünün alınacağı, hüküm altına alınmaktadır¹⁶⁴. Bundan başka taraflar, her aşamada savunma haklarının etkin bir şekilde kullanılmasını teminen Sözlü Savunma Görevlisine başvurabilmektedir¹⁶⁵. Ayrıca, tarafların Komisyon'un izni olmaksızın uzlaşma sürecinde yapılan tartışmaları veya incelenen belgelerin içeriğini, üçüncü kişilere açıklamaları yasaklanmaktadır. Bu yasaklamanın ihlali, teşebbüsün uzlaşma sürecini sona erdirebileceği gibi, bunun nihai cezanın miktarının belirlenmesinde ağırlaştırıcı unsur olarak dikkate alınması veya pişmanlık programı kapsamında yapılan işbirliğinin eksik olduğunun kabul edilmesine yol açması gündeme gelebilmektedir¹⁶⁶.

Uzlaşma mekanizmasının işletilmesi, öncelikle ihlal iddiası ile soruşturma başlatılmış olmasına bağlıdır¹⁶⁷. Komisyon, böyle bir inceleme başlatmasının ardından hangi durumlarda uzlaşmayı işletebileceği, hangi teşebbüslerle uzlaşma yapılacağı, etkinliği dikkate almak suretiyle soruşturmaya devam edilip edilmeyeceği veya bazı teşebbüsler bakımından uzlaşma sürecinin sonlandırılabilirliği gibi konularda karar verme yetkisine sahiptir¹⁶⁸. Komisyon'a tanınan geniş takdir hakkına rağmen, uzlaşma sürecinin ancak tarafların bu konudaki yazılı talepleri ile başlayabileceği, Duyurunun 5 inci paragrafında düzenlenmektedir. Sürecin hangi dosyalarda işletileceğinin belirlenmesinde, ortak bir anlayışa ulaşmanın mümkün olup olmayacağı, tarafların sayısı, ihlalin kapsamı ve uzlaşma ile elde edilebilecek kazanımlar dahil pek çok unsur dikkate alınabilmektedir.

Duyuruda öngörülen usul uyarınca Komisyon, dosya konusu uyuşmazlığın uzlaşma için elverişli olduğu kanaatine varması halinde, iki haftadan az olmamak kaydıyla bir süre belirlemekte ve teşebbüsler bu süre içerisinde uzlaşma talebini içeren yazılı bir başvuru yapmaktadırlar. Bununla birlikte bu açıklama ihlalin kabulü anlamına gelmemektedir¹⁶⁹.

Tarafların talebinin ardından Komisyon yetkilileri ve taraflar arasında karşılıklı görüşmelerle süreç başlamaktadır. Görüşmeler Komisyon ve teşebbüs arasında iki taraflı olarak yürütülmekte, ayrıntılara girilmeyen görece kısa toplantılarla teşebbüse özgü koşullar dikkate alınarak uzlaşmanın faydalı olup olmayacağı değerlendirilmektedir¹⁷⁰. Bu süreçte taraflar, kendilerine karşı yöneltilen iddialara ve bu iddiaları destekleyen delillere, mümkün olduğu ölçüde kendileri hakkında düzenlenmiş belgelerin ticari sırlardan arındırılmış versiyonlarına erişebilmekte ve uygulanması olası para cezası aralığı hakkında bilgilendirilmektedir¹⁷¹. Dolayısıyla taraflar ihlalin türü ve niteliği, ağırlığı ve süresi, öngörülebilecek ceza miktarı ve deliller hakkında bilgi sahibi olmaktadır. Bu bilgi, tarafların kendilerine yöneltilen iddialar hakkında açıklama yapmalarına ve uzlaşma kararını alıp almayacaklarını belirlemelerine yardımcı olmaktadır¹⁷².

¹⁶⁴ Tüzük, madde 6.

¹⁶⁵ Komisyon Duyurusu par. 18.

¹⁶⁶ Komisyon Duyurusu, par. 7.

¹⁶⁷ Bununla birlikte pişmanlık programının işletilmesi veya bilgi-belge isteme ve yerinde inceleme yetkilerinin kullanılmasının ardından uzlaşmanın uygun olup olmayacağı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla uzlaşma mekanizmasının işletilmesinde öncelikle ihlale ilişkin olarak belirli bir bilgi düzeyine ulaşılmaktadır. Bkz. Tierno Centella 2008, s.32. Bununla birlikte soruşturma raporunun tebliğinden önce sürecin başlatılması gerekmektedir. Bkz. Komisyon Duyurusu, par. 9.

¹⁶⁸ Değişiklik Tüzüğü, par. 4, 773/2004 sayılı Tüzük, madde 10(a)(4).

¹⁶⁹ Tüzük 10(a)(1), Komisyon Duyurusu, par. 11-12. Komisyon'un aynı ekonomik bütünlük altındaki farklı teşebbüsler hakkında soruşturma yürütmesi halinde, usule ilişkin kolaylığın sağlanması bakımından, bu teşebbüslerden ortak bir temsilci atanması ve sürecin bu şekilde yürütülmesi istenmektedir.

¹⁷⁰ Tierno Centella 2008, s.32.

¹⁷¹ Tüzük, madde 10(a)(2).

¹⁷² Komisyon Duyurusu, par. 16.

İhlalin kapsamına ve uygulanacak ceza miktarına ilişkin olarak fikir birliğine varıldıktan ve Komisyon'un uzlaşma sağlanmasıyla etkinlik yaratılacağı izlenimini edinmesinin ardından, Komisyon, nihai uzlaşma önerisinin¹⁷³ bildirilmesi için taraflara 15 iş gününden az olmayan ve tarafların talebi üzerine uzatılabilecek bir süre tanımaktadır¹⁷⁴. Tarafların uzlaşma önerisi sunmamaları durumunda, uyuşmazlık genel usul ve esaslar çerçevesinde sonuçlandırılmaktadır¹⁷⁵.

Duyuruda, tarafların sunmaları gereken uzlaşma önerisinin hangi unsurları içermesi gerektiğine yer verilmiştir. Bu çerçevede;

- Teşebbüslerin ihlali gerçekleştirdiklerine, ihlalin kapsamı ve süresine ilişkin verecekleri bilgi,
 - Teşebbüslerin kendilerine uygulanacağını düşündükleri ceza miktarı ile uzlaşma neticesinde kabul edecekleri en yüksek ceza miktarı,
 - Teşebbüslerin kendileri hakkında yöneltilen iddialar hakkında yeterli bilgi sahibi olduklarının ve yeterince açıklama yapmaya fırsat bulduklarının kabulü,
 - Uzlaşma önerilerinin kabulü halinde dosyaya giriş hakkı ve sözlü savunma taleplerinden vazgeçecekleri¹⁷⁶
 - Soruşturma raporu ile nihai kararın kararlaştırılan dilde yayınlanacağını kabulü,
- öneride yer alması gereken unsurlardır. Teşebbüsler, Komisyon tarafından aksi yönde bir karar alınmadıkça uzlaşma önerisiyle bağlıdırlar ve önerilerini geri çekme hakları bulunmamaktadır¹⁷⁷.

Bu sürecin arkasından soruşturma raporu gönderilmektedir. Bununla birlikte, soruşturma raporunda teşebbüslerin uzlaşma önerileri kabul edilmeyebilmekte, bu durumda genel usulün izlenmesine devam edilerek nihai karar alınmaktadır. Komisyon'un uzlaşma önerisini kabul eden bir bildirim yapması halinde ise bildirimin yapılmasının ardından teşebbüsler en az iki haftalık bir zaman dilimi içerisinde cevap göndermekte ve bildirimin uzlaşma önerilerini karşıladığını ve vermiş oldukları taahhütlere bağlı olduklarını bildirmektedirler. Bu cevabın gönderilmesi sürecin devamlılığı için zorunludur, aksi halde Komisyon süreci sonlandırabilmektedir¹⁷⁸.

Tarafların uzlaşma sürecinin devamına yönelik olarak cevap göndermeleri durumunda, dosyaya giriş hakkı ve sözlü savunma aşamaları gerçekleştirilmeksizin nihai karar alınmaktadır. Bu aşamada da Komisyon'un uzlaşmadan vazgeçme hakkı saklı olmakla birlikte, durumun yeni bir bildirimle teşebbüse açıklanması ve savunma haklarının kullanılmasına imkan verilmesi gerekmektedir. Bu durumda uzlaşma önerisi çekilmiş sayılmakta ve teşebbüs tarafından yapılan açıklamalar teşebbüsün aleyhinde kullanılamamaktadır. Nihai kararın alınması aşamasında ceza belirlenirken uzlaşma sürecini

¹⁷³ Uzlaşma önerileri yazılı olarak yapılabileceği gibi sözlü olarak da yapılabilmektedir. Bu durumda yapılan öneri kayıt altına alınmakta ve teşebbüslere doğruluğunun kontrol edilebilmesi imkanı tanınmaktadır. Komisyon Duyurusu, par. 38.

¹⁷⁴ Tarafların uzlaşma önerisi sunmalarına ilişkin sürenin dolmasının ardından yapılan önerilerin kabul edilmeyeceği belirtilmektedir (Tüzük 10(a)(2)).

¹⁷⁵ Komisyon Duyurusu par. 14-19

¹⁷⁶ Soruşturma raporunun uzlaşma önerilerini yansıtmaması hali hariç olmak üzere. Bununla birlikte, Tierno Centella bu aşamaya gelinmeden teşebbüslerin zaten dosyanın gerekli bölümlerine eriştiklerini ve ikili tartışmalarla sözlü savunma haklarını kullandıklarını ifade etmektedir (Tierno Centella 2008, s.34).

¹⁷⁷ Komisyon Duyurusu par. 20-22. Ancak böyle bir yükümlülüğün yüklenebilmesi, soruşturma raporunda ve nihai kararda uzlaşma önerilerine paralel hususların karara bağlanmasına bağlıdır.

¹⁷⁸ Tüzük, madde 10(a)(3), 17(3). Komisyon Duyurusu par. 23-27.

tamamlayan teşebbüsler %10 oranında indirim kazanmaktadır¹⁷⁹. Uzlaşan tarafın pişmanlık programı kapsamında da başvuru yapmış olması halinde, uzlaşma nedeniyle elde edilen indirimin pişmanlık programı kapsamında edinilen indirimle ekleneceği kabul edilmektedir¹⁸⁰.

Uzlaşma sürecinin sonunda alınan karar, yargı denetimine tabidir¹⁸¹. Uzlaşma sürecinin tarafların temyiz hakkını ortadan kaldırmamasına rağmen, Komisyon temyize giden dosya sayısında azalma beklemektedir. Aslında teşebbüslerin soruşturma raporunun hazırlanması sırasında Komisyon ile “ortak anlayış”a ulaştığı göz önüne alındığında, tarafların üzerinde uzlaştıkları bir kararı yargıya götürmeleri daha ender rastlanacak bir durum olduğundan davaların azalacağı söylenebilir¹⁸². Ayrıca, Komisyon’un teşebbüse uzlaşılan kararı mahkemeye taşıması halinde mahkemeden daha fazla ceza talep edeceğini belirtmesinin de önünde bir engel yoktur.

Uzlaşma sürecinin özel hukuk yaptırımları üzerinde iki yönlü bir etkisinin ortaya çıkabileceği söylenebilir. Uzlaşma süreci ihlalin kabulünü içerdiğinden özel hukuk yaptırımlarına da olumlu etki etmesi beklenebilir. Ancak süreç çerçevesinde hazırlanan soruşturma raporunun kısa oluşu, özel hukuk davalarını olumsuz etkileme potansiyeline sahiptir. Bununla birlikte uzlaşma sürecinin sonunda hazırlanan soruşturma raporunun dahi ABD uygulamasına göre daha fazla bilgi içereceği dikkate alındığında, bu handikabın aslında çok büyük olmadığı da söylenebilir¹⁸³.

¹⁷⁹ Komisyon Duyurusu par. 28-32. Caydırıcılığın sağlanması bakımından cezanın arttırılmasının öngörülmesi halinde de, çarpanın 2’den fazla olamayacağı kabul edilmektedir.

¹⁸⁰ Komisyon Duyurusu, par.33.

¹⁸¹ Komisyon Duyurusu par.41.

¹⁸² Temyizin esasen cezanın hesaplanmasına ilişkin olduğu ve uzlaşma sürecinde sabit bir ceza miktarı üzerinde anlaşılmadığından, temyiz başvurularının azalmasının söz konusu olmayacağı yönündeki bir görüş için bkz. Stephan 2007, s.49.

¹⁸³ Stephan 2007, s.48.

3. BÖLÜM

TÜRK REKABET HUKUKUNDA TAAHHÜT VE UZLAŞMA

3.1. CEZA VE VERGİ HUKUKUNDA TAAHHÜT VE UZLAŞMA BENZERİ UYGULAMALAR

Buraya kadar olan bölüme bakıldığında söylenebilecek olan, uzlaşmanın ihlalin kabulü karşılığında olası bir cezadan indirim elde edilmesi olduğudur. Bu mekanizmada ihlali gerçekleştiren teşebbüsler uzlaşmanın olmadığı duruma kıyasla daha az bir yaptırım karşılığında ihlali kabul etmekte, işbirliği yapmakta ve temyiz hakkı gibi bazı haklardan vazgeçmektedir. Rekabet otoritelerinin ise etkinliği artmakta, kaynak ve zaman tasarrufu sağlanmaktadır. Her iki taraf da zamandan kazanmakta, belirsizliği ortadan kaldırmakta ve yan bir sonuç olarak yargının yükü azalmaktadır. Bu bağlamda uzlaşma bir anlamda; artan dava sayısına bağlı olarak davaların çözüm sürecinin uzaması ve yargılama giderlerinin artması dikkate alındığında uyuşmazlıkların her iki tarafın da menfaati doğrultusunda hızlı bir şekilde ve genel olarak barışçıl çözümüne de hizmet eden özel hukuktaki sulh sözleşmesi, ceza hukukundaki önödeme ve uzlaşma, vergi hukukundaki uzlaşma kurumlarının rekabet hukukundaki izdüşümüdür.

Bunlardan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Dava ve Cezanın Düşürülmesi başlıklı Dördüncü Bölümünde 75 inci maddede düzenlenmiş olan önödeme, mahkemelerin iş yükünü azaltmak amacıyla belirli ağırlık derecesine ulaşmayan suçlar açısından ceza muhakemesinin bazı aşamalarından sarfınazar edilmesi gereği ile ortaya çıkmıştır¹⁸⁴. Yalnız adli para cezasını gerektiren veya kanun maddesinde öngörülen hapis cezasının yukarı sınırı üç ayı aşmayan suçlar için kabul edilmiş olan önödeme kurumunun hukuki mahiyetine ilişkin olarak sulh sözleşmesine benzediği, önödemenin bir yargılamasız cezalandırma şekli olduğu, önödeme prosedürünün işletilmesi ile ceza hukuku kapsamında olan bir suçun idari suç haline dönüştüğü gibi görüşler bulunmaktadır¹⁸⁵. Failin belirli bir para cezasını yargılanmaksızın önden ödemeyi kabul etmesi ile bu tür suçlar suç olmaktan çıkmakta ve idari suç niteliği kazanmaktadır. Böylece, kanun koyucunun kamu davası açılmamasını veya davanın düşürülmesini sağlayarak yargının işini azaltmayı, suçluyu cezaevi ortamından uzak tutarak suçun bulaşıcılığını gidermeyi, daha da önemlisi kişiyi tüketici konumuna sokmayarak hem bireysel hem de kamusal bakımdan ekonomik, toplumsal siyasi yararlar elde etmeyi amaçladığı belirtilmiştir¹⁸⁶.

Ceza hukukundaki diğer bir kurum ise uzlaşmadır. Önödemenin taraflarının kamu otoritesi ile fail olmasına karşın, uzlaşma fail ile suçun mağduru arasında gerçekleşmektedir. 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenen uzlaşma ile belirli suçlar bakımından fail ile mağdurun uzlaşması neticesinde kamu davası açılmamakta veya davanın düşürülmesine karar verilmektedir.

Tarafları farklı olan bu uyuşmazlık çözümü yollarının yanında, bir tarafında idarenin bulunması nedeniyle rekabet hukukuna en iyi örnek teşkil edecek olan sistem, vergi

¹⁸⁴ ÖZGENÇ, İ. (2006), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınları, Ankara, s.544.

¹⁸⁵ Önödemenin hukuki mahiyetine ilişkin bkz. Özgenç 2006, s.545; HAFIZOĞULLARI, Z. (2007), *Türk Ceza Hukuku Ders Notları*, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2007-2008, <http://www.abchukuk.com/dersnotlari/cezagenel2.doc> s.700, Erişim Tarihi: 11.4.2009, s.700; MAHMUTOĞLU, F.S. (1995), *Kabhatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi*, Kazancı, İstanbul, s.148-149.

¹⁸⁶ Hafizoğulları 2007.

hukukundaki uzlaşma kurumudur. Vergi Hukukuna 1963 yılında giren uzlaşma kurumu ile vergiye ilişkin uyuşmazlıkların alternatif yollardan çözülmesi amaçlanmaktadır¹⁸⁷. Uzlaşmanın vergi uyuşmazlığının yargıya gidilmeden her iki tarafın rızasıyla çözülebilmesini sağlayan barışçıl çözüm yollarından biri olduğu kabul edilmektedir¹⁸⁸. Uzlaşmanın mükellefi vergi yargısına gitmekten alıkoyarak, yargı organlarının işleyişini hafifletmek ve verginin bir an önce tahsil edilmesini sağlamak gibi amaçlarla ortaya çıktığı belirtilmektedir¹⁸⁹. Yargıya gitmenin maliyetinin yüksekliğinin yanında, sonucunun belirsiz olması, gecikme zamlarının yüksekliği gibi etkenlerin gerekli koşulların bulunduğu durumlarda mükellefleri uzlaşmaya yönelttiği de bu kurum lehine değinilen diğer faydalardır¹⁹⁰.

Uzlaşmanın hukuki niteliği konusunda Şenyüz bir anlamda özel hukuktaki sulh sözleşmesine benzediğini belirtmekle birlikte, önödeme ve idari sözleşme kurumları ile de karşılaştırmasını yaparak nihai tahlilde vergi hukukunun kendine has bir müessesesi olduğunu kabul etmek gerektiği sonucuna ulaşmıştır¹⁹¹. Uzlaşma ile önödemenin farklılığını ise önödemede failin peşinen ve tek taraflı olarak tespit edilmiş bulunan bir miktarı ödemeyi kabul veya reddetmesine karşılık, uzlaşmada hakkında vergi cezası kesilen veya kesilecek yükümlünün uzlaşma komisyonu ile pazarlık yapmasının söz konusu olduğu şeklinde açıklamıştır.

Uzlaşma kurumu, 1963 yılında Vergi Usul Kanunu (VUK)'a eklenen Ek 1 ile 12 nci maddeler arasında düzenlenmiştir. Vergi ziyaının ortaya çıktığı durumlarda başvurulabilen uzlaşmaya, genel ve özel usulsüzlük suçları söz konusu olduğunda gidilememektedir¹⁹². Uzlaşmada vergi ve/veya ceza miktarının ne oranda düşürülebileceği konusunda, VUK'da ve Uzlaşma Yönetmeliği'nde bir hüküm mevcut değildir. İndirim oranının takdiri, uzlaşma komisyonuna bırakılmıştır ve uzlaşma komisyonları Maliye Bakanlığı'nın belirlediği çerçevede karar vermektedir. Uygulamada uzlaşma görüşmelerinde genellikle vergi borcunun %10'a, cezaların ise %90'a varan oranlarda indirildiği belirtilmektedir¹⁹³.

Uzlaşma sonucunda mükellefin vergi borcu ile bunların cezaları uzlaşılan oran ölçüsünde sona ermektedir. Uzlaşmanın en önemli sonuçlarından biri de uzlaşmaya varılması halinde artık dava yolunun kapanmasıdır. VUK'nun "Uzlaşma komisyonu muamelelerinin kesinliği" başlıklı Ek 6 ncı maddesinde, üzerinde uzlaşılan ve tutanakla tespit olunan hususlar hakkında dava açılmayacağı ve hiçbir merciye şikayette bulunulamayacağı hükmüne bağlanmıştır¹⁹⁴.

¹⁸⁷ Anılan Kanun'un gerekçesinde, uzlaşmanın getiriliş amacı şu şekilde ifade edilmektedir:

"... Vergi ihtilaflarının süratle halli ve böylece mükelleflerin tereddütlerinin bir an evvel giderilerek huzura kavuşmalarının temini, amme alacağının vaktinde hazineye intikali ve nihayet itiraz ve temyiz mercilerinin işlerinin hafifleterek ihtilaflar üzerine daha titizlikle eğilmelerine imkan sağlanması maksadıyla kanuna uzlaşma müessesesi ithal olunmuştur. Böylece, mükellefle idare arasında da vergi yönünden zuhur edecek ihtilafların yine kendi aralarında görüşülerek halli yolu açılmış bulunmaktadır".

¹⁸⁸ ŞENYÜZ, D. (2005), *Vergi Ceza Hukuku*, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa.

¹⁸⁹ Şenyüz 2005, s.191; BİLİCİ, N. (2008), *Vergi Hukuku*, 20. Baskı, Seçkin, Ankara, s. 113.

¹⁹⁰ BATIR, D., Vergileme Sistemimizde Uzlaşma Müessesesi, Erişim Tarihi: 11.4.2009, http://www.kobiline.com/docs/AATax/article/vrg_sistemi.doc.

¹⁹¹ Şenyüz 2005, s.191.

¹⁹² Bilici 2008, s. 113.

¹⁹³ Bilici 2008, s.115.

¹⁹⁴ Tarhiyat sonrası uzlaşma için geçerli olan bu hükmün benzerine, tarhiyat öncesi uzlaşmaya ilişkin Ek 11 inci maddede de yer verilmiştir.

Vergi hukukunda uzun yıllardır uygulanan ve vergi uyuşmazlıklarını çözmede “asli kurum” niteliğinde olduğu belirtilen¹⁹⁵ uzlaşma kurumu, vergi adaletini zedelediği, devletin vergileme yetkisinin pazarlık konusu yapılması, vergilerin kanuniliği ilkesine ters düştüğü, yükümlülere ödün verildiği gibi açılardan eleştiri konusu yapılsa da genel olarak vergi uyuşmazlıklarının yargı dışı yollarla çözümünde başarılı sonuçlar ürettiği belirtilmektedir¹⁹⁶.

Farklı hukuk dallarında uygulama alanı bulan uyuşmazlık çözümüne ilişkin dava yoluna alternatif olarak kullanılan bu yolların ortak özelliği, uzlaşmaya varılması ile dava yolunun kapanmasıdır. Rekabet hukukunda da geline nokta böyle bir ihtiyacın olup olmadığı ve ne şekilde karşılanacağı ilerleyen başlıklarda tartışılacaktır.

3.2. TAAHHÜT

Halen TBMM’de bulunan Kanun Tasarısı’nda taahhüte ilişkin bir hüküm bulunmakla birlikte¹⁹⁷, 4054 sayılı Kanun’un mevcut halinde taahhüt mekanizmasına ilişkin açık bir hükme yer verilmemiştir. Ancak Kanun’da taahhüte ilişkin ifadelerin varlığı ve Kurul’un taahhüt benzeri uygulamaları göz önüne alındığında, bugün dahi AB ve ABD uygulamalarına benzer şekilde taahhüt yolu ile bazı rekabetçi sorunların giderilmesinin mümkün olduğu söylenebilir. Şöyle ki, Kanun’un 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrası gerek lafzı gerekse konuluş amacı itibarıyla taahhüt alınarak ihlale son verilmesine olanak tanımaktadır ve Kurul tarafından da bu şekilde kullanılmıştır. Ayrıca Kanun’un 16 ncı ve 17 nci maddelerde verilen taahhütlere aykırı davranılmasının cezai sonuçlara bağlandığı görülmektedir.

Öncelikle her ne kadar 4054 sayılı Kanun’da açık bir düzenlemeye yer verilmemiş olsa da 9 uncu maddenin üçüncü fıkrasının taahhüt mekanizmasına uygun bir şekilde kullanılmasının mümkün olduğu belirtilmelidir. Söz konusu fıkra “Kurul, birinci fıkraya göre bir karar almadan önce ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine ihlale ne şekilde son vereceklerine ilişkin görüşlerini yazılı olarak bildirir.” şeklindedir. Kanun’un 9 uncu maddesinin birinci fıkrasının nihai kararı işaret ettiği dikkate alınır, nihai karardan önce ihlale son verilmesine dair bir görüş yazısı gönderilmesi hususunda Kurul’a yetki verildiği kabul edilmelidir. Bu hüküm çerçevesinde, Kurul’un teşebbüslerden taahhüt almak suretiyle soruşturma açmaksızın dosyayı kapatması mümkündür. Nitekim Kurul bu yetkisini bugüne kadar müteaddit defalar gerek taahhüt almak şeklinde gerekse farklı bağlamlarda ve

¹⁹⁵ ÇETİNKAYA, O. Vergi Hukukunda Uzlaşma, Erişim Tarihi: 11.4.2009, http://www.legalisplatform.net/ozel_dosyalar/Vergi%20Hukukunda%20Uzlasma.pdf.

¹⁹⁶ ARMAĞAN, R. (2007), Vergi Uyuşmazlıklarının Çözümünde Uzlaşma Müessesesi ve Isparta İline İlişkin Bir Değerlendirme, *Maliye Dergisi*, Sayı 153, Temmuz-Aralık 2007. Yazar çalışmada Isparta ili özelinde uzlaşmaya konu olan dosyaların %95’ler oranında uzlaşma ile sonuçlandığı, dolayısıyla mükellefler tarafından genellikle memnuniyet verici olarak algılandığını söylemenin mümkün olduğunu, Türkiye açısından da durumun benzerlik arz ettiğini ifade etmektedir.

¹⁹⁷ “Taahhüt

MADDE 44- Yürütülmekte olan bir önaraştırma ya da soruşturmada, ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin 4 veya 6 ncı madde kapsamında ortaya çıkan rekabet sorunlarının giderilmesine yönelik taahhütler vermeleri ve bu taahhütlerin Kurul tarafından kabul edilmesi durumunda, bu teşebbüs veya teşebbüs birlikleri hakkında soruşturma açılmayabilir ya da açılmış olan soruşturmaya son verilebilir.

Kurul, birinci fıkraya göre karar verdikten sonra,

a) Kararın alınmasına esas teşkil eden herhangi bir unsurda değişiklik olması,

b) İlgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin verdikleri taahhütlere aykırı davranışları,

c) Kararın yanlış, yanıltıcı veya eksik bilgiye dayanarak verilmiş olması,

hallerinden birinin varlığı durumunda, ilgili teşebbüs veya teşebbüs birlikleri hakkında soruşturma açabilir ya da soruşturmaya kaldığı yerden devam edebilir.”

*Reklamcılar Derneği*¹⁹⁸, *PÜİS/TABGİS*¹⁹⁹ dosyalarında olduğu gibi soruşturma bildirimi, *Kastamonu Tüp*²⁰⁰, *Otokar*²⁰¹, *Hamidiye Suları*²⁰² gibi dosyalarda ilk inceleme, *Ankara Yapı Laboratuvarları*²⁰³, *Kale Pazarlama*²⁰⁴, *Lineer Aktuatör*²⁰⁵ gibi dosyalarda ise önaraştırma aşaması gibi incelemenin farklı aşamalarında kullanmıştır. *Kablo Tv Operatörleri*²⁰⁶ ve *Türk Telekom*²⁰⁷ dosyalarında raportörler tarafından soruşturma açılması kararı alınmadan önce Kanun'un 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrası hükmü uyarınca gönderilebilecek ihlale ne şekilde son verileceğine dair Kurul görüşüne uymayı tarafların taahhüt etmeleri durumunda soruşturma açılmasına gerek olmadığı önerisinin Kurul tarafından da benimsenmiş olması, açık bir hükme gerek olmaksızın taahhüdün bugün dahi uygulanabileceğinin en somut göstergesidir. Diğer taraftan Kanun Tasarısı'nda taahhüde ilişkin açık bir hükme yer verilmesi ile Kanun'un 9 uncu maddesinin yürürlükten kaldırılmasını da bu doğrultuda yorumlamak gerekmektedir.

Taahhüt mekanizmasının amacı, ABD ve AB uygulamalarında görüldüğü üzere karteller dışında kalan ihlallerin soruşturma gibi maliyetli bir süreç yerine daha etkili bir şekilde sonlandırılmasıdır ve yukarıda değinildiği gibi Kurul henüz ilk yıllarda başlamakla birlikte özellikle son yıllarda daha sık bir şekilde bazı rekabet kısıtlamalarını soruşturma sürecine girmeksizin, Kanun'un 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrasını kullanarak sona erdirmeye çalışmaktadır. 1999 yılında *Çaykur*²⁰⁸ dosyası ile henüz oldukça erken denebilecek bir zamanda kullanılmaya başlanmakla birlikte, bu kararı takibeden dört yıl boyunca soruşturma dosyaları haricinde dikkate alınmamış, ancak 2003 yılında iki, 2004 yılında yedi, 2005 yılında sekiz, 2006 yılında 11, 2007 yılında 13 ve 2008 yılında 10 dosyada başvurulmuştur.

"Soruşturmanın usul ekonomisi bakımından kamu kaynakları üzerine ağır bir yük getirmesi", "tarafların ihlal teşkil edebilecek eylemlerine derhal son vermeleri halinde elde edilecek faydalar", "soruşturma ile elde edilebilecek sonuca ulaşılabilmesi", "rekabetin korunması amacına daha kısa sürede ulaşılacağı" gibi gerekçeler yanında "teşebbüslerin ekonomik bakımdan küçük olmaları", "anlaşmanın piyasadaki etkisinin sınırlı olması", anlaşmanın uygulanmamış olması" gibi gerekçeler de dikkate alınarak Kanun'un 9 uncu maddesinin kullanılması yolu ile ihlale son verilmesi sıklıkla tercih edilse de söz konusu hükme Kurul'un yaklaşımını tam olarak açıklayan bir karara rastlanamamaktadır. İlk uygulamanın görüldüğü *Çaykur* dosyasından yaklaşık 15 ay sonra karara bağlanan ve soruşturma açılmasına dair bildirim ile birlikte Kanun'un 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca bir yazı gönderilmiş olan *PÜİS/TABGİS* dosyasında ilk kez sınırlı ölçüde de olsa bu hükme ilişkin bir değerlendirme yapılmıştır:

4054 sayılı Kanun'un "İhlale Son Verme" başlıklı 9 uncu maddesinin 3 üncü fıkrası, "Kurul, birinci fıkraya göre bir karar almadan önce ilgili teşebbüs veya

¹⁹⁸ Reklamcılar Derneği, 25.7.2002 tarih ve 02-45/530-219 sayılı karar.

¹⁹⁹ PÜİS/TABGİS, 18.9.2000 tarih ve 00-35/392-219 sayılı karar.

²⁰⁰ Kastamonu Tüp, 7.4.2005 tarih ve 05-22/259-75 sayılı karar.

²⁰¹ Otokar, 22.6.2006 tarih ve 06-45/571-155 sayılı karar.

²⁰² Hamidiye Suları, 20.5.2008 tarih ve 08-34/451-158 sayılı karar.

²⁰³ Ankara Yapı Laboratuvarları, 1.4.2004 tarih ve 04-23/251-55 sayılı karar.

²⁰⁴ Kale Pazarlama, 13.6.2005 tarih ve 05-39/548-125 sayılı karar.

²⁰⁵ Lineer Aktuatör, 8.3.2007 tarih ve 07-19/188-60 sayılı karar.

²⁰⁶ Kablo Tv Operatörleri, 25.12.2003 tarih ve 03-83/1003-405 sayılı karar.

²⁰⁷ Türk Telekom, 8.1.2004 tarih ve 04-01/27-9 sayılı karar.

²⁰⁸ Çaykur, 22.6.1999 tarih ve 99-31/277-167 sayılı karar.

teşebbüs birliklerine ihlale ne şekilde son vereceklerine ilişkin görüşlerini yazılı olarak bildirir." hükmünü içermektedir.

Kurul'un 9/3 üncü madde kapsamında bildireceği "yazılı görüş", Kanun'un 51/3 maddesi hükmünde yer alan "tavsiye niteliğindeki kararlar" arasına girmektedir. Başka bir ifadeyle, mezkur maddede yer alan "yazılı görüş"ün işlevi, ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine yapılan bir "işbirliği çağrısı" ve "tavsiye" niteliğindedir. Bu nedenle, her ne kadar söz konusu maddenin sonunda "bildirir" ifadesi yer alsa da, her olayda Kurul'un 9/3 üncü maddesi kapsamında yazılı görüş bildirmek zorunda olması söz konusu değildir.

Soruşturma kapsamında gerçekleştirilmiş olan bir uygulamaya ilişkin olan bu değerlendirme, Kurul'un sonraki uygulamalarını açıklamaktan uzaktır. Kurul'un bu konuya ilişkin en kapsamlı değerlendirmesi ise *MAİS*²⁰⁹ dosyasında karşımıza çıkmaktadır. Hakkında soruşturma yürütülen teşebbüsün savunmasında Kanun'un 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca bir yazı gönderilmesi gerektiğini ileri sürmesi nedeniyle, bu maddenin amacı ve uygulanması üzerine kapsamlı ve *PÜİS/TABGİS* kararından farklı bir değerlendirme ile AB uygulamalarıyla paralellik kurularak görüşümüzü doğrulayacak şekilde ve sonraki uygulamaların bir ölçüde kaynağını teşkil ederek, söz konusu hükmün soruşturmaya alternatif olarak kullanılabileceğine dair bir çizgi benimsenmiştir. Kanun'un 9 uncu maddesinin kaynağının 17 sayılı Tüzüğün 3 üncü maddesinde aynı başlıkla düzenlenen ihlale son verme maddesi olduğu ve son fıkra hariç neredeyse aynen tercüme niteliği taşıdığını belirten Kurul, Kanun'un 9 uncu maddesinin son fıkrasının ise, AT Hukukuna Avrupa Topluluğu Adalet Divanı'nın *Camera Care*²¹⁰ davasında vermiş olduğu karar ile girmiş olan ihtiyati tedbir kararının bir yansıması olarak aktarıldığı değerlendirmesini yapmıştır. Kararda *Camera Care* davasına ilişkin olarak kısaca bilgi verildikten sonra 9 uncu maddenin üçüncü fıkrasının uygulanmasına ışık tutacak nitelikte şu değerlendirmenin yapıldığı görülmektedir:

Görüldüğü üzere ATAD'ın yorumu herhangi bir tartışmaya yer vermeyecek ölçüde açık ve kesindir. Buna göre 4054 sayılı Kanun'un 9(3) üncü maddesine kaynaklık teşkil eden AT'nin 17 sayılı Tüzüğü'nün 3(3) üncü maddesi, Komisyon'un bağlayıcı bir karar almadan olayı çözenin çeşitli nedenlerle daha etkin olacağını düşündüğü hallerde, ihlale nasıl son verileceğine ilişkin tavsiyelerini taraflara iletmek suretiyle dosyayı kapatma yetkisinin saklı olduğu, ancak bunun bir zorunluluk olmadığı biçiminde yorumlanmaktadır. Rekabet Kanunu'nun 9(3) üncü maddesinin de aynı doğrultuda yorumlanmasının doğru olacağı düşünülmüştür.

PÜİS/TABGİS ile MAİS kararları arasındaki yaklaşım farklılıkları ve Kablo Tv Operatörleri, Türk Telekom, Kale Pazarlama, Bilişim Ürünleri gibi kararlarda taahhüt ibarelerine vurgu yapılması Kanun'un 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrasının taahhüt mekanizması olarak kullanılabileceğinin açık göstergeleridir. Ancak gerek burada değinilen kararlar gerekse aşağıda yer verilen farklı uygulama örnekleri bu konuda net bir yaklaşımın olmadığını göstermektedir.

İzlenecek yöntemin ne olacağına ise iki farklı şekilde cevap vermek mümkündür. Bunlardan birincisi önaraştırma aşamasında, ihlal teşkil edebilecek davranışların saptanması

²⁰⁹ MAİS, 2.11.2000 tarih ve 00-42/453-247 sayılı karar.

²¹⁰ Case 792/79 R. Order of the Court of 17 January 1980. Camera Care Ltd v Commission of the European Communities.

durumunda, teşebbüslerden taahhüt alınarak daha kısa sürede ve daha etkili bir sonuç alınabileceği kanaatine ulaşıldığı hallerde, raportörler ile incelemeye konu teşebbüs/teşebbüs birliği yetkililerinin görüşmek suretiyle ihlale ne şekilde son verileceğine dair ilgili taraflardan alınacak taahhütlerin önaraştırma raporu ile birlikte Kurul'a sunulması ve Kurul tarafından konunun karara bağlanması ile sürecin tamamlanmasıdır.

Bu duruma ilişkin verilebilecek örnek *Kale Pazarlama* dosyasıdır. Söz konusu dosyada, raportörler önaraştırma sırasında ihlal teşkil edebileceği kabul edilen hususlara ilişkin olarak Kanun'un 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca Kale grubu vekili ile görüşmüşler, müvekkil şirket yetkililerinin de onayı alınarak kabul edilen bazı koşulların yerine getirilmesi halinde Kale Seramik ve Kalekim unvanlı teşebbüslere soruşturma açılmayabileceği önerisi ile Kurul'a gitmişlerdir. Bu görüş Kurul tarafından da benimsenmiş ve 60 günlük süre içerisinde öngörülen düzeltmelerin yapılarak Kurum'a bildirilmesi halinde soruşturma açılmayacağına karar verilmiştir.

Getirilebilecek koşulların karşılıklı görüşme ile belirlenmesi gibi avantajları bulunmasına karşın mevcut uygulamada bu yöntem *Kale Pazarlama* dosyası ile sınırlı kalmış ve *Çaykur*, *Kablo Tv Operatörleri*, *Türk Telekom*, *Padok Turizm I*²¹¹, *Kuralkan*²¹², *Giresun Eczacı Odası*²¹³ gibi örneklerde görüldüğü üzere esas olarak Kurul'un öngördüğü koşulların teşebbüs/teşebbüs birliklerine bildirilmesi ve belirli bir süre verilerek geri bildirimde bulunulması yöntemi kullanılmıştır²¹⁴. Burada Kurul önaraştırma raporunun ardından ihlale ne şekilde son verileceğine dair önerilerini bir ara kararı almak suretiyle hakkında önaraştırma yürütülen teşebbüs/teşebbüs birliklerine bir yazı ile bildirir ve bu koşulların yerine getirilmesi veya getirileceğine dair taahhütte bulunulması halinde dosya nihai karar ile kapatılabilir. Bu yolun benimsenmesi, Kurul'un dosya konusuna ilişkin olarak raportörlerden farklı bir değerlendirme yapması halinde, önaraştırma sırasında gereksiz yere taahhüt alınmasını önleyebilecektir.

Bu yolun örnekleri *Kablo Tv Operatörleri* ve *Türk Telekom* kararlarında karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu kararlardan ilkinde "ortada bir zorunluluk bulunmamasına karşın kullanıcıları uç cihazlarını kendilerinden temin etmek zorunda bırakmaları ve bu durumun operatörler tarafından sağlanan cihazlara rakip cihazların satışı önünde engel teşkil etmesi" gerekçeleriyle kablo operatör firmaları Aktif Kablo, İnteraktif, Kablonet ve Topaz hakkında soruşturma açılabilmesi kanaatine varılmış, ancak açılması olası bir soruşturma sonunda alınacak kararın etkileri, usul ekonomisi, tarafların ihlal teşkil edebilecek eylemlerine derhal son vermeleri halinde elde edilecek faydalar dikkate alınarak taraflara Kanun'un 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca bahse konu uygulamalara son verilmesi yönünde yazılı görüş gönderilmesine karar verilmiş ve yazılan yazılar üzerine adı geçen teşebbüslerce kararda belirtilen hususların kabul edildiğinin ve buna uygun uygulamalara başlanıldığının bildirilmesi üzerine soruşturma açılmasına gerek bulunmadığına karar verilmiştir.

Türk Telekom dosyasında ise Türk Telekomünikasyon A.Ş. (TTAŞ)'nin internet erişim hizmetleri piyasasındaki faaliyetlerinin rekabet koşullarını bozduğu iddiası üzerine yürütülen önaraştırma sonucunda, raportörlerin TTAŞ'nin davranışlarının ihlal teşkil edebileceği ve bu nedenle soruşturma açılabilmesi *ancak soruşturmanın usul ekonomisi bakımından kamu*

²¹¹ Padok Turizm I, 15.9.2005 tarih ve 05-58/858-233 sayılı karar.

²¹² Kuralkan, 27.5.2008 tarih ve 08-35/462-162 sayılı karar.

²¹³ Giresun Eczacı Odası, 7.6.2006 tarih ve 06-41/512-134 sayılı karar.

²¹⁴ *Bilişim Ürünleri*, *Yurtdışı Eğitim*, *JTI Tütün Ürünleri* gibi birçok dosyada görüldüğü üzere Kurul'un herhangi bir süre vermeksizin de belirli koşullar getirdiği kararları olduğu belirtilmelidir.

kaynakları üzerinde ağır bir yük getirdiği göz önünde bulundurulduğunda, TTAŞ'nin soruşturma açılması kararı alınmadan önce Kanun'un 9/3. maddesi hükmü uyarınca gönderilebilecek "ihlallere son verilmesi yönünde Kurul Görüşü"ne uymayı taahhüt etmesi durumunda, ayrıca soruşturma açılmasına gerek olmadığı, yönündeki görüşünün Kurul tarafından benimsenmesi ile ihlale ne şekilde son verileceğine ilişkin TTAŞ'ye bir yazı yazılarak 30 gün içinde öngörülen hususların yerine getirilerek tevsik edilmesi aksi takdirde soruşturma açılacağı bildirilmiştir. TTAŞ, süresi içinde verdiği cevapta ve bu cevabın ardından gönderdiği açıklayıcı nitelikte iki yazıda, sorunlu olarak görülen alanlardan biri olan internet toptan erişimine yönelik olarak iki ayrı çözüm önerisinde bulunmuş ve söz konusu önerilere ilişkin olarak raportörler tarafından Tüm İnternet Derneği'nin görüşü alınmak ve bazı teknik araştırmalar yapılmak suretiyle hazırlanan Bilgi Notu çerçevesinde Kurul'un nihai görüşü oluşturulmuş ve TTAŞ hakkında soruşturma açılmasına gerek olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Kendilerine göre avantajları ve dezavantajları bulunan her iki yöntemin de sonucu itibarıyla taahhüt mekanizmasını uygulamaya elverişli olduğu görülmekle birlikte, Kurul'un bu konuda istikrarlı bir çizgi izlemediği ve çelişkili uygulamalarda bulunduğu belirtilmelidir. Örneğin *Bilişim Ürünleri*²¹⁵ dosyasında, bilişim ürünlerinin toptan satışı pazarında yürütülen önaraştırma sonucunda hazırlanan raporun görüşüldüğü 8.4.2004 tarihli Kurul toplantısında alınan ara karar ile önaraştırmaya konu teşebbüslerin rekabeti kısıtlayıcı nitelikteki anlaşmalara ve girişimlere derhal son vermeyi taahhüt etmeleri halinde haklarında soruşturma açılmayacağına Kanun'un 9 uncu maddenin üçüncü fıkrası uyarınca bildirilmesine karar verilmiştir. Söz konusu kararda teşebbüslere süre verildiğine ilişkin olarak herhangi bir açıklık olmamakla birlikte, teşebbüslerin 27.4.2004-13.5.2004 tarihleri arasında göndermiş oldukları yazılarda kendilerine bildirilen görüş yazısı doğrultusunda hareket edeceklerine dair taahhütte bulunmaları üzerine soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar verilmiştir. Buna karşılık *Bilişim Ürünleri* dosyası ile benzer özellikler gösteren *Yurtdışı Eğitim*²¹⁶ dosyasında, önaraştırmaya konu teşebbüslerden taahhüt alınmaksızın 9 uncu maddenin üçüncü fıkrası uyarınca fiyatlara yönelik bilgileri paylaşmamaları ve piyasanın işleyişini etkileyecek nitelikteki her türlü toplantı ve görüşmelere son vermeleri aksi halde haklarında işlem başlatılacağına dair görüş gönderilmesine karar verilmiş olması bu çelişkili uygulamanın somut bir örneğidir.

Bu kararlara Kanun'un 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrasına giderek daha çok başvurulması ile ortaya çıkan yaklaşım ve kullanım farklılıkları da eklenince konu daha da karışık hale gelmektedir. Zira Kurul bu fıkraı yukarıdaki örneklerde görüldüğü gibi taahhüt mekanizması olmasının yanında teşebbüsleri uyarmak için de kullanmaktadır. Örneğin *Fida Film I*²¹⁷ dosyasında, bir ihlalin varlığına yönelik olarak herhangi bir değerlendirme yapılmamasına karşın, "perde reklamcılığı pazarı"nda faaliyet gösteren tek teşebbüs olan Fida Film'e yazı yazılmasına şu gerekçeyle karar verilmiştir: *Pazarda faaliyet gösteren tek firma olması sebebiyle Fida Film'in eşit durumdaki teşebbüsler arasında ayrımcılık yapması veya teşebbüslere fahiş fiyatlardan hizmet sunması, bir sinema salonuna hizmet sunarken aynı koşullardaki bir başka salona reklam sağlamaması ya da orantısız koşullar karşılığında bu*

²¹⁵ Bilişim Ürünleri, 20.5.2004 tarih ve 04-36/414-105 sayılı karar.

²¹⁶ Yurtdışı Eğitim, 11.4.2007 tarih ve 07-31/325-120 sayılı karar. Bu dosyada da *Bilişim Ürünleri*'nde olduğu gibi usul ekonomisi ve rekabetin etkin bir şekilde sağlanması gerekçelerine vurgu yapılmıştır.

²¹⁷ Fida Film I, 15.11.2006 tarih ve 06-84/1069-311 sayılı karar. 4.7.2007 tarih ve 07-56/637-219 sayılı *Fida Film II* dosyasında ise Adana'da faaliyet gösteren Odeon tarafından yapılan şikayet üzerine alınan kararda şikayetin reddine karar verilirken, Fida film'in 9 uncu maddenin üçüncü fıkrası uyarınca alınan karardan sonra sözleşme teklif etmiş olması da dikkate alınmıştır.

hizmeti sağlaması, 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi çerçevesinde yasaktır. Fida Film'e bu hususları dikkate alması gerektiğini bildirmek bakımından Kanun'un 9. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca bir yazı yazılması gerektiği kanaatine ulaşılmıştır.

Esasen Kurul'un 9 uncu maddenin üçüncü fıkrasını taahhüt mekanizması olarak kabul edip etmediğine ilişkin tereddütler yukarıda adı geçen ilk dosyaların hemen ardından verilen kararlar ile başlamaktadır. *Çaykur* dosyasında soruşturma açmak yerine ihlal olarak nitelendirilebilecek hususların verilen süre içerisinde değiştirilerek Kurul'a bildirilmesi yolu ile dosyanın kapatılmasını tercih eden Kurul, *Kablo Tv Operatörleri* ve *Türk Telekom* dosyalarında taahhüt alarak dosyayı kapatmıştır. Bu kararların hemen ardından gelen *JTI Tütün Ürünleri*²¹⁸, *Philip Morris/BTA*²¹⁹, *Konya Sürücü Kursları I*²²⁰ ve *Ankara Yapı Laboratuvarları* dosyalarında tekrar *Çaykur* çizgisine geri dönmüş hatta bir adım geri giderek herhangi bir süre ve geri bildirim koşulu öngörmeksizin belirli davranışların yapılması ile dosyaları kapatmıştır. Bu kararları, tekrar *Kablo Tv Operatörleri* çizgisinde kabul edilebilecek *Bilişim Ürünleri* dosyası izlerken, ondan yaklaşık bir ay sonra gelen *Ankara Kitap Dağıtım*²²¹ dosyasında raportörlerin taahhüt alınıp alınmadığına ilişkin görüşüne karşın sadece, "sözü edilen anlaşmalara ve girişimlere derhal son vermeleri gerektiğinin, aksi takdirde 4054 sayılı Kanun çerçevesinde haklarında soruşturma açılacağı, anılan teşebbüslere 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca bildirilmesine" karar vermiştir. Bu karardan sonra, bugüne kadar sadece *Kale Pazarlama* dosyasında taahhüt ifadesi kullanılmış ve artık bir daha *Kablo Tv Operatörleri* noktasına geri dönmeksizin *Çaykur* ile *Ankara Kitap Dağıtım* çizgilerinde kararlar alınmıştır. Birbirine benzer nitelikteki bu dosyalarda görülen yaklaşım farklılıkları; Kurul'un Kanun'un 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrasını taahhüt uygulaması olarak görüp görmediğine dair tereddüt oluşturduğu gibi, gerek Kurul kararlarında ve karşı oy yazılarında yer alan ifadelerden gerekse teşebbüslerin davranışlarından ihlale son vermek noktasında etkili bir uygulama olduğu anlaşılan söz konusu hükmün caydırıcılığını da zayıflatmaktadır.

Bu noktada önerimiz, Kanun'un mevcut durumu bakımından, 9 uncu maddenin üçüncü fıkrasının uygulanmasına ilişkin dosyalarda, ucu açık bir şekilde öngörülen değişikliklerin yapılması şeklinde bir yazı yazılması yerine, yukarıda verilen uygulamaya ilişkin ilk örneklerde olduğu gibi teşebbüs/teşebbüs birliklerinden alınacak taahhütlerle konunun sonuçlandırılmasının yerinde ve daha etkili bir yaklaşım olacağıdır. Diğer taraftan gündemde bulunan Kanun Tasarısı'nda da taahhüdün hangi aşamada alınacağına dair herhangi bir açıklık bulunmadığı için izlenecek yönteme ilişkin tercihimizin *Kale Pazarlama* örneğinde olduğu üzere önaraştırma aşamasında, raportörlerin teşebbüs/teşebbüs birliği yetkilileri ile görüşerek getirilebilecek taahhütleri rapor ile birlikte Kurul'a sunmaları olduğu belirtilmelidir.

Açık bir hükmün yokluğuna karşın Kanun'un bugünkü hali ile de taahhüt mekanizmasının uygulanabileceğine dair bir başka gerekçe ise 16 ncı ve 17 nci maddelerde taahhüde uymamaya bağlanan cezai sonuçlar olmasıdır. Kanun'un 5728 sayılı Kanun ile değişik 16 ncı maddesinin beşinci fıkrasında para cezaları belirlenirken dikkate alınacak hususlar arasında "verilen taahhütlere uymaması" hali yer alırken, "Nispi idari para cezaları" başlığını taşıyan 17 nci maddenin birinci fıkrasının (a) bendinden de verilen taahhütlere uyulmaması halinde süreli para cezaları uygulanabileceği hükme bağlanmıştır. Değişiklikten önce yaptırım uygulanıp uygulanmayacağı açık olmamakla birlikte, artık taahhütlerin yerine

²¹⁸ JTI Tütün Ürünleri, 3.3.2004 tarih ve 04-18/152-34 sayılı karar.

²¹⁹ Philip Morris/BTA, 3.3.2004 tarih ve 04-18/153-35 sayılı karar.

²²⁰ Konya Sürücü Kursları I, 3.3.2004 tarih ve 04-18/154-36 sayılı karar.

²²¹ Ankara Kitap Dağıtım, 24.6.2004 tarih ve 04-43/533-130 sayılı karar.

getirilmemesi halinde özellikle süreli para cezasına ilişkin hükmün işletilebileceği düşünülmektedir.

Kanun'un 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca bir yazı gönderilmesi halinde yaptırım uygulanıp uygulanamayacağı belirli ölçüde değişiklikten önce de tartışılmıştır. Nitekim *Çaykur* dosyasında önaraştırma sonucunda, soruşturma açılması yerine, incelemeye konu sözleşmeler ile protokolün 4054 sayılı Kanun ile öngörülen rekabet kuralları ile çelişen hükümlerinin düzeltilmesini teminen 60 gün süre verilmesine ve öngörülen düzeltmeler yapılmadan uygulamaya devam edilmesi halinde haklarında soruşturma açılacağı ve aynı Kanun'un "Süreli Para Cezaları" başlıklı 17 nci maddesinin (a) bendinin tatbik edileceğinin bildirilmesine karar verilmiştir. Görüldüğü üzere, öngörülen değişikliklerin yapılmaması halinde soruşturma açılmasının yanında süreli para cezasının da verilebileceği açıkça belirtilmiştir. Buna karşılık Kurul *PÜİS/TABGİS* kararında bu durumun tam tersini savunmuştur:

4054 sayılı Kanun'un süreli para cezalarına ilişkin 17 nci maddesinin (a) bendinde, "9 uncu maddeye göre verilen ihlale son verilmesine ve diğer tedbirlere ilişkin karara uyulmaması halinde..." ifadeleri yer almaktadır. Bu ifadede öngörülen "kararlar" ile 9 uncu maddenin son fıkrasında yer alan "geçici tedbirler" kastedilmekte, 9 uncu maddenin 3 üncü fıkrasında yer alan "yazılı görüş" ise kapsam dışında bırakılmaktadır. Dolayısıyla, ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine bildirilen yazılı görüşe uyulmaması durumunda, 4054 sayılı Kanun'un öngördüğü her hangi bir yaptırım mevcut değildir. Bununla birlikte, Kanun'un 16 ncı maddesi uyarınca verilecek para cezalarında dikkate alınacak unsurlar arasında "kastın varlığı" unsurunun da yer aldığı noktasından hareketle, tarafların kendilerine bildirilen yazılı görüşe uymamaları, "kastın varlığı" şeklinde değerlendirilerek verilecek cezada ağırlaştırıcı sebep olarak kullanılabilir.

9/3 madde uyarınca bildirilen yazılı görüşe uyulması için öngörülmüş her hangi bir süre Kanun'da yer almamaktadır. Ancak bu durum, Kurul'un yazılı görüşünü bildirirken herhangi bir süre öngörmesine engel değildir.

Kurul'un yazılı görüş bildirmesi üzerine ilgili tarafın ya da tarafların ihlali durdurması durumunda, ihlalin sona erdiği tarihe kadar geçen süre için para cezası uygulanması söz konusu olabilecektir ki, bu da konuya ilişkin bir nihai kararın verilmesini gerektirmektedir. Ayrıca, ceza uygulanmasının söz konusu olmadığı durumlarda da, görüş yazısı doğrultusunda ihlalin sona erdirildiğinin Kurul tarafından tespit edilerek bir nihai karara bağlanması gerekmektedir.

Ancak *PÜİS/TABGİS* kararının *Çaykur* çizgisini değiştirdiğini söylemek mümkün değildir. Zira Kurul daha sonra aldığı *Philip Morris/BTA*, *JTI*, *Padok Turizm I* gibi kararlarda görüldüğü üzere, öngörülen değişikliklerin gerçekleştirilmemesi veya ihlale son verilmemesi halinde soruşturma açılacağı ve 16 ncı ve 17 nci maddeler uyarınca işlem yapılacağını hükme bağlamıştır. Her ne kadar Kurul'un son zamanlardaki kararlarında cezaya ilişkin hükümlere atıfta bulunulmaksızın "4054 sayılı Kanun uyarınca işlem başlatılacağı" ifadesinin kullanılması ağırlık kazansa da *Kuralkan* gibi örneklerde 16 ncı ve 17 nci maddelerin uygulanacağını belirtmesi taahhütlere uyulmaması durumunda yaptırım uygulanabileceğinin göstergesidir.

Bu noktada karışıklığa neden olan bir başka durumun ise 9 uncu maddenin üçüncü fıkrası uyarınca gönderilen kararlara uyulmasına karşın yaptırım uygulanması olduğu belirtilmelidir. Zira *PÜİS/TABGİS* dosyasında hakkında soruşturma yürütülen teşebbüs birliği ihlale son verilmesine dair karara uymasına karşın ceza almaktan kurtulamamıştır. Buna karşılık *Reklamcılar Derneği* dosyasında da 9 uncu maddenin üçüncü fıkrası uyarınca bir yazı gönderildiği belirtilmekte, ancak bu görüş yazısına uyulmadığına dair ifadeler bulunmasına karşın ceza takdirinde bu duruma atıfta bulunulmamaktadır. Diğer taraftan *Warner Bros*²²² dosyasında, hakkında soruşturma yürütülen Warner Bros'un soruşturma bildirimini Kanun'un 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca ihlale son verilmesine ilişkin görüş yazısı olarak kabul ederek buna uygun davranması ve soruşturmayı takiben, izleyecekleri yöntemler ve taahhütleri soruşturmanın sona erdirilmesini sağlamamış ancak cezanın takdirinde dikkate alınmıştır.

Buraya kadar olan bölümde açık bir hükmün yokluğuna karşın, Kanun'un 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrasının ABD ve AB örneklerinde olduğu gibi taahhüt mekanizması olarak kullanılabileceği ve verilen taahhütlere uyulmaması halinde de yaptırım uygulanabileceği gösterilmiştir. Bundan sonra ise Kurul'un 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrasına ilişkin uygulamalarının ABD ve AB uygulamaları ile karşılaştırması yapılarak gerek Kanun'un mevcut halinde gerekse Kanun Tasarısı'nda yer verilen taahhüde ilişkin hükmün kabul edilmesi halinde uygulamada dikkat edilmesi gereken hususların neler olduğuna dikkat çekilmeye çalışılacaktır.

Öncelikle ABD ve AB uygulamalarında taahhüt mekanizmasının kartellere uygulanmadığı, en ciddi rekabet kısıtlaması olarak kabul edilen bu tür ihlaller bakımından uzlaşma mekanizmasının kullanıldığı görülmektedir. Ancak Kurul, Kanun'un 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrasını kartel olarak nitelendirilebilecek dosyalarda dahi kullanmaktadır. *Bilişim Ürünleri*, *Ankara Kitap Dağıtım*, *Ankara Yapı Laboratuvarları*, *Kastamonu Tüp*, *Dizi Yapımcıları*²²³, *Padok Turizm I ve II*²²⁴, *Alanya Tekne Turu*²²⁵, *Yurtdışı Eğitim*, *Denizli Dershane*²²⁶, *Tokat Akaryakıt İstasyonları*²²⁷, *Atık Ambalaj*²²⁸, *Adana Otobüs*²²⁹ kararları fiyat anlaşması, pazar ve müşteri paylaşımı gibi kartel unsurları içeren konularda 9 uncu maddenin üçüncü fıkrasının uygulandığı kararlardır. Genel olarak bölgesel pazarlarda gerçekleşmesi nedeniyle soruşturma gibi maliyetli bir sürece girmek yerine Kurul tarafından; “anlaşmanın piyasada uygulanmamış olması ve dolayısıyla gerçekleştirilmeye çalışılan eylemin pazarda herhangi bir etki doğurmamış olması”, “anlaşmaya taraf olan teşebbüslerin ekonomik bakımdan küçük olmaları ve anlaşmanın piyasada hiç uygulanmamış olduğu”, “uygulamanın çok yeni olması”, “anlaşmanın kısa bir süre uygulanmış olması” gibi gerekçeler de kullanılmak suretiyle dosyanın kapatılması yoluna gidilmektedir. Özellikle sürücü kursları, ekmek ve yolcu taşımacılığı gibi pazarlarda gerçekleştirilen ihlallere yönelik yürütülen soruşturmanın, toplumun hayatına doğrudan etki eden konulara ilişkin olması nedeniyle Kurumun saygınlık, bilinirlik ve toplumsal destek kazanmasına katkı sağlayacağı açıktır. Ancak bölgesel özellik gösteren bu tür pazarlara müdahale edilmesinin, sadece yolcu taşımacılığı pazarında yapılan şikâyetler göz önüne alındığında dahi, Kurumun kaynaklarının tamamının tahsis edilmesi halinde bile mümkün olamayacağı bir gerçektir. Nitekim bu durum

²²² Warner Bros, 24.3.2005 tarih ve 05-18/224-66 sayılı karar.

²²³ Dizi Yapımcıları, 28.7.2005 tarih ve 05-49/710-195 sayılı karar.

²²⁴ Padok Turizm II, 2.3.2006 tarih ve 06-16/189-49 sayılı karar.

²²⁵ Alanya Tekne Turu, 22.6.2006 tarih ve 06-45/570-154 sayılı karar.

²²⁶ Denizli Dershane, 9.5.2007 tarih ve 07-39/420-166 sayılı karar.

²²⁷ Tokat Akaryakıt İstasyonları, 13.12.2007 tarih ve 07-90/1162-454 sayılı karar.

²²⁸ Atık Ambalaj, 5.6.2008 tarih ve 08-37/498-179 sayılı karar.

²²⁹ Adana Otobüs, 23.10.2008 tarih ve 08-60/963-381 sayılı karar.

nedeniyle çelişkili kararlar ortaya çıkmaktadır. Örneğin yolcu taşımacılığı pazarında *Bartın Otobüs*²³⁰, *Sakarya Otobüs*²³¹, *Konya Otobüs*²³², *Kastamonu Otobüs*²³³ gibi ceza uygulanan dosyalar yanında, *Adana Otobüs* örneğindeki gibi bir 9 uncu madde uygulaması ve çok sayıda reddedilen şikayet bulunmaktadır.

Bu gerçek nedeniyle Kurul'un bu tür kartel dosyaları bakımından Kanun'un 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrasını kullanmaya yönelmesinin bazı sakıncalarına dikkat çekilmelidir. Bunların en başında bazı dosyalarda kartelin varlığını gösteren açık belgelere karşın soruşturma açılmaması ile ortaya çıkan çelişkinin, büyük kartel dosyalarında teşebbüsler tarafından savunma olarak ileri sürülmesi gelmektedir. Yine gerekçelerde yer verilen "ortaya çıkan zararın büyük olmaması", "anlaşmanın uygulanmamış olması" şeklindeki ifadeler de kartellerin *per se* yasak kabul edilmesi bakımından bir çelişkiye neden olmaktadır. Bir diğer sakınca ise yukarıda değinilen, bu tür dosyaların kendi içerisinde dahi çelişkili kararların alınmasına yol açmasıdır. Bu sakıncalar dikkate alındığında her ne kadar belirli faydaları sağlasa da söz konusu dosyalara yönelik olarak tutarlı bir yaklaşım benimsenmesi ve diğer kararlarla oluşan çelişkinin giderilmesi bakımından Kanun'un 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrasının uygulanması yerine, diğer rekabet otoritelerinin bu tür konuları *prosecutorial discretion* kapsamında değerlendirmesi örneğinde olduğu gibi takdir yetkisinin kullanılarak konunun tamamen inceleme dışında tutulması; *Bilişim Ürünleri*, *Yurtdışı Eğitim* gibi dosyalar bakımından ise soruşturma açılarak teşebbüslerle uzlaşma yolu ile dosyanın sonuçlandırılması yoluna gidilmesi daha uygun olacaktır.

Taahhüt mekanizmasına ilişkin ABD ve AB uygulamalarında görülen bir diğer husus ihlal bulgusunun kesin bir dille yapılmamasıdır. Her iki rejimde de özellikle özel hukuka ilişkin sonuçların önlenmesi bakımından ihlalin varlığına ilişkin olarak kesin bir belirleme yapılmamaktadır. Zira özel hukuk uygulamasının yaygın olarak kullanıldığı ABD'de taahhüt kararlarında, tazminat davalarını tetikleyerek teşebbüsleri caydırıcı olabileceği için söz konusu davranışın ihlal olduğuna dair kesin bir dil kullanılmasından kaçınılmaktadır. Böyle bir durumda, taahhüt kurumundan beklenen faydaların ortaya çıkmayacağı açıktır. İhlale dair kesin bir dil kullanılmasının, bir diğer deyişle ihlal bulgusu yapılmasının bir diğer sakıncası ise taahhütte bulunan teşebbüs tarafından daha sonra başka bir ihlal gerçekleştirilmesi halinde, tekerrür nedeniyle cezanın artırılması riskinin ortaya çıkmasıdır. Zira Ceza Yönetmeliği'nde tekerrür halinde temel cezanın yarısından bir katı oranına kadar artırılması gibi ağır sonuç, öngörülmüştür ve bu hüküm uygulanması için sadece ihlal bulgusunun yapılmış olması yeterlidir. Buna karşılık Kurul'un 9 uncu maddenin üçüncü fıkrasını uyguladığı kararlara bakıldığında bazılarında ihlalin varlığına ilişkin kesinlik derecesinde ifadelerin mevcut olduğu, bazı kararlarda ise "ihlal olabilir" gibi daha esnek ifadelerin kullanıldığı görülmektedir. Yukarıda yer verilen kartel kararlarının yanında, *Çaykur*, *JTI Tütün Ürünleri*, *Philip Morris/BTA*, *İstanbul Fotoğrafçılar Odası*²³⁴, *Giresun Eczacı Odası*, *Otokar*, *Adana Eczacı Odası I*²³⁵, *Hamidiye Suları*, *Kuralkan*, *Tekhnelogos*²³⁶, *Eskişehir Fotoğrafçılar*²³⁷, *Türk Eczacılar Birliği*²³⁸ kararları bu şekilde kesin olarak ihlal bulgusunun yapılmasının ardından 9 uncu maddenin üçüncü fıkrası uyarınca görüş yazısı yazılmasının yeterli olacağı

²³⁰ Bartın Otobüs, 26.12.2006 tarih ve 06-94/1191-357 sayılı karar.

²³¹ Sakarya Otobüs, 25.7.2006 tarih ve 06-55/713-203 sayılı karar.

²³² Konya Otobüs, 18.08.2004 tarih ve 04-55/751-188 sayılı karar

²³³ Kastamonu Otobüs, 09.02.2006 tarih ve 06-11/143-33 sayılı karar

²³⁴ İstanbul Fotoğrafçılar Odası, 22.5.2006 tarih ve 06-35/439-111 sayılı karar.

²³⁵ Adana Eczacı Odası I, 28.9.2006 tarih ve 06-67/900-257 sayılı karar.

²³⁶ Tekhnelogos, 11.9.2008 tarih ve 08-52/791-320 sayılı karar.

²³⁷ Eskişehir Fotoğrafçılar, 18.9.2008 tarih ve 08-54/859-345 sayılı karar.

²³⁸ Türk Eczacılar Birliği, 27.11.2008 tarih ve 08-67/1095-427 sayılı karar.

sonucuna ulaşılan kararlardır. Yukarıda yer verilen sakıncalar bağlamında, ABD ve AB uygulamalarına paralel olarak, gerek Kanun'un 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrasının taahhüt mekanizması olarak kullanılmasına yönelik dosyalarda, gerekse Kanun Tasarısı'ndaki taahhüde ilişkin hükmün yasalaşması halinde ihlalin varlığına ilişkin olarak kesin bir dil kullanılmaması uygun olacaktır.

Taahhüt uygulaması bakımından dikkat edilmesi gereken bir başka konu ise incelemenin aşamasına ilişkindir. Yapılan bir önaraştırma sonucunda verilen *DHMI-I*²³⁹ kararının ardından tekrar gündeme gelen bir konu üzerine alınan *DHMI-II*²⁴⁰ kararı bir kenara bırakılırsa aralarında *Kastamonu Tüp*, *Konya Tüp*²⁴¹, *Tekstil Makineleri Fuarı*²⁴², *İstanbul Fotoğrafçılar Odası*, *Otokar*, *Adana Eczacı Odası I*, *Uşak Kahveciler Odası*²⁴³, *Konya-Karapınar Otobüs*²⁴⁴, *Hamidiye Suları*, *Türk Eczacılar Birliğı* gibi kararlarında olduğı 18 dosyada ilk inceleme aşamasında 9 uncu maddenin üçüncü fıkrasının uygulanması yolu ile dosyanın sonuçlandırılması tercih edilmiştir²⁴⁵. Bilindiğı üzere ilk inceleme olarak ifade edilen aşama 4054 sayılı Kanun'da mevcut değildir ve esas itibariyle şikâyet veya ihbar dilekçesinde yer alan veriler ve Kanun'un 14 ve 15 inci maddelerinde düzenlenmiş olan yetkiler kullanılmaksızın elde edilmiş olan bilgiler ışığında dosya sonuca bağlanmaktadır. Henüz inceleme konu davranışa ilişkin olarak açık bir tespitin yapılmadığı, yeterli inceleme olanaklarına sahip olunmayan bir safhada bu yetkinin kullanılmasının doğru olmadığı belirtilmelidir. Zira bu tür kararların teşebbüslere varlığı belirsiz veya ihlal niteliğı muğlak olan bir davranış için gereğinden fazla bir yük getirilmesi gibi hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurması ihtimal dahilindedir. Bu konuda verilebilecek ilk örnek *Adana Eczacı Odası I* ve *II* dosyalarıdır. *Adana Eczacı Odası I* dosyasında Kanun'un 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca görüş yazısı gönderilmiş, ancak Adana Eczacı Odası'nın bu yazıya karşılık gönderdiği yazıda, şikâyet konu uygulamanın Sağlık Bakanlığı Genelgeleri, Maliye Bakanlığı'nca yayımlanan ilgili Tedavi Yardımı Tebliğı ve TEB Merkez Heyeti'nin Sosyal Güvenlik Kuruluşları ile yaptığı sözleşmelerin gereğı olduğunun ileri sürülmesi üzerine, söz konusu yazının gereğinin yapılmaması nedeniyle önaraştırma açılmış ve *Adana Eczacı Odası II*²⁴⁶ dosyasında önaraştırma aşamasında Adana Eczacı Odası yetkililerinin Kurul'un aksine hükmetmesi halinde uygulamaya son vereceklerini raportörlere belirtmeleri üzerine bu kez 9 uncu maddenin üçüncü fıkrasına atıfta bulunulmaksızın ihlal teşkil edebilecek uygulamalara son verilmesi yönünde yazı yazılmasına karar verilmiştir.

Diğer yandan bu şekilde ilk inceleme aşamasında bu yola gidilmesi çelişkili uygulamaların da ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Örneğın *Amasya Kuyumcular*²⁴⁷ dosyasında Amasya Kuyumcular Derneğı'nin internet sitesinde dernek fiyatları başlığı altında tavsiye veya maksimum nitelikte olduğuna dair herhangi bir ibareye yer verilmeksizin altın alış ve satış fiyatlarına ilişkin olarak, Kanun'un 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca yayımlanan listenin tavsiye veya maksimum fiyat niteliğı taşıdığını açıkça ortaya koyan bir ifadenin 30 gün içinde internet sitesinde yayımlanarak Kuruma tevsik edilmesi yönünde görüş

²³⁹ DHMI-I, 4.7.2007 tarih ve 07-56/668-231 sayılı karar.

²⁴⁰ DHMI-II, 26.7.2007 tarih ve 07-62/737-265 sayılı karar.

²⁴¹ Konya Tüp, 15.8.2005 tarih ve 05-51/753-204 sayılı karar.

²⁴² Tekstil Makineleri Fuarı, 6.10.2005 tarih ve 05-65/934-254 sayılı karar.

²⁴³ Uşak Kahveciler Odası, 2.8.2007 tarih ve 07-63/778-284 sayılı karar.

²⁴⁴ Konya-Karapınar Otobüs, 13.12.2007 tarih ve 07-90/1156-449 sayılı karar.

²⁴⁵ Buna karşılık 33 dosyada önaraştırma sonucunda 9 uncu maddenin üçüncü fıkrasının uygulanmasına karar verilmiştir. Ayrıca *Padok Turizm II* dosyasında ise geri bildirim üzerine yapılan muafiyet değerlendirmesi neticesinde ikinci kez 9 uncu maddenin üçüncü fıkrasının uygulanmasına karar verilmiştir.

²⁴⁶ Adana Eczacı Odası II, 5.4.2007 tarih ve 07-30/291-108 sayılı karar.

²⁴⁷ Amasya Kuyumcular, 25.12.2008 tarih ve 08-75/1187-456 sayılı karar.

yazısı gönderilmesine karar verilmiştir. Her ne kadar kararda soruşturma sonucunda ceza uygulanan diğer kuyumcu dosyalarında dernek/odaların fiyatlara uymayan üyeleri cezalandırdığına değinilmiş ise de dosya konusu bakımından henüz ilk inceleme aşamasında ve sadece şikayetçiden alınan bilgiler çerçevesinde söz konusu fiyat listesinin uygulanmasına yönelik üyelerine herhangi bir zorlayıcı ve yaptırım uygulayıcı eyleminin mevcut olduğuna dair somut bir delile ulaşılamamış olması nedeniyle böyle bir yola gidilmesinin ceza verilen kararlar bakımından tutarsız olduğu belirtilmelidir. Sonuç olarak Kanun Tasarısı'nda "yürütülmekte olan bir önaraştırma ya da soruşturma" denilmek suretiyle, taahhüdün gerçekleşeceği aşamanın önaraştırma ya da soruşturma olarak ortaya konulmuş olması, bu konudaki görüşümüzü desteklemektedir ve olması gerekeni yansıtmaması bakımından olumlu ve doğru bir yaklaşımı göstermektedir.

Kurul'un Kanun'un 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrasına ilişkin uygulamalarında görülen sorunlara ilişkin değerlendirmelerimizi burada bitirip, uygulamada bugüne kadar yer bulmayan ve taahhüt uygulaması bakımından Kanun Tasarısı'na eklenmesi veya uygulamada dikkate alınması gereken önemli gördüğümüz bazı hususlara geçmeden önce, 9 uncu maddenin üçüncü fıkrasının uygulandığı dosyalara benzemekle birlikte yazı yazılması şeklinde bir sonuca bağlanan bazı Kurul kararlarının değerlendirilmesi yapılacaktır.

Kurul bazı dosyalarda Kanun'un 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrasına atıfta bulunmaksızın, görüş yazısı yazılmasına karar vermiştir. Kanun'un Kurul'un yetkilerini düzenleyen maddelerinde Kurul'a bu yönde açık yetki veren bir hüküm bulunmamaktadır. Toplantı ve karar yeter sayısını düzenleyen 51 inci maddenin son fıkrasında "nihaî karar haricindeki diğer kararlar ve özellikle tedbir ve tavsiye niteliğindeki kararlar" ifadesi yer almakla birlikte, tavsiye niteliğindeki kararlardan ne anlaşılması gerektiği konusunda herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Buna tekabül edebilecek tek hüküm Kanun'un Kurul'un yetkilerini düzenleyen İkinci Bölüm'ünde yer alan 9 uncu maddenin üçüncü fıkrasıdır. Ancak Kurul, söz konusu kararları bu hükme atıfta bulunmaksızın almış olduğu için bunların hukuki dayanağının ve değerinin ne olduğu bir soru işaretidir.

Herhangi bir hükme atıfta bulunulmaksızın ihlale son verilmesine dair yazı yazılan söz konusu kararların uygulandığı dosyalar ile Kanun'un 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrasının uygulandığı kararlar arasında çoğu zaman bir ayırım yapma olanağı dahi bulunmamaktadır. Bu nedenle aynı konuda Kurul'un farklı davranışlarda bulunması çelişkiye neden olmaktadır. Bu durumun çok açık bir örneği olarak *Adana Eczacı Odası I* ve *II* kararlarını göstermek mümkündür. *Adana Eczacı Odası I* dosyasında ilk inceleme aşamasında Kanun'un 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrası uygulanmış, Oda'nın karara uymaması üzerine açılan önaraştırma sonucunda ise bu kez aynı konuya ilişkin olarak yazı yazılmasına karar verilmiştir. Hakim durumda olduğu belirlenen teşebbüslere yapılan uyarılarda, *Tüpraş*²⁴⁸ dosyasında ihlal tespiti de yapılmasına karşın yazı yazılması yolu, *Fida Film I* dosyasında ise ihlal tespiti olmamasına karşın 9 uncu maddenin üçüncü fıkrası kullanılmıştır. Odalar tarafından belirlenen ücretlerin sabit veya asgari bir fiyata dönüşmemesi gerektiği, tavan fiyat olarak kabul edilmesi yönünde duyuruların yapılması istenen dosyalardan *Uşak Kahveciler Odası*, *Kırşehir Kahveciler Odası*²⁴⁹ gibi kararlarda Kanun'un 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrasına atıfta bulunulurken, *Antalya Fırıncılar* dosyasında sadece yazı yazılmasına karar verilmiştir. Ayrıca *Alanya Tekne Turu*, *Denizli Dershane*, *Yurtdışı Eğitim*, *Atık Ambalaj*, gibi dosyalarda önaraştırma sonucunda 9 uncu maddenin üçüncü fıkrasının uygulanmasına karar verilirken, *Kaş Dalış*

²⁴⁸ Tüpraş, 16.4.2002 tarih ve 02-24/244-99 sayılı karar.

²⁴⁹ Kırşehir Kahveciler, 10.1.2008 tarih ve 08-04/39-15 sayılı karar.

*Merkezleri*²⁵⁰ dosyasında ihlalin varlığına işaret eden açık kartel belgelerine karşın ilk inceleme aşamasında ihlale ne şekilde son verileceğine dair yazı yazılmasına karar verilmiştir.

Bu şekildeki farklı uygulamalara önaraştırma neticesinde, sözleşmelerde bazı değişiklikler yapılarak ve/veya bazı davranışlarda bulunulması istenerek grup muafiyeti tebliğleri ile getirilen muafiyetten yararlanılmasının öngörüldüğü dosyalarda rastlanmaktadır. *JTI Tütün Ürünleri*, *Philip Morris/BTA*, *Kale Pazarlama*, *Padok Turizm I ve II*, *Akaryakıt Dağıtım*²⁵¹, *Frito Lay*²⁵², *Bizimgaz*²⁵³ dosyalarında bu tür değişikliklerin yapılması Kanun'un 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca istenmiştir. Buna karşılık *Türk Şeker*²⁵⁴, *Renault Trucks*²⁵⁵, *Roche*²⁵⁶, *Alfa Laval*²⁵⁷, *Vira Kozmetik*²⁵⁸, *Amadeus Rezervasyon Sistemleri*²⁵⁹ kararlarında ise benzer değişiklikler muafiyet başvurularında izlenen yöntemle sadece yazı yazılması yolu ile istenmiştir. Nitekim bu duruma *Alfa Laval* dosyasında bir üyenin karşı oyunda "...hiçbir gerekçe gösterilmeksizin ve bir yıldan fazla uygulanmış bir ihlal için, üstelik grup muafiyetinden yararlanmayacağı ve bildirmeme cezası verilmesi oybirliğiyle kabul edildikten sonra, sadece bildirilmiş sözleşmelerde uygulanan bir yöntemle süre tanınarak ve 9 uncu maddenin 3 üncü fıkrası hükmüne atıf yapılmayarak soruşturma açılmaması şeklindeki çoğunluk görüşüne katılmam mümkün olmamıştır." ifadeleri ile dikkat çekilmiştir. Bu tür dosyalar bakımından yapılması gereken ayırım, önaraştırma ile ihlalin tespitinde bulunulması halinde, bildirim konu olan anlaşmalardan farklı olarak değişikliklerin Kanun'un 9 uncu maddesi uyarınca taahhüt alınması yoluyla gerçekleştirilmesi olmalıdır.

Geçmiş uygulamaya yönelik bu tespit ve değerlendirmelerden sonra gerek mevcut uygulamalar gerekse Kanun Tasarısı'nda bulunan hüküm bakımından, ABD ve AB uygulamaları çerçevesinde dikkat edilmesi gereken bazı noktalar olduğu belirtilmelidir. Bunlardan birincisi üçüncü kişilerin sürece dahil edilmesidir. ABD ve AB uygulamalarında görüldüğü üzere, teşebbüsler tarafından verilen taahhütler üçüncü kişilerin görüşlerinin alınması amacıyla duyurulmaktadır. Türk Hukukunda mevcut durumda üçüncü kişilere duyuru yapılmasına ilişkin bir yöntem benimsenmediği gibi Kanun Tasarısı'nda da buna ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. ABD ve AB'ye ilişkin bölümlerde görüldüğü üzere, üçüncü kişilerin sürece dahil edilmesinin taahhütlerden daha olumlu sonuçlar elde edilmesine yardımcı olması gibi avantajları yanında, katılımın fazla olmadığı hallerde sürecin uzamasına neden olması gibi dezavantajlarının olduğu belirtilmelidir. Bu nedenle kanun koyucunun tercihinin bağlı olarak böyle bir yöntem benimsenmesi mümkündür. Tercih edilecek yöntem ise Komisyon örneğinde olduğu gibi Kurum internet sitesinde ilan olabileceği gibi ABD örneğinde olduğu gibi Resmi Gazete'de ilan şeklinde de olabilir. Ancak sürenin uzun olmaması 30-60 gün arasında tutulması yerinde olacaktır.

Taahhüt konusuna ilişkin bir diğer önemli sorun ise özellikle Kanun Tasarısı da dikkate alındığında, taahhüdün kabul edilmesi halinde soruşturma açılmaması veya yürüyen soruşturmanın sona erdirilmesi gibi bir sonuç doğacağı için taahhüde uyulmaması halinde ne

²⁵⁰ Kaş Dalış Merkezleri, 07.06.2006 tarih ve 06-41/507-132 sayılı karar

²⁵¹ Akaryakıt Dağıtım, 15.11.2006 tarih ve 06-84/1059-306 sayılı karar.

²⁵² Frito Lay, 11.1.2007 tarih ve 07-01/12-7 sayılı karar.

²⁵³ Bizimgaz, 5.4.2007 tarih ve 07-30/292-109 sayılı karar.

²⁵⁴ Türk Şeker, 1.4.2004 tarih ve 04-23/250-54 sayılı karar.

²⁵⁵ Renault Trucks, 04-52/692-176 sayılı karar.

²⁵⁶ Roche, 19.11.2004 tarih ve 04-72/1042-257 sayılı karar.

²⁵⁷ Alfa Laval, 8.7.2004 tarih ve 04-46/587-142 sayılı karar.

²⁵⁸ Vira Kozmetik, 2.8.2007 tarih ve 07-63/767-275 sayılı karar.

²⁵⁹ Amadeus Rezervasyon Sistemleri, 3.1.2008 tarih ve 08-01/6-5 sayılı karar.

yapılacağıdır. Bu durumun açık bir örneği 9 uncu maddenin uygulanmasına ilişkin Kurul kararlarında görülmüştür. *Konya Sürücü Kursları I*²⁶⁰ dosyasında, Kurul Konya’da faaliyet gösteren 32 sürücü kursunun Kanun’un 4 üncü maddesi kapsamında değerlendirilebilecek nitelikteki kurs ücretlerinin belirlenmesine yönelik eylemlerine ilişkin olarak soruşturma açmak yerine 9 uncu maddenin üçüncü fıkrası uyarınca bu davranışlarına ne şekilde son verileceğine ilişkin yazı yazılmasına karar vermiştir. Bu karardan yaklaşık 27 ay sonra gelen bir şikayet üzerine, aralarında yazı gönderilen teşebbüslerin de bulunduğu teşebbüsler tarafından aynı davranışlara devam edildiği iddiası ile yürütülen soruşturma sonucunda ihlal bulgusu yapılmasına karşın, ceza uygulanmamıştır²⁶¹. Ayrıca *Adana Eczacı Odası II*, *Padok Turizm II* kararları da öngörülen koşullar karşılanmamasına rağmen herhangi bir yaptırım uygulanmayarak ikinci kez yazı yazılmasına ve 9 uncu maddenin üçüncü fıkrasının uygulanmasına karar verilen diğer örneklerdir. Bu örneklerde görüldüğü üzere ihlale son verilmesine dair yazılara bir başka deyişle verilen taahhütlere aykırı davranılması, bunların gereklerinin yerine getirilmemesine rağmen, yaptırım uygulanmayarak tekrar yazı yazılması yolunun tercih edilmesi taahhüt kurumunu zayıflatacaktır. Bu uygulamanın *Padok Turizm II* dosyasında karşı oylarda eleştiri konusu olduğunun altı çizilmelidir. Kanun tasarısında benimsenen sistem, taahhütlere uyulmaması halinde soruşturmanın yeniden açılması ve m.16/5 ile buna paralel olarak çıkarılan Ceza Yönetmeliği birlikte düşünüldüğünde, bu soruşturma sonucunda ihlal sonucuna ulaşırsa cezanın ağırlaştırılmasıdır. Öngörülen bu sistem, süreci uzatacak ve m.17/1(a)’daki süreli para cezasını anlamsızlaştıracak niteliktedir. Bu çerçevede, AB mevzuatına paralel şekilde, 16 ncı maddenin birinci fıkrasına (e) bendi olarak yapılacak ve en az binde beş oranında olacak bir ekleme ile, taahhüde uyulmaması halinde süreli para cezasının yanında ilave bir ceza verilebilmesine imkan veren bir düzenleme bulunmalıdır²⁶². Bu çerçevede, ihlalin bulunup bulunmadığının tespiti için soruşturma açmak yerine, taahhüde uyulup uyulmadığının tespiti için inceleme yapılmalıdır. Değişiklik tasarısında yoğunlaşma işlemleri için öngörülen gibi hızlandırılmış bir sürecin sonunda, ilgilinin yazılı savunmasını alıp eğer taahhüde uyulmadığı tespit edilirse, 16 ncı maddenin birinci fıkrası uyarınca esastan ceza vermelidir. Bunun yanı sıra, m.17/1(a) çerçevesinde de, taahhüde uyulmayan her bir gün için süreli para cezası uygulanmalıdır.

Son olarak taahhüt mekanizmasının uygulanmasında dikkat edilmesi gereken unsurlardan birinin de verilen taahhütlerin yerine getirilip getirilmediğinin takip edilmesi olduğuna değinilmelidir. Bugünkü uygulamada Kanun’un 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca ihlale son verilmesine dair getirilen koşulların yerine getirilip getirilmediğinin takip edilip edilmediğine ilişkin somut bir bilgi bulunmamaktadır. Her ne kadar taahhüde ilişkin kararın üçüncü kişilere duyurulması yoluyla, gelebilecek ihbar veya şikayetlerle izlemenin kolaylaştırılması mümkün ise de bu takibin bizzat Kurum tarafından yapılması daha uygun olacaktır.

3.3. UZLAŞMA

4054 sayılı Kanun’da uzlaşmaya ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak Kurul, *Trafik Sinyalizasyon*²⁶³, *Yonga Levha I*²⁶⁴, *Yonga Levha II*²⁶⁵ ve *Gazbeton*²⁶⁶ gibi

²⁶⁰ Konya Sürücü Kursları I, 3.3.2004 tarih ve 04-18/154-36 sayılı karar.

²⁶¹ Konya Sürücü Kursları II, 26.7.2007 tarih ve 07-62/761-263 sayılı karar.

²⁶² Bu uygulama, yerinde incelemenin engellenmesi nedeniyle 16 ncı maddenin birinci fıkrasının (d) bendi uyarınca ceza tatbik edilmesinin ardından, yerinde incelemeye izin verilmesini sağlamak amacıyla 17 nci maddenin birinci fıkrasının (b) bendi uyarınca süreli para cezası uygulanmasına benzetilebilir.

²⁶³ Trafik Sinyalizasyon, 10.03.2005 tarih ve 05-13/156-54 sayılı karar.

²⁶⁴ Yonga Levha I, 06.09.2002 tarih ve 02-53/685-278 sayılı karar.

²⁶⁵ Yonga Levha II, 25.02.2003 tarih ve 03-12/135-63 sayılı karar.

kararlarında, ihlalin kabulü ve işbirliği karşılığında cezalarda indirim yapmıştır. 4054 sayılı Kanun'un 16 ncı maddesinde 5728 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmasının ardından Ceza ve Pişmanlık Yönetmeliklerinde uzlaşma olarak nitelendirilebilecek hükümlere yer verilmiştir. Ancak uzlaşmanın en önemli özelliklerinden biri olan ve vergi hukuku ile ceza hukukunda da karşımıza çıkan, uzlaşma sonucunda dava yolunu kapatan bir hüküm Kanuna konulmamıştır.

Öncelikle Kanun'un 16 ncı maddesine eklenmiş olan altıncı fıkrada yer alan Kurum ile aktif işbirliği yapılması halinde cezalarda indirim yapılabileceğine dair düzenlemenin uzlaşmaya olanak tanıdığı belirtilmelidir. Uzlaşmanın amacının "ihlalin kabul edilmesiyle elde edilen indirim karşılığında uzun ve maliyetli soruşturma ve bunu takip eden dava sürecinin sona erdirilmesi" olduğunun kabul edilmesi halinde, bu sonucun söz konusu hükme ve maddenin son fıkrasına dayanılarak çıkarılmış olan Ceza ve Pişmanlık Yönetmelikleri ile önemli ölçüde karşılandığı görülmektedir.

Yukarıda ABD ve AB'ye ilişkin bölümlerde görüldüğü üzere uzlaşmanın esas itibarıyla kartellerde kullanıldığı dikkate alındığında, kartellere uygulanmak üzere çıkarılmış olan Pişmanlık Yönetmeliği'nin 5 inci ve 6 ncı maddelerindeki düzenlemenin uzlaşmayı çağrıştırdığı belirtilmelidir. Zira söz konusu hükümler uyarınca indirim elde edebilmek için esas itibarıyla ihlalin kabul edilmesi ve kartele ilişkin temel bazı bilgilerin verilmesi yeterli olmaktadır. Bu düşüncenin kaynağı ise mehzaz olarak adlandırılabilir AB Pişmanlık Programı'nda indirim uygulanabilmesi için "*significantly added value*" olarak geçen ve ilave deliller sağlanmasını gerektiren bir yöntem benimsenmiş olmasına karşın, Pişmanlık Yönetmeliği'nde takdire dayanan böyle bir sistemin tercih edilmemiş olmasıdır. Bu yönüyle ABD'deki uzlaşma müessesine benzerlik gösteren düzenleme, 4054 sayılı Kanun'da yargı yolunu kapatan açık bir hükmün yokluğu nedeniyle de AB uygulamasına benzerlik göstermektedir. Ancak indirim elde edilmesinin ihlalin kabulüne bağlanmış olması dolayısıyla nihai karar sonrasında konunun yargıya taşınması halinde davanın esası bakımından davacının aleyhine sonuçlanması muhtemeldir. Diğer taraftan, pişmanlık başvurusunun teşebbüs tarafından yapılmasının bir sonucu olarak, ihlali kabul ederek Kurumla aktif işbirliği yapan yönetici ve çalışanlara verilecek cezalarda indirim yapılmaması veya hiç ceza verilmemesine dair düzenlemeler de uzlaşma kapsamında değerlendirilmelidir.

Karteller dışında kalan ihlaller bakımından ise Ceza Yönetmeliği'nde uzlaşma benzeri bir düzenlemenin bulunduğu görülmektedir. İhlalin kabulü ve işbirliği karşılığında bağışıklık veya indirim elde edilmesi bakımından Kanun'da karteller ve diğer ihlaller arasında bir ayırım yapılmamıştır. Bu durumun sonucu olarak Pişmanlık Yönetmeliği'nin sadece kartelleri kapsamaması nedeniyle Ceza Yönetmeliği'nin 7 nci maddesinin üçüncü fıkrasında diğer ihlaller bakımından ihlalin kabul edilmesi halinde cezalarda indirim yapılacağı hükme bağlanmıştır ki bu da yukarıda belirtilen anlamda bir uzlaşmadır. Ayrıca Ceza Yönetmeliği'nin yöneticilere ve çalışanlara verilecek para cezasını düzenleyen 8 inci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında da karteller ve diğer ihlaller bakımından ihlalin ortaya çıkarılması amacıyla Kurumla aktif işbirliği yapan teşebbüs yönetici ve çalışanlara para cezası verilmeyeceğinin veya verilecek cezalarda indirim yapılacağı hükme bağlanmış olması da uzlaşma anlamında kabul edilecek diğer düzenlemelerdir.

Görüldüğü üzere gerek Ceza Yönetmeliği'nde gerekse Pişmanlık Yönetmeliği'nde uzlaşma mekanizması olarak kullanılmaya elverişli hükümler bulunmaktadır. Yukarıda değinildiği gibi diğer hukuk dallarında da olduğu şekilde uzlaşmanın ihlalin kabulü

²⁶⁶ Gazbeton, 30.05.2006 tarih ve 06-37/477-129 sayılı karar.

karşılığında indirim elde edilmesi olarak kabul edilmesi halinde bu düzenlemeler ile maksadın hasıl olduğunu söylemek mümkündür. Ancak Türk hukukundaki uzlaşma benzeri kurumların olduğu vergi hukuku gibi alanlara ve ABD uygulamasına bakıldığında, rekabet hukukundaki uzlaşmada temel bir eksikliğin olduğu belirtilmelidir. Bu ise yargı yolunun kapatılmamış olmasıdır. Zira uzlaşma kurumundan beklenen, hakkında soruşturma yürütülen bakımından cezada indirim elde edilmesi, rekabet otoritesi bakımından idari sürecin kısaltılarak kaynakların etkin kullanımının sağlanması ile sınırlı olmamalıdır. Uzlaşmaya varılması halinde ihlalin kabul edilmesi gibi bir sonuç ortaya çıktığı için artık yargı yerlerinin de meşgul edilmemesi, dava yükünün azaltılması gerektiği tabiidir. İhlalin varlığını kabul eden bir teşebbüs tarafından açılan bir davanı esas bakımından kazanılma olasılığı düşük olacaktır. Bu durumda sadece şekil denetimi nedeniyle yargı yoluna gidilmesini kabul etmek, süreci uzatacağı gibi yargı yerlerine de gereksiz bir iş yükü getirecektir. Bu nedenle uzlaşmadan azami faydayı elde edebilmek adına yargı yoluna gidilmesinin engellenmesi yerinde olacaktır.

Aşağıda görüleceği üzere 4054 sayılı Kanun'da değişiklik öngören Kanun Tasarısı'nda taahhüde ilişkin bir hüküm bulunmasına karşın, uzlaşmaya yönelik olarak herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Yukarıda yer verilen gerekçelerle ABD uygulamaları paralelinde bir uzlaşma kurumunun Türk rekabet hukukuna dahil edilmesi yerinde olacaktır. Bunun için VUK'dakine benzer şekilde uzlaşmaya varılması halinde artık yargı yoluna gidilemeyeceğine dair açık bir hüküm 4054 sayılı Kanun'a konulmalıdır. Bunun dışında uzlaşma görüşmeleri, uzlaşma tutanağı gibi usule ilişkin konuların düzenlenmesi yönetmeliğe bırakılmalıdır.

Uzlaşma konusu çerçevesinde son olarak 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 17 nci maddesi ile bağlantılı bir öneriye yer verilecektir. Söz konusu maddenin ikinci fıkrasında "kişinin ekonomik durumunun müsait olmaması halinde, idari para cezasının, ilk taksitinin peşin ödenmesi koşuluyla, bir yıl içinde ve dört eşit taksit halinde ödenmesine karar verilebilir" hükmü yer almaktadır. Söz konusu hüküm ile getirilen olanağın, uzlaşma yolunu tercih eden teşebbüslere öncelikli olarak tanınması halinde, uzlaşmayı teşvik edici bir sonuç elde edilebilecektir.

SONUÇ

Taahhüt mekanizması çerçevesinde, rekabet otoritesinin yürüttüğü karteller dışındaki soruşturmalar, soruşturma muhataplarının ihlali kabul etmeksizin, rekabet sorunlarının giderilmesine yönelik taahhütler vermesiyle sona ermekte; bu taahhütlere uyulmaması halinde yaptırımlar uygulanmaktadır. RKHK'nin 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrası, 17 nci maddenin birinci fıkrasının (a) bendindeki “verilen taahhütlere uymayanlara nispi para cezası verilebileceği” ve 16 ncı maddenin beşinci fıkrasındaki “verilen taahhütlere uyulup uyulmadığının para cezasının takdirinde dikkate alınabileceği” düzenlemeleriyle birlikte değerlendirildiğinde, taahhüt mekanizmasının kullanımına imkan sağlamaktadır. Özellikle m.17/1(a)'daki “9 uncu maddeye göre verilen ihlale son verilmesine ve diğer tedbirlere ilişkin karara uyulmaması halinde süreli para cezası verilebileceğine” dair düzenlemenin 2008 yılında kaldırılıp, “verilen taahhütlere uymayanlara nispi para cezası verilebileceğinin” açıkça zikredilmesi, bu imkanı kuvvetlendirmiştir. Nitekim bu yasa değişikliğinden önce dahi, çeşitli Rekabet Kurulu kararlarıyla, yürütülen soruşturmalar, soruşturma muhataplarının m.9/3 çerçevesinde rekabet sorunlarının giderilmesine yönelik taahhütler vermesiyle sona ermiştir. Bu kararlar olumlu olsa da, Kurul uygulamalarında, ABD ve AB örneğinden hareketle, eleştirilebilecek ve geliştirilebilecek yönler mevcuttur.

Bu çerçevede, en başta, Kurul'un 9 uncu maddenin üçüncü fıkrasını taahhüt mekanizması olarak görmeyen ve bu yöndeki uygulamalarıyla da çelişen kararlarının bulunduğu belirtilmelidir. Keza, taahhüt mekanizmasına benzer uygulamaların, m.9/3'e atıf yapılmaksızın, hukuki değeri tartışmalı bir yazı gönderilmesiyle yapılması yönünde Kurul kararları da mevcuttur. Bu tür uygulamalar, Türk rekabet hukukunda taahhüt mekanizmasının mevcudiyeti ile bu mekanizmanın yasal dayanağının RKHK m.9/3 olduğu konusunda şüphe uyandırmakta ve bu yöndeki Kurul kararları ile çelişmektedir. Dolayısıyla m.9/3'ün taahhüt mekanizması olarak kullanılmasına istikrar kazandırılmalı; m.9/3'e atıf yapılmaksızın hukuki değeri tartışmalı aynı içerikte bir yazı gönderilmesi gibi uygulamalara son verilmelidir.

Kurul'un RKHK m.9/3'e dayanarak veya dayanmadan verdiği taahhüt benzeri kararlar, gelişmiş rekabet hukuku sistemlerindeki, “karteller dışındaki soruşturmaların, soruşturma muhataplarının ihlali kabul etmeksizin, rekabet sorunlarının giderilmesine yönelik taahhütler vermesiyle sona ermesi; bu taahhütlere uyulmaması halinde yaptırımlar uygulanması” şeklindeki ilke çerçevesinde değerlendirildiğinde de, düzeltilmesi gereken çeşitli sorunlar göze çarpmaktadır.

İlk olarak, Kurul'un konuya ilişkin bazı kararlarında ilgililerden rekabet sorunlarının giderilmesine yönelik olarak taahhüt alındığı ama bazı kararlarında aynı amaç güdülmesine rağmen böyle bir uygulamanın yapılmadığı görülmektedir. Bu çerçevede ilgililerden taahhüt alınması uygulamasına istikrar kazandırılmalıdır.

İkinci olarak, Kurul'un konuya ilişkin bazı kararlarında ihlal tespitinin yapıldığı görülmektedir. Özel hukuk alanında sonuçlar doğurabilecek bu konuda, ABD ve AB uygulamalarına paralel olarak, böyle bir tespitten kaçınılması yerinde olacaktır.

Üçüncü bir sorun, Kurul kararının ardından taahhüt veya yazı konusu eylemin sona erdirildiğinin takip edilmesindeki eksikliklerdir. Kaldı ki, eylem son verilmediğinin tespit edilip, yaptırım uygulanmadığı durumlar da mevcuttur. Oysa taahhüt konusu eylemlerin sona erdirilip edilmediği takip edilmeli, edilmemişse yaptırım uygulanmalıdır.

Dördüncü ve belki de en önemli sorun, taahhüt mekanizmasının, ABD ve AB'den farklı olarak, karteller için üstelik çelişkili şekilde uygulanmasıdır. Örneğin, otobüsle yolcu taşımacılığı pazarındaki aynı niteliği taşıyan bazı kartellere soruşturma neticesinde ceza verilirken, bazılarına taahhüt mekanizması uygulanmıştır. Benzer şekilde, küçük ve orta büyüklükteki işletmelere yönelik bazı soruşturmalar neticesinde para cezası uygulanırken, bazı dosyalarda, muhatapların bu niteliği m.9/3'ün kullanılmasının gerekçesi olmuştur. Taahhüt mekanizmasının karteller için kullanılmaması, yapılması en elzem değişikliklerden biridir.

Beşinci olarak, çeşitli örnekleri bulunan ilk inceleme aşamasında taahhüt benzeri uygulamalar yapılmasından, bu aşamada değerlendirme için gerekli bilgi ve belgeyi toplamak imkansız olduğundan, sakınılmalıdır.

Taahhüt konusu çerçevesinde halen TBMM gündeminde bulunan RKHK'de değişiklik yapılmasına dair tasarı hakkındaki görüşlere de yer verilmelidir. Anılan tasarı konuya ilişkin tartışmaları sonlandıracak açık bir düzenleme getirmesiyle olumludur. Ancak tasarıya ilişkin olarak birkaç eksiklik ve bir fazlalıktan söz edilebilir:

Tasarıda benimsenen sistem, taahhütlere uyulmaması halinde soruşturmanın yeniden açılması ve m.16/5 ile buna paralel olarak çıkarılan Ceza Yönetmeliği birlikte düşünüldüğünde, bu soruşturma sonucunda ihlal sonucuna ulaşırsa cezanın ağırlaştırılmasıdır. Öngörülen bu sistem, süreci uzatacak ve m.17/1(a)'daki süreli para cezasını anlamsızlaştırabilecek niteliktedir. Bu çerçevede, AB mevzuatına paralel şekilde, 16 ncı maddenin birinci fıkrasına (e) bendi olarak yapılacak ve en az binde beş oranında olacak bir ekleme ile, taahhüde uyulmaması halinde süreli para cezasının yanında ilave bir ceza verilebilmesine imkan veren bir düzenleme bulunmalıdır. Bu çerçevede, ihlalin bulunup bulunmadığının tespiti için soruşturma açmak yerine, taahhüde uyulup uyulmadığının tespiti için inceleme yapılmalıdır. Değişiklik tasarısında yoğunlaşma işlemleri için öngörülen gibi hızlandırılmış bir sürecin sonunda, ilgilinin yazılı savunmasını alıp eğer taahhüde uyulmadığı tespit edilirse, 16 ncı maddenin birinci fıkrası uyarınca esastan ceza verilmelidir. Bunun yanı sıra, m.17/1(a) çerçevesinde de, taahhüde uyulmayan her bir gün için süreli para cezası uygulanmalıdır.

Tasarıya yapılabilecek bir ekleme ile giderilebilecek diğer bir eksiklik, istisnai hallerde ilgililerin taahhütlerinin yanında uzlaşılacak bir miktarda ceza da ödemelerine imkan veren bir düzenleme yapılmasıdır. Böyle bir durumda, teşebbüsler ihlali kabul etmeyerek tazminat davalarında karşılaşabilecekleri bir olumsuzluktan kurtulmuş olacak; buna karşılık Rekabet Kurumu da istediği sonucu ceza ile birlikte elde edebilecektir. Belirtmek gerekir ki, bu tür bir uygulama karteller için geçerli olmamalıdır çünkü kartellerdeki uzlaşma sürecinde ihlalin kabulüyle uzlaşmayanlara karşı delil elde etme saiki de bulunmaktadır.

Tasarıya yapılabilecek diğer bir ekleme, taahhütte bulunanlar bakımından yargı yolunun kapanması olabilir. Her ne kadar Rekabet Kurumu ile yaptıkları görüşmelerin ardından haklarında yürütülen soruşturmanın kapanması için taahhütte bulunanların yargıya başvurmayacakları beklense de böyle bir düzenlemenin yapılması taahhütten beklenen avantajları perçinleyecektir.

Kanun tasarısında eleştiri konusu olabilecek fazlalık ise, taahhüde ilişkin bir düzenleme yapılmışken, "Kurul, 4 veya 6 ncı maddenin ihlaline ilişkin emarelerin varlığı

halinde, ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine konuyla ilgili görüş bildirebilir” şeklinde bir düzenlemenin korunmasıdır. Amacı anlaşılamayan bu düzenlemenin Kurul kararlarında halihazırda görülen çelişkili uygulamaları, Kanun değişikliği sonrasında da devam ettirme olasılığı bulunmaktadır.

Taahhüt mekanizması çerçevesinde son olarak, Kanun değişikliği yapıp yapılmaması fark etmeksizin, konuya ilişkin olarak bir bölümü veya tamamı kamuoyuna açık bir kılavuzla düzenlenme yapılmasının önem arz ettiği belirtilmelidir.

İhlalin kabulü ve işbirliği karşılığında cezalarda indirim yaparak ilgililerle uzlaşma mekanizmasının da Türk rekabet mevzuatında yeri bulunmaktadır. RKHK m.16/6 ve 7 ile bunlara dayanılarak çıkarılan Ceza ve Pişmanlık Yönetmelikleri bu amaç için kullanılabilir niteliktedir. Pişmanlık Yönetmeliği’nde, Kurulun önaraştırma yapmaya karar vermesinden soruşturma raporunun tebliğine kadar, Yönetmelikte belirlenen bilgi ve belgeleri sunan ve koşulları yerine getiren, ancak ceza verilmemesine ilişkin düzenlemeden yararlanamayanlara verilecek para cezalarının indirileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemeyle, AB’deki pişmanlık programından farklı olarak, indirimden yararlanmak için katma değer yaratan delil istenmemekte, karteli kabul eden ve Yönetmelikte öngörülen temel bilgileri sunan herkese, ABD uygulamasındaki uzlaşma müessesine paralel şekilde indirim sağlanmaktadır. Pişmanlık Yönetmeliği’nin 5 inci maddesindeki, teşebbüslerin ihlali kabul eden ve işbirliğinde bulunan yöneticileri ve çalışanlarına verilecek cezaların indirileceği veya ceza verilmeyebileceği yönündeki düzenleme de ABD uzlaşma müessesesindeki *carving out* politikasına paralellik arz etmektedir. Çünkü işbirliğinde bulunan teşebbüslerin çalışanlarından bir kısmına veya tamamına, teşebbüsün işbirliğinin karşılığı olarak ceza verilmeyebilmektedir. Buna karşılık anılan düzenlemelerde ABD uygulamasından farklı, AB uygulamasına paralel olarak yargı yolu kapatılmamıştır. Ancak ihlalin kabulü halinde yargı yoluna başvurunun çok fazla fayda sağlamayacağı düşünülmektedir.

Karteller dışındaki ihlaller içinse benzer bir düzenleme Ceza Yönetmeliği m.7/3’te yapılmıştır. Bu düzenleme çerçevesinde ihlali kabul eden ilgililere indirim yapılmaktadır. Ancak kartel dosyalarına benzer şekilde, Rekabet Kurumu’nun karar alma sürecinin kısalması ya da yargı yolunun kapatılması en azından doğrudan mümkün değildir.

İhlalin kabulü ve işbirliği karşılığında cezalarda indirim yaparak ilgililerle uzlaşma mekanizmasına ilişkin olarak getirilebilecek önerilerin başında, RKHK’de yapılacak bir değişiklik, uzlaşanlar bakımından, vergi mevzuatına paralel şekilde, yargı yolunun kapatılması gelmektedir. Her ne kadar ihlali kabul edenler tarafından ilgili Kurul kararına karşı açılacak bir iptal davasında, cezanın esasa dayanan gerekçelerle iptal edilme ihtimali çok düşük olsa da, usulden iptal ihtimali mevcuttur. AB uygulamasında böyle bir durumda Komisyonun verilen indirimi geri alabilmesi mümkünken Türkiye’de bunun yapıp yapılamayacağı açık değildir. Kaldı ki, uzlaşmadan kaynaklanan etkinliğin sağlanması için böyle bir düzenleme fayda sağlayacaktır.

Getirilebilecek diğer bir öneri, Kabahatler Kanunu m.17/2’de düzenlenen cezaların taksitle ödenmesi imkanının öncelikli olarak uzlaşanlara tanınması konusuna istikrar kazandırılmasıdır. Böylece, ABD uygulamasına paralel şekilde, cezada indirim yapılmasına ilave bir teşvik aracı sağlanmış olacaktır.

KAYNAKÇA

ANDERSON, L.C. (2007), "Mocking the Public Interest: Congress Restores Meaningful Judicial Review Of Government Antitrust Consent Decrees", *Vermont Law Review*, Vol:31, s.593-614.

ARMAĞAN, R. (2007), Vergi Uyuşmazlıklarının Çözümünde Uzlaşma Müessesesi ve Isparta İline İlişkin Bir Değerlendirme, *Maliye Dergisi*, Sayı 153, Temmuz-Aralık 2007.

ARP, D.J. ve C.R.A. SWAAK (2003), "A Tempting Offer: Immunity from Fines for Cartel Conduct under the European Commission's New Leniency Notice", *European Competition Law Review*, Issue:1, s.9-18

ATWOOD, J.R. (2006), "Observations on Negotiating Government Antitrust Settlements in the United States", B.E. Hawk (der.), *2005 Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute* içinde, s.189-198.

BATIR, D., Vergileme Sistemimizde Uzlaşma Müessesesi, http://www.kobiline.com/docs/AATax/article/vrg_sistemi.doc, Erişim Tarihi: 11.4.2009.

BİLİCİ, N. (2008), *Vergi Hukuku*, 20. Baskı, Seçkin, Ankara.

COOK, C.J. (2006), "Commitment Decisions: The Law and Practice under Article 9", *World Competition*, Vol:29(2), s.209-228.

ÇETİNKAYA, O. Vergi Hukukunda Uzlaşma, http://www.legalisplatform.net/ozel_dosyalar/Vergi%20Hukukunda%20Uzlaşma.pdf, Erişim Tarihi: 11.4.2009.

DOJ (2008), DOJ Antitrust Division Manual, <http://www.usdoj.gov/atr/public/divisionmanual/index.htm>, Erişim Tarihi: 11.4.2009.

DUCORE, D.P. (2006), "Settlement of Competition Conduct Violations at the US Antitrust Agencies and at the EC – Some Observations", B.E. Hawk (der.), *2005 Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute* içinde, s.227-242.

FERRO, M.S. (2005), "Committing to Commitment Decisions – Unanswered Questions on Article 9 Decisions", *European Competition Law Review*, Vol:26(8), s.451-459.

FURSE, M. (2004), "The Decision to Commit: Some Pointers from the US", *European Competition Law Review*, Vol:25(1), s.5-10.

FTC (2007), FTC Administrative Staff Manuals, <http://www.ftc.gov/foia/adminstaffmanuals.shtm>, Erişim Tarihi: 11.4.2009.

GEORGIEV, G.S. (2007), "Contagious Efficiency: The Growing Reliance on U.S. Style Antitrust Settlements in EU Law", <http://ssrn.com/abstract=1115120>, Erişim Tarihi: 30.3.2009.

GIPPINI-FOURNIER, E. (2008), „The Modernisation of European Competition Law: First Experiences with Regulation 1/2003”, Community Report to the Fide Congress 2008, <http://ssrn.com/abstract=1139776>, Erişim Tarihi: 29.3.2009.

GRIFFIN, J.M. (2001), „An Inside View of a Cartel at Work: Common Characteristics of International Cartels”, *Fighting Cartels—Why and How?* içinde, Swedish Competition Authority, Konkurrensverket, Sweden, s.29-55

HAFIZOĞULLARI, Z. (2007), Türk Ceza Hukuku Ders Notları, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2007-2008, <http://www.abchukuk.com/dersnotlari/cezagenel2.doc> s.700, Erişim Tarihi: 11.4.2009.

HAMMOND, S.D. (2001), „The Fly on the Wall Has Been Bugged—Catching an International Cartel in the Act”, *International Law Congress 2001, EU Competition Law, Dublin, Ireland, UK*, www.usdoj.gov/atr/public/speeches/8280.htm, Erişim Tarihi: 11.4.2009.

HAMMOND, S.D. (2005), „Transcript of Testimony of Scott D. Hammond before the United States Sentencing Commission Concerning Proposed 2005 Amendments to §2R1.1”, <http://www.usdoj.gov/atr/public/testimony/209071.pdf>, Erişim Tarihi: 11.4.2009.

HAMMOND, S.D. (2006), „The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For All”, OECD Competition Committee Working Party No.3, Paris, France, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.pdf>, Erişim Tarihi: 4.4.2009.

HIMES, J.L. (2007), „Judicial Review of Justice Department Consent Decrees: Is the Tunney Act Glass Half Empty or Half Full?”, http://www.oag.state.ny.us/bureaus/antitrust/pdfs/COMPTTEL_Remarks.Final.pdf, Erişim Tarihi: 11.4.2009.

ICN (2008), „Cartel Settlements”, Report to the ICN Annual Conference, Kyoto, Japan, http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/Cartels/Cartel_WG_1.pdf, Erişim Tarihi: 11.4.2009.

JOSHUA, J.M., M. LOW ve G. SPRATLING (2001), „International Cartels, International Exposure: How to Contain the Pain”, *Global Competition Review*, February/March 2001, s.16-24.

KLAWITER, D.C. (2001), „After the Deluge: The Powerful Effect of Substantial Criminal Fines, Imprisonment, and Other Penalties in the Age of International Cartel Enforcement”, *The George Washington Law Review*, October/December 2001, Vol:69(5/6), s.745-765.

LANG, J.T. (2003), „Commitment Decisions Under Regulation 1/2003: Legal Aspect Of a New Kind of Competition Decision”, *European Competition Law Review*, Vol:24(8), s.347-356.

LANG, J.T. (2005), „Commitment Decisions and Settlements with Antitrust Authorities and Private Parties under European Antitrust Law”, B.E. Hawk (der.), *2005 Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute* içinde, s. 265-324.

LEVY, N. ve R. O'DONOGHUE (2004), "The EU Leniency Programme Comes of Age", *World Competition*, Vol:27(1), s.75-99.

MAHMUTOĞLU, F.S. (1995), *Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi*, Kazancı, İstanbul.

O'BRIEN, A. (2008), "Cartel Settlements in the U.S. and EU: Similarities, Differences & Remaining Questions", 13th Annual EU Competition Law and Policy Workshop, Florence, Italy, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/235598.pdf>, Erişim Tarihi: 11.4.2009.

OECD (2007), "Plea Bargaining", Policy Roundtables 2006, DAF/COMP(2007)38, <http://www.oecd.org/dataoecd/12/36/40080239.pdf>, Erişim Tarihi: 4.4.2009.

ÖZGENÇ, İ. (2006), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınları, Ankara.

SCHONEVELD, F.R. (2003), "Cartel Sanctions and International Competition Policy: Cross-Border Cooperation and Appropriate Forums for Cooperation", *World Competition*, Vol:26(3), s.433-471.

SCHWEITZER, H. (2008), "Commitment Decisions under Article 9 of Regulation 1/2003: The Developing EC Practice and Case Law", EUI Working Papers.

STEPHAN, A. (2007), "The Direct Settlement of EC Cartel Cases", http://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/cartels_settlements/astephan.pdf, Erişim Tarihi: 11.4.2009.

ŞENYÜZ, D. (2005), *Vergi Ceza Hukuku*, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa.

TIERNO CENTELLA, M.L. (2008), "The New Settlement Procedure in Selected Cartel Cases", *Competition Policy Newsletter*, No:3, s.30-35.

WILS, W.P.J. (2006), Settlements of EU Antitrust Investigations: Commitment Decisions under Article 9 of Regulation No 1/2003, *World Competition*, Vol:29(3).

AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ

- US v. Gillette Co., 406 F. Supp. 713 (D.Mass. 1975)
- US v. Bechtel Corp., 648 F.2d 660 (9th Cir. 1981)
- US v. AT&T, 552 F. Supp. 131 (D.D.C. 1982), *aff'd sub nom*, Maryland v. US, 460 US 1001 (1983)
- US v. Microsoft Corp., 159 F.R.D. 318 (D.D.C. 1995), *rev.d*, US v. Microsoft Corp., 56 F.3d 1488 (D.C.Cir.1995)
- US v. Alex. Brown & Sons, Inc 963 F. Supp. 235 (S.D.N.Y. 1997), *aff'd sub nom*, US v. Bleznak, 153 F.3d 16 (2d Cir. 1998)
- US v. Microsoft Corp., 231 F. Supp. 2d 144 (D.D.C. 2002), *aff'd sub nom*, Massachusetts v. Microsoft Corp., 373 F.3d 1199 (D.C.Cir.2004)
- US v. SBC Commc'ns, Inc., 489 F.Supp.2d 15 (D.D.C. 2007)

AVRUPA BİRLİĞİ

Avrupa Toplulukları Adalet Divanı Kararları

- Case 792/79 R. Order of the Court of 17 January 1980. Camera Care Ltd v Commission of the European Communities.

İlk Derece Mahkemesi Kararları

- Case T-170/06, Alrosa v. Commission, 11.7.2007

Komisyon Kararları

- Deutsche Bundesliga, COMP/37.214
- FA Premier League, COMP/38.173
- Buma ve Sabam, COMP/39.152, COMP/39.151
- Cannes Agreement, COMP/38.681
- CISAC, COMP/38.698
- Austrian Airlines/SAS, COMP/37.749
- Repsol, COMP/38.348
- Coca-Cola, COMP/A.39.116/B2
- Distrigaz, COMP/B-1/37966
- De Beers/Alrosa, COMP/B-2/38.381

TÜRKİYE

Rekabet Kurulu Kararları

- Adana Eczacı Odası I, 28.9.2006 tarih ve 06-67/900-257 sayılı karar.
- Adana Eczacı Odası II, 5.4.2007 tarih ve 07-30/291-108 sayılı karar.
- Adana Otobüs, 23.10.2008 tarih ve 08-60/963-381 sayılı karar.
- Akaryakıt Dağıtımı, 15.11.2006 tarih ve 06-84/1059-306 sayılı karar.
- Alanya Tekne Turu, 22.6.2006 tarih ve 06-45/570-154 sayılı karar.
- Alfa Laval, 8.7.2004 tarih ve 04-46/587-142 sayılı karar.
- Amadeus Rezervasyon Sistemleri, 3.1.2008 tarih ve 08-01/6-5 sayılı karar.
- Amasya Kuyumcular, 25.12.2008 tarih ve 08-75/1187-456 sayılı karar.
- Ankara Kitap Dağıtım, 24.6.2004 tarih ve 04-43/533-130 sayılı karar.
- Ankara Yapı Laboratuvarları, 1.4.2004 tarih ve 04-23/251-55 sayılı karar.
- Atık Ambalaj, 5.6.2008 tarih ve 08-37/498-179 sayılı karar.
- Bartın Otobüs, 26.12.2006 tarih ve 06-94/1191-357 sayılı karar.
- Bilişim Ürünleri, 20.5.2004 tarih ve 04-36/414-105 sayılı karar.
- Bizimgaz, 5.4.2007 tarih ve 07-30/292-109 sayılı karar.
- Çaykur, 22.6.1999 tarih ve 99-31/277-167 sayılı karar.
- Denizli Dershane, 9.5.2007 tarih ve 07-39/420-166 sayılı karar.
- DHMİ-I, 4.7.2007 tarih ve 07-56/668-231 sayılı karar.
- DHMİ-II, 26.7.2007 tarih ve 07-62/737-265 sayılı karar.
- Dizi Yapımcıları, 28.7.2005 tarih ve 05-49/710-195 sayılı karar.
- Eskişehir Fotoğrafçılar, 18.9.2008 tarih ve 08-54/859-345 sayılı karar.
- Fida Film I, 15.11.2006 tarih ve 06-84/1069-311 sayılı karar.

- Fida Film II 4.7.2007 tarih ve 07-56/637-219 sayılı
- Frito Lay, 11.1.2007 tarih ve 07-01/12-7 sayılı karar.
- Gazbeton, 30.05.2006 tarih ve 06-37/477-129 sayılı karar
- Giresun Eczacı Odası, 7.6.2006 tarih ve 06-41/512-134 sayılı karar.
- Hamidiye Suları, 20.5.2008 tarih ve 08-34/451-158 sayılı karar.
- İstanbul Fotoğrafçılar Odası, 22.5.2006 tarih ve 06-35/439-111 sayılı karar.
- JTI Tütün Ürünleri, 3.3.2004 tarih ve 04-18/152-34 sayılı karar.
- Kablo Tv Operatörleri, 25.12.2003 tarih ve 03-83/1003-405 sayılı karar.
- Kale Pazarlama, 13.6.2005 tarih ve 05-39/548-125 sayılı karar.
- Kastamonu Tüp, 7.4.2005 tarih ve 05-22/259-75 sayılı karar.
- Kastamonu Otobüs, 09.02.2006 tarih ve 06-11/143-33 sayılı karar
- Kaş Dalış Merkezleri, 07.06.2006 tarih ve 06-41/507-132 sayılı karar
- Konya-Karapınar Otobüs, 13.12.2007 tarih ve 07-90/1156-449 sayılı karar.
- Konya Otobüs, 18.08.2004 tarih ve 04-55/751-188 sayılı karar
- Konya Sürücü Kursları I, 3.3.2004 tarih ve 04-18/154-36 sayılı karar.
- Konya Sürücü Kursları II, 26.7.2007 tarih ve 07-62/761-263 sayılı karar.
- Konya Tüp, 15.8.2005 tarih ve 05-51/753-204 sayılı karar.
- Kuralkan, 27.5.2008 tarih ve 08-35/462-162 sayılı karar.
- Lineer Aktuatör, 8.3.2007 tarih ve 07-19/188-60 sayılı karar.
- MAİS, 2.11.2000 tarih ve 00-42/453-247 sayılı karar.
- Otokar, 22.6.2006 tarih ve 06-45/571-155 sayılı karar.
- Padok Turizm I, 15.9.2005 tarih ve 05-58/858-233 sayılı karar.
- Padok Turizm II, 2.3.2006 tarih ve 06-16/189-49 sayılı karar.
- Philip Morris/BTA, 3.3.2004 tarih ve 04-18/153-35 sayılı karar.
- PÜİS/TABGİS, 18.9.2000 tarih ve 00-35/392-219 sayılı karar.
- Reklamcılar Derneği, 25.7.2002 tarih ve 02-45/530-219 sayılı karar.
- Renault Trucks, 04-52/692-176 sayılı karar.
- Roche, 19.11.2004 tarih ve 04-72/1042-257 sayılı karar.
- Sakarya Otobüs, 25.7.2006 tarih ve 06-55/713-203 sayılı karar.
- Tekhnelogos, 11.9.2008 tarih ve 08-52/791-320 sayılı karar.
- Tekstil Makineleri Fuarı, 6.10.2005 tarih ve 05-65/934-254 sayılı karar.
- Tokat Akaryakıt İstasyonları, 13.12.2007 tarih ve 07-90/1162-454 sayılı karar.
- Trafik Sinyalizasyon, 10.03.2005 tarih ve 05-13/156-54 sayılı karar
- Türk Eczacılar Birliği, 27.11.2008 tarih ve 08-67/1095-427 sayılı karar.
- Türk Şeker, 1.4.2004 tarih ve 04-23/250-54 sayılı karar.
- Türk Telekom, 8.1.2004 tarih ve 04-01/27-9 sayılı karar.
- Uşak Kahveciler Odası, 2.8.2007 tarih ve 07-63/778-284 sayılı karar.
- Vira Kozmetik, 2.8.2007 tarih ve 07-63/767-275 sayılı karar.
- Warner Bros, 24.3.2005 tarih ve 05-18/224-66 sayılı karar.
- Yonga Levha I, 06.09.2002 tarih ve 02-53/685-278 sayılı karar
- Yonga Levha II, 25.02.2003 tarih ve 03-12/135-63 sayılı karar
- Yurtdışı Eğitim, 11.4.2007 tarih ve 07-31/325-120 sayılı karar.