

**KARTELLERLE MÜCADELEDE PİŞMANLIK  
PROGRAMLARININ UYGULANMASI**

***ŞENOL KOCAER***

ANKARA 2005

*Aileme...*

# İÇİNDEKİLER

SUNUŞ  
KISALTMALAR  
GİRİŞ

## Bölüm 1 PİŞMANLIK PROGRAMLARININ TEORİK OLARAK İNCELENMESİ

- 1.1. PROGRAMIN TANIMI VE TÜRLERİ
- 1.2. PROGRAMIN AMAÇLARI
- 1.3. PROGRAMIN OYUN TEORİSİ ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ
- 1.4. PROGRAMIN BAŞARISINI ETKİLEYEN FAKTÖRLER
- 1.5. PROGRAMA YÖNELİK TARTIŞMALAR
  - 1.5.1. Sınırlı Programa Yönelik Tartışmalar
  - 1.5.2. Kapsamlı Programa Yönelik Tartışmalar

## Bölüm 2 AB ve A.B.D. PİŞMANLIK PROGRAMLARININ KARŞILAŞTIRMALI OLARAK İNCELENMESİ

- 2.1. A.B.D. PROGRAMI
  - 2.1.1. Genel Olarak
  - 2.1.2. İhlale Katılan Teşebbüsler İçin Pişmanlık Programı
    - 2.1.2.1. İncelemenin Başlamasından Önce Pişmanlık
    - 2.1.2.2. Alternatif Pişmanlık Şartları
    - 2.1.2.3. Çalışanlara Cezai Yaptırımlara Karşı Güvence Sağlanması
    - 2.1.2.4. Pişmanlık Sözleşmesi (*Amnesty Letter*)
  - 2.1.3. İhlale Katılan Çalışanlar İçin Pişmanlık Programı
  - 2.1.4. Gizlilik Kuralları
  - 2.1.5. Artı Bağışıklık (*Amnesty Plus*) Uygulaması
- 2.2. AB UYGULAMALARI
  - 2.2.1. 1996 Öncesi Uygulamalar
  - 2.2.2. 96 /C 207/04 Sayılı Komisyon Duyurusu
    - 2.2.2.1. Duyuru'nun Kapsamı
    - 2.2.2.2 B ve C Bölümü Kapsamında İndirimden Yararlanma Şartları

- 2.2.2.3. D Bölümü Kapsamında İndirimden Yararlanma Şartları
- 2.2.2.4. Duyuruya Yönelik Eleştiriler
- 2.2.2.5. Duyuru Uygulamalarının Değerlendirilmesi
- 2.2.3. 2002/C 45/03 Sayılı Komisyon Duyurusu
  - 2.2.3.1. Para Cezasından Bağışıklık Şartları
    - 2.2.3.1.1. 8(a) Şartları
    - 2.2.3.1.2. 8(b) Şartları
    - 2.2.3.1.3. Usul Hükümleri
  - 2.2.3.2. Para Cezasından İndirim Şartları
  - 2.2.3.3. İdari Para Cezasının Belirlenmesi ile İndirim Arasındaki İlişki
  - 2.2.3.4. Genel Hususlar

**Bölüm 3**  
**PİŞMANLIK PROGRAMININ**  
**TÜRK REKABET HUKUKU'NDA**  
**UYGULANABİLİRLİĞİ**

- 3.1. İŞBİRLİĞİNİN HAFİFLETİCİ NEDEN OLARAK DİKKATE ALINMASI
- 3.2. PROGRAMIN AYRI BİR DÜZENLEME İLE UYGULANMASI

**SONUÇ**  
**ABSTRACT**  
**KAYNAKÇA**

## SUNUŞ

Piyasa aksaklıklarından arındırılmış veya aksaklıkları en aza indirgenmiş bir ekonomik yapı ve etkin bir şekilde uygulanan rekabet hukuku ve politikası yalnızca gelişmiş ülkelerin ekonomileri için değil aynı zamanda, gelişmekte olan ülke ekonomileri için de hayati öneme sahip olan vazgeçilmez bir gerekliliktir. Ülkemizde de bu gereklilik Anayasa'da kabul görmüş ve devlete mal, hizmet ve sermaye piyasalarının etkin bir şekilde işleminin önündeki engelleri kaldırma görevi yüklenmiştir. Devletimiz mal ve hizmet piyasalarındaki etkin rekabet ortamının sağlanması ve korunması görevini 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ile Rekabet Kurumu'na vermiştir.

Rekabet Kurumu, kurulduğu günden itibaren 4054 sayılı Kanun tarafından kendisine verilen görevler doğrultusunda çalışmaktadır. Bu doğrultuda, inceleme ve değerlendirmeleri yapan meslek personeli, yeterliklerini artırmak ve güncel gelişmeleri takip edebilmelerini sağlamak için sürekli bir eğitim içerisinde bulunmaktadır. Ayrıca, Kurum personeline yönelik bu meslek içi eğitimin yanı sıra, Rekabet Kurumu olarak iş dünyamıza, uygulayıcılara, akademisyenlere ve konu ile ilgilenen diğer kişilere yönelik yapılan staj, eğitim, konferans, panel ve seminer gibi aktivitelerle toplumu ve iş dünyamızı bilgilendirme çalışmalarına ilk kurulduğumuz yıldan itibaren büyük önem vermekteyiz.

Rekabet Savunuculuğu ve toplumu bilgilendirme çalışmalarımıza yardımcı olması nedeniyle meslek personelinin uzman yardımcılığından uzmanlığa geçiş aşamalarında hazırlanmış oldukları uzmanlık tezlerini bir seri halinde dönem dönem yayımlamaktayız. Bundan beş altı yıl kadar önce ülkemizde rekabet hukuku ve rekabet politikası alanında çok sınırlı sayıda akademik çalışma varken bu sayı giderek yükselmektedir. Bu çalışmaların öncülerinden olan ilk dönemlere ait uzmanlık tezleri genellikle konunun ana kavramları ve genel tartışma noktaları üzerinde yoğunlaşırken, sonraki dönemlere ait tezlerde rekabet hukuku ve politikasının daha ayrıntılı ve tartışmalı konularına değinildiği görülmektedir. Bu durum ülkemizdeki tarafların ve iş dünyamızın rekabet hukuku ve politikasını benimsediğinin ve konu ile ilgili bilgi ihtiyaçlarının temel kavram ve tartışmaları aştığının bir göstergesidir.

Üç yıllık bir uygulama deneyiminin ardından titiz bir akademik araştırma sürecinden geçtikten sonra hazırlanan rekabet uzmanlığına yükselme tezleri meslek personelimizin çalışma deneyimleri ve yoğun bir eğitim sürecinin sonunda ortaya çıkan ürünleridir. Bu çalışmaların, konu hakkında yazılan yerli eserlerin halen yeterli sayıda ve yoğunlukta olmamasından kaynaklanan boşluğu dolduracağını ve tüm kesimlere faydalı olacağını ümit ediyoruz.

**Mustafa PARLAK**

Rekabet Kurumu Başkanı

## KISALTMALAR

|                 |   |
|-----------------|---|
| <b>AB</b>       | : Avrupa Birliği  |
| <b>ABD</b>      | : Amerika Birleşik Devletleri                               |
| <b>a.g.k.</b>   | : Adı geçen karar   |
| <b>ATAD</b>     | : Avrupa Toplulukları Adalet Divanı                         |
| <b>bkz.</b>     | : Avrupa Tüketici Örgütü                                    |
| <b>CEPR</b>     | : Center for Economic Policy Research                       |
| <b>İDM</b>      | : İlk Derece Mahkemesi                                      |
| <b>DOJ</b>      | : Department of Justice                                     |
| <b>ECLR</b>     | : European Competition Law Review                           |
| <b>ECR</b>      | : European Court Reports                                    |
| <b>FBI</b>      | : Federal Bureau of Investigation                           |
| <b>OECD</b>     | : Organization for Economic Co-operation and<br>Development |
| <b>OFT</b>      | : Office of Fair Trading                                    |
| <b>Kanun</b>    | : Rekabetin Korunması Hakkında Kanun                        |
| <b>Komisyon</b> | : Avrupa Komisyonu  |
| <b>s.</b>       | : Sayfa   |

“Karteller, piyasa ekonomisinin kanseridir.”  
Mario Monti

## GİRİŞ

Ekonomik ve sosyal hayat, görünmez el ilkesinin öngördüğü şekilde işlememektedir. Toplumsal çıkarlar ile özel çıkarların çatışması sonucu piyasa mekanizması araçlarının tek başına ekonomik meseleyi çözmeye yetmediği haller, piyasa başarısızlıkları (*market failures*) olarak ortaya çıkmaktadır. Kamu malları, dışsallıklar, asimetrik bilgi, rekabetin kısıtlı kalması gibi unsurlar piyasa başarısızlığının kaynağını oluşturmaktadır. Bu hallerde, kollektif iradenin görünür elinin ekonomik sisteme müdahalesine ihtiyaç vardır.

Piyasa başarısızlığı kaynaklarından biri de rekabetin kısıtlı kalmasıdır. Rekabetin kısıtlı kalmasının teşebbüsler arası anlaşmalar, hakim durumun kötüye kullanılması, pazar özellikleri, hukuki ve politik koruma gibi kaynakları vardır. Adam Smith’in Milletlerin Zenginliği (*The Wealth of Nations*) adlı eserinde belirttiği gibi, rakip teşebbüsler nadiren biraraya gelirler; ancak bir kez biraraya geldiler mi bu, toplum aleyhine anlaşmalarla sonuçlanır. Bu anlaşmalar, üretim düzeyinin sınırlanması, pazarların paylaşılması, fiyatların artırılması gibi ticaret şartlarını teşebbüsler lehine değiştiren hükümler içerir. Bu tür anlaşmaların önlenmesi yoluyla piyasa mekanizmasının temel araçlarından biri olan rekabetin korunması, rekabet politikasının öncelikli amacıdır. Fakat, Rekabet Otoritesi’nin bu amacı gerçekleştirmeye elverişli ve yeterli araçlarla donatılması gerekmektedir. Bu çerçevede, tezde, son yıllarda rekabet otoritelerinin kartellerle mücadelede kullandığı önemli bir araç haline gelen pişmanlık programı (*leniency program*) ele alınacaktır.

Tezin amacı, son yıllarda birçok Rekabet Otoritesi tarafından benimsenen programı teorik ve pratik açıdan incelemek ve programın Türk Rekabet Hukuku’nda uygulanabilirliğine ilişkin değerlendirme yapmaktır.

Tezin birinci bölümünde, “*pişmanlık programı, kartellerle mücadelede niçin ve nasıl uygulanmalıdır*” sorularına, programın karteller üzerindeki etkileri incelenerek, yanıt aranacak ve teorik bir çerçeve oluşturulmaya çalışılacaktır.

Tezin ikinci bölümünde, ilk olarak, diğer ülke uygulamalarına ve teorik tartışmalara yön vermesi nedeniyle Amerika Birleşik Devletleri [A.B.D.] pişmanlık programı ele alınacaktır. Fakat, bu kısımda, gizlilik kuralları sonucu programın uygulandığı davalara ilişkin yeterli bilgiye ulaşılamaması nedeniyle, programdan yararlanma şartlarının yorumlanmasında Department of Justice-Adalet Bakanlığı [DOJ]-Antitröst Dairesi çalışanlarının konuya ilişkin açıklamaları ile yetinilecektir. Daha sonra, Avrupa Birliği [AB] uygulamaları, A.B.D. programı ile farklılıkları, uygulamada yapılan değişiklikler ve bunlara ilişkin değerlendirmeler ışığında ele alınacaktır.

Tezin üçüncü bölümünde, programın Türk Rekabet Hukuku’nda uygulanabilirliğine ilişkin değerlendirmeler ve öneriler yer alacaktır.



## BÖLÜM 1

# PİŞMANLIK PROGRAMLARININ TEORİK OLARAK İNCELENMESİ

ABD’de 1990’lı yıllarda, özellikle uluslararası kartellerle mücadelede, büyük başarı kazanılmıştır. 1993 yılında pişmanlık programında yapılan değişiklikler, bu başarının başlıca nedeni olarak gösterildi<sup>1</sup>. 1993 değişikliklerinin yürürlüğe girmesi ile programa başvuru sayısı yirmi kat arttı; çok sayıda kartel tespit edildi ve cezalandırıldı. Büyük para cezaları ve çeşitli ülkelerden üst düzey yöneticilere hapis cezaları uygulandı (Spagnolo 2003, 3)<sup>2</sup>. Bu başarı, Kanada, A.B., Almanya, İngiltere, Fransa, İsveç ve G. Kore gibi ülkeleri benzer programlar uygulamaya yöneltti (OECD 2002, 8).

Rakiplerin oluşturduğu koalisyonları, bir tarafı diğer tarafa karşı kullanarak dağıtma, Julius Cesar’dan beri benimsenen klasik bir yöntem<sup>3</sup> olmasına rağmen, bu tür yöntemlerin iddia edildiği kadar başarılı olduğundan emin olamayız<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> DOJ çalışanı Hammond (2000), “Son beş yıl içinde, program uluslararası kartellerle mücadelede arama emri, gizli ses veya görüntü kayıtları ve FBI sorgulamaları gibi soruşturma araçlarından daha başarılı oldu. Kuşkusuz program kartellerle mücadelede en güçlü araçtır” demektedir. Spratling (1999)’e göre, “Program, kartellerle mücadelede Antitröst Dairesi’nin en etkili aracıdır. 1998 yılında yaklaşık ayda iki başvuru yapıldı. Bu, eski program ile karşılaştırıldığında başvuru sayısında yirmi kattan fazla bir artışa işaret etmektedir.” Hüscherlath (2002, 21)’a göre, elde edilen başarı program yanında para cezalarındaki artışın, rekabet otoriteleri arası işbirliğinde ve soruşturma tekniklerindeki gelişmelerin ortak sonucu olabilir.

<sup>2</sup> 1995’den önce uygulanan en yüksek rekabet ihlali cezası, 6 milyon \$ iken; 1997, 1998 ve 1999 yıllarında ortalama para cezası, 6 milyon \$’ı aştı. 1997 ve 1998 yıllarında uygulanan para cezası, 1976-1995 yılları arasında uygulanan toplam para cezasına eşittir. 1998 yılında yaklaşık 12 milyon \$ olan ortalama para cezası, 1996 yılı ortalamasına göre onbeş kat artışı temsil etmektedir. 1999 yılında ise toplam para cezası tutarı, 1,1 milyar \$’ı aşarak en yüksek düzeyine ulaşmıştır. Ayrıca, ortalama hapis cezası süresinde ve özellikle 1999 yılında bu cezaya çarptırılan kişi sayısında önemli artışlar oldu (Spratling 1999; Kobayashi 2002, 2).

<sup>3</sup> Pişmanlık programlarının temel felsefesi, Roma İmparatoru Julius Cesar’ın dış politikada uyguladığı “böl ve yönet” (*divide et impera*) politikasına benzemektedir.

<sup>4</sup> Belirli bir kartel politikasının başarısını değerlendirmek zordur. Az sayıda kartelin tespit edilmesi, caydırıcılığın ürünü olabileceği gibi, ekonomik konjoktür nedeniyle kartel sayısındaki

Cezalandırılan kartel sayısındaki artışı, tek başına programın sağladığı caydırıcı etkinin sonucu görmek, iyimserlik olur. *Kaldı ki, programın karteller üzerindeki etkileri gözlemlenemez.* Cezalandırılan kartel sayısındaki artış, kartel faaliyetlerindeki artışın sonucu da olabilir. Hatta, program caydırıcı etki yaratsa bile, farklı düzenlemelerin yararlı olup olmayacağı, ancak teorik inceleme ile ortaya konabilir (Spagnolo 2003, 3; Ellis ve Wilson 2002, 2).

Programın düzenlenme biçimi, amaçlarına ulaşmasında temel bir öneme sahiptir. Bu nedenle, program düzenlemelerinin pratik değerlendirmesi tek başına yeterli değildir. Teşvik düzenlemesi (*incentive scheme*) niteliğinde olması, programın iktisadi çalışmalar ile değerlendirilmesine olanak vermektedir. Fakat, konuya ilişkin teorik çalışmalar son zamanlarda gelişme göstermiştir (Spagnolo 2000a, 5).

Program, A. Malik, L. Kaplow, S. Shavell ve R. Innes gibi yazarların katkı sağladığı "*self-reporting teorisi*" ile yakından ilişkilidir. Münferit ihlallere odaklanan bu teori, ihlali kendiliğinden bildirenlere hukuki yaptırımlardan kurtulma olanağı sağlanmasının, uygulama ve denetim masrafları, ihlalin doğurduğu zararın tazmini ve kişilerin kaçınma masrafları üzerinde etkisi gibi hususları incelemektedir (Spagnolo 2000a, 2)<sup>5</sup>.

Motta ve Polo (2001, 5), programı vergi affı ile ilişkilendirmekte, özellikle programın etkileri ile beklenen vergi affının etkileri arasında ilişki kurmakta ve vergi affının vergi uyumunu azaltmasına rağmen, vergi idaresi vergi kaçakçılığını önlemekte yetersiz ise, yararlı olabileceği sonucuna ulaşmaktadırlar. Pişmanlık programlarının etkileri açısından da benzer sonuçlara ulaşmışlardır.

### 1.1. PROGRAMIN TANIMI ve TÜRLERİ

Pişmanlık programı<sup>6</sup>, Rekabet Otoritesi ile kartel üyelerinden biri arasında, kartelin tesbitine veya ispatlanmasına yönelik işbirliği karşılığında farklı kapsamlarda olanak sağlanması şeklinde tanımlanabilir. Program, fayda-maliyet dengesine dayanmaktadır. Nitekim, AB'de, hem 96/C 207/04 Sayılı hem de

---

azalmanın veya kartellerle mücadele araçlarının yetersizliğinin bir sonucu olabilir. Tespit edilen kartel sayısındaki artış ise doğru politika değişikliklerinin veya kartel faaliyetlerindeki artışın sonucu olabilir (Hüschelrath 2002, 8).

<sup>5</sup> *Self-reporting teorisi*, başta çevre ve ürün güvenliğine ilişkin düzenlemeler olmak üzere kanunlarda yer verilen münferit ihlalleri kendiliğinden bildirenlere sağlanacak olanakların ekonomik yararları üzerinde durmaktadır. Teori, programın organize ihlaller üzerinde delil sağlayıcı ve güven bunalımı yaratıcı özgün niteliklerine değinmemektedir (Spagnolo 2003, 11). (Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Innes, R. (1999), (2001) ve Kaplow, L. ve S. Shavell (1994)).

<sup>6</sup> Çeşitli düzenlemelerde "*leniency*", "*immunity*", "*amnesty*" kavramları kullanılmaktadır.

2002/C 45/03 Sayılı Komisyon Duyurusu'nda, AB vatandaşlarının ve tüketicilerin, kartelin ortaya çıkarılmasındaki menfaatinin işbirliğinde bulunan firmaya para cezası uygulanmasından daha önemli olduğu belirtilmiştir (Uyanık 2002, 36).

Program, sağladığı olanakların kapsamına göre, ikiye ayrılabilir :

- **Sınırlı Pişmanlık Programı:** İşbirliği karşılığında yaptırımlardan bağışıklık veya indirim sağlayan programlardır. Rekabet Otoritesi tarafından öngörülen şartları sağlayan işbirlikçi teşebbüse yaptırım uygulanmaması, bağışıklık (*immunity*) olarak adlandırılabilir. Bağışıklık indirimden daha kapsamlıdır (OECD 2002, 11). Rekabet otoritelerince bu tür programlar uygulanmaktadır. Hapis cezalarının sözkonusu olduğu ülkelerde, Örneğin, A.B.D.'de, pişmanlık cezai yaptırımlara karşı güvence niteliğini almaktadır. Genel olarak, para cezalarından indirim olarak düzenlenmiş olan AB programında, 2002 değişiklikleri ile bağışıklık müessesesi ayrıca düzenlenmiştir (OECD 2002, 8).
- **Kapsamlı Pişmanlık Programı:** İşbirliği karşılığında yaptırımlardan bağışıklık veya indirim sağlamakla kalmayıp, işbirliğinin ödüllendirilmesini düzenleyen programlardır. Bu tür bir program, teorik olarak tartışılmakta ve uygulanması önerilmektedir (Spagnolo 2003, 22). Bu tür programlarla ilgili olarak ödül miktarının ne olacağı ve bu ödülün kimlerin yararlanacağı temel tartışma konularını oluşturmaktadır. Bu tartışmalara tezin ilgili bölümünde değinilecektir.

## 1.2. PROGRAMIN AMAÇLARI

Programın amaçlarını belirlemek için, öncelikle kartellere ilişkin özelliklere değinmekte büyük yarar vardır.

Becker'in 1968 yılında yazdığı temel çalışmasından beri "*economics of law enforcement*" alanında Polinsky, Shavell, Kaplow, Garoupa ve Mookherjee tarafından yapılan çalışmalar, münferit ihlaller üzerinde durmuştur. Fakat, birçok ihlal organize nitelik taşımaktadır. Organize ihlaller, karteller yanında, mafya ve çete faaliyetlerini, birden fazla kişinin katıldığı rüşvet gibi yolsuzlukları, kaçakçılık, uyuşturucu veya silah ticareti gibi kanunsuz ticaret türlerini kapsamaktadır. Organize ihlallerin toplumlara büyük zararlar vermesi nedeniyle, bu tür ihlallere karşı etkili mücadele araçlarının geliştirilmesi büyük öneme sahiptir<sup>7</sup>. Bu nedenle, konu sadece rekabet politikasına özgü değildir (Spagnolo 2000a, 2).

---

<sup>7</sup> Rekabet politikasının dikey anlaşmaların değerlendirilmesi, kötüye kullanma niteğindeki fiyatlama, mal vermeyi reddetme, fikri mülkiyet hakları ile rekabet hukuku arasındaki ilişki, yoğunlaşmalara müdahale gerekçeleri gibi konularına ilişkin fikir ayrılıkları olmasına rağmen;

Organize ihlaller-karteller, mücadele araçlarının geliştirilmesine temel oluşturacak, üç özgün ve ortak özelliğe sahiptir (Spagnolo 2003, 4)<sup>8</sup>:

1- İhlali gerçekleştirme, birden fazla kişinin iştirakini gerektirdiğinden, ahlaki tehlike (*moral hazard*) ve bedavacılık (*free ride*) sorunları doğar.

Kartel, yapısı gereği, monopol bir firmadan daha kırılgandır. Bir bütün olarak kartelin çıkarları ile üye teşebbüslerin kişisel çıkarları genellikle önemli ölçüde çatışır. Kartelin bu yapısı, üyelere yapılan anlaşmalara uymama güdüsü (*cheating incentive*) yaratmaktadır<sup>9</sup>. Akıllıca gizlenmiş anlaşmaya uymama hali, karteli küçük kayıplara uğrattırırken, anlaşmaya uymayan teşebbüse büyük kazançlar sağlayabilmektedir. Eğer, yeterli kartel üyesi anlaşmaya uymazsa, kartel çökebilir. Sonuç olarak, birçok kartel anlaşmaya uymama olanağını azaltmak için aşırı çaba sarfeder (Hovenkamp 1999, 144)<sup>10</sup>.

---

yatay fiyat ve pazar paylaşımı gibi ihlallerle mücadele edilmesi gerektiği konusunda fikir birliği vardır. *Hırsızlık ile fiyat tespiti arasında fazla bir fark yoktur*. Amerikan Hukuku, kartelleri Sherman Kanunu'nun *per se*-açık ihlali ve hapis cezası uygulanabilecek bir suç olarak kabul etti. Bu nedenle kartellerle mücadele her Rekabet Otoritesinin gündeminde ilk sırada yer almaktadır (Whish, 2001, 416). Birçok ülkede rekabet kanunları ile karteller yasaklanmasına rağmen, son zamanlarda vitamin ve gıda katkı maddeleri (food additive) gibi pazarlarda ortaya çıkarılan uzun süreli ve başarılı karteller, etkili mücadele araçlarının gerekliliğini ortaya koymaktadır (Aubert, Rey ve Kovacic 2003, 2; OECD 2002, 11).

<sup>8</sup> Uluslararası kartellerin ortak özelliklerine ilişkin açıklamalar için bkz. Griffin, 2000. Komisyona göre, vitamin karteli hedef ve minimum fiyatın belirlenmesi, pazar paylarının korunması, telafi düzenlemelerinin yapılması, üyelerin üst düzey yöneticilerinden oluşan hiyerarşik yapının oluşturulması, satış ve fiyat bilgilerinin aylık ve üç aylık periyotlarla değişilmesi ve kartel tarafından hazırlanmış yıllık bütçenin uygulama ve denetiminin fiili satışların öngörülen kotalara uyarlanması sonucu sağlanması ile diğer kartellerle benzer işleyiş özellikleri (*modus operandi*) taşımaktadır (Press Release IP/01/1625, 2001).

<sup>9</sup> Teşebbüslerin diğer üyelerin anlaşmaya uymayacağı endişesini taşıması, teşebbüsleri anlaşmaya uymamaya itmektedir. Bu durum teşebbüsler arası fiyat savaşına ve rekabetçi dengeye dönülmesine neden olabilir (Ünsal 1998, 432). Fakat fiyat savaşı tehdidi anlaşmayı destekleyen bir unsur olabilir (Mollgaard 2002, 4). Hatta, fiyat savaşı, karteli sürdürmenin her firma için en iyi yol olduğunun anlaşılmasına ve tekrar kartel oluşturulmasına neden olabilir. Anlaşmaya uymama güdüsü yanında pazara yeni teşebbüslerin girmesi, ikame ürünlerin geliştirilmesi veya ithalat olanağının artması gibi unsurlar, *karteli tehdit eden faktörler* olarak ele alınabilir.

<sup>10</sup> Bu noktada, kartellerin aktüel etkisine bakmaksızın amaçları nedeniyle yasaklanmalarını anlamak mümkündür (Sanlı 2000, 104; Whish 2001, 426). İkinci *PVC* kararının temyizinde, İDM, bir teşebbüs ihlalin bazı bölümlerine katılmış olsa bile, katıldığı bölümlerin devam eden bir kartelin parçası olduğunu biliyor veya bilmesi gerekiyordysa, tüm ihlalden sorumlu tutulabileceğine karar vermiştir. Ayrıca, İDM, açık bir şekilde rekabeti sınırlama amacı olan toplantının kararlarına uyulmamasının tek başına teşebbüsü kartelin tüm sorumluluğuna katılmaktan kurtarmayacağına karar vermiştir. Aksini ortaya koyan kanıt olmadıkça, teşebbüslerce rekabeti sınırlandırma amacı olan toplantılara katılmak, bu faaliyetlere teşebbüsün iştirakini belirlemeye yeterli olacaktır (Whish 2001, 81). Nitekim rekabeti kısıtlama amacı taşıyan bir anlaşma teşebbüslerin anlaşmaya uymamaları veya pazara ilişkin özellikler nedeniyle

Kartel anlaşmaya uymama yanında bedavacılık sorunuyla da karşı karşıyadır. Kartelleştirilmiş bir pazarda, kartel dışında kalmak, en iyi stratejidir. Çünkü, bu sayede Rekabet Hukuku'ndan doğan yaptırımlara tabi olmadan kartel kararlarından yararlanılabileceği gibi, kartelle rekabet etmek yoluyla kartel üyeleri aleyhine pazar payı artırılabilir. Kartel dışında kalan teşebbüs üretimini önemli ölçüde artırabilirse karteli çökertebilir<sup>11</sup>. Bu nedenle, kartel yönetimi, bu teşebbüslere karşı anlaşmaya uymayan üyeye uygulanan mücadele yöntemlerine benzer yöntemler uygular (Hovenkamp 1999, 153)<sup>12</sup>.

Organize ihlaller, birden fazla kişi arasında işbirliği ve güveni gerektirdiği için, bu tür ihlallerle üyeleri birbirine karşı kullanmak yoluyla mücadele etmek, klasik yöntemlerden biridir (Cooter ve Garoupa 2000, 2). Bu yöntem, Amerika ve İtalya'da, sicilya mafyası ve uyuşturucu ticareti ile mücadelede kapsamlı ve başarılı bir şekilde uygulanmıştır (Spagnolo 2003, 5).

2- Organize ihlaller, bünyelerinde sürekli bir ilişkiyi barındırdıklarından, mevcut ve beklenen fayda-maliyet unsurlarını içerirler.

Birçok kartel karmaşıktır ve uzun sürelidir. Kartelin yönetilmesinde bazı teşebbüsler diğer teşebbüslerden daha aktif olabilir; bazıları bir süre için kartelden ayrıлып sonra tekrar katılabilir. Bazıları, sadece toplantılara katılabilir veya bilgilenecek için çeşitli yollarla iletişim içinde bulunabilir. Kartel üyeleri nadiren uyumlu bir şekilde çalışabilir<sup>13</sup>. Kartel içinde rollerin zamanla değişiyor olması nedeniyle, Rekabet Otoritesi'nin birbirinden bağımsız anlaşma-uyumlu eylemleri ve teşebbüslerin herbirinin bunlara katılımını belirlemesi, Rekabet Otoritesi'nin delil yükünü artıracak gibi, zamanaşımına uğramış anlaşma ve uyumlu eylemlere ceza uygulanamamasına da neden olacaktır (Whish 2001, 79)<sup>14</sup>.

---

tamamen uygulanamayabileceği gibi, teşebbüsler tarafından ihlale ilişkin savunma yapmaya olanak verecek şekilde de düzenlenebilir.

<sup>11</sup> Kartellerin yapısal sorunlarına ilişkin açıklamalar için bkz. Whish 2001, 425.

<sup>12</sup> Örneğin, rüşvet ilişkisinde taraflar, uzun süreli çıkarlarını düşünerek, anlaşmaya uymamaktan (rüşveti alıp anlaşma konusu işi yapmamaktan) kaçınırlar veya anlaşmaya uymayanlara karşı sert tedbir alınacağı izlenimi yaratırlar. Benzer şekilde, kartel, çete ve kanunsuz ticaret gibi diğer organize ihlallerde, yapı içinde üyelerin davranışlarını disipline edecek tedbirlere ihtiyaç duyulur (Spagnolo 2000, 3). Anlaşmanın uygulanmasını sağlayacak, üyelerin fiyatlarını rekabetçi düzeye indirmesi, yıkıcı fiyat, boykot, ortak dağıtım ağından yararlandırmayı veya mal vermeyi reddetme (Hovenkamp 1999, 151-152) gibi ceza tedbirlerinin yanında grup bilinci ile de güven oluşturulabilir. Örneğin, *Lysine* kartelinin FBI tarafından kaydedilen gizli kamera görüntülerinden birinde, bir yönetici "*rakiplerimiz dostumuz; müşterilerimiz düşmanlarımızdır*" demiştir (Moolgaard 2002, 4).

<sup>13</sup> Kartel içinde değişen roller gerek para cezalarının belirlenmesi gerekse pişmanlık programlarının düzenlenmesinde dikkate alınmaktadır. İhlaldeki aktif rol ile pasif role farklı hukuki sonuçlar bağlanmaktadır. Örneğin, ihlaldeki aktif rol, para cezasının belirlenmesinde ağırlaştırıcı neden; pasif rol, hafifletici neden olarak kabul edilmektedir.

<sup>14</sup> Avrupa Komisyonu, bu zorlukları 81(1). madde ihlallerini uyumlu eylem veya anlaşma olarak belirlemekten kaçınmak ve teşebbüslerin tek tek filli katılımlarını tesbit etmeksizin ortak

Kartelin ortaya konulmasında uzlaşmaya ulaşılan anı tanımlayan veya iletişimin sonucuna odaklanan *statik bir yaklaşım* yerine, rekabetin ihlal edildiği bütün sürecin ortaya konulmasına odaklanan *dinamik bir yaklaşım* benimsenmelidir. Avrupa’da bu, “*devam eden tek bir anlaşma*” kavramı ile sağlanmaya çalışılmaktadır. Bu kavram, uzun dönemli kartelerde ilgili teşebbüslerin uzlaşmalarını tek tek göstermenin olanaksızlığı nedeniyle geliştirilmiştir. Bu yaklaşım sayesinde, deliller bütün olarak değerlendirilerek kartelin varlığı ve belirgin özellikleri ortaya konulmakta, aksini gösteren bir kanıt olmadıkça, ilgili teşebbüslerin bu sürecin tamamına katıldığı varsayılmaktadır. Yani bu kavram, teşebbüslerin kartelin tüm eylemlerinden sorumlu tutulabilmesini ifade eden “*birlikte sorumluluk*” ilkesine dayanak olmaktadır (Kekevi 2003, 35). Ayrıca sürekli veya tekrarlanan ihlallerde, zamanaşımının ihlalin sona erdiği ya da en son tekrarlandığı günden itibaren işlemeye başlaması esası kabul edilmiştir.

*Program, ihlalin süreç olarak ortaya konulmasını sağlayacak maddi delillerin elde edilmesine yardımcı olacak ve bu ilkelerin uygulanmasını kolaylaştıracaktır.*

3- Birinci ve ikinci özelliğin sonucu olarak, üyeler birbirlerinin kartele katılımına ilişkin üçüncü kişilere sunulabilecek bilgilere sahip olurlar.

Kartel üyeleri, ihlale ilişkin bilgi edinmede Rekabet Otoritesi’nden daha iyi bir konumdadır. Kartelin oluşturulması ve sürdürülmesi sürecine katılım, teşebbüslere bu olanağı vermektedir. Bu nedenle, teşebbüsler birbirlerinin kartele katılımına ilişkin Rekabet Otoritesine sunulabilecek bilgilere sahiptirler. (Aubert, Rey ve Kovacic 2003, 2).

Kartellerin gelişmiş yapısı, Rekabet Otoritesi’nin ihlali ispatlayabilme yeteneğini azaltmaktadır (Uyanık 2002, 32)<sup>15</sup>. Kartelin varlığını ortaya koymak

---

sorumluluklarını ifade eden “*devam eden tek bir anlaşma (single overall agreement)*” kavramı ile aşmıştır. Komisyon, bu yolla özellikle kartel kararlarında ihlali tek başına anlaşma veya uyumlu eylem olarak nitelermeksizin ve parçalamaksızın; teşebbüsler arası uzlaşmanın anlaşma veya en azından uyumlu eylem düzeyine ulaştığını belirlemekte ve ihlali anlaşma ve/veya uyumlu eylem olarak nitelendirmektedir. Tek bir anlaşmanın varlığını belirledikten sonra, tüm görüşmelere katılmasa, hatta karteli anlaşmaya uymamak istese bile, teşebbüslerin sorumluluktan kurtulamayacağına karar verilmektedir (Whish 2001, 79-80); Case C-199/92 P Hüls v Commission [1999] ECR I-4287, para. 155; C-235/92 P Montecatini v Commission [1999] ECR I-4539, para. 181; T-347/94 Mayr-Melnhof v Commission [1998] II-1751, para. 135; T-25/95 Cimenteries CBR and Others v Commission [2000] ECR. II-491, para. 1389. )

<sup>15</sup> Karteller, Rekabet Otoritesi tarafından alınan tedbirlere uyum sağlamaktadır. Teşebbüsler maddi delillerin elde edilmesini güçleştiren tedbirler almaktadır. Bu tedbirlere örnek olarak AB açısından kartel toplantılarının Zürih’te yapılması, bu seyahatin kayıtlarının ortadan kaldırılması ya da özel uçakla gidilmesi, oligopolistik bağımlılık savunması yapabilmek için, bir teşebbüsün fiyat artırımının ardından diğerlerinin takibi konusunda anlaşılması, teşebbüslerin şafak baskınında birbirlerine şifreli mesajlar göndermeleri ve belgelerin saklanmak üzere evlere

için kullanılan iktisadi deliller teşebbüs savunmaları ile kolayca çürütülebilmektedir. Bu ise maddi delillerin önemini artırmaktadır (Kekevi 2003, 29). Amerikan mahkemeleri çoğunlukla iktisadi nitelikteki delillerin maddi delillerle harmanlanıp sunulması halinde anlaşmanın varlığı sonucuna ulaşmaktadır. Anlaşmanın ispatlanmasında maddi delillerin bu derece önemli olması, gizli kamera yerleştirilmesi, iletişimin dinlenmesi gibi soruşturma tekniklerinin geliştirilmesi yanında, 1993 değişikliklerinin temel gerekçelerinden biri olmuştur (Kekevi 2003, 30).

Kartel üyelerinin, ihlale ilişkin delile sahip olmakta Rekabet Otoritesi'nden daha iyi bir konumda olması nedeniyle, pişmanlık programı maddi delillerin elde edilmesine büyük katkı sağlamaktadır (Uyanık 2002, 32; OECD 2002, 28). *Bu özellikler, pişmanlık programının uygulanmasına uygun zemin oluşturmaktadır.*

Yukarıda ele alınan kartellere ilişkin özelliklerin ardından programın amaçlarını belirlemek mümkündür:

#### *1- Caydırıcı Etki Yaratmak*

Program, hem kartellerin doğmasını önleyecek hem de doğmuşsa erken ortadan kaldırılmasını sağlayacak şekilde düzenlenebilir. Pişmanlık programları, genellikle, tespit edilmemiş ihlalleri belirleme aracı olarak desteklenir. Tespit edilmemiş ihlalleri, ihlale katılan teşebbüslerin işbirliği yoluyla dağıtmak programın temel fikrini oluşturmaktadır (Spagnolo 2003, 5; Wils 1997, 130). Kartellerin ortaya çıkarılmasında en büyük zorluk, gizlilik perdesini kaldırmaktır. Kaldı ki, karteller, alınan tedbirlere uyum sağlamak ve bilinçli bir yapı halini almaktadır. Rekabet Otoritesi, gizli görüşme ve toplantılara iştiraki ispatlamaya yetecek delil elde etmek amacıyla yaptırımları azaltmayı veya uygulamamayı benimseyebilir. Program, başka şekilde farkedilmeyecek kartelleri ortaya çıkarmakta ve ayrıca soruşturma araçlarının harekete geçirilmesini sağlamaktadır (OECD 2002, 7). Bu nedenle başvuru sahibinden otoritenin sahip olmadığı delillerin sunulması istenmektedir. A.B.D.'de, başvuru zamanında, ihlale ilişkin başka bir kaynaktan bilgi sahibi olunmaması şartı aranmaktadır. İncelemenin başlamasından sonra bağışıklık için ihlali ispatlamayı sağlayabilecek delile sahip olunmaması şartı aranmaktadır. Bunlar, programın aksi halde ortaya çıkarılmayacak kartellerin ortaya çıkarılmasına katkı sağlamasını temin etme amacına yönelik tedbirlerdir (OECD 2002, 14-15).

---

götürülmesi gösterilebilir (Kekevi 2003, 49). Hatta kartel yönetimi, bu tedbirlere uymayan üyelere ceza uygulanması yoluna gidebilir. Nitekim 2003/1 sayılı Tüzük ile Komisyon'un soruşturma yetkilerinin artırılmasının temel nedeni, ihlallerin tespitinin zorlaşmasıdır. Ayrıca küreselleşme ve iletişim teknolojisindeki gelişmelerin kartellerle mücadele olanağını sınırladığı gözden kaçırılmamalıdır (Joshua 2000b, 19). Küreselleşmenin karteller üzerindeki etkilerine ilişkin görüşler için Bkz. Hüsichelrath 2002, 8-10.

Caydırıcı etki program yanında rekabet hukuku yaptırımları ve soruşturma araçları ile düşünülmesi gereken bir kavramdır<sup>16</sup>. Ağır yaptırımlar, yüksek tespit edilme ihtimali ve açıklık ilkesi ile desteklenmiş bir program, gerek kartele iştirakin önlenmesi, gerekse kartel oluşturulması halinde soruşturma sürecine etkinlik kazandırılması bakımından yararlı olur (Hammond 2000). Fakat, caydırıcı etki yaratılması programın düzenlenme biçimi ve fayda-maliyet dengesinin korunması ile yakından ilişkilidir. Örneğin, ilk başvuran olma şartı, bazı teşebbüsleri iştirak edip işbirliğinde bulunmaktansa, iştirak etmeyerek yaptırımlardan kaçınmaya itebilir.

## 2- Kaynak Tasarrufu Sağlamak

Rekabet Otoritesi'nin sahip olduğu kaynaklar sınırlıdır. Bu nedenle *“hangi hallerde harekete geçilmelidir”* sorusu ile karşı karşıyadır. İdari sürecin başlamasından sonra yapılan tepkisel işbirliği için olanak sağlanması, ihlalin ispatlanmasını kolaylaştırma ve kaynak tasarrufu sağlama amacına yöneliktir. Ayrıca idari sürecin başlamasından önce kendiliğinden işbirliğinde bulunulması, inceleme yapılacak pazarın belirlenmesine yardımcı olmaktadır. Bu, resen, ihbar veya şikayet başvuruları ile harekete geçmekten daha güvenilir bir kaynaktır. Program, soruşturma araçlarını harekete geçirerek delil elde edilmesini kolaylaştırır ve soruşturmanın sonuçlandırılmasını hızlandırır. Bu tür bir yararın maliyeti ise işbirliğinde bulunan teşebbüse olanak sağlamaktır (OECD 2002, 11)<sup>17</sup>. Fakat, bu alanda gerçek başarı, ihlale ilişkin idari ve

---

<sup>16</sup> Kartelden elde edilen kar ve kartelin cezalandırılma ihtimali dikkate alınarak yapılan matematiksel hesaplamalar, uygulanan para cezalarının caydırıcı olmaktan uzak olduğunu göstermektedir. Bu durum, teşebbüslerin anlaşmaya uymama güdüsünü önleyecek araçlar bulmaları halinde kartel oluşturmalarına neden olmaktadır (Spagnolo 2000b, 2). Fakat literatürde yüksek para cezalarının uygulanması, teşebbüslerin iflasına sebep olması nedeniyle sorgulanmaktadır. Uygulamada karşılaşılan bu tür sorunlar nedeniyle tespit ve ceza ihtimalini artırmanın yanında, ihlale katılan yöneticiler için hapis ve para cezası tedbirleri önerilmektedir. Yöneticilere yaptırım uygulama, firmanın yöneticisini kontrol etmekte karşılaştığı güçlükleri gidermesi bakımından da yerindedir (Hüschelrath 2002, 12). A.B.D.'de bu tip cezaların uygulanması kartellerle mücadelede köşetaşı olarak görülmektedir. Hammond (2000,3) *“tecrübelerimize göre, yöneticileri kartelden caydıracak hapis cezasından daha büyük yaptırım yoktur... Teşebbüslere para cezası verilmesi ne kadar yüksek olursa olsun yöneticileri kartele iştiraktan vazgeçirememektedir.”* demektedir. Amerika, Kanada, İrlanda, Japonya, Kore, Norveç, Fransa ve Yunanistan gibi bazı OECD ülkelerinde kartel faaliyetlerine katılmış kişilere hapis cezası dahil cezai yaptırımlar öngörülmüştür. Şükran Günü'nde ailesi ile birlikte olmak yerine hapiste olmanın, teşebbüs üzerine ne kadar yüksek para cezası uygulanırsa uygulansın, daha büyük bir caydırıcı etkisi olacağı Amerika'da tartışmasız kabul edilmektedir (Whish 2001, 416). *“Kartellerle mücadelede hangi yaptırımlar uygulanmalıdır”* sorunu, üzerinde titizlikle durulması gereken bir konudur.

<sup>17</sup> İhlale katılmış teşebbüsün ihlalin hukuki sonuçlarından işbirliği yoluyla kurtulması hakkaniyete aykırı görülebilir. Fakat karteller gibi organize ihlaller ile bu yolla mücadele etme, diğer üyelerin iştirakini ispatlayabildiği ölçüde uygulamaya katkı sağlıyor demektir (OECD 2002, 26).



yargısal süreci sonuçlandıracak şekilde düzenlenecek uzlaşma müessesesi ile elde edilebilir. Örneğin, pişmanlık başvurusu kapsamında yapılan işbirliği, ihlale katılan diğer teşebbüslerin ihlale ilişkin idari ve yargısal süreci sonuçlandıracak şekilde uzlaşmasını sağlayabildiğinde, önemli kaynak tasarrufu sağlanacak ve rekabet ihlalleri ile süratli ve etkili bir mücadele yöntemi yaratılmış olacaktır.

### 1.3. PROGRAMIN OYUN TEORİSİ ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

Mahpusların açmazı oyunu, ortağının ihlale katılımını ispatlayacak delil sunulması karşılığında yaptırımları azaltması ile, pişmanlık programının en bilinen örneğidir<sup>18</sup>. İştirakçilerin kendilerini mahpusların açmazı (*prisoners' dilemma*) durumuna yakın bir halde bulmalarını sağlamak, pişmanlık programının arkasında yatan temel fikirdir. Mahpusların açmazı oyunu, ihlali ispatlamayı sağlayacak bilgiyi elde etmek için *yakalanmış* mahpuslardan en az birinin işbirliğini sağlamayı amaçlar. Fakat, pişmanlık programları, genellikle, tespit edilmemiş ihlalleri belirlemek yoluyla soruşturma masraflarını azaltma ve ihlali caydırma aracı olarak desteklenir. Tespit edilmemiş ihlalleri, işbirliği yoluyla ortadan kaldırma programın temel fikrini oluşturmaktadır (Spagnolo 2003, 5).

Mahpusların açmazı oyununda, polis trafik kazası suçundan tutukladığı iki kişinin aslında banka soyguncusu olduklarından şüphelenmektedir. Ancak, polisin elinde cezası 10 yıl hapis olan banka soygunu konusunda yeteri kadar güçlü kanıt yoktur. Bu yüzden de Ahmet ve Mehmet adlı kişilerin yargılama sonucu trafik kazası suçundan birer yıl hapse mahkum olmaları söz konusudur. Bu durumda, polis, banka soygunu suçunu itiraf ettirmek için her mahpusu *ayrı ayrı* sorgular ve her mahpusa şu öneriyi yapar : “Trafik kazası suçundan 1 yıl hapis yatmaktansa, soygun suçunu itiraf ederek sen serbest kal, suç ortağın 10 yıl hapis yatsın. Ancak suç ortağın da senin gibi suçunu itiraf ederse, senin itirafına ihtiyacımız olmayacağından senin cezanı indiririz ve 10 yıl yerine 5 yıl hapse mahkum olursun.” Bu durumda, her mahpusun alacağı hapis cezasının süresi, kendi izlediği strateji ile suç ortağının izlediği stratejiye bağlıdır (Ünsal 1998, 429).

Aşağıdaki tabloda birinci ve ikinci rakamlar sırasıyla itiraf etmek ve susmak gibi iki stratejiye sahip Ahmet ve Mehmet'in hapis cezası sürelerini göstermektedir:

---

<sup>18</sup> Mahpusların açmazı oyunununun iktisattaki önemine ve organize ihlallerin topluma verdiği büyük zarara rağmen; pişmanlık programlarının karteller ve organize ihlaller üzerindeki etkilerine ilişkin iktisadi çalışmalar son zamanlarda ortaya çıkmıştır (Spagnolo 2003, 8).

|       |              | Mehmet       |        |
|-------|--------------|--------------|--------|
|       |              | İtiraf Etmek | Susmak |
| Ahmet | İtiraf Etmek | 5,5          | 0,10   |
|       | Susmak       | 10,0         | 1,1    |

Kaynak : Ünsal (1998, 430)

Tablo incelendiğinde suç ortağı hangi stratejiyi seçerse seçsin her iki mahpus için itiraf etmenin en iyi strateji olduğu görülecektir. Yani her iki mahpus için hakim strateji<sup>19</sup> itiraf etmektir. Mahpusların açmazı oyununda mahpuslar *ortak çıkarları* doğrultusunda hareket ederek suçu itiraf etmek yerine susmayı tercih etseler 1 yıl hapis yatacaklar ve dolayısıyla da daha iyi durumda olacaklardır. Fakat, mahpuslar, *kişisel çıkarlarını* düşünerek suçu itiraf etmekte ve durumlarını kötüleştirmektedir. *Mahpusların susmak yerine suçu itiraf ederek durumlarını kötüleştirmelerinin nedenleri, işbirliği yapma olanağından mahrum olmaları ve birbirlerine güvenmemeleridir* (Ünsal 1998, 429-430).

Program, kartellere ilişkin özellikler bölümünde ele alındığı gibi kartel üyeleri arasında kararlarında kartelin ortak çıkarları yerine kişisel çıkarlarını dikkate almaları nedeniyle var olan ve yapılan anlaşmalara uyulmamasına neden olan *çıkar çatışmasını*, (Ünsal 1998, 431) teşebbüsün rekabet ihlali nedeniyle uğrayacağı yaptırımı ihlale katılan diğer teşebbüslerin davranışına bağlamak suretiyle, artırmak istemektedir (Hüscherlath 2002, 15).

Kobayashi, A.B.D. programının kartel üyelerinin kararları üzerindeki etkilerini oyun teorisi çerçevesinde ele almıştır.

Bu çerçevede programın kartel üyeleri için oluşturduğu kazançlar bir tablo ile gösterilebilir:

|  |                    |
|--|--------------------|
| 1. Kartel üyeleri programa başvurmazsa         | $P_1 = Y - p_0F_i$ |
| 2. Sadece teşebbüs (i) program için başvurursa | $P_2 = - r p_0F_i$ |

<sup>19</sup> Hakim strateji, bir firmanın rakipleri ne yaparlarsa yapsınlar kendisi için yapabileceğinin en iyisini yaptığı durumu; Nash dengesi ise bir firmanın rakiplerinin kararları veri iken kendisi için yapabileceğinin en iyisini yaptığı durumu yansıtır (Ünsal, 1998, 434).

|   |                               |
|---|-------------------------------|
| 3. Diğer teşebbüsler başvururken teşebbüs i başvurmazsa | $P_3 = - (1-r) F_i - rp_0F_i$ |
| 4. n sayıda teşebbüs başvurursa                         | $P_4(n) = P_2/n + P_3(n-1)/n$ |

Kaynak : Kobayashi (2002, 30)

Tabloda Y kartel nedeniyle elde edilmesi beklenen net kar düzeyini;  $F_i$  pazar payı, etkilenen ticaret hacmi ve diğer ağırlaştırıcı unsurlar çerçevesinde belirlenecek yaptırım düzeyini;  $p_0$  program olmaksızın ihlali belirleme ve ispatlama ihtimalini ve  $r$  başvurunun reddedilme ihtimalini göstermektedir. Programa başvuru yapılmaz ise kartel üyeleri  $p_0F_i$  kadar beklenen yaptırım ve  $Y - p_0F_i$  kadar beklenen getiri ile karşı karşıya kalacaklardır. Kartel üyesi teşebbüslerden birinin başvuruda bulunması kartelden beklenen getirinin ortadan kalkmasına neden olacaktır. Sadece teşebbüs (i) başvuruda bulunursa  $r$  ihtimal ile  $p_0F_i$  ;  $(1-r)$  ihtimal ile sıfır yaptırım ile karşılaşacaktır. Eğer teşebbüs (i) dışında bir teşebbüs başvuruda bulunur ise (1) başvuru  $r$  ihtimal ile reddedilirse beklenen yaptırım  $p_0F_i$  ; (2) başvuru  $(1-r)$  ihtimal ile kabul edilirse beklenen yaptırım  $F_i$  olur. Eğer n sayıda teşebbüs başvuruda bulunur ise, herbirinin ilk teşebbüs olma ihtimalinin eşit olduğu varsayımı altında,  $1/n$  ihtimal ile  $P_2$  ve  $n-1/n$  ihtimal ile  $P_3$  kadar beklenen yaptırım ile karşı karşıya olacaklardır (Kobayashi 2002, 30).

Bu kazançlar aşağıdaki tabloya ikinci kazançlar üye (i) kazancını göstermek üzere yerleştirilmiştir :

|                                | Üye (i) kartelde kalır | Üye (i) başvuruda bulunur |
|--------------------------------|------------------------|---------------------------|
| Diğer üyeler kartelde kalır    | $P_1, P_1$             | $P_3, P_2$                |
| Diğer üyeler başvuruda bulunur | $P_{4(n=N-1)}, P_3$    | $P_{4(n=N)}, P_{4(n=N)}$  |

Kaynak : Kobayashi (2002, 31)

Program, başvuru yapılması halinde öngörülen yaptırımların uygulanmamasını içerdiğinden  $P_2 > P_3$  olacaktır. Ayrıca  $P_4, P_3$  ve  $P_2$ 'nin ağırlıklı ortalaması olduğundan  $P_2 > P_4 > P_3$  olacaktır. Bu nedenle eğer üyelerden herhangi biri başvuruda bulunursa diğerleri için en iyi strateji işbirliğinde bulunmak olacaktır. Örneğin, üye i başvuruda bulunursa diğer üye işbirliğinde bulunması halinde  $P_{4(n=N)}$  kadar; işbirliğinde bulunmaması halinde ise  $P_3$  kadar yaptırıma maruz kalacaktır. Bu durumda diğer üye başvuruda bulunarak daha az yaptırım ile karşılaşmak isteyecektir (  $P_{4(n=N)} > P_3$  ) (Kobayashi 2002, 31).

Diğer üyeler kartelde kalır ise üye (i) nin hangi stratejiyi izleyeceği  $P_1$  ile  $P_2$  değerleri arasındaki ilişkiye bağlı olarak değişecektir.  $P_2 > P_1$  ise teşebbüs işbirliğinde bulunma stratejisini tercih edecektir. Bu durumda üye (i) için diğer üyeler ister başvuruda bulunsun ister bulunmasın en iyi strateji işbirliğinde bulunmak olacaktır. Üyelerin hakim stratejilere sahip olduğu bu durumda kartel üyeleri mahpusların açmazı oyununda olduğu gibi rekabet ihlalinin

ispatlanmasına ilişkin olarak Rekabet Otoritesi'ne başvuruda bulunacaktır. Fakat, eğer  $P_2 < P_1$  ise üye(i) başvuruda bulunmama stratejisini tercih edecektir. Bu durumda diğer teşebbüs işbirliğinde bulunmaz ise üye (i) için en iyi strateji işbirliğinde bulunmamak ve işbirliğinde bulunur ise işbirliğinde bulunmak olmak üzere iki ayrı nash dengesi ortaya çıkacaktır. Fakat,  $P_1 > P_2 > P_4 > P_3$  olacağından kartel üyesi başvuruda bulunmamayı tercih edecek ve kartel istikrarlı bir şekilde sürdürülecektir. Bu nedenle programın başarısını belirleyecek temel unsur  $P_1$  ve  $P_2$  arasındaki ilişkidir (Kobayashi 2002, 31).

$P_1 < P_2$  [ $P_1 - P_2 < 0$  ve  $Y - (1 - r)p_0F_i < 0$  olacaktır.] ise kartel üyeleri programa başvuruda bulunacaklardır. Bu nedenle  $Y - (1 - r)p_0F_i < 0$  değerinin azalmasını sağlayacak politika değişiklikleri programın başarısını artıracaktır. Örneğin, kartelden beklenen getirinin ( $Y$ ) ve programa başvurunun reddedilme ihtimalinin ( $r$ ) azalması ve beklenen yaptırım düzeyinin ( $F_i$ ) ve soruşturma araçları ile karteli belirleme ve ispatlama ihtimalinin ( $p_0$ ) artması kartel üyelerinin programa başvurma isteğini artıracaktır (Kobayashi 2002, 31).

Kobayashi bu çerçevede 1993 yılında A.B.D. programında yapılan değişikliklerin niçin programın başarısını artırdığını incelemiştir. Örneğin, ortaya çıkarılma ihtimali ( $p_0$ )'ndeki bir artış başvuru isteğini artıracaktır. Fakat, 1978 programında başvurunun kabul edilmesi için ihlalin yakın bir zamanda ortaya çıkarılmasının beklenmemesi gerekmektedir. Bu ise ortaya çıkarılma ihtimali ( $p_0$ ) artan bir kartel için aynı zamanda başvurunun reddedilme ihtimalini ( $r$ ) de artıracaktır. Yani 1978 programında  $p_0$  artışının yarattığı başvuru isteği  $r$  artışının yarattığı isteksizlik tarafından dışlanmaktadır. Yakın gelecekte kartelin ortaya çıkarılmasının beklenmemesi şartının kaldırılarak; soruşturma açılmadan önce başvuru yapılması halinde kartel üyesi teşebbüsün kendiliğinden bağışıklığa hak kazanması olanağının getirilmesi başvurunun reddedilme ihtimalini sıfıra indirecektir ( $r=0$ ). Bu, soruşturma araçlarının başarısındaki artışın başvurunun reddedilme ihtimalindeki artış tarafından dışlanmasını önlemektedir (Kobayashi 2002, 32).

1993 değişiklikleri ile kartelin belirlenmesinden sonra da ispatlanmasına yönelik başvuruya olanak sağlanması programın başarısını artırmıştır. Bu tür karteller için ispatlama ihtimali ( $p_0$ ) yüksek ve beklenen kar ( $Y$ ) düşük olacağından  $P_1 < 0$  olacaktır. 1993 programı ile kartelin belirlenmesinden sonra programa başvuru olanağının getirilmesi ( $r = 0$ )  $P_2 = 0 > P_1$  olmasını sağlamış ve programın başarısının artmasına yardımcı olmuştur. Ayrıca para cezalarındaki artışlar, işbirliği isteğini artırmıştır (Kobayashi 2002, 32).

#### 1.4. PROGRAMIN BAŞARISINI ETKİLEYEN FAKTÖRLER

Yukarıda yer verilen sonuçların uzantısı olarak, programın başarısını etkileyen faktörleri kısaca ele almak mümkündür. Programın başarısını etkileyen faktörler, dört başlık altında incelenebilir :

##### 1- *Hardcore* Kartel Faaliyetleri İçin Ağır Yaptırımların Öngörülmesi

Kartel faaliyetlerinin suç olarak kabul edilmesi ve teşebbüslerin yanında ihlale katılan çalışanların hapis cezası ve para cezası ile sorumlu tutulması gibi tedbirler alınabilir. Cezai yaptırımlar konusunda fikir birliği olmamasına rağmen, teşebbüs ve yöneticiler tarafından algılanan yaptırım düzeyi, kartelden elde edilecek getiriyi aşmadıkça, kartel faaliyetinin caydırılmayacağı genel kabul görmektedir. Para cezalarında son zamanlarda görülen artış bu anlayışın sonucudur (Hammond 2000). Kartelden elde edilen getiriye göre çok düşük para cezaları öngörüldükçe veya yeterli para cezası öngörülmekle birlikte bu cezalar kısmen uygulandıkça, işbirliği yeterli teşviğe kavuşamayacaktır. Yöneticilerin sorumlu tutulması işbirliğini teşvik edebilir; fakat AB uygulamaları, yöneticilerin sorumluluğunun programın başarısı için zorunlu olmadığını göstermektedir (OECD 2002, 9).

##### 2- Kartel Faaliyetine Katılanların Tespit Edilme İhtimalinin Yüksek Olması

İhlalin tespit edilme ihtimali düşük algılandığı sürece, ağır yaptırımlar kartel faaliyetini caydırmaya yetmeyecektir. Ayrıca, böyle bir durumda teşebbüsler işbirliğinde bulunmaktan kaçınacaktır (Hammond 2000). Çünkü teşebbüs işbirliği kararını verirken, alternatif tercih olan karteli sürdürmenin sonuçlarını da değerlendirecektir. Bu nedenle DOJ-Antitröst Dairesi para cezalarındaki artış yanında arama emri, ses ve görüntü kaydı gibi soruşturma araçları kullanmaktadır (Spratling 1999). Geniş olanaklar sunma ile işbirliğinin teşvik edilmesi yanında uygulamada kazanılan başarılar ile teşebbüslerin karteli sürdürme tercihinin maliyeti artırılmaktadır. Bu nedenle program teşebbüsler için “*reddedilemeyecek bir teklif*” niteliği taşımaktadır (Spratling 1999).

##### 3- İşbirliğinin Sonuçlarına İlişkin Açıklık Sağlanması

İhlale katılanların işbirliği, kartelin belirlenmesi ve cezalandırılmasında büyük öneme sahiptir. Fakat, bu işbirliği, üyelere işbirliğinin sonuçlarına ilişkin açıklık sağlanması ile elde edilebilir. Aksi takdirde, kartelde kalmanın getirisi, işbirliğinde bulunmadan elde edilecek belirsiz getiriden fazla olabilir (OECD 2002, 8). Açıklık ilkesi, şartların ve politikaların belirlenmesi yanında takdir yetkisinin bu şartların uygulanmasında nasıl kullanılacağına baştan açıklanması ile sağlanabilir. Açıklık, para cezalarının belirlenmesi ve pişmanlık programının uygulanması gibi alanlarda sağlanması gereken genel bir ilkedir (Hammond 2000). Belirli hallerde programın nasıl uygulanacağı konusunda

tereddütlerin doğması, başvurunun ertelenmesine hatta yapılmamasına neden olmaktadır. Fakat, bir günlük gecikme bile, teşebbüslerin ağır yaptırımlara maruz kalmasına neden olabilmektedir. Bu nedenle program şartlarının yorumlanmasına ilişkin açıklayıcı düzenlemelerin yayımlanması, kamuoyunun ve teşebbüslerin bilgilendirilmesi açısından yararlı olacaktır (Spratling 1998). Açıklık ilkesinin sağlanması için yapılacak fedakarlık, takdir yetkisinin sınırlandırılmasıdır. Uygulamaya ilişkin takdir yetkisi altında pişmanlık programı işlememektedir (Hammond 2000).

#### 4- Başvuru Zamanına Önem Verilmesi

Rekabet Otoritesi yapacağı düzenlemelerde erken işbirliğinde bulunulmasını teşvik edecektir. İlk başvuran teşebbüs olma şartı, birkaç saatle de olsa ikinci başvuran teşebbüsün ağır yaptırımlara maruz kalmasına neden olmaktadır<sup>20</sup>. Bu şart, erken işbirliğini teşvik edici niteliktedir (Spratling 1999). Programın “kazanan tümünü alır” (*the winner-take-all*) niteliği, kartel üyeleri arasında güvensizliğe ve işbirliği yarışına neden olmaktadır. Örneğin, kartel üyelerinin birinin toplantıya katılmaması, diğer üyelere büyük bir şüphe ve güvensizlik uyandırmaya yetmektedir (Hammond 2000). Ayrıca idari sürecin başlamasından sonra yapılacak tepkisel işbirliği için daha ağır şartlar belirlenmelidir. İlk başvurudan sonra yapılacak başvurulara da daha sınırlı olanaklar sağlanmalıdır (OECD 2002, 9). Bu tedbirler, hem işbirliğinin yeterli teşviğe kavuşturulması hem de işbirliğinin geciktirilmesi anlamında erteleyici etkinin doğmasının önlenmesi bakımından gereklidir.

### 1.5. PROGRAMAYA YÖNELİK TARTIŞMALAR

İşbirliği, zamanlamasına göre, kendiliğinden işbirliği (*spontaneous cooperation*) ve tepkisel işbirliği (*reactive cooperation*) olmak üzere iki ana gruba ayrılabilir. Rekabet Otoritesi'nin ihlale ilişkin olarak harekete geçmesinden önce yapılan işbirliği, kendiliğinden işbirliği; sonra yapılan

---

<sup>20</sup> *Marine construction* ve *graphite electrodes* vakaları, programın teşebbüsler için sunduğu parasal yararı ortaya koymaktadır. *Marine construction* vakasında, başvuru sahibi, deniz petrolü için güverte ve doğalgaz çıkarma ve işleme platformlarının inşası gibi sözleşmelerde fiyat ve müşteri paylaşımı anlaşmasına ilişkin bildirimde bulundu. Başvuru sahibinin sürekli işbirliği de sağlaması sonucu teşebbüs bağımsızlığa hak kazandı. Soruşturma açıldıktan kısa bir süre sonra diğer bir üye uzlaşmaya vardı ve işbirliğinde bulundu. Fakat teşebbüs önemli işbirliği sağlamasına ve para cezasına önemli indirim hak kazanmasına rağmen 49 milyon \$ para cezası ödedi. *Graphite electrodes* vakasında, başvuru sahibinin işbirliği arama emrinin çıkarılmasını ve bundan kısa bir süre sonra üyelere biriyle uzlaşmaya varılmasını sağladı. Fakat uzlaşma, teşebbüsün A.B.D.'de pazar payının düşük olması ve erken ve kapsamlı işbirliğinde bulunulmasına rağmen, 29 milyon \$ para cezası ile sonuçlandı (Spratling, 1998).

işbirliği, tepkisel işbirliği olarak adlandırılabilir. Diğer bir deyişle, inceleme-araştırma döneminde yapılan işbirliği, tepkisel işbirliği; inceleme-araştırma dönemi dışında yapılan işbirliği, kendiliğinden işbirliği olarak adlandırılabilir.

Rekabet Otoritesi, yapacağı düzenlemeler ile kendiliğinden işbirliğini ve tepkisel işbirliğini teşvik etmek isteyecektir. Ancak, kendiliğinden işbirliğinin teşvik edilmesi daha önemlidir. Bu nedenle, yapılan düzenlemelerde kendiliğinden işbirliğinin teşvik edilmesine özel önem verilecektir. Ayrıca, tepkisel işbirliği, inceleme döneminin farklı aşamalarında meydana gelebilir. Burada da amaç, incelemenin ilk aşamalarında işbirliği yapılmasını sağlamak olacaktır. Ayrıca, incelemenin ileri aşamalarında yapılacak işbirliğinin zararlı etkileri varsa, bunları gidermeye yönelik tedbirler alınacaktır. Bu nedenle, bu ayırım, Rekabet Otoritesi'ne programı düzenleme, uygulama sonuçlarını değerlendirme ve uygun değişiklikleri yapma hususunda yol göstermektedir.

### **1.5.1. Sınırlı Programa Yönelik Tartışmalar**

İşbirliği karşılığında yaptırımlardan bağışıklık veya indirim sağlayan programlar, "sınırlı pişmanlık programı" olarak ele alınmaktadır.

Rekabet Otoritesi'nin temel amacı, kendiliğinden işbirliğini teşvik etmektir. Literatürde, sınırlı pişmanlık programının, bu tür işbirliğini teşvik etmeye yeterli olup olmayacağı hususunda farklı görüşler vardır:

Motta ve Polo (2001)'ya göre, sadece kendiliğinden işbirliği için bağışıklık olanağı sağlanması, teşvik edici olmayacaktır. Çünkü, kartel program yürürlüğe girmeden önce uygulanabiliyorsa, anlaşmaya uymamayı önleyecek ve tespit-ceza ihtimalini karşılayacak bir kazançta sahip demektir. Sınırlı program, üye için böyle bir kazancın kaybı anlamına gelecektir. Pazarın önaraştırma ve denetime tabi tutulması ile birlikte yaptırım uygulama ihtimali artar; kartelden beklenen kar azalır. Bu nedenle tepkisel işbirliği, teşebbüsler için net bir kazanç niteliği taşır. Bu durumda, üyeler, yaptırımlardan indirime işbirliği ile tepki verebilir. Fakat, sadece kendiliğinden işbirliğine bağışıklık olanağı sağlayan bir düzenleme, teşebbüslerin kartel oluşturma zamanı ile işbirliğine olanak sağlanan zaman aralığı arasında şartlarda herhangi bir değişme yaratmayacaktır. Teşebbüsler, olağanüstü şartlar olmadıkça karteli sürdürmeyi tercih edeceklerdir. Böylece kendiliğinden işbirliği isteği doğmayacaktır<sup>21</sup>. Bu nedenle programın

---

<sup>21</sup> Motta ve Polo (2001, 25)'ya göre uygulamada görülen kendiliğinden işbirliği istisnai nitelik taşımaktadır. Örneğin, risk algılaması yüksek bir yönetimin teşebbüsü devralması gibi nedenler, bu işbirliğini yaratabilmektedir. Ayrıca, yapılan kendiliğinden işbirlikleri, program öncesi dönemde uygulamaya başlanan karteller için sözkonusu olacaktır. Programın yürürlüğe girmesinden sonra yapılan kartel anlaşmaları için kendiliğinden işbirliği isteği doğmayacaktır. Bu durumda kendiliğinden işbirliği sayısı, programın yürürlüğe girmesi ile artan, fakat zamanla azalan bir seyir izleyecektir.

başarılı olması için tepkisel işbirliğine bağlılık olanağı sağlanması gerekir. Böylece hem uzun ve karmaşık soruşturma sürecinde tasarruf hem de uygun işbirliği teşviği sağlanır<sup>22</sup>.

Motta ve Polo'ya göre, bu, yeni bir sonuç değildir :

Malik ve Schwab tarafından 1991 yılında yapılan çalışmaya göre vergi affı, vergi idaresinin gayretlerindeki artış ile desteklenmedikçe, ek gelir beyanına neden olmayacaktır. Çünkü mükellefler, şartları değerlendirerek uygun kaçınma düzeyini belirlemişlerdir. Vergi affı, yeni bir durum yaratmadığı için kaçınma düzeyi değişmeyecektir (2001, 25).

Fakat, sınırlı program kendiliğinden işbirliği isteği doğurabilecek ve birbirinden bağımsız üç etki yaratabilecektir (Spagnolo 2003, 30):

1- Yaptırım Önleme Etkisi (*Protection From Fines Effect*): Bu etki, işbirliği halinde beklenen yaptırım düzeyi, işbirliğinde bulunmaksızın anlaşmaya uymama halinde beklenen yaptırım düzeyinin altındaysa doğar. Bu halde, program, hem anlaşmaya uymamayı hem de işbirliğinde bulunmayı teşvik edecektir (Spagnolo 2003, 21). Bu etki, programa anlaşmaya uymayan teşebbüslerin başvurabileceğini vurgulamaktadır. Zamanla kartelin istikrarsız hale gelmesi veya pazara yeni teşebbüslerin girmesi, ikame ürünlerin geliştirilmesi veya ithalat olanağının artması gibi *karteli tehdit eden unsurların* ortaya çıkması, bu etkiyi doğurabilecektir. Fakat, Spagnolo, geçmiş ihlaller için yaptırım uygulanmamasını önermektedir. Bu halde bu etki doğmayacaktır (Spagnolo 2003, 29).

2- Cezayı Önleme Etkisi (*Protection From Punishment Effect*): Bu etki, kartelin anlaşmaya uymayan teşebbüslere karşı rekabetçi dengeye dönüşten daha ağır ceza tedbirleri ile sürdürülmesi halinde doğacaktır. Kartelden uzun dönemde elde edilecek kar ile telafi edileceği beklentisi sonucu anlaşmaya uymayan teşebbüslere karşı fiyatların rekabetçi düzeye indirilmesi, yıkıcı fiyat veya boykot uygulanması veya ortak dağıtım ağından yararlandırmayı veya mal vermeyi reddetme (Hovenkamp 1999, 151-152) gibi sert ve kısa süreli tedbirler ceza olarak tasarlanmışsa, bu tür ceza tedbirlerine karşı koruyucu güvenceler sağlanması, kendiliğinden işbirliğini teşvik edecektir<sup>23</sup>. Fakat, kartel rekabetçi

---

<sup>22</sup> Brisset ve Thomas (2002, 8-9), uygulanan sınırlı programlar ile kendiliğinden işbirliği isteğinin doğmaması ve tepkisel işbirliğine olanak sağlanmasının *ex-ante* kartel artırıcı etki yaratması nedeniyle, kendiliğinden işbirliğine parasal ödül ve tepkisel işbirliğine yaptırımlardan indirim sağlayan bir program önermektedir.

<sup>23</sup> Kartel anlaşmaya uymamaya karşı, can ve mal güvenliği tehdidini ceza olarak kullanıyorsa, program bunu önleyecek tedbirleri içermelidir. Nitekim, Gambetta ve Reuter 1995 yılında yaptıkları çalışmada, Sicilya'da mafyanın, özellikle kamu ihalelerinde, kartellerin işleyişine destek verdiğini tartışmaktadır (Spagnolo 2003, 37).



dengeye dönüşü ceza olarak kullanıyorsa, bu etki doğmaz<sup>24</sup>. Koruyucu güvencelerin varlığı halinde kendiliğinden işbirliği, hem diğer üyelerin cezalandırılmalarını sağlayacak; hem de uzun dönemde kartelden elde edilecek karla telafi edileceği beklentisi ile tasarlanan fiyat savaşı, boykot gibi kısa süreli ve sert cezaları sınırlandıracaktır. Bu etki, programın düzenlenme biçimi ile yakından ilişkilidir. Başvuruda bulunan teşebbüsleri koruyucu güvenceler sağlanması yanında tekerrür halinin para cezasının tespitinde ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilmesi bu etkiyi artıracaktır (Spagnolo 2003, 22).

3- Güven Bunalımı Etkisi: Kartelin oluşturulması ve sürdürülmesi, üye teşebbüsler arasında güveni gerektirmektedir. İlk başvuran teşebbüs olma şartı taşıyan bir program, kartelin sürdürülmesi için gerekli güveni azaltarak kendiliğinden işbirliğini teşvik eder. Yüksek para cezaları ve diğer soruşturma araçları, güven bunalımı etkisine katkı sağlar. Ayrıca ağır yaptırımların güven bunalımı etkisine katkı sağlaması, yeni Avrupa Komisyonu [Komisyon] Duyurusunun birçok yönüyle A.B.D. programına yaklaşmasına rağmen, onun kadar başarılı olamayacağını gösterir<sup>25</sup>. DOJ çalışanları, teşebbüsleri kendiliğinden işbirliğine yönelten temel güdü olarak bu etkiyi görmektedir (Spagnolo 2003, 30).

Bu etkiler dikkate alındığında, Motta ve Polo'nun görüşlerinin aksine; pişmanlık programları, Rekabet Otoritesi'nin kaynak düzeyinden bağımsız olarak, sınırlı olsa dahi, kartellerle mücadelede uygulanması gereken bir araçtır (Spagnolo 2003, 9).

Motta ve Polo'nun 1999 ve 2001 yılında sınırlı programlara ilişkin yaptıkları çalışmalarda ulaştıkları "*kendiliğinden işbirliği yaratacak sebep yoktur; tepkisel işbirliği en iyi şekilde teşvik edilmelidir*" şeklinde özetlenebilecek sonuç, kartelin rekabetçi dengeye dönüş cezası ile sürdürüldüğü ve geçmiş ihlaller nedeniyle yaptırım uygulanmadığı varsayımlarına dayanmaktadır. Bu varsayımlar altında yaptırımı-cezayı önleme ve güven

---

<sup>24</sup> Spagnolo (2000a, 12)'ya göre, 1978 A.B.D. programı gibi, sadece kendiliğinden işbirliğine bağlılık sağlayan programların başarısız olması, ikinci halin daha gerçekçi olduğunu göstermektedir. Ayrıca, yaptırımların yüksek, kartelden beklenen karın düşük ve üye sayısının fazla olması halinde, diğer üyelerin işbirliği sonucu maruz kalınacak yaptırımları önleme güdüsü ihmal edilebilir niteliktedir.

<sup>25</sup> DOJ çalışanlarına göre, değişiklik sonrasında programın kazandığı başarının temel nedenlerinden biri hapis cezası korkusudur. Böyle bir etki Avrupa'da doğmayacaktır (Aubert, Rey, Kovacic, 2003, 7). Hammond (2000, 4) hapis cezasını önleme güdüsünün temel başvuru nedeni olmasına rağmen, yöneticilerin para cezası veya hapis cezası ile ihlalden sorumlu tutulmadığı ülkelerde yeterli para cezasının uygulanması halinde programın başarılı olacağını savunmaktadır. Fransa'da yerleşik *Rhone-Poulenc SA*'nın *Vitamins* vakasında yöneticilerinin A.B.D.'de cezai sorumluluğu olmamasına rağmen, işbirliği kararı vermesini bu duruma örnek olarak göstermektedir. Teşebbüslere verilecek yüksek para cezaları, işbirliği teşviği sağlamak için yeterli olabilecektir (OECD 2002, 26).

bunalımı etkisi oluşmamakta ve kendiliğinden işbirliği isteği doğmamaktadır (Spagnolo 2003, 9).

Sınırlı pişmanlık programı, kendiliğinden işbirliği yanında, tepkisel işbirliği için de yaptırımlardan bağışıklık veya indirim olanağı sağlayabilir. Programın tepkisel işbirliğine olanak sağlaması, karteller üzerinde biri olumsuz biri olumlu iki etki yapar:

- 1- Mevcut Yaptırımlar Tam Olarak Uygulandığında Kartel Doğmayacakken, Programın Beklenen Yaptırım Düzeyini Azaltması Sonucu Ortaya Çıkan *ex-ante* Kartel Artırıcı Etki: Bu etki altında kartel doğacak ve teşebbüsler, tepkisel işbirliğinde bulunacaktır. Bu etki, diğer soruşturma araçları ve yaptırımlar ile sağlanan caydırıcılık düzeyini azaltmaktadır.
- 2- Program Yürürlükte Değilken, Başarılı Bir Soruşturma Süreci ile Yaptırım Uygulanacak Kartellerde, Tepkisel İşbirliği Sonucu Doğan *ex-post* Dağıtıcı Etki: Bu etki, soruşturma süreci ile birlikte teşebbüsler arası güvensizliğin artacağı varsayımına dayanır. Soruşturma sürecinde teşebbüslerce sunulan deliller, ihlalin ispatlanmasına katkı sağlayabilecektir<sup>26</sup>. İndirim düzeyinin artırılması hem *ex-ante* kartel artırıcı etkiyi hem de *ex-post* dağıtıcı etkiyi artırır (Motta ve Polo 1999, 2).

Bu durumda sınırlı programın uygulanıp uygulanmaması otoritenin sahip olduğu mevcut personel, soruşturma teknikleri, yaptırımlar v.b. yetkiler bakımından sahip olduğu kaynak düzeyinin ihlali ispatlamaya yeterli olup olmadığına bağlı olarak belirlenecektir. Sahip olunan kaynaklar ve mevcut yaptırımlar tam olarak uygulandığında yeterli caydırıcılık sağlanabiliyorsa, programın olumsuz etkisi olumlu etkisinden büyük olacaktır. Fakat, kaynakların sınırlı olması nedeniyle yeterli caydırıcılık sağlanamıyorsa (ki gerçekçi olan budur (Motta ve Polo 1999, 19)), *ex-post* dağıtıcı etkiden yararlanılabilecektir (Motta ve Polo 1999).

Motta ve Polo (1999, 18)'ya göre, program ile birlikte teşebbüsleri tepkisel işbirliğine ikna edecek ispatlama ihtimali eşiği oluşur. Teşebbüsler, otoritenin ihlali ispatlayabileceğine inanmazlarsa işbirliğinde bulunmamayı tercih edecektir<sup>27</sup>. Bu nedenle kaynakların bu eşiği aşacak şekilde dağıtılması gerekecektir. Bu ise tepkisel işbirliği sayısını belirleyecek önaraştırma ve denetim faaliyetlerine daha az kaynak ayrılması sonucunu doğuracaktır. İkna

---

<sup>26</sup> Motta ve Polo (2001, 7)'ya göre, tepkisel işbirliğinin gerçekleşmesi halinde soruşturma sürecine geçmeksizin nihai karar verilebilmektedir.

<sup>27</sup> Rekabet Otoritesi, bu durumu dikkate alarak önaraştırma açarken ihtiyatlı davranmalıdır. Programın sağlayacağı tepkisel işbirliğine güvenerek çok fazla önaraştırma açılması, işbirliği yaratacak ispat ihtimalinin yakalanamamasına neden olacaktır (Motta ve Polo 2001, 22).

edici ispatlama ihtimaline erişmek güç ise, işbirliği sayısı yetersiz kalacaktır. Kaynaklar, bu eşiği sağlayamayacak kadar az ise, program faydalı olamayacaktır.

*Sonuç olarak, program, ortalama bir kaynağa sahip Rekabet Otoritesi için yararlı olabilecektir. Çünkü, program, kendiliğinden işbirliği isteğinin doğmayacağı görüşü de dikkate alındığında, Rekabet Otoritesi kartellerle mücadelede yeterli kaynağa sahipse gereksiz ve zararlı; otoritenin kaynakları yetersizse faydasız olacaktır.*

Esasen *ex-ante* kartel artırıcı etkinin sınırlandırılması mümkündür. Tepkisel işbirliği karşılığında yapılacak indirimin başvuru sırası ve Rekabet Otoritesi'ne ihlalin ispatlanmasında katkı sağlanması gibi şartlara bağlanması zararlı etkiyi azaltıcıdır. Fakat, özellikle idari sürecin ileri aşamalarında başvuru sırası ve katma değer şartına tabi olmaksızın, örneğin, sadece Rekabet Otoritesi'nin doğrulanması karşılığında, para cezasından indirim yapılması zararlı etkinin ortaya çıkmasına neden olur. Çünkü, teşebbüsler, Rekabet Otoritesi'nin elinin güçlü olduğunu gördüğü noktada bu tür pasif işbirliği ile cezadan indirim elde etmek isteyeceklerdir. Nitekim, AB açısından 1996 Duyurusu'nun D bölümü kapsamında yapılan indirimler, bu tür zararlı etkiye neden olmuştur. Fakat, 2002 Duyurusu ile değişiklik yapılmış ve para cezasından indirim başvuru sırası ve katma değer şartına bağlanmıştır. Bu tedbirler, *ex-ante* kartel artırıcı etkiyi azaltacaktır. Bu alanda alınabilecek bir diğer tedbir, idari sürecin ileri aşamalarında, örneğin, soruşturma raporunun tebliğinden sonra, yapılacak indirimin soruşturmaya ilişkin idari ve yargısal sürecin sonuçlandırılması (uzlaşma) şartıyla yapılmasıdır. Bu durum, teşebbüslerin Rekabet Otoritesi'nin elinin güçlü olduğuna inandığı noktada işbirliğinde bulunmaları halinde dava hakkından vazgeçmeleri sonucunu doğuracaktır. Böyle bir düzenleme, Rekabet Otoritesi açısından da önemli bir kaynak tasarrufu anlamına gelecektir.

Motta ve Polo (1999, 20)'ya göre, kendiliğinden işbirliği ve tepkisel işbirliğine eşit olanaklar sağlanmalıdır. Bu sonuç, A.B.D. uygulamaları ile uyumludur. 1993 değişiklikleri ile A.B.D programında tepkisel işbirliğine bağımsızlık olanağının sağlanması, artan başvuruların nedenini teşkil etmektedir<sup>28</sup>. Nitekim Antitröst Dairesi'nin 1994 Yıllık Raporu'nda "yılda ortalama bir başvurunun yapıldığı eski rejime kıyasla, ilk yılında yeni rejim ile ayda ortalama bir başvurunun yapıldığı ve bu durumun soruşturma sürecinde tasarruf

---

<sup>28</sup> Değişiklik öncesi 1978 programının başvuru sayısı açısından başarısız olmasının nedeni, tepkisel işbirliğine bağımsızlık olanağı sağlamaması yanında, kendiliğinden işbirliğini teşvik etmekte yetersiz kalmasıdır (Spagnolo, 2000). 93 değişiklikleri ile, kendiliğinden işbirliğinde bulunan ilk teşebbüse takdir yetkisine tabi olmaksızın bağımsızlık olanağının sağlanması, işbirliği isteği yaratan temel sebeptir. Nitekim, Scott Hammond ve Gary Spratling gibi DOJ çalışanları, başvuruların yaklaşık %50'sini kendiliğinden işbirliğinin oluşturduğunu ifade etmektedir (Spagnolo, 2003, 29).

sağladığı” vurgulanmaktadır. Oran, 1998’de ayda ortalama iki başvuruya çıkmıştır<sup>29</sup>. Bu nedenle, A.B. uygulamaları açısından, 96/C 207/04 sayılı Komisyon Duyurusu ile tepkisel işbirliğine sağlanan % 50 ila % 75 indirim olanağı teşvik edici olmaktan uzaktı.

Bu, erken ulaşılmış bir sonuçtur. Kendiliğinden işbirliği ile tepkisel işbirliğine eşit olanaklar sağlamak makul değildir. *Böyle bir sonuç, kendiliğinden işbirliği isteğini yok kabul etmekten doğmaktadır.* Ayrıca, kendiliğinden işbirliği, tepkisel işbirliğine karşın, *ex-ante* kartel artırıcı etki yaratmaksızın teşvik edilebilmektedir. Kaldı ki, uygulamada, kendiliğinden işbirliğine tepkisel işbirliğine nazaran daha geniş olanaklar sağlanmaktadır (Spagnolo, 2000a, 6)<sup>30</sup>. Ayrıca kendiliğinden işbirliği ile tepkisel işbirliğine aynı olanakları sağlamak, işbirliği yarışını engelleyebilir. Böyle bir uygulama, teşebbüslerin *“bekle ve gör stratejisi” (wait and see strategy)* benimsemesine; işbirliğinin ertelenmesine neden olabilir. Teşebbüsler, bu halde başvuru hazırlığı yapacak, fakat, bu başvuruyu önaraştırmanın gerçekleşmesine erteleyecektir (Spagnolo 2003, 23). Kendiliğinden işbirliği ile tepkisel işbirliği arasındaki bu ilişki, *“bağışıklık olanağı idari sürecin hangi aşamasına kadar mümkün olmalıdır”* sorusunu ortaya çıkarır. Rekabet Otoritesi bu soruya idari sürecin özelliklerine göre cevap vermelidir. Örneğin, bağışıklık olanağı, önaraştırma veya soruşturma kararı alınmasına kadar mümkün olacak şekilde, objektif olarak düzenlenebilir. Ayrıca, daha belirsiz ve subjektif bir tercih olarak, ihlali ispatlayacak delil elde edilmesine kadar bağışıklık olanağı sağlanabilir.

C. Ellis ve W. Wilson (2002, 2)’a göre, güven bunalımı etkisi doğmayacak; üyeler arasında, ilk başvuran teşebbüs olma çabasının sonucu olan işbirliği yarışı oluşmayacaktır. Böyle bir güvensizlik ortamının doğacağı kesin değildir; teşebbüsler işbirliğinde bulunarak durumlarını kötüleştireceklerinin farkında olacaktır. *Motta ve Polo’nun belirttiği gibi, program ancak tepkisel işbirliği ile yarar sağlayabilir. Teşebbüsleri kendiliğinden işbirliğine yöneltecek neden belirsizdir.* Fakat, 1993 değişiklikleri kendiliğinden işbirliği yaratıcı etki yaptı. Teşebbüsler, karteli sürdürmeye göre daha fazla kazanç elde edecekleri için, stratejik olarak, kendiliğinden işbirliğinde bulunabilir<sup>31</sup>. Bu haliyle, C. Ellis

<sup>29</sup> Fakat, başvuru sayısındaki artış, tepkisel işbirliğine olanak sağlama ile doğan *ex-ante* kartel artırıcı etki pahasına gerçekleşmiş olabilir. Kendiliğinden işbirliği yeterince teşvik edilirse, *tam ve masrafsız* caydırıcılık sağlayacaktır (Spagnolo, 2000).

<sup>30</sup> Hem kendiliğinden hem tepkisel işbirliğine bağışıklık sağlansa bile, tepkisel işbirliği için daha ağır şartlar belirlenmelidir (OECD, 2002, 9). Bu, A.B.D.’de, takdir yetkisinin uygulanması; AB’de, delil eşliğinin artırılması yoluyla sağlanmaktadır. Bu tedbirler, erteleyici etkinin ortaya çıkmasını önlemeye yöneliktir. Bu bakımdan ilk başvuran şartı da büyük öneme sahiptir.

<sup>31</sup> Kartele uygulanan yaptırımlar, marjinal hasılatı azaltıcı ve marjinal maliyeti artırıcı etki yapar. Program, işbirliğinde bulunmayan üyeleri, yaptırıma maruz bırakarak, karlarının azalmasına neden olur. *Fakat burada işbirliği nedeni, güven bunalımı ve yaptırımı önleme değil; rakip üyelere zarar vererek pazar üstünlüğü elde etmektir.* Hasılat etkisi, para cezalarının karın değil;

ve W. Wilson, işbirliğini pazar üstünlüğü sağlama amacına bağlayarak, *kendiliğinden işbirliğinin kaynağı* bakımından Spagnolo'dan ayrılmaktadır.

C. Ellis ve W. Wilson (2002, 17)'a göre, caydırıcı etki doğmazsa, program, kartelin anlaşmaya uymamaya karşı kullandığı bir araç haline gelerek, kartel fiyatı ve karını artırır; *karteli güçlendirici etki* yaratabilir. Üyeler, kartel anlaşmasına, diğer kartel üyelerinin ticari kararlarını kartel anlaşmaları doğrultusunda vereceğini ve anlaşmaya uymamanın tespit edilmeyeceğini düşünerek uymazlar. Anlaşmaya uymayan teşebbüs, rekabetçi dengeye dönüş cezasına neden olabileceği için pişmanlık başvurusu yapmayacaktır. Bu nedenle, üyeler, anlaşmaya uymamanın tespit edilmesi halinde hem rekabetçi dengeye dönebileceğini hem de pişmanlık başvurusu ile anlaşmaya uymayan teşebbüse yaptırım uygulanmasının sağlanacağını kararlaştırabilir<sup>32</sup>. Bu ise anlaşmaya uymamayı caydırarak, kartel fiyatı ve karını artırır; *karteli güçlendirici etki* yapar.

Pazar özellikleri nedeniyle karteli sürdürecektir ceza yöntemlerinin bulunmadığı hallerde, teşebbüsler, kartel oluşturmaktan kaçınacaktır. Bu durum, özellikle bazı oligopol modellerinde ve *süreksiz ilişkiyi içeren açık artırma gibi hallerde* belirgindir<sup>33</sup>. Sınırlı program, bu gibi hallerde karteli disipline edecek ceza işlevi görebilir. Eğer teşebbüslerden biri anlaşmaya uymazsa, diğerleri karteli Rekabet Otoritesi'ne bildirmek yoluyla teşebbüsü cezalandırabilir (Spagnolo 2000b, 37)<sup>34</sup>.

---

hasılatın bir oranı olmasından doğar. Maliyet etkisi ise hapis cezasının uygulanması halinde teşebbüsün önemli sosyal sermaye kaybına uğraması, ihlale karışmış teşebbüslere tekrarı önleyici yükümlülükler verilmesi ve ihlale karışmış olma nedeniyle ticari itibar kaybına uğrama gibi unsurların sonucudur. İşbirliği, rakip üyelere yaptırım uygulanmasına neden olacağından, hasılat ve maliyet etkisi yoluyla diğer üyelere zarar verecek ve böylece işbirliğine *pazar avantajı* sağlayacaktır (Ellis ve Wilson 2002).

<sup>32</sup> Anlaşmaya uymayan teşebbüsün işbirliğinde bulunması, mümkün değildir. Çünkü, anlaşmaya uymayan teşebbüs tespit edildiğinde işbirliği için geç kalmış olacaktır. Teşebbüs baştan, işbirliğinde bulunmak yerine anlaşmaya uymamayı tercih etmişse, anlaşmaya uymamayı tespit ihtimalinin değişmediği varsayımı ile, bu kararını değiştirmeyecektir. Ayrıca rekabet soruşturmalarının sadece işbirliği yoluyla başlatıldığı ve ihlal kararı ile sonuçlandığı varsayılmaktadır. Bu nedenle, ilk teşebbüsten sonra başvuranlara olanak sağlanması, ilk başvuran tarafından elde edilecek *pazar üstünlüğünü* azaltacağı için yerinde değildir (Ellis ve Wilson 2002, 17).

<sup>33</sup> İhlalin sürekli ilişkiyi içerdiği hallerde, sona erdirme tehdidi bile anlaşmaya uyulmasını sağlayabilir. Fakat, ihlal ilişkisini bir süre kesme gibi daha zayıf veya şiddet kullanılması gibi daha güçlü araçlar da kullanılabilir (Buccirossi ve Spagnolo 2001, 14).

<sup>34</sup> Bu etki, rüşvet ilişkisi ele alınarak açıklanabilir. Rüşvet ilişkisinde, memur, rüşveti alıp rüşvet karşılığı olan eylemi yapmaktan kaçınabilir. Bu durumda karşı taraf memurun görevine aykırı fiili yapmasını sağlayacak ihbar tehdidi gibi bir araca sahip olmayacaktır. Benzer durum memurun önce görevine aykırı fiili yapması halinde memur için geçerlidir. Fakat pişmanlık programı, karşı tarafın taahhüdünü yerine getirmemesi halinde başvuruda bulunmak yoluyla

Pişmanlık halinde sağlanan olanakların düzeyinin başvuru sırasına göre azaltılması, beklenen yaptırım düzeyinin artmasına neden olur. Örneğin, ilk başvuran olma şartı, bazı teşebbüsleri ihlale iştirak edip işbirliğinde bulunmaktansa, ihlale iştirak etmeyerek yaptırımlardan kaçınmaya itebilir. Bu nedenle, şart, tepkisel işbirliğinin *ex-post* dağıtıcı etkisini azaltmaksızın, *ex-ante* kartel artırıcı etkisini sınırlandırır (Motta ve Polo 1999, 14; OECD 2002, 27). Kendiliğinden işbirliği teşviğinin *ex-ante* kartel artırıcı etkisi olmaması nedeniyle, ilk başvuran şartı olumlu etki yapacaktır (Spagnolo 2000a, 14)<sup>35</sup>. Zaten uygulamada, erken işbirliğini teşvik etmek için işbirliği sırasına önem verilmekte, ilk başvurudan sonra yapılan başvurulara daha kısıtlı olanaklar sağlanmaktadır. İşbirliğinde bulunan tüm teşebbüslere eşit olanaklar sağlanması, işbirliği yarışını ortadan kaldıracak ve “*bekle ve gör*” stratejisinin benimsenmesine yol açarak *erteleyici etki* yaratacaktır. Bu ise güven bunalımı etkisini önemli ölçüde azaltacaktır (Spagnolo 2003, 34).

### 1.5.2. Kapsamlı Programa Yönelik Tartışmalar

Kapsamlı pişmanlık programı, işbirliği karşılığında ihlalin hukuki sonuçlarını ortadan kaldırmakla kalmayıp; işbirliğinin ödüllendirilmesini içeren programdır.

Kapsamlı bir program, kartelden beklenen karı etkilemeksizin başvuruda bulunmaktan elde edilen getiriyi artırarak, kendiliğinden işbirliğini teşvik eder<sup>36</sup>. Kapsamlı programın caydırıcı etkisi, sınırlı programdan fazladır. Sınırlı bir program aynı zamanda kartel karının kaybedilmesine de neden olur. Bu nedenle işbirliği, kartel karı kaybını telafi edecek ödül yoluyla yeterli teşviğe kavuşur.

---

rüşvet ilişkisinin güçlendirilmesi için tehdit aracı olabilir. Bu olanak, rüşvet ilişkisinin kurulması ve başarı ile yürütülmesine dayanak olacaktır (Buccrossi ve Spagnolo 2001, 6).

<sup>35</sup> Motta ve Polo (1999, 14)'ya göre, en küçük şehirde yerleşmiş veya alfabetik sıranın sonuncusu gibi herhangi bir şekilde yararlanacak tek teşebbüsü belirlemek (*pazar gözeticisi modeli*), tepkisel işbirliğinin olumlu etkisini azaltmaksızın, olumsuz etkisini sınırlar. Çünkü, kapsam dışı teşebbüsler, işbirliğinin yer alacağı bir kartele katılmaktan kaçınacaktır. Fakat, ilk başvuran kuralı, tüm teşebbüsler üzerinde caydırıcı etki yaratmasına karşın, pazar gözeticisi modeli sadece belirlenmiş teşebbüsü anlaşmaya uymamaya teşvik etmektedir. Diğer üyeler, işbirlikçi teşebbüsün kartel karından aldığı payı veya pazar payını artırarak, bu teşviği ortadan kaldıracaktır. Böyle bir uygulama, iddia edilenin aksine, ilk başvuran kuralının sağlayacağı yararı azaltır (Spagnolo 2000a, 19).

<sup>36</sup> A.B.D.'de kamu ihaleleri ve sosyal güvenlik sistemi gibi alanlardaki yolsuzlukları ihbar edenlere, hükmedilecek para cezasının belli bir oranının ödül olarak verilmesini öngören “*U.S. Civil False Claims Act*” uygulamaları, kartellerle mücadelede uygulanacak kapsamlı programa örnek olarak gösterilmektedir (Aubert, Rey ve Kovacic 2003, 3). Türk Hukukunda, vergi mevzuatında 1905 sayılı Kanun çerçevesinde, vergi incelemesine konu edilen ihbar ve şikayetlerle ilgili olarak belirlenen şartların gerçekleşmesi halinde ihbar ve şikayette bulunanlara ihbar ikramiyesi ödenebilmektedir (Ayrıntılı bilgi için bkz. Aksoy, H.Ü. (2000).

Sadece kendiliğinden işbirliği için ödül verilmesi yeterli olabilir. Çünkü, tepkisel işbirliği için sağlanacak para cezasından bağışıklık veya indirim, işbirliği teşviği sağlamaya yetebilecektir (Aubert, Rey ve Kovacic, 2003, 13).

Kapsamlı program, hem cezadan kurtulma hem de ödülü elde etme amacı ile kartel oluşturulması ve bunun bildirilmesine, *ex-ante* sömürücü etkiye, neden olabilir. Sömürücü etki, kartel oluşturmayı teşvik eder; diğer soruşturma araçları ile sağlanan caydırıcı etkiyi azaltır (Spagnolo, 2003, 19). Fakat, bu programlar, yeterli ödül sağlandığında anlaşmaya uymama ve işbirliği isteğini artırır. Başvuran teşebbüs, ihlal için yaptırıma maruz kalmayacak ve ödüle hak kazanacaktır. Bu nedenle kapsamlı bir program, sömürücü etkiyi sınırlayacak; işbirliğini teşvik edecek şekilde düzenlenmelidir. Örneğin, ilk başvuran olma şartı ve tekerrürün para cezasının tespitinde ağırlaştırıcı neden olarak kabulü birlikte uygulandığında, sömürücü etkiyi azaltıcı ve işbirliğini teşvik edici rol oynar (Spagnolo, 2003, 23).

Kapsamlı program, ahlaki ve politik sakıncalar yanında sahtekarlık tehlikesi de taşımaktadır. Fakat, bu tehlike işbirlikçiden görüntü ve ses kaydı veya yazılı belge gibi kesin delil isteme veya asılsız başvurular için ağır yaptırımlar uygulama yoluyla önlenebilir. Ödül sistemi ile yaratılan sahtecilik güdüsü, tazminat davaları ile sağlanan ile aynıdır. Hiç kimse, sahtecilik yaratacak diye tazminat davalarına izin verilmemesini savunmamaktadır. Kaldı ki, doğru ve yanlış delili birbirinden ayırmak ve sahtekarlık için gerekli yaptırımları uygulamak yargı sisteminin görevidir. Ayrıca, yersiz itham edilen teşebbüsler suçsuzluklarını kanıtlayacak tüm delilleri ortaya koymak isteyecektir. Ödül sisteminin büyük yararları, sahtecilik yaratacak gerekçesi ile kaçırılmamalıdır (Spagnolo, 2000a, 36; Cooter ve Garoupa, 2000, 16).

İlk başvuran şartı, kapsamlı programın sömürücü etkisini azaltırken; ödül miktarını artırarak kendiliğinden işbirliğini teşvik eder. Ödül sistemi, kendini finanse edecek fonların tahsisi sorunu ile karşı karşıyadır. İlk başvuran şartı, verilecek ödül miktarını sınırladığından bu sorunu hafifletir. Ayrıca, bu sorun, başvuru konusu ihlalde hükmedilen para cezasından ödüle pay ayrılması yoluyla çözümlenebilir. Bu yöntem, ödül için genel bütçeden pay ayrılmasının önündeki idari ve politik engelleri kaldırır (Spagnolo, 2000a, 15). Ayrıca, yüksek para cezaları, hem kartelden beklenen karı azaltarak caydırıcı etki yaratır; hem de verilebilecek ödül miktarını artırır (Spagnolo, 2003, 6).

İhlalin tespit edilme ihtimali kuvvetli ise düşük miktarda ödül bile, gereksiz olabilir. İhlalin tespit edilme ihtimali olanaksız ise, örneğin, soruşturma araçları kullanılmıyorsa, tüm diğer üyeler tarafından ödenen para cezasının

işbirlikçiye ödül olarak verilmesi uygun olabilir<sup>37</sup>. Bu haliyle, denge ödül miktarı ile ihlalin tespit edilme ihtimali arasında ters orantı vardır. *Bu durumda soruşturma araçları ile ödül sistemi alternatif araçlardır*. Rekabet Otoritesi, bu alternatif araçlar arasında tercih yaparken soruşturmaların masraf gerektirdiğini, ödül sisteminin masrafsız ve kendini finanse eder yapısını dikkate alarak ödül sistemine öncelik vermelidir. Bu önemli bir sonuçtur. Çünkü diğer üyeler tarafından ödenen tüm para cezasını işbirlikçiye ödül olarak verme yoluyla *tüm karteller* masrafsız olarak önlenebilir<sup>38</sup>. Bu sistem, masraflı soruşturma sürecine ihtiyaç bırakmayacaktır; bu halde sandalyeye yaslanıp başvuruların kabulü ile yetinilecektir (Spagnolo 2003, 25-26)<sup>39</sup>. Fakat, bu sonucun arkasında yatan temel varsayım, organize ihlallere ilişkin olarak belirtilen üçüncü özelliktir. İştirakçiler birbirlerinin ihlale katılımına ilişkin tam bilgiye sahiptir. Bu bilgi, ihlalin Rekabet Otoritesi tarafından tespit edilmesi olanaksız olsa bile, ihlali ispatlamaya yetmektedir (Spagnolo 2003, 7)<sup>40</sup>. *Fakat, bu araçlar, kendi kendilerine yeterli değilse, birbirini tamamlayıcı olarak uygulanabilir*.

Para cezaları ile ödül miktarı arasında doğru orantı vardır. Yani para cezası ve ödül birbirini tamamlayıcı araçlardır. Tespit edilme ihtimalinden bağımsız olarak, ağır para cezası daha büyük ödülün finanse edilmesine olanak verecektir (Spagnolo 2003, 25).

Çalışanlara yönelik kapsamlı programın caydırıcı etkisi, teşebbüslere yönelik kapsamlı programdan fazladır. Çalışanlara ödül verilmesi, teşebbüslere önerilecek ödülünden daha az bir ödül ile caydırıcı etki yaratılmasını sağlayacaktır. Ayrıca, böyle bir programda, gizliliği sağlamak daha kolaydır (Aubert, Rey ve Kovacic 2003, 5).

Çalışanlara yönelik kapsamlı program<sup>41</sup>, teşebbüs ile çalışanlar arasında var olan vekalet problemini (*agency, principal-agent problem*) artırır. Ödül sistemi, bu yolla delil tutma güdüsünü artırabilir. Ödül sisteminin varlığı, yöneticilerin gerek daha iyi çalışma şartları sağlamak ve talimatlara uyduğunu

---

<sup>37</sup> Fakat bu tedbirin etkili olabilmesi için yaptırımların kartelden elde edilen kara göre cüzi olmaması gerekir.

<sup>38</sup> Soruşturma araçlarının kullanılmasında, soruşturma masrafları ile ihlalin ağırlığı karşılaştırılır. Örneğin, soruşturma masraflarının ihlalin neden olduğu zararı aştığı hallerde, örneğin, esnaflar arasındaki kartellerde, ihlale mücadele etmeme esası benimsenebilir. Ödül sistemi, bu tür ihlalleri de önleyerek *tam* bir caydırıcılık sağlayabilir.

<sup>39</sup> Fakat Spagnolo, bu keskin sonucun modelin basitliğinden kaynaklandığını kabul etmektedir. Örneğin, para cezaları kartelden elde edilen getirinin çok altında ise, tam caydırıcılık sağlayacak ödül toplanamayacaktır. Bu durumda kapsamlı program soruşturma araçları ile desteklenmelidir. Ayrıca politik ve idari nedenler kapsamlı programın uygulanmasına engel ise sınırlı programın soruşturmalar ile birlikte uygulanması gerekir (Spagnolo 2003, 25-28).

<sup>40</sup> Bu varsayımın terk edilmesi, aynı zamanda ilk başvurudan sonra yapılacak işbirliğine olanak sağlanmasına dayanak teşkil edecektir (Spagnolo 2003, 23).

<sup>41</sup> Firma çalışanları, kartel bilgilerine ulaşmaya daha elverişli konumdadır. Fakat, firma danışmanları gibi diğer kişiler de bu tür bilgilere ulaşabilir (Aubert, Rey ve Kovacic 2003, 24).



göstermek gerekse başvuru yapmak için delil tutma güdüsünü artırır. Bu ise soruşturma araçlarının başarısını artırabilir (Aubert, Rey ve Kovacic 2003, 34). Teşebbüs, ihbarı önlemek için bilgi sahibi çalışanlara ek ödemedede bulunacaktır. Bu ise kartelin karlılığını azaltacaktır. Ayrıca teşebbüs bilgili yöneticilerini daha uzun süre istihdam edecektir. Böyle bir ödül sistemi için ortalama ödüller yeterli olabilir. *Fakat, ihbar, çalışanın iş olanaklarını azaltacağından, çalışma süresi boyunca beklenen gelirini aşan ödül verilmelidir*<sup>42</sup> (Aubert, Rey ve Kovacic 2003, 18). Firma, çalışanlarını delil aramaktan caydırmak için rekabetçi firma taklidi yapabilir. Bu da kartelin karlılığını azaltır. Fakat, çalışanların delil arayışı, şüpheli bir çalışma ortamına neden olabilir; takım çalışmasını azaltabilir. Bu durum, teşebbüslerin sosyal yapısını zedeleyebilir (Aubert, Rey ve Kovacic 2003, 26). Bu nedenle, ödül sisteminin kapsamına tüm çalışanlar yerine ihlale katılan çalışanlar alınabilir. Ayrıca, denge ödül miktarı, ödül miktarının artırılmasını ve azaltılmasını gerektiren bu tür unsurlar değerlendirilerek belirlenecektir.

## BÖLÜM 2

---

<sup>42</sup> “US Civil False Claim Act” uygulamalarında, para cezasının %15 ila %30’u arasında bir oranı ödül olarak verilmektedir. Ödül miktarı, teşebbüs kültürü ve takım çalışmasını zedeleyecek kadar büyük olmamalıdır (Aubert, Rey ve Kovacic 2003, 36).

# **AB ve A.B.D. PİŞMANLIK PROGRAMLARININ KARŞILAŞTIRMALI OLARAK İNCELENMESİ**

## **2.1. A.B.D. PROGRAMI**

### **2.1.1. Genel Olarak**

A.B.D.'de, program uygulamaları, 1978 yılında başlamıştır. 1978 programında bağışıklık kararı, belirlenen şartların sağlanması ile kendiliğinden ortaya çıkmamakta, geniş takdir yetkisine tabi olarak verilmekteydi. 1978 programının başarısız olmasının temel nedeni, bu takdir yetkisinden doğan belirsizlik idi (Aubert, Rey ve Kovacic 2003, 5). Program, 1993'te, işbirliğini teşvik etmek amacıyla (Spratling 1999) üç temel noktada değiştirildi:

- 1- İnceleme öncesi bağışıklık, takdir yetkisine tabi olmaktan çıkarıldı. Programın öngördüğü şartların sağlanması bağışıklığa kesinlik kazandırır hale getirildi.
- 2- İnceleme sonrası işbirliği için bağışıklık olanağı sağlandı. Fakat, bu takdir yetkisine tabi bir düzenlemedir.
- 3- Teşebbüs, inceleme öncesi bağışıklığa hak kazanırsa, işbirliğinde bulunan tüm yönetici ve çalışanları da bağışıklığa hak kazanacaktır. Ayrıca, inceleme sonrası bağışıklığa başvurulması halinde, yöneticilere yaptırımlardan bağışıklık için, bireysel başvuru olanağı sağlanmaktadır (Spratling 1998). Programın cezai yaptırımları kapsamaması ve ihlalden doğan zararın tazmini şartları muhafaza edilmiştir (Hammond 2000).

1978 programı, işbirliği yarışı yerine emekleme yarattı (Kobayashi 2002, 19). 1993 değişiklikleri sonrasında başvuru sayısında önemli artış oldu. 1978 programı ile yılda ortalama bir başvuru yapıldı. 2002 yılında başvuru sayısı ayda ortalama iki başvuruya yükseldi. Birkaç gün hatta bazen bir işgünü ile ilk başvuran olma şartının sağlanamadığı haller ile karşılaşıldı (Hammond 2003).

### **2.1.2. İhlale Katılan Teşebbüsler İçin Pişmanlık Programı**

Program, Sherman Kanunu'nun 1. maddesini ihlal eden bildirim konusu davranışlar için güvenceler sağlamaktadır. Teşebbüsler, genellikle ilk başvuran olmak için kendi iç incelemesini tamamlamaksızın başvuruda bulunmaktadır. Bu

durumda sonradan yapılan bir inceleme ihlalin bildirilenden daha kapsamlı olduğunu ortaya koyabilmektedir. Örneğin, başvuru sahibinin işbirliği ihlalin daha geniş bir coğrafi alanı veya pazarı kapsadığını ortaya koyabilmektedir. Bu durumda program güvencelerinin genişletilip genişletilemeyeceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Teşebbüs, ihlalin yeni unsurları için programdan yararlanabilecek durumda ise, orjinal başvuruya ek yapmak suretiyle kapsam genişletilebilir (Spratling 1999). Kaldı ki, başvuru sırasının güvenceye alınması isteği çeşitli uygulamalar ile korunmaktadır. Örneğin, başvurunun tamamlanması için, başvuru zamanına bağlı olarak, ek süre verilebilmektedir. Bu halde, başka bir teşebbüs başvuru yapsa bile, ek süre verilmiş teşebbüsün hakkı korunmaktadır. Verilen süre içinde başvurunun tamamlanamaması halinde, sıradaki teşebbüse hak tanınmaktadır (Hammond 2001).

#### **2.1.2.1. İncelemenin Başlamasından Önce Pişmanlık (A Bölümü)**

İncelemenin başlamasından önce ihlali bildiren teşebbüs, aşağıda yazılı şartlarla, sağlanan olanaklardan yararlanır:

- *Teşebbüsün ihlali bildirmek için başvurduğu zamanda, Antitröst Dairesi'nin bildirim konusu ihlale ilişkin olarak başka herhangi bir kaynaktan bilgi edinmemiş olması*

1978 programında başvurunun kabul edilmesi için ihlalin yakın bir zamanda ortaya çıkarılmasının beklenmemesi şartı vardı. Bu şart belirsizlik yaratmaktaydı. Yakın gelecekte kartelin ortaya çıkarılmasının beklenmemesi şartının kaldırılarak; incelemenin başlamasından önce başvuru yapılması halinde teşebbüsün bağışıklığa hak kazanması, bu belirsizliği ortadan kaldırmıştır (Kobayashi 2002, 32). Fakat, başka bir kaynaktan bilgi edinilmesi veya incelemeye başlanılmasından sonra bu bölüm kapsamında başvuru yapılamayacaktır.

- *Teşebbüsün bildirim konusu ihlali öğrenmesi üzerine, ihlale iştiraki sona erdirmeye yönelik olarak derhal ve etkili girişimde bulunması*

Bu şarta ilişkin olarak iştirakin sonra erdirilmesi için ne gerektiği ve teşebbüsün ihlali öğrenmesinden ne anlaşılması gerektiği hususları tereddütlere neden olmaktadır.

Öncelikle, iştiraki sonra erdirmeye yollarından biri olmasına rağmen, şartın sağlanması için sonra erdirmenin diğer üyelere bildirilmesi gerekmez. Sona

erdirme şartı, ihlali Antitröst Dairesi'ne bildirme ve Antitröst Dairesi'nin onayı olmaksızın iştiraktan kaçınma yoluyla sağlanabilir<sup>43</sup>.

Teşebbüsün ihlale iştiraki sona erdirmeye yönelik girişimde bulunması şartı, küçük ve sahipleri tarafından kontrol edilebilen teşebbüsler için özellik taşımaktadır. Çünkü bu teşebbüslerde üst düzey yöneticiler, yönetim kurulu üyeleri ve sahipler ihlale iştirak etmektedir. Bu noktada, bu tür bir teşebbüsün şartı sağlayamayacağı söylenebilir. Çünkü, bu kişilerin katılımı nedeniyle ihlali öğrenme şartı gerçekleşmedi denebilir. Bu yaklaşım ile bu tür teşebbüslerin derhal iştiraki sona erdirmeye yönelik tedbir aldığı söylenemez. Genel olarak, teşebbüsün ihlali yönetim kurulu veya hukuk müşavirliğinin ihlale vakıf olduğunda öğrendiği kabul edilmektedir. Bu nedenle, üst düzey yöneticilerin, yönetim kurulu üyelerinin veya sahiplerin katılımı, teşebbüsün yararlanma olanağını baştan ortadan kaldırmamaktadır. *Bu yorumun amacı, hukuki konularda temsile yetkili organların ihlali öğrenmesi üzerine, sona erdirmeye yönelik tedbir almalarını sağlamaktır.* Fakat, tüm yönetim kurulu üyeleri ihlale katıldıklarında yönetim kurulunun ihlali öğrenmesi söz konusu olmayacaktır. Fakat, bu durumda, hukuk müşavirliğinin ihlali öğrenmesi üzerine iştirakin sona erdirilmesi halinde, şart sağlanmış olacaktır (Spratling 1998).

- *Teşebbüsün ihlali doğru ve tam olarak bildirmesi ve soruşturma süresince Antitröst Dairesi'ne sürekli ve tam işbirliği sağlaması*

Sağlanan delilin ispat gücünün ne olması gerektiği konusunda fikir birliği yoktur. Bu hususu Rekabet Hukuku'nun uygulandığı hukuk sistemi ile birlikte düşünmek gerekir. İhlalin yazılı belge ile ispatlanabildiği, sözlü ifadelerin ve yemin altında şahitliğin delil olarak kabul edilmediği hukuk sistemlerinde "smoking gun" niteliğinde kesin delil eşiği öngörülebilir (OECD 2002, 15).

Teşebbüsün kesin delil sağlamaksızın, ihlali tam ve açık bir şekilde bildirmesi yeterlidir. Bazı hallerde teşebbüs diğer üyelerin katılımını ispatlamaya yetecek kesin delil sunabilir. Bazı hallerde ise işbirliği kesin delil sağlayacak düzeye ulaşmayabilir *fakat, kesin delilin elde edilmesine yardımcı olabilir.* Bu nedenle, A.B.D., Kanada ve İngiltere programlarında kesin delil şartı bulunmamaktadır. Dahası, A.B.D. programının başarısında, subjektif kesin delil eşiği altında programdan yararlanamayacak teşebbüslerin işbirliğinin katkısı vardır. Örneğin, *graphite electrodes* soruşturmasında, işbirlikçi ihlale geçiçi

---

<sup>43</sup> İngiltere Programının taslağında, OFT'ye delil elde edilmesini sağlamak için işbirlikçiye ihlale katılmaya devam etme izni verme yetkisi tanınmıştı. Buradaki gerekçe, başvuru sahibinin kartel toplantılarına katılmamasının diğer üyelerin delilleri yoketmesine neden olmasını engellemektir. Fakat bu teklif kabul görmedi (OECD 2002, 18). Aslında işbirlikçi teşebbüsün Rekabet Otoritesinin izni ile kartel toplantılarına katılmaya devam etmesi, hem delillerin yok edilmesini önleme hem de delil toplanmasına katkı sağlama bakımından uygulanması gereken bir tekniktir.

olarak katılmış ve kesin delil sunamayacak durumdaydı. Teşebbüs temel kartel toplantılarına katılmamış olmasına rağmen, arama emri çıkarılmasını sağlayacak bilgiler verdi. Arama emrinin çıkarılması ve bir işbirlikçinin varlığını bilmeleri, diğer üyelerin işbirliği ve uzlaşma isteğine neden oldu. Sonuç olarak, işbirliği kesin delil sağlamasa bile, soruşturma araçlarını harekete geçirerek delil elde edilmesini ve ihlalin ispatlanmasını sağlayabilir (Hammond 2000). Böyle bir uygulama, yararlanabilecek teşebbüs sayısını artırarak işbirliği yarışını hızlandırmayı amaçlamaktadır (Hammond 2001).

Sağlanan delillerin güvenilir olması gerekir. Bu nedenle, sunulan bilgi veya delillerin soruşturma araçları ile doğrulanması gerekir. Soruşturma araçları sunulan delili çürütebilecek delilleri ortaya çıkarabilir. Bu tür başvurular için uygulanacak yaptırımlara da program düzenlenirken yer verilmelidir. (OECD 2002, 16).

İşbirliği, Rekabet Otoritesi ile işbirliğinde bulunan teşebbüs arasında ihlali ortaya koymak için yapılan bir sözleşme olarak düşünülmelidir. Nitekim, bu tür başvuruların hukuki süreci ve sonuçları pişmanlık sözleşmesi ile hüküm altına alınabilmektedir. Bu nedenle, sürekli ve tam işbirliği şartı, teşebbüslerin sonradan işbirliğinin özüne aykırı davranışlarda bulunmalarını önlemeyi amaçlamaktadır (OECD 2002, 16). İşbirliği yükümlülüğünün kapsamının baştan belirlenmesi ve ihlali halinde sağlanan güvencelerin geri alınması gibi tedbirler alınmaktadır. Bu yükümlülüğün kapsamı, pişmanlık sözleşmesinin temel unsurunu oluşturmaktadır.

- *İhlalin, yönetici veya çalışanların münferit kabullerinden ziyade, teşebbüs adına kabul edilmesi*

Bu şarta ilişkin olarak bazı çalışanların işbirliğinde bulunmayı reddetmesi halinde, ihlalin kabulünün artık teşebbüs adına olmadığı veya sürekli-tam işbirliği şartının ihlal edildiği gerekçesi ile güvencelerin ortadan kaldırılıp kaldırılmayacağı hususu tereddütlere neden olmaktadır. İhlalin teşebbüs adına kabul edilmesi ve sürekli-tam işbirliği şartının sağlanması, soruşturma süresince işbirliği için gerekli tüm tedbirlerin alındığının Antitröst Dairesi'nce tespit edilmesine bağlıdır. Teşebbüsün bir veya daha fazla çalışanın işbirliğini temin edememesi, güvencelerin sağlanmasını engellemektedir. Fakat, işbirliğinde bulunmayı reddeden çalışanların sayısı ve önemi ve bu kişilerin işbirliğinde bulunmalarını sağlamak için teşebbüse alınan tedbirler, sürekli ve tam işbirliği şartının sağlanıp sağlanmadığının tespitinde dikkate alınmaktadır (Spratling 1998).

- *Mümkünse, ihlalden zarar görenlerin uğradığı zararın tazmin edilmesi*

Başvuru sahibinin ihlale katılmadığına karar verilmesi veya ihlale katılmasına rağmen diğer üyeler için delil yetersizliği gibi nedenlerle

soruşturmanın kapatılması hallerinde bu yükümlülüğün devam edip etmeyeceği tereddütlere neden olmaktadır. Başvuru sahibinin ihlale katılmadığına karar verilmesi halinde, bağışıklık verilmesine ihtiyaç yoktur. Bu halde, verilen şartlı bağışıklık ve başvuru sahibinin Antitröst Dairesi ile yaptığı pişmanlık sözleşmesi ortadan kalkacaktır. Dolayısıyla, tazmin yükümlülüğü de ortadan kalkacaktır. Başvuru sahibi tazmin etmişse, bunu geri alabilecektir. İhlale karışılmasına rağmen, soruşturmanın kapatılması halinde tazmin yükümlülüğü devam edecektir. Bu durumda, başvuru geri alınabilir. Bu durumda, Antitröst Dairesi ve başvuru sahibi üzerindeki yükümlülükleri ortadan kalkacaktır. Fakat, başvuru sahibi tüm yükümlülüklerini yerine getirmiş ve Antitröst Dairesi bağışıklık vermişse başvuru geri alınmayacaktır (Spratling 1998).

“Mümkünse” kavramının yorumlanması hususunda tereddütler ortaya çıkmaktadır. *Kural olarak*, pişmanlık halinde tazmin yükümlülüğünün varlığı kabul edilmektedir. Fakat, tazminin yapılmasında olanaksızlık varsa, bu yükümlülük sözleşmeden çıkarılmaktadır. Bu hallere, başvuru sahibinin münfesihi olması ve mahkeme kararı ile borç yüklenmesinin yasaklanması veya ihlalden zarar gören bir kişi varsa, bu kişinin münhesih olması veya zararın tam olarak tazmin edilmesinin teşebbüsün faaliyetlerini sürdürmesini önemli ölçüde zorlaştırması gibi istisnai haller örnek olarak gösterilebilir. Ayrıca, tazmin yükümlülüğünün yerine getirilmesi için en iyi gayretin sarfedilmesi, pişmanlık sözleşmesinde işbirliği yükümlülüğünün bir parçası olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle, bağışıklık kararının kesinleşmesine kadar, Antitröst Dairesi tazmin şartının gerektirdiği tüm yükümlülüklerin sağlandığını tespit edecektir (Spratling 1998).

“İhlalden zarar görenler” kavramı A.B.D.’de yerleşik gerçek ve tüzel kişiler ile kamu kurumlarını kapsamaktadır (Spratling 1998).

Programın öngördüğü tazmin şartı, özel hukuk alanındaki tazminat hakkından ayrı bağımsız bir yükümlülüktür ve onu ortadan kaldırmamaktadır. Özel hukuk alanındaki tazminat hakkı, işbirliğini caydıran en büyük engeldir (OECD 2002, 21).

Tazmin şartı, işbirliği ile beklenen kartel karının kaybedilmesi yanında, geçmişte elde edilmiş kartel karının da kaybına neden olmaktadır. Bu nedenle, kendiliğinden işbirliği ile caydırıcı etki yaratılması için sağlanan olanaklar, bu kaybı telafi edecek şekilde artırılmalı veya bu şart kaldırılmalıdır. Ayrıca, mevcut programın arzulanan başarıyı kazanması, işbirliği karşılığında ihlalin özel hukuk alanındaki üç kat tazminat hakkı gibi sonuçlarına karşı güvence sağlanmasına bağlıdır (Spagnolo 2003, 37).

- *Teşebbüsün diğer bir tarafı ihlale katılmaya zorlanmamış olması ve açık bir şekilde ihlali teşkil veya ihlale liderlik eden olmaması*

Hakkaniyet, bu tür teşebbüslerin programdan yararlanmamasını, iyi niyeti göstermek için ihlale iştirakin sona erdirilmesini ve tazmin şartı ile ihlalin doğurduğu zararın giderilmesini gerektirmektedir (OECD 2002, 10).

Teşebbüsün diğer teşebbüsleri ihlale katılmaya zorlamaması ve açık bir şekilde tek başına ihlali teşkil eden veya yöneten olmaması gerekmektedir. Örneğin, beş teşebbüsün katıldığı bir ihlalin iki ortak lideri varsa, iki lider dahil tüm teşebbüsler programdan yararlanabilecektir. Veya iki teşebbüsün katıldığı bir kartelde herbir teşebbüs, kartelin yönetilmesinde aktif rol almış ise her iki teşebbüs de programdan yararlanabilir. Bu yorum vasıtasıyla programdan yararlanabilecek teşebbüs sayısı artırılmak istenmektedir (Hammond 2000; Spratling 1998).

#### **2.1.2.2. Alternatif Pişmanlık Şartları**

Teşebbüs, incelemenin başlamasından önce pişmanlık (A bölümü) şartlarını karşılayamazsa, başvuru ister incelemenin başlamasından önce ister sonra yapılsın, aşağıda yazılı şartlarla, sağlanan olanaklardan yararlanacaktır.

- Teşebbüsün, bildirilen ihlale ilişkin olarak, pişmanlık için başvuran ve hak kazanan ilk teşebbüs olması,
- Teşebbüsün başvuru zamanında, Antitröst Dairesi'nin ihlali ispatlamaya yetecek delile sahip olmaması,
- Teşebbüsün bildirim konusu ihlali öğrenmesi üzerine, ihlale iştiraki sona erdirmeye yönelik olarak derhal ve etkili girişimde bulunması,
- Teşebbüsün ihlali tam ve doğru olarak bildirmesi ve soruşturmayı ilerletecek sürekli ve tam işbirliği sağlaması,
- İhlalin, yönetici veya çalışanların münferit kabullerinden ziyade, teşebbüs adına kabul edilmesi,
- Mümkünse, ihlalden zarar görenlerin uğradığı zararın tazmin edilmesi,
- İhlalin niteliği, teşebbüsün ihlaldeki rolü ve işbirliği zamanı dikkate alındığında teşebbüsün pişmanlık olanaklarından yararlanmasının hakkaniyete aykırı olmadığına Antitröst Dairesi'nce karar verilmesi.

Son şartın uygulanmasında, teşebbüsün ihlaldeki rolü ve işbirliği zamanı öncelikle dikkate alınır. İncelemeye başlanmasından önce başvuruda bulunulması halinde, bu şartı sağlama yükü hafif olacaktır. Bu yük, ihlalin ispatlamasını sağlayabilecek delilin elde edilmesi ihtimalinin artmasına bağlı olarak artacaktır.

#### **2.1.2.3. Çalışanlara Cezai Yaptırımlara Karşı Güvence Sağlanması**

Teşebbüs, A bölümü kapsamında bağışıklığa hak kazanırsa, teşebbüs adına kabulün bir parçası olarak ihlale iştirakini kabul eden tüm yönetici ve

çalışanlara, soruşturma süresince işbirliğinde bulunmaları halinde, cezai yaptırımlara karşı güvence sağlanacaktır<sup>44</sup>. Eğer, teşebbüs, A bölümü kapsamında bağışıklığa hak kazanamazsa, teşebbüs adına kabulün bir parçası olarak işbirliğinde bulunan çalışan ve yöneticiler, bireysel başvuru yapmış gibi, güvencelerden yararlanabilecektir.

Fakat, bu hükmün nasıl uygulanacağına ilişkin çeşitli tereddütler ortaya çıkmaktadır. Program, sadece mevcut çalışanları kapsamaktadır. Antitröst Dairesi'nin istihdam ilişkisini nasıl tanımladığına ve mevcut çalışan olarak kimlerin olanaktan yararlanacağına ilişkin tereddütler ortaya çıkmaktadır. Bu durum hipotetik bir örnek yardımıyla açıklanabilir:

“ABC Inc. yöneticisi John Doe, rakipleri ile kamu ihalelerinin paylaşılmasına ilişkin toplantılara katılmıştır. ABC Inc., olaydan haberdar olması üzerine, programa başvurmaya karar vermiştir. Başvuru öncesinde J.Doe'nin iş akdi feshedilmiştir. Fakat, J.Doe, teşebbüs adına bazı hizmetleri yürütmekte ve karşılığında ücret almaktadır. ABC Inc., başvurusunda eski çalışanlarının program kapsamına alınmamasını istemiştir. ABC Inc. programa kabul edildiğinde, mevcut çalışanlardan tam-sürekli işbirliği sağlayanlar, kovuşturulmama güvencesinden yararlanır. Fakat, J.Doe tam-sürekli işbirliği sağlarsa programdan yararlanabilecek midir?” (Spratling 1999).

Program, ihlal döneminde istihdam edilmiş ve başvuru öncesinde teşebbüsten ayrılmış çalışanlara yönelik açık düzenlemeyi içermemektedir. Çalışanlara cezai yaptırımlara karşı güvence sağlanması şartlarını düzenleyen C bölümü eski çalışanlara atıf yapmamaktadır. Bu nedenle Antitröst Dairesi eski çalışanlara, tam ve sürekli işbirliği sağlarsa bile, güvence sağlama yükümlülüğü altında değildir. Fakat, Daire eski çalışanlara kovuşturulmama güvencesi verme yetkisine sahiptir. Eski çalışanlara güvence, başvuru sahibinin istemi üzerine sağlanabilecektir (Spratling 1998). Bu durumda teşebbüsün önceki çalışanı korumakta yararı olup olmadığı ve teşebbüsün eski çalışanın işbirliğini sağlamaya yardım edip edemeyeceği gibi unsurlar dikkate alınacaktır. İstihdam ilişkisinin açık olmadığı durumlarda, kişinin programdan yararlanıp yararlanamayacağı, bazı istihdam unsurlarına bakılarak belirlenecektir. Yukarıdaki örnekte, kişi görev, yetki ve sorumluluğu bulunmayan bir çalışan durumundadır. Ofis ve destek personeli olmaksızın, süresiz bir iş ilişkisi içindedir. Bu nedenle ücret almaya devam etmesine bakmaksızın, kişi mevcut çalışan olarak nitelenemeyecek ve programdan yararlanamayacaktır (Spratling

---

<sup>44</sup> Programın sağladığı mali yararlar, fayda/maliyet analizi yoluyla ortaya konabilir. Fakat, sorumlu yöneticilere cezai yaptırımlardan güvence sağlanması parasal olarak ölçülememektedir. Hapis cezasına karşı sağlanan güvence, teşebbüs için en büyük kazançtır. Fakat bu noktada teşebbüs çıkarları ile yönetici çıkarları önemli ölçüde çatışabilir. Sorumlu yöneticilere bireysel başvuru olanağı sağlamak bu nedenle önemlidir (Hammond, 2001).



1999). Ayrıca, başvuru sahibi eski çalışanlarının programdan yararlanmasını istememiştir. Bunun yanında, işbirliğinde bulunan çalışanın başvuru sonrasında işten ayrılması programdan yararlanmasını engellemektedir (Spratling 1999).

Ayrıca, ihlalden haberdar olan çalışanların bu güvenceden yararlanıp yararlanamayacağı hususunda tereddütler doğmaktadır. Çünkü, bu durumda, bu kişilerin ihlali ve ihlale katıldığını kabul etmediği söylenebilecektir. Çalışanlara ilişkin olarak programın temel amacı, teşebbüs adına yapılan başvuruda çok sayıda çalışanın işbirliğini temin etmektir. Bu nedenle, işbirliğinde bulunan tüm çalışanlara güvence sağlanmaktadır. Fakat, ihlale iştirak etmeyen çalışanlar, cezai yaptırımlarla karşı karşıya olmadıkları için programın kapsamı dışındadırlar (Spratling 1998).

#### **2.1.2.4. Pişmanlık Sözleşmesi (*Amnesty Letter*)**

Başvuru sahibi, programa şartlı olarak kabul edilecektir. Çünkü pişmanlık sözleşmesi, başvuru sahibinin soruşturma sürecinde yerine getireceği sürekli-tam işbirliği ve tazmin şartı gibi yükümlülükleri de kapsamaktadır. Bu şartların yerine getirilmesinden sonra programa kabul kesinlik kazanacak ve teşebbüs, sağlanan güvencelerden yararlanacaktır (Spratling 1998).

Pişmanlık sözleşmesi, Antitröst Dairesi ve başvuru sahibinin karşılıklı yükümlülüklerini düzenlemektedir. Başvuru sahibi, sözleşmenin 1. maddesinde bildirim konusu ihlali öğrenmesi üzerine, ihlale iştiraki sona erdirmeye yönelik olarak derhal ve etkili girişimde bulunduğunu ve diğer bir tarafı ihlale katılmaya zorlamadığını ve açık bir şekilde ihlali teşkil veya ihlale liderlik etmediğini beyan etmektedir.

Pişmanlık sözleşmesinin 2. maddesi, tam ve sürekli işbirliğinin kapsamını düzenlemektedir. Tam ve sürekli işbirliği yükümlülüğünün kapsamı, tadadi olarak sayılmıştır. Bildirim konusu ihlale ilişkin olarak bilinen tüm hususları içeren açıklama sunulması, Antitröst Dairesi'nce istenen ve teşebbüs kontrolünde olan tüm bilgi ve belgelerin sunulması, mevcut ve eski çalışanların işbirliğini sağlamak için en iyi gayretin sarfedilmesi, bu kişilerin belirlenmiş yer ve zamanda görüşme ve tanıklık için hazır bulunmalarının kolaylaştırılması, yargılama süresince çalışanların yöneltilen tüm sorulara doğru ve samimi cevaplar vermeleri için en iyi gayretin sarfedilmesi, işbirliğinde bulunan çalışanların kişi veya kuruluşları korumamalarını veya yersiz suçlamada bulunmamalarını sağlama ve ihlalden doğan zararın tazmin edilmesi için en iyi gayretin sarfedilmesi gibi hususlar, tam ve sürekli işbirliğinin bir unsuru olarak kabul edilmiştir.

Sözleşmenin 3. maddesi sözleşmenin sonuçlarını düzenlemektedir. Antitröst Dairesi, başvuru sahibine bildirim konusu ihlale bildirim zamanına

kadar olan iştiraki için cezai yaptırımlardan güvence sağlamaktadır. Sözleşmede Antitröst Dairesi, başvuru sahibinin sözleşmeyi ihlal ettiğini tespit ettiğinde, sözleşmenin geçersiz hale geleceği hüküm altına alınmaktadır. Bu nedenle, şartlı bağışıklık iptal edildiğinde başvuru sahibi hakkında soruşturma başlatılacak ve sunulan bilgi ve belgeler teşebbüs aleyhine kullanılabilir.

Sözleşmenin 4. maddesi ise çalışanlara sağlanacak cezai yaptırımlardan güvence için çalışanların doğru ve tam işbirliği yükümlülüğünün kapsamı belirlenmektedir. İşbirliğinin kapsamı, tadadi olarak saptanmıştır. Kişisel belge ve kayıtların sunulması, görüşmeler için hazır bulunulması, yersiz suçlamada bulunmaksızın ve eksik bilgi vermeksizin tüm sorulara doğru ve tam cevap verilmesi ve yalan beyan ve yalan yere tanıklık cezalarına tabi olarak yemin altında tanıklık yapma gibi hususlar doğru ve tam işbirliği kapsamında değerlendirilmektedir. Söz konusu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi, yerine getirmeyen çalışan için sözleşmenin geçersiz hale gelmesine neden olacaktır. Bu halde, sunulan güvenceler ortadan kalkacak; çalışan yargılanabilecek ve sunduğu bilgi ve belgeler çalışan aleyhine kullanılabilir.

### **2.1.3. İhlale Katılan Çalışanlar İçin Pişmanlık Programı**

Teşebbüslere yönelik program, işbirliğinde bulunan çalışanların bağışıklık şartlarını da düzenlemektedir. Fakat, ihlale katılan çalışanlar teşebbüs adına kabulün bir parçası olmaksızın, kendi adına bireysel başvuru da yapabilmektedir. İhlale katılan çalışanlara yönelik bu programda, pişmanlık, bu tür kişileri bildirilen ihlal için sorumlu tutmama anlamı taşımaktadır.

İncelemenin başlamasından önce ihlali bildiren çalışan, aşağıdaki üç şartın sağlaması halinde, pişmanlık olanağından yararlanacaktır:

- 1- Çalışanın ihlali bildirmek için başvurduğu zamanda, Antitröst Dairesi'nin bildirim konusu ihlale ilişkin olarak başka herhangi bir kaynaktan bilgi edinmemiş olması,
- 2- Çalışanın ihlali doğru ve tam olarak bildirmesi ve soruşturma süresince Antitröst Dairesi'ne sürekli ve tam işbirliği sağlaması,
- 3- Çalışanın diğer bir tarafı ihlale katılmaya zorlamamış olması ve açık bir şekilde ihlali teşkil veya ihlale liderlik eden olmaması.

Bu şartları sağlamayan fakat, işbirliğinde bulunan çalışan takdir yetkisine bağlı olarak cezai yaptırımlara karşı güvence elde edebilecektir. Teşebbüslere yönelik program kapsamında başvuruda bulunulmuşsa, işbirliğinde bulunan çalışanlar sadece teşebbüslere yönelik program kapsamında belirlenmiş şartları sağlayacaktır.

Başvuru sahibi ile Antitröst Dairesi arasında yapılan pişmanlık sözleşmesi ile karşılıklı yükümlülükler belirlenmektedir. Bu sözleşmede,

başvuru sahibi, diğer bir tarafı ihlale katılmaya zorlamadığını ve açık bir şekilde ihlali teşkil veya ihlale liderlik etmediğini beyan etmektedir. Ayrıca, sürekli ve tam işbirliğinin kapsamı, teşebbüsler için pişmanlık programında çalışanlara yüklenen yükümlülüklerle benzer şekilde saptanmaktadır. Ayrıca, programa şartlı kabul, sözleşmenin ihlali halinde geri alınmaktadır. Bu halde, cezai yaptırımlardan güvenceler ortadan kalkmakta; kişi hakkında cezai soruşturma başlatılmakta ve sunulan deliller çalışan aleyhine kullanılabilir (OECD 2002, 41).

#### **2.1.4. Gizlilik Kuralları**

Başvuru sahibinin kimliği, önceden başvuru sahibi tarafından açıklanmadıkça veya mahkemece aksine karar verilmedikçe ifşa edilmemektedir (Hammond 2003).

Program, özellikle uluslararası kartellerle mücadelede önemli araçlardan biridir. Uluslararası kartele katılan teşebbüs, sunulan delillerin karşılıklı işbirliği anlaşmalarına göre ifşa edileceği endişesi taşımaktadır. Bu durum, Antitröst Dairesi'ni zor bir politika tercihi ile karşı karşıya bırakmaktadır. Bir yanda başvuru sahibinin gizli tutulması, diğer yanda uluslararası kartellerle mücadelede diğer rekabet otoriteleri ile işbirliğinin geliştirilmesi gereği yer almaktadır. Başvuru sahibinin diğer rekabet otoritelerine ifşa edilmesi, işbirliğini önemli ölçüde caydıracaktır. Fakat, diğer yandan uluslararası kartellerle mücadelede, diğer ülke sınırları içindeki delillerin elde edilmesi rekabet otoriteleri arasında işbirliğini gerektirmektedir. Sonuçta, programın sağlıklı işlemlerinden elde edilecek üstün çıkarlar düşünülerek, başvuru sahibi kabul etmedikçe program kapsamında sunulan delillerin diğer rekabet otoritelerine ifşa edilmemesi esası benimsenmiştir. Böyle bir tercih, uzun dönemde herkesin çıkarına olacaktır. Farklı bir yaklaşım, başvuru sayısını önemli ölçüde azaltacak; birçok uluslararası kartel ortaya çıkarılamayacak ve hiçbir otorite bilgi sahibi olamayacaktır. Üstelik program kapsamındaki başvurular, diğer rekabet otoriteleri ile paylaşılacak delillerin elde edilmesini de sağladı (Spratling 1999). Ayrıca, başvuru sahibinin diğer bir Rekabet Otoritesi'ne de başvurduğu ve bağışıklığa hak kazandığı hallerde, karşılıklı bilgi ifşası için başvuru sahibinin rızası elde edilmektedir. Bu yolla, diğer Rekabet Otoritesi ile soruşturma sürecinde uyum ve işbirliği sağlanabilmektedir (Hammond 2003).

#### **2.1.5. Artı Bağışıklık (*Amnesty Plus*) Uygulaması**

Uluslararası kartel soruşturmasının önemli bir kısmı, ayrı bir pazara yönelik inceleme sırasında elde edilen delillerin sonucu olarak başlatılmaktadır. Bu durum, soruşturma altındaki teşebbüslere faaliyet gösterdikleri diğer

pazarlardaki karteller için başvuru teşviği sağlanması gereğini ortaya çıkardı. Bu husus hipotetik bir örnek yardımıyla açıklanabilir:

“ABC Inc.’in programa başvurusu nedeniyle, X pazarındaki diğer dört teşebbüs hakkında soruşturma başlatılmıştır. Bu dört teşebbüsten biri olan XYZ Inc., X pazarı yanında faaliyette bulunduğu Y pazarındaki kartele ilişkin bilgi sahibidir. Başvuru sahibi ABC Inc.’in Y pazarında faaliyette bulunmaması nedeniyle bu kartel için başvuru yapılmamıştır. Bu durumda, XYZ Inc., X pazarındaki soruşturma için işbirliğinde bulunmak ve Y pazarındaki kartel için programa başvurmak yoluyla hangi yararları elde edebilecektir?”

XYZ Inc. “*Amnesty Plus*” olarak isimlendirilen olanaktan yararlanabilecektir. Bu durumda, Antitröst Dairesi XYZ Inc.’e Y pazarı için program güvencelerini sağlayacaktır. Ayrıca X pazarındaki soruşturmaya ilişkin para cezasının belirlenmesinde indirim yapılacaktır. Bu indirim, tek başına X pazarına ilişkin soruşturmada işbirliğinde bulunulması halinde sağlanacak indirimden daha büyük olacaktır (Spratling 1999).

Ayrıca işbirliğinde bulunmamanın sonuçları, bu durumun para cezasının belirlenmesinde ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilmesi yoluyla arttırılmaktadır. Örneğin, teşebbüs, diğer bir ihlale karışmasına rağmen yani “artı bağıklık” olanağından yararlanabilecekken işbirliğinde bulunmazsa, bu ihlal sonradan ortaya çıkarıldığında, bu durum, para cezasının belirlenmesinde ağırlaştırıcı neden olarak dikkate alınmaktadır (Hammond 2003).

## **2.2. AB UYGULAMALARI**

### **2.2.1. 1996 Öncesi Uygulamalar**

Teşebbüslerin işbirlikleri karşılığında para cezasından indirim yapılması yeni bir olgu değildir. Komisyon, 81. ve 82. maddelerin uygulanmasında teşebbüslerin işbirliklerini para cezalarının hesaplanmasında hafifletici neden

olarak kabul etmiştir<sup>45</sup>. *Cartonboard* vakasında, Komisyon, yerinde inceleme sonrasında işbirliği yapılmasını hafifletici neden olarak ele alırken, yapılan işbirliğinin idari süreci hızlandırmasını ve ihlalin ispatlanmasına katkı düzeyini dikkate almıştır. Ayrıca bazı vakalarda, işbirliğinde bulunulmaması veya incelemelerin engellenmesi, para cezasının tespitinde ağırlaştırıcı neden olarak ele alınmıştır<sup>46</sup>. Komisyon, bazı kararlarında ihlalin ortaya çıkarılmasına katkı sağlanmasının para cezasının uygulanmaması için gerekçe olabileceğini belirtmiştir<sup>47</sup> (Wils 1997, 127).

Komisyon, para cezasının uygulanmasına ilişkin olarak takdir yetkisine sahiptir. Fakat, Komisyon para cezasının uygulanmasına karar vermişse, para cezasının belirlenmesinde ihlalin ağırlığını ve süresini dikkate alacaktır. Bu, Komisyon'un para cezasının belirlenmesinde teşebbüsün işbirlikçi tutumu gibi unsurları dikkate almasını engellemektedir. Dahası, *Sandoz Prodotti Farmaceutici*<sup>48</sup> vakasında Avrupa Toplulukları Adalet Divanı [ATAD] para cezasının belirlenmesinde ihlalin ağırlığına ilişkin tüm unsurları ve teşebbüsün idari süreçteki tutumunu dikkate almak gerektiğini belirtmiştir. ATAD, işbirlikçi tutum karşılığında para cezalarından indirim yapılmasını da desteklemiştir. *Polypropylene* kararının temyizinde, Roma Anlaşması'nın 172. ve 17 sayılı Tüzüğü'nün 17. maddesi çerçevesinde indirim düzeylerini tekrar değerlendirerek indirim düzeyinin, teşebbüsün bilgi istemine verdiği cevapta hem kendi hem de diğer teşebbüslerden alınan belgelerin yorumlanmasını ve ihlalin ortaya konulmasını kolaylaştıran ayrıntılı bilgi vermesi nedeniyle, %10'dan %20'ye artırılmasına karar vermiştir<sup>49</sup>. Daha genel olarak, ATAD, para cezalarının düzeyinin Topluluk rekabet politikasının başarılı bir şekilde uygulanmasının gereklerine göre belirlenebileceğini belirtmiştir<sup>50</sup>. Bu nedenle, Komisyon, bu takdir yetkisi çerçevesinde uygulayabileceği bir politikayı, 96/C 207/04 Sayılı Duyuru yoluyla kamuoyuna açıklamıştır. Ayrıca 96/C 207/04 Sayılı Duyuru, işbirliğinin hafifletici neden olarak dikkate alındığı dönem uygulamalarının

---

<sup>45</sup> Wood Pulp [1985] OJ L85/1 para.148; Sperry New Holland[1985]OJ L376/21, para.68; Polypropylene[1986]OJ L230/1 para.109; Toshiba [1991] OJ L287/39 para.28; Cartonboard [1994] OJ L243/52 para.169 ve 171.

<sup>46</sup> Bayonox[1990] OJ L21/78 para.69; Eurocheque Helsinki[1992]OJ L95/50 para. 84.

<sup>47</sup> Franco-West-African Shipowners Committees[1992]OJ L134/1 para. 74; Tretorn[1994]OJ L378/45 para. 77.

<sup>48</sup> Case C-277/87 Sandoz Prodotti Farmaceutici [1990] E.C.R. I-45 summ.4.

<sup>49</sup> Case T-13/89 ICI [1992] E.C.R. II-1151, para.393.

<sup>50</sup> 100-103/80 Mustique Diffusion Française [1983] E.C.R. 1825, para.109; T-13/89 ICI v Commission [1992] ECR II-1021, para. 385, T-311/94 BPB de Eendracht v Commission [1998] ECR II-1129, para. 303.

tecrübelerine göre şekillenmiştir. Duyuru'nun yayımlanması hukuki belirliliğin ve şeffaflığın sağlanmasına katkı sağlamıştır (Wils 1997, 136)<sup>51</sup>.

İşbirliğinin hafifletici neden olarak dikkate alınmasının genel prensipleri bu dönemde tespit edilmiştir.

*İşbirliği nedeniyle para cezasından indirim yapılması ancak teşebbüsün işbirliğinin ihlalin belirlenmesi veya sona erdirilmesini kolaylaştırması halinde haklı görülebilecektir*<sup>52</sup>.

Bu nedenle, iddianamede (*statement of objection*) belirtilen iddialara itiraz edilmesi veya ihlalin reddedilmesi işbirliği nedeniyle indirim yapma olanağını ortadan kaldırmaktadır<sup>53</sup>.

İşbirliğinin hafifletici neden olarak kabul edilmesinin, programın amaçlarına ulaşması bakımından yeterli olduğu düşünülmemelidir. Çünkü, işbirliğinin hafifletici neden olarak dikkate alındığı dönemde, işbirliği kendiliğinden işbirliği halinden ziyade bilgi verme yükümlülüğünü kısmen aşan bilgi sunma veya iddia edilen olaylara itiraz edilmemesi şeklinde gerçekleşmiştir. Bu hallerde bile, teşebbüsler ile işbirliğinin kapsamının belirlenmesinde yargı sürecinde ihtilaflar ortaya çıkmıştır (Joshua 2000b, 20).

*Cartonboard* vakasında, *Stora*, 17 sayılı Tüzüğün 14(3). maddesine göre yapılan yerinde incelemelerden sonra yaptığı işbirliği karşılığında üçte iki indirime hak kazanmasına rağmen para cezasının hesaplanma biçimine yargı sürecinde itiraz etmiştir<sup>54</sup>. İlk Derece Mahkemesi (İDM), Komisyon'un para cezasını hesaplama biçimini desteklemiştir (Joshua 2000a, 8)<sup>55</sup>. Fakat, ATAD, İDM'nin kararını *Stora*'nın devralması öncesinde ihlale katılan iki iştirakinin sorumluluğunu *Stora*'ya yüklemesi nedeniyle bozmuştur<sup>56</sup>. Davanın İDM'de tekrar görülmesinde, Komisyon, *Stora*'nın işbirliği ile hem kendi hem de diğer

---

<sup>51</sup> Duyuru, işbirliğine özel önem verildiğinin bir göstergesidir. Nitekim, Komisyon, *British Sugar* vakasında, Duyuru'nun eski uygulamalardan daha ileri bir adım olduğunu ve işbirlikçi teşebbüsler lehine düzenlemeler getirdiğini dikkate alarak, işbirliği Duyuru'nun yayımlanmasından önce yapılmasına rağmen, Duyuru'yu kıyasen uygulamıştır (British Sugar [1999], O.J. L76/1, para. 212)

<sup>52</sup> Case C-297/98 P SCA Holding v Commission [2000] ECR I-10101, para. 36, T-311/94 BPB de Eendracht v Commission [1998] ECR II-1129, para. 325, T-13/89 ICI v Commission [1992] ECR II-1021, para. 393.

<sup>53</sup> Case T-311/94 BPB de Eendracht v Commission [1998] ECR II-1129, para. 313; T-310/94 Gruber + Weber v Commission [1998] ECR II-1043, para. 271.

<sup>54</sup> Joshua (2000, 8) bu durumu nankörlük olarak nitelemektedir. İDM'nin *Stora*'nın başvurusunu reddetmek yanında para cezasını artırmasının uygun olacağını söylemektedir. Ayrıca B bölümü kapsamında teşebbüslerin takdir yetkisine bağlı olarak %25 para cezası riski ile karşı karşıya olmasının bu tür kötü tecrübelerin ürünü olduğunu belirtmektedir (2000, 20).

<sup>55</sup> Case T-354/94 *Stora Kopparbers Bergslags AB v Commission* [1998] ECR II 2111.

<sup>56</sup> Case C- 286/98, *Stora Kopparbers Bergslags AB v Commission* [2000], ECR I 9925 para. 40.

teşebbüslerin ihlale katılımının ispatlanmasına yardımcı olduğunu, fakat yargısal süreçteki tutumu dikkate alındığında sadece diğer teşebbüslerin katılımını ispatlayacak işbirliği için üçte bir indirim yapılmasının uygun olacağını iddia etmiştir. *Fakat, İDM, karara yargı sürecinde itiraz edilmesinin yapılan indirimden tekrar değerlendirilmesini gerektirmediğine hükmetmiştir.*

### 2.2.2. 96/C 207/04 Sayılı Komisyon Duyurusu<sup>57</sup>

96/C 207/04 Sayılı Duyuru, 5 bölümden oluşmaktaydı (A, B, C, D ve E bölümü). A bölümü, Duyuru'nun gerekçesini ortaya koymaktaydı; B, C ve D bölümü, para cezasından farklı düzeylerde indirim şartlarını ve E bölümü, usul kurallarını düzenlemekteydi. B bölümü, %75 ila %100 arasında (birinci derece), C bölümü, %50 ila %75 arasında (ikinci derece) ve D bölümü, %10 ila %50 arasında (üçüncü derece) indirim şartlarını düzenlemekteydi.

A bölümüne göre, teşebbüsler arası fiyat, üretim ve satış miktarlarının belirlenmesini, pazar paylaşımını ve ihracat veya ithalatı engellemeyi amaçlayan gizli kartel anlaşmaları, en ağır rekabet ihlalidir. Bu tür uygulamalar, fiyatların artırılması ve tüketici tercihlerinin sınırlanması ile sonuçlanmaktadır. Ayrıca, teşebbüsler, aralarında hakim olması gereken rekabet baskısını ortadan kaldırarak hammadde ve aramal fiyatlarını artırmaktadır. Uzun dönemde, karteller, rekabet gücünün kaybedilmesine ve işsizliğe neden olmaktadır. Bu nedenlerle, kartellerle mücadele rekabet politikasının temel amaçlarından biridir.

Komisyon'a göre, bazı teşebbüsler kartele iştirakini sona erdirerek işbirliğinde bulunmak istemektedir. Fakat, yüksek para cezalarının varlığı bunu engellemektedir. Bu hususlar dikkate alındığında, Komisyon, işbirliğinde bulunan teşebbüslere olanak sağlamanın topluluk yararına olduğuna karar vermiştir<sup>58</sup>. *Kartellerin ortaya çıkarılmasındaki yararın, işbirliğinde bulunan teşebbüslerin cezalandırılmasından daha üstün olduğu belirtilmiştir.* Bu, programın fayda-maliyet dengesine dayandığının ifadesidir. Program yoluyla elde edilecek yarar, kartellerin ortaya çıkarılması ve cezalandırılması; programın maliyeti ise buna katkı sağlayan teşebbüslere para cezasından bağışıklık veya indirim sağlanmasıdır (Kletter 1997, 20).

*Orkem<sup>59</sup> vakasında ATAD, ispat yükünün Komisyon'a ait olduğundan hareketle, Komisyon'un teşebbüsü ihlalin kabulü niteliğinde cevaplar vermeye zorlayamayacağına karar vermiştir. Duyuru, zorlama içermediğinden suçlayıcı delil göstermeme hakkını ihlal etmemektedir<sup>60</sup>.* Ayrıca, Duyuru kapsamında

<sup>57</sup> Commission Notice on the non-imposition or reduction of fines in cartel cases [1996] O.J. C207, 18.07.1996, p.4.

<sup>58</sup> Benzer gerekçeler 2002/C 45/03 sayılı Duyuruda da vardır.

<sup>59</sup> Case 374/87 Orkem [1989] E.C.R. 3283, para 34 ve 35.

<sup>60</sup> Case T-311/94 BPB de Eendracht v Commission [1998] ECR II-1129, para. 324.

indirim, ihlalin kabulü karşılığında değil; delil sağlanması karşılığında yapılmaktadır. D bölümü kapsamında iddiaların temelini oluşturan olaylara itiraz edilmemesinin bu hakkı ihlal ettiği söylenebilirdi. Fakat, bu bölüm, yeni Duyuru ile kaldırılmıştır. Ayrıca, *Duyuru, teşebbüslerin dava hakkını da ortadan kaldırmamaktadır. İşbirliğinde bulunulması, idari süreç bittikten sonra Komisyon kararına yargı yoluyla itiraz etmeye engel değildir (Wils 1997, 138).*

*Komisyon uygulamalarında eşitlik ilkesinin ihlal edilmemesi gerekmektedir<sup>61</sup>. Benzer durumdaki teşebbüslere farklı veya farklı durumdaki teşebbüslere benzer uygulamaların objektif nedenlere dayanması gerekmektedir<sup>62</sup>. Komisyon, işbirliği zamanı ve niteliğindeki farklılıklara göre indirim düzeyini belirleyebilecektir<sup>63</sup>. Fakat, indirim düzeyi bilgi isteme veya cevap verme sırası gibi tesadüfi unsurlara bağlanamaz. *Acerinox ve Krupp Thyssen* vakasında, İDM, teşebbüsün idari sürecin aynı aşamasında daha önce başka bir teşebbüs tarafından sunulandan farklı bilgi sunmaması nedeniyle daha az indirim yapılmasının objektif neden olamayacağına karar vermiştir<sup>64</sup>. Fakat, Komisyon'un belirli bir davranış için önceki kararlarında yaptığı indirimi sonraki kararlarında yapması gerekmemektedir. Herbir vaka kendi özelliklerine göre değerlendirilmelidir<sup>65</sup>.*

Duyuru'nun Komisyon'u bağlayıcı niteliği vardır. Duyuru'da belirtilen şartları sağlayan teşebbüse belirlenen indirim yapılacaktır. Fakat, bu sadece Komisyon'u bağlayıcıdır. Bu nedenle, Duyuru, ihlalin özel hukuk alanındaki sonuçlarını ortadan kaldırmamaktadır. Duyuru, tazminat davalarına bakan mahkemeleri bağlamayacağı gibi, ulusal rekabet otoriteleri tarafından ihlal nedeniyle yaptırım uygulanmasını engellememektedir. Ayrıca, Duyuru, Topluluk Mahkemeleri'ni bağlayıcı bir nitelik taşımamaktadır. Topluluk Mahkemeleri, para cezasının tespitine ilişkin olarak sahip oldukları takdir yetkisi çerçevesinde, Komisyon'un belirlediği para cezası miktarını değiştirebilecektir (Wils 1997, 139).

---

<sup>61</sup> Case T-47/98 Krupp Thyssen Stainless and Acciai speciali Terni v Commission [2001] ECR II-3757, para. 237.

<sup>62</sup> Case T-311/94 BPB de Eendracht v Commission [1998] ECR II-1129, para 309; 106/83 Sermide [1984] ECR 4209, para. 28; C-174/89 Hoche [1990] ECR I-2681, para 25; T-100/92 La Pietra v Commission [1994] ECR-SC II-275, para 50.

<sup>63</sup> Case T-21/99 Dansk Rørindustri A/S v Commission [2002] ECR II-1681, para. 245.

<sup>64</sup> Case T-47/98 Krupp Thyssen Stainless and Acciai speciali Terni v Commission [2001] ECR II-3757, para. 246.

<sup>65</sup> Case T-347/94 Mayr-Melnhof v Commission [1998] ECR II-1751, para. 368; T-31/99 ABB v Commission [2002] ECR II-1881, para. 239.



### 2.2.2.1. Duyuru'nun Kapsamı<sup>66</sup>

Program, fayda-maliyet dengesinin korunması halinde yararlı olabilecektir. Bu nedenle, programın kapsamı, ispat gücünde artış sağlanabilecek ihlaller ile sınırlandırılmalıdır (Wils 1997, 130). Duyuru'nun kapsamını ihracatı veya ithalatı yasaklamayı, pazarları paylaşmayı ve fiyatları veya üretim düzeyini belirlemeyi amaçlayan kartel anlaşmaları oluşturmaktadır<sup>67</sup>. Bu çerçevede, Duyuru'nun kapsamını, 81. maddenin yasak kapsamı içindeki anlaşmaların alt bölümünü oluşturan ve amacı rekabeti kısıtlamak olan yatay ve gizli anlaşmalar oluşturmaktadır. 81. maddeyi ihlal eden dikey anlaşmalar ve 82. madde kapsamında hakim durumun kötüye kullanılması Duyuru kapsamı dışındadır. Duyuru'nun bu dar kapsamı, ihlalin ispatlanma ihtimalinde, para cezası indirimini haklı kılacak artışın sağlanması gereğinin bir sonucudur. Bu ihtiyaç, Komisyon'un diğer soruşturma araçları ile ispatlama ihtimalinin zayıf olduğu kartel anlaşmalarının kapsama alınması ile karşılanabilir. Bu durum, ihlalden zarar gören teşebbüsler tarafından kolayca şikayet konusu yapılabilecek olan 82. madde ihlallerinin ve teşebbüslerin aralarında daha büyük bir çıkar çatışmasının olduğu dikey rekabet ihlallerinin neden kapsam dışında tutulduğunu açıklamaktadır. Ayrıca Duyuru'nun kapsamının karteller ile sınırlandırılması, Komisyon'un uygulamaya ilişkin öncelikleriyle uyumludur (Wils 1997, 131).

*Duyuru, gönüllü işbirliği hallerini kapsadığından soruşturma araçları ile elde edilebilecek belge ve bilgileri aşan deliller sunulmalıdır<sup>68</sup>. Bu nedenle işbirliğinin Duyuru kapsamında ele alınabilmesi için teşebbüsün 17 sayılı Tüzüğü'nün 11. maddesi çerçevesinde bilgi sağlama yükümlülüğünü<sup>69</sup> aşmış olması gerekmektedir<sup>70</sup>. Bu durum, programın amacı ile uyumludur. Çünkü, program diğer soruşturma araçları ile elde edilebilecek delillere katkı sağlamayı amaçlamaktadır. Bu nedenle teşebbüsün işbirliğinin bilgi istemine cevap verme yükümlülüğü ile sınırlı kalması program kapsamında değerlendirilmeyecektir<sup>71</sup>.*

<sup>66</sup> 2002/C 45/03 sayılı Duyuru'da benzer kapsama sahiptir.

<sup>67</sup> Kletter (1997, 18) Duyuru'nun bu dar kapsamını eleştirmektedir. Duyuru'nun gerekçesini oluşturan ispat gücünün 81. madde kapsamındaki diğer anlaşmalar için de geçerli olabileceğini söylemektedir.

<sup>68</sup> Amino Acids [2001] O.J. L152/24 para. 403 ve 424; Vitamins [2003], O.J. L6/1 para. 755; Case T-308/94 Cascades v Commission [1998] ECR II-925, para. 260.

<sup>69</sup> 2003/1 sayılı Tüzüğü'nün 18. maddesinde düzenlenmiştir.

<sup>70</sup> Case T-311/94 BPB de Eendracht v Commission [1998] ECR II-1129, para 310; T-317/94 Weig v Commission [1998] ECR II-1235, para. 283; T-12/89 Solvay v Commission [1992] ECR II-907, para. 341; Citric Acid [2002] O.J. L239/18 para. 318 ve 322.

<sup>71</sup> Komisyon, değerlendirmesinde işbirliğinin kendiliğinden olup olmadığını dikkate almaktadır. ABB'de, İDM, işbirliği isteğinin bilgi isteminden sonra yapılması nedeniyle D bölümü kapsamında en yüksek indirim yapılmasını desteklemiştir (T-31/99 ABB v Commission [2002] ECR II-1881, para. 238).

*Amino Acids* vakasında, *Archer Daniels Midland[ADM]*, Amerikan otoriteleri ile işbirliğinde bulunmasının dolaylı olarak Komisyon ile işbirliği anlamına geleceğini ve Duyuru kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini iddia etti. Fakat, Komisyon, işbirliğinin ancak doğrudan kendisi ile yapılması halinde Duyuru kapsamında değerlendirilebileceğine karar vermiştir<sup>72</sup>.

*Duyuru'da işbirliğinde bulunulmaması halinde uygulanacak cezadan indirim yapılacağı belirtilmiştir. Bu nedenle teşebbüsün katılmadığı ihlale ilişkin delil sunması Duyuru kapsamı dışında kalacaktır. Yine Amino Acids vakasında, ADM'nin ihlalin katılmadığı dönemine ilişkin delil sunması, Duyuru'nun temel amacının kartele katılan fakat para cezası ihtimali nedeniyle işbirliğinden caydırılan teşebbüslere teşvik sağlamak olduğu belirtilerek kapsam dışında bulunmuştur<sup>73</sup>. İhlal birden fazla pazarı kapsıyorsa, sadece işbirliğinde bulunulan pazara ilişkin para cezasının belirlenmesinde Duyuru uygulanacaktır. Örneğin, *Vitamins* vakasında, Komisyon, ilgili ürün pazarını vitamin türlerine göre ayırmış ve *Aventis*'e işbirliğinde bulunduğu A ve E vitamin pazarları için bağışıklık vermiştir<sup>74</sup>.*

Duyuru kapsamı dışında kalan işbirliği, *Para Cezalarının Belirlenmesine İlişkin Rehber*<sup>75</sup> kapsamında hafifletici neden olarak değerlendirilebilecektir. Nitekim Komisyon *Nathan-Bricolux* vakasında, dikey anlaşma yoluyla 81. maddenin ihlal edilmesinde *Nathan*'ın iddianamenin tebliğinden sonra ihlali sona erdirmek istemesi ve idari süreçte ihlali ispatlamayı sağlayan belgeler sunması nedeniyle temel cezanın %40 azatılmasına karar vermiştir<sup>76</sup>. *Para Cezalarının Belirlenmesine İlişkin Rehber*, Duyuru kapsamı dışında kalan işbirliği hallerinde uygulanabilecektir. Bu nedenle Duyuru kapsamındaki işbirliği, aynı zamanda hafifletici neden olarak ele alınmayacaktır (Arbault ve Peiro 2002, 17). Fakat, teşebbüsün işbirliğinin bazı unsurları Duyuru kapsamında, bazıları Duyuru kapsamı dışında ise; kapsamdaki işbirliği unsurları için Duyuru hükümleri uygulanırken; kapsam dışındaki işbirliği unsurları para cezasının tespitinde hafifletici neden olarak dikkate alınabilecektir. Ayrıca, işbirliği sağlanmasına rağmen, yanıltıcı veya eksik bilgi içeriyorsa, Komisyon indirimde bulunmayı reddedebilecektir (Arbault ve Peiro 2002, 17).

---

<sup>72</sup> *Amino Acids* [2001], O.J. L152/24 para. 402.

<sup>73</sup> a.g.k. para. 404. *Fakat, bu gibi hallerde, işbirliğini teşvik etmek amacıyla teşebbüsün ihlale katılmadığı döneme ilişkin delil sunması, para cezasının tespiti kapsamında hafifletici neden olarak; ihlale katıldığı döneme ilişkin işbirliği Duyuru kapsamında ele alınarak teşebbüse ek indirim yapılabilir. Nitekim, IDM, kararında bu tür bir yöntem benimseyerek ADM'nin indirim düzeyini, işbirliğinin kapsamlı olduğunu da dikkate alarak %10'dan %20'ye çıkarmıştır.*

<sup>74</sup> *Vitamins* [2003], O.J. L6/1 para. 742.

<sup>75</sup> OJ C9, 14.01.1998, p.3.

<sup>76</sup> *Nathan-Bricolux* [2001], O.J. L54/1 para. 134.

### 2.2.2.2. B ve C Bölümü Kapsamında İndirimden Yararlanma Şartları

B bölümü, %75 ila %100 arasında (birinci derece) indirim ve C bölümü, %50 ila %75 arasında (ikinci derece) indirim şartlarını düzenlemekteydi. B ve C bölümü işbirliğinin zamanlamasına ilişkin şart (*şart a*) dışında, benzer şartları içermekteydi. Şafak baskını (*dawn raid*) olarak isimlendirilen yerinde incelemeden önce yapılan işbirliği, B bölümü; sonra yapılan işbirliği, C bölümü kapsamında değerlendirilmişti<sup>77</sup>. Ayrıca, Komisyon, ihlali ispatlayacak delile sahip ise B bölümü kapsamında başvuru yapılamamaktaydı. C bölümü ise Komisyon kararı ile yerinde inceleme yapılmakla birlikte idari süreci başlatmaya yetecek delil elde edilememesi halinde uygulanmaktaydı. Bu şartlar, aksi halde farkedilemeyecek kartelin ortaya çıkarılması veya delil elde edilmesinin kolaylaştırılması yoluyla yarar sağlanması gereğinin sonucu idi (Wils, 1997, 132).

- (b) *Kesin Delil Sunan İlk Teşebbüs Olunması*: Kesin delil kavramı, tanımlanmış değildir. Fakat, uygulamada, bu, “*smoking gun*” niteliğinde maddi delillerin sunulmasını gerektirmekteydi. Bu, A.B.D.’de öngörülenden daha ağır bir yükümlülük idi (Joshua 2000a, 10). Fakat, bu şart, idari yapılanmanın yetersizliklerinin bir sonucuydu (Joshua 2000a, 18)<sup>78</sup>. Yine de kesin delil şartı, takdir yetkisine açık ve belirsizlik yaratan bir kavramdı (Aubert, Rey ve Kovacic 2003, 6). İlk teşebbüs olma şartı nedeniyle, B veya C bölümü kapsamında bir teşebbüs değerlendirilebilmekteydi (Wils 1997, 126). Bu şart, programın maliyetini sınırlandırma amacına yönelikti. Böyle bir sınırlandırma olmazsa, teşebbüsler kartelden amaçlarını elde ettikten sonra ortak başvuru yapabilecekti. Bu ise programın zararlı etkisini hakim kılacaktı. Kartel ömrü azaltılmaksızın, para cezası düzeyi önemli ölçüde azaltılmış olacaktı. Ayrıca şart, güven bunalımı etkisinin yaratılmasına katkı sağlamaktadır (Wils 1997, 133).

<sup>77</sup> Yerinde inceleme kavramı ile şafak baskını (*dawn raid*) olarak nitelenebilecek 17 sayılı Tüzüğün 14(3). maddesinde düzenlenmiş Komisyon kararı ile yapılan inceleme kastedilmektedir (Kletter 1997, 24). Bu inceleme 2003/1 sayılı Tüzük’ün 20(4). maddesinde düzenlenmiştir.

<sup>78</sup> AB programında, ABD programından farklı olarak ihlale ilişkin bilinenleri sözlü olarak nakletmek yeterli olmamakta, ihlale ilişkin kesin delilin sunulması gerekmektedir. Bu nedenle, maddi delillerin en azından ihlali ortaya koyan yazılı ifadenin sunulması gerekmektedir. Bu şart, ağır bir yükümlülük olduğu ve belirsiz olduğu gerekçesi ile eleştirilmiştir. Fakat, kesin delil şartı, Rekabet Hukuku’nun Avrupa’da idari, Amerika’da ise adli nitelikte olmasının doğurduğu farklılıkların sonucu idi. Sözlü ifadelerin veya itirafların Komisyon için delil değeri yoktur. Yani, Komisyon, adli yapılanmanın sağladığı olanaklardan yoksundur. Bu nedenle, Komisyon, kesin delil şartını “*smoking gun*” niteliğinde maddi delillerin sunulmasını sağlama amacıyla getirmişti (Joshua ve Reed, 2001, 19).

- (c) *İhlale Katılımın En Geç Başvuru Zamanına Kadar Sona Erdirilmesi,*
- (d) *Kartele İlişkin Sahip Olunan Tüm Delillerin Komisyona Sunulması ve Sürekli ve Tam İşbirliği Sağlanması:*

Komisyon, *Amino Acids* vakasında, *Ajinomoto*'nun 1990 ve 1992 yılları arasındaki anlaşmalara ilişkin bilgileri sunmaması ve bazı kartel belgelerini yok etmesi nedeniyle tam işbirliği şartını sağlamadığına karar vermiştir<sup>79</sup>.

Sürekli ve tam işbirliği şartının ne zaman ihlal edilmiş sayılacağına baştan belirlenmesinin önemini göstermesi bakımından *British Sugar* kararı<sup>80</sup> ele alınabilir<sup>81</sup>. Bu kararda, *Tate&Lyle*, Komisyon'un olaylardan haberdar olmadığı ve ihlale ilişkin adım atmadığı 16.7.1990 ve 29.8.1990 tarihlerinde taraflar arasında yapılan toplantıların yeri, zamanı, konuları ve katılımcılarını gösteren bir liste ve bu toplantılara ilişkin kendi değerlendirmesini iki mektup ile Office of Fair Trading-Adil Ticaret Komisyonu [OFT]'ye sunmuştur. Ayrıca, bu çerçevede, ihlale ilişkin delil sunan ilk teşebbüs olmuş ve ihlale katılımını bu mektupları sunmadan önce sona erdirmiştir. Teşebbüs, benzer kapsamda işbirliğini Komisyon'la da gerçekleştirmiştir. Bu çerçevede, Duyuru'nun B bölümü kapsamındaki bazı şartları sağlamıştır<sup>82</sup>. Fakat, Komisyon, teşebbüsün ifadelerini bazı noktalarda geri alması nedeniyle, işbirliğinin sürekli ve tam olmadığına, Duyuru'nun B bölümü kapsamında değerlendirilemeyeceğine<sup>83</sup> ve Duyuru'nun D bölümü kapsamında %50 indirim yapılmasına karar vermiştir<sup>84</sup>.

Komisyonun geri alma olarak kabul ettiği iki husus şunlardır:

- 1- Öncelikle, *Tate&Lyle*, *British Sugar* ile 85(1). maddeyi ihlal eden eylemlere katıldığını kabul etmiştir. Sonra, ikinci iddianameye cevabında, fiyatlara ilişkin ortak stratejiye gerek olmadığını; *British Sugar*'ın tek taraflı olarak belirlediği fiyatları, toplantılar yapılmaya bile bu firmanın hakim durumu ve topluluk şeker pazarının işleyişinden dolayı izlemek zorunda kaldığını ifade etmiştir. Bu çerçevede, yapılan toplantıların, fiyat politikalarının koordinasyonu, fiyat anlaşması veya

<sup>79</sup> *Amino Acids* [2001], O.J. L152/24 para. 415.

<sup>80</sup> *British Sugar* [1999], O.J. L76/1.

<sup>81</sup> Teşebbüs ve Rekabet Otoritesinin karşılıklı yükümlülüklerini belirleyen pişmanlık sözleşmesinin (*amnesty agreement*) uygulanması, işbirliği sürecine ilişkin açıklık sağlanmasına yardımcı olacaktır (Brokx, 2001, 42).

<sup>82</sup> a.g.k. para. 216.

<sup>83</sup> a.g.k. para. 217.

<sup>84</sup> a.g.k. para. 218. Motta ve Polo (1999, 19)'ya göre *Tate&Lyle* vakasında, sürekli ve tam işbirliği şartı işbirliğini caydıracak şekilde katı uygulanmıştır.

fiyatları artırmak için ortak strateji olarak nitelendirilemeyeceğini ifade etmiştir. Bu nedenle, *Tate&Lyle*, başlangıçtaki ifadelerini geri almış ve uyumlu eylemin rekabeti sınırlandırma amacı olmadığını ifade etmiştir<sup>85</sup>.

- 2- *Tate&Lyle*, 16.07.1990 tarihli mektubunda belirli müşterilere uygulanacak indirimler konusunda karşılıklı bilgi değişimi olduğunu ifade etmiştir. Fakat, daha sonra, *British Sugar* ile birlikte hazırladığı yazıda belirli tüketicilere uygulanacak indirimlere ilişkin bilgi değişimi olmadığını ifade etmiştir<sup>86</sup>.

*Tate&Lyle*'in ifadelerindeki bu iki değişiklik nedeniyle Komisyon, belirli tüketicilere uygulanacak indirimlere ilişkin bilgi değişimi olduğunu ve fiyatların ve indirimlerin birlikte belirlendiğini ispatlayamamıştır. Sadece tarafların belirli aralıklarla ve uzun süreli olarak toplanmalarının fiyat politikalarının koordinasyonu yoluyla rekabeti sınırlama amacı taşıdığına ve bu nedenle 85. maddeyi ihlal ettiğine karar vermiştir<sup>87</sup>.

Davaya ilişkin olarak İDM, *Tate&Lyle*'in soruşturma süresinde ifadelerini değiştirdiğine karar vermiştir<sup>88</sup>. İlk olarak, İDM, *Tate&Lyle*'in olayların farklı bir niteliğini belirttiğini, fakat önceden kabul ettiği olayları yalanlamadığını ve sözkonusu toplantıların 85. maddenin ihlali olduğuna ilişkin ifadesini geri almadığını belirtti<sup>89</sup>. İkinci olarak, İDM, Komisyon'un ihlalin bilgi değişimine ilişkin bölümünü ispatlayamadığını belirtti. Komisyon'un, bu ispatlayamamanın *Tate&Lyle*'in ifadesini değiştirmesinden kaynaklandığını belirtmesine rağmen, İDM, Komisyon'un ispatlayamadığı ve böylece *Tate&Lyle*'a atfedilemeyecek bir ihlal unsurunu işbirliği yetersizliği olarak göremeyeceğine<sup>90</sup> ve işbirliğinin kapsamının kararda yanlış belirlendiğine hükmetti<sup>91</sup>. İşbirliğinin sürekli ve tam olmasına rağmen, ifadenin kısmen değiştirilmesini ve *Tate&Lyle*'in kartelde oynadığı rolü dikkate alarak %60 indirim hükmetti<sup>92</sup>.

- (e) *Teşebbüsün Diğer Bir Teşebbüsü İhlale Katılmaya Zorlamamış Olması ve Açık Bir Şekilde İhlali Teşkil Eden veya İhlalde Belirleyici Rol Oynayan Olmaması:*

---

<sup>85</sup> a.g.k. para. 155.

<sup>86</sup> a.g.k. para. 156.

<sup>87</sup> *British Sugar* [1999], O.J. L76/1, para 193.

<sup>88</sup> Case T-202/98 *Tate&Lyle plc v Commission* [2001] ECR II-2035, para 159.

<sup>89</sup> a.g.k. para. 160.

<sup>90</sup> a.g.k. para. 161.

<sup>91</sup> a.g.k. para. 162.

<sup>92</sup> a.g.k. para. 165.

Bu şart ile başvuruda bulunma olanağını dikkate alarak kartel oluşturulmasını engelleme amaçlanmıştır (Wils 1997, 134)<sup>93</sup>.

Komasyon'a göre kartelde üç tür üye bulunabilir: liderler, aktif üyeler ve pasif üyeler<sup>94</sup>. Topluluk uygulamalarına göre, ihlale birden fazla teşebbüsün katılması halinde, para cezasının belirlenmesinde, bu teşebbüslerin iştirakinin nispi ağırlığını belirlemek gerekmektedir<sup>95</sup>. Kartele liderlik eden teşebbüslerin özel sorumluluk üstlenmesi gerekmektedir<sup>96</sup>. Kartel toplantılarına düzensiz katılım, ihlale konu pazara geç girilmesi ve ihlale katılan diğer bir teşebbüs tarafından teşebbüsün pasif tutum içinde olduğunun belirtilmesi gibi unsurlar pasif rolün göstergesi olarak kabul edilmektedir<sup>97</sup>.

*Cartonboard* vakasında,<sup>98</sup> Komasyon, ihlale öncülük eden teşebbüsleri, üst düzey yöneticilerin katıldığı ve temel kartel kararlarının alındığı "başkanlar çalışma grubu" toplantılarına katılan ve özel sorumluluk üstlenmesi gereken büyük üreticiler olarak belirlemiştir. Bu tanımlama, İDM tarafından desteklenmiştir<sup>99</sup>.

*Pre-Insulated Pipe* vakasında, Komasyon, kartel yoluyla temel üretici olduğu pazarı ele geçirmeyi stratejik amaç edinmesi, üst düzey yöneticilerin kartele iştirak etmesi ve kartelin uygulanması için ekonomik kaynaklarını kullanması unsurlarını dikkate alarak *ABB*'yi kartel lideri olarak belirlemiştir<sup>100</sup>.

*Amino Acids* vakasında, Komasyon, diğer üreticileri ikna etmek için düşük fiyat politikası izlemesi, küçük üreticilere baskı uygulaması ve fiyat savaşı ile tehdit etmesi ve üst düzey yöneticilerinin kartelin genel stratejisine ilişkin toplantılara katılımını dikkate alarak *ADM* ve *Ajinomoto*'yu kartel lideri olarak belirlemiştir<sup>101</sup>.

---

<sup>93</sup> Aubert, Rey ve Kovacic (2003, 15)'e göre ihlali teşkil eden dahil tüm kartel üyelerine olanak sağlama, kartel tekliflerine ihtiyatlı yaklaşılmasına neden olacağı için, caydırıcı etki yaratılmasına katkı yapacaktır. Komasyona göre, ihlalde belirleyici rol oynayan teşebbüslerin Duyurudan yararlanması, işbirliğinde bulunan teşebbüslere olanak sağlanmasındaki yarar ile para cezasına hükmederek caydırıcılık sağlamadaki yarar arasındaki dengeyi bozabileceği için zararlı olabilir (Amino Acids [2001], O.J. L152/24 para. 419).

<sup>94</sup> Amino Acids [2001], O.J. L152/24 para. 363.

<sup>95</sup> Joined Cases 40/73 Suiker Unie and Others v Commission [1975] ECR 1663, para. 623; C-49/92 Commission v Anic Partecipazioni [1999] ECR I-4125, para. 150.

<sup>96</sup> Case C-298/98 P Finnboard v Commission [2000] ECR I-10157, para. 45; T-347/94 Mayr-Melnhof v Commission [1998] ECR II-1751, para. 291.

<sup>97</sup> Case T-311/94 BPB de Eendracht v Commission [1998] ECR II-1129, para. 343; T-317/94 Weig v Commission [1998] ECR II-1235, para. 264;

<sup>98</sup> Cartonboard [1994], O.J. L243/1, para. 170.

<sup>99</sup> Case T-311/94 BPB de Eendracht v Commission [1998] ECR II-1129, para 307.

<sup>100</sup> Pre-Insulated Pipe [1999], O.J. L24/1, para. 169.

<sup>101</sup> Amino Acids [2001], O.J. L152/24 para. 329-333.

### 2.2.2.3. D Bölümü Kapsamında İndirimden Yararlanma Şartları

B veya C bölümü, aynı kartelde bir teşebbüse uygulanabilirken; D bölümü, B ve C bölümü şartlarını sağlamayan, fakat işbirliğinde bulunan tüm teşebbüslere uygulanabilmekteydi. Bu kapsamdaki işbirliğine iddianamenin tebliğinden önce, ihlalin ispatlanmasına ilişkin delil sunulması veya iddianamenin tebliğinden sonra, iddiaların temelini oluşturan olaylara itiraz edilmemesi örnek gösterilmişti. D bölümü kapsamında %10 ila %50 arasında (üçüncü derece) indirim hak kazanmak için tek şart işbirliğinde bulunmaktı. Bu bölüm, aksi halde ortaya çıkarılamayacak kartelleri tespit etme amacına yönelik değildi. Bu bölümün tek yararı, idari süreci kolaylaştırması ve böylece diğer ihlallerin tespiti için kullanılacak kaynakları artırmasıydı<sup>102</sup>. Fakat, burada, başvuru sırasına önem verilmemesi, programın zararlı etkisine karşı tedbir alınmadığını göstermekteydi. Bu bölümün caydırıcı etkiyi azaltmaması için, önemli kaynak tasarrufu sağlayan ve işbirliği yükümlülüğünü aşan işbirliği hallerini kapsamaması gerekirdi. Bu nedenle %10 ila %50 arasında indirim düzeyini tespit ederken, fayda-maliyet dengesinin korunmasına özen gösterilmeliydi. Örneğin, %50 indirimin idari sürecin sonuçlandırılmasına büyük katkı sağlayan işbirliği halleri için uygulanması gerekirdi (Wils 1997, 134). Fakat, bu bölüm kapsamında benzer nitelikteki işbirliği hallerine farklı; farklı nitelikteki işbirliği hallerine aynı düzeyde indirim yapılması, fayda-maliyet dengesini bozucu etki yapmıştır.

### 2.2.2.4. Duyuruya Yönelik Eleştiriler

1996 Duyurusu çeşitli noktalardan eleştiri konusu olmuştur :

- 1996 Duyurusu'nda Komisyon'a takdir yetkisi verecek belirsiz kavramlar kullanılmıştı. Fakat, takdir yetkisinin varlığı, işbirliği sürecinde belirsizlik yaratmakta ve programı öldürmektedir (Jephcott 2002, 382).
- Hammond (2000)'a göre, kesin delil şartı ağır bir yükümlülüktü ve potansiyel olarak yararlı olabilecek işbirliği hallerini baştan kapsam dışında bırakmaktaydı. Ayrıca kesin delil eşiği subjektiftir. Bu nedenle programın açıklığını zedelemekte ve işbirliğini caydırıcı etki yapmaktaydı<sup>103</sup>. Örneğin, "smoking gun" niteliğinde kesin delile sahip

<sup>102</sup> Bu bölüm, Komisyon'un soruşturmalarda karşılaştığı ve "kimse konuşmazsa, herkes serbest kalır" prensibi ile doğan savunma duvarını ortadan kaldırmaya yönelik olarak konulmuştu (Joshua ve Reed 2001, 20).

<sup>103</sup> Rekabet Hukuku'nun uygulandığı hukuki yapılanma birbirinden farklıdır. A.B.D.'de adli usul hükümleri uygulanırken AB'de idari bir usul vardır. Ayrıca yaptırımlar bakımından farklılıklar vardır. Cezaî hükümlerin uygulanmasının sağladığı büyük olanaklar vardır. Komisyon bu

olmayan fakat kartel toplantılarına katılmış; çalışanlarının işbirliği yoluyla kartelin işleyişi, önemli toplantıların yer ve zamanı veya yapılan anlaşmalar hakkında bilgi sağlayabilecek bir teşebbüs işbirliğinden caydırılmaktaydı. Hatta, kesin delil eşliğini sağlasa bile, teşebbüse ancak %10 indirim garantisi sağlanabilmekteydi. Teşebbüs, işbirliğinin sonuçları hakkında şüphe içindeyse başvuruda bulunmamaktadır.

- Program bağışıklığa olanak sağlamalı ve belirli olmalıdır. İndirim düzeyine ve sıkı şartlara ilişkin takdir yetkisi programın başarısını azaltmaktaydı. Tepkisel işbirliği, C bölümü kapsamında sağlanan indirimin yetersiz kalması nedeniyle, bağışıklık olanağı sağlanarak teşvik edilmeliydi (Motta ve Polo, 1999, 19-20)<sup>104</sup>. C bölümü bakımından AB ile A.B.D. arasında farklılık vardı. A.B.D.'de bağışıklığa hak kazanılabilirken, şafak baskını tabir edilen yerinde incelemenin yapılmasından sonra AB'de %50 ila %75 indirim elde edilebilmekteydi (Joshua 2000a, 10).
- Para cezalarından azalan indirim tarifesi şeklinde düzenlenmiş 1996 Duyurusu açıklık ilkesini sağlamaktan uzaktı. Kendiliğinden işbirliğinde bulunulması, bağışıklığı kesinleştirmemekte ve %25 para cezası riski taşımaktaydı. Özellikle, kendiliğinden işbirliği için şeffaflığın sağlanmaması, işbirliği isteğini caydırmaktaydı<sup>105</sup>. Teşebbüse ancak %10 indirim garantisi sağlanabilmekteydi (Hammond 2000).
- A.B.D. ile AB arasındaki temel farklılıklardan biri Duyuru'ya ilişkin değerlendirmenin idari sürecin sonunda yapılmasıydı. AB'de pişmanlık sözleşmesi yoktur ve Komisyon baştan yükümlülük altına

---

olanaklardan yoksundur (Joshua 2000, 20). Komisyon, kişileri yargılama sürecinde tanıklık yapmak için zorlayamaz. Sözlü beyanları delil olarak kabul edemez. Delil standardı iki program arasındaki temel farklılıklardan biriydi. Fakat iki program arasındaki bu tür farklılıklar rekabet hukukunun uygulanmasındaki farklılıktan kaynaklanmaktaydı (Joshua 2000, 22). AB programına başvuruların ABD programından daha az olmasının temel nedeni, AB programının aksaklıklarından ziyade, AB ile ABD yaptırım sistemi ve Rekabet Hukuku uygulanmasının farklı olmasında aranmalıydı (Joshua ve Reed 2001, 19)

<sup>104</sup> Komisyon'un idari süreçte ihlalin ispatlanmasını sağlayabilecek delillerin elde edilmesi aşamasına kadar yapılacak işbirliği için yeterli teşviği sağlaması gerekirdi. Yeni Duyuru 8(a) kapsamında bağışıklık verilmemişse, ihlali ispatlayacak delil elde edilmesine kadar bağışıklık olanağı sağlayarak A.B.D. uygulamalarına benzer bir düzenleme kabul etmiştir (Carle, Lindeborg ve Segenmark 2002, 270).

<sup>105</sup> *Para Cezalarının Belirlenmesine İlişkin Rehber*, temel cezanın belirlenmesinde takdir yetkisi tanımaktadır. Büyük bir kartel vakasında işbirliği yarışını kazanan teşebbüs, teorik olarak, 100 milyon Euro veya daha fazla yaptırım ile karşılaşabilirdi. Şafak baskınının yapılmasından hemen sonra işbirliğinde bulunulması halinde, teşebbüs, %50 ila %75 arasında indirim yapılsa bile önemli para cezası ile karşı karşıya kalacaktı. Bu takdir yetkisinin varlığı, teşebbüslerin programa başvurunun sonuçlarını değerlendirme olanağını sınırlandırmaktaydı (Joshua ve Reed 2001, 21).



girmemekteydi (Joshua, 2000b, 21). Bu ise işbirliği sürecine ilişkin belirliliği azaltmaktaydı. Komisyon'un iş yükünden dolayı teşebbüsün işbirliğine başladığı zaman ile nihai karar arasında uzun bir zaman geçebilmektedir (Brox 2001, 37).

- Özellikle Duyuru'nun B ve C bölümü caydırıcı etki yaratabilecek potansiyele sahipti. Fakat, D bölümünün caydırıcı etkisi, idari sürecin kolaylaştırılmasından sağlanacak yararın para cezasından indirim olumsuz etkisini aşması halinde ortaya çıkacaktı (Wils 1997, 139). Fakat, D bölümü kapsamında aşırı indirim yapılması, caydırıcı etkiyi azaltmıştır (Carle, Lindeborg ve Segenmark 2002, 268).
- A.B.D. programındaki ihlaldeki role ilişkin şart, AB uygulamalarından farklıydı. A.B.D.'de, açık bir şekilde tek başına ihlali teşkil eden veya yöneten teşebbüs kapsam dışında bırakılmaktadır. AB uygulamaları açısından birden fazla teşebbüs kapsam dışında bırakılabilmekteydi<sup>106</sup>. Bu konuda takdir yetkisini muhafaza ederek belirsizlik yaratmak, ihlalin sürdürülmesine neden olmaktadır (Hammond, 2000). Fakat, bu teşebbüsler, D bölümü kapsamında değerlendirilebilmekteydi.

#### 2.2.2.5. Duyuru Uygulamalarının Değerlendirilmesi

Duyuru, 1998-2002 yılları arasında alınan 18 kartel karardan 16'sında uygulandı. 80'den fazla teşebbüs başvuruda bulundu. Bu 16 kararda hükmedilen para cezası tutarı 2.240 milyon Euro'dur. Bu kararlarda yapılan toplam indirim tutarı ise 1.400 milyon Euro'dur. Bu, her bir kararda ortalama %38 oranında indirim yapıldığını göstermektedir. Fakat, bu istatistiki bilgiler yanlış yorumlanmamalıdır. Yapılan indirim, para cezasından bağışıklık ile %10 indirim arasında değişmektedir. Birçok teşebbüs, işbirliği D bölümü kapsamında değerlendirilerek, sadece %10 indirim hak kazandı. Sadece üç teşebbüs bağışıklığa hak kazandı: *Vitamins* vakasında *Rhone-Poulenc*, *Carbonless Paper* vakasında *Sappi* ve *Luxembourg Brewers* vakasında *Braserie de Luxembourg*. İki teşebbüs B bölümü kapsamında %80 ve %90 indirim hak kazandı: *Sodium Gluconate* vakasında *Fujisawa* ve *Citric Acid* vakasında *Cerestar Bioproducts*. C bölümü kapsamında ise sadece *Graphite Electrodes* vakasında *Showa Denko*, %70 indirim hak kazandı (Arbault ve Peiro, 2002, 16)<sup>107</sup>.

<sup>106</sup> *Amino Acids* vakasında, *ADM* ve *Ajinomoto*'nun kartel lideri oldukları gerekçesi ile B ve C bölümü kapsamı dışında olduklarına karar verilmiştir (Amino Acids [2001], O.J. L152/24 para. 419). Ayrıca, *Vitamins* vakasında, *Roche* ve *BASF*, ihlalde belirleyici rol oynadıkları gerekçesi ile B ve C bölümü kapsamı dışında bırakılmıştır (Vitamins [2003], O.J. L6/1 para. 744).

<sup>107</sup> Başvuru sayısı, tek başına programın başarısını değerlendirmede yanıltıcı olabilir. Başvuru sayısı programın yürürlüğe girmesi ile artan; sonra azalan bir seyir izleyebilir. Bu nedenle başvuruların idari süreç içindeki dağılımına da bakılmalıdır. Başvuruların idari sürecin sonuna

1996 Duyurusu'nda, Komisyon, yeterli tecrübe edinildiğinde değişiklik ihtiyacı olup olmadığının gözden geçirileceğini ifade etmekteydi. Beş yıllık uygulamadan sonra bu tecrübenin elde edildiğine karar verildi<sup>108</sup>. Program şartlarına ilişkin şeffaflık sağlanarak ve ihlalin ispatına teşebbüsün katkısı ile indirim düzeyi arasında uyum sağlanarak programın başarısının artırılacağına karar verildi<sup>109</sup>.

Kartelin varlığına ilişkin bilgi, soruşturma araçlarını harekete geçireceğinden Komisyon için temel öneme sahiptir. Fakat, 1996 Duyurusu uygulamasında, kendiliğinden işbirliği sayısı sınırlı kaldı. Nihai kararın idari süreç sonunda verilmesi, B bölümünde hem ilk başvuran hem de kesin delil sunan olma şartının bulunması, B bölümü kapsamında Komisyon'un para cezasının tespitinde %25 takdir yetkisine sahip olması ve ihlalde belirleyici rol oynayan teşebbüslerin kapsam dışında bırakılması, belirsizlik yaratan temel hükümler olarak belirlendi (Arbault ve Peiro, 2002, 18).

Ayrıca, 1996 Duyurusu, delil toplanmasına sınırlı katkı sağlayabildi. Birçok başvurunun diğer kartel üyelerinin soruşturmadan haberdar olmasından sonra yapılması, teşebbüslere delillerin yok edilmesi olanağı sağladı. Bu durum, soruşturma araçlarının başarısını sınırladı. *Ayrıca, birçok başvuru Komisyon'un ihlal hakkında yeterli delile sahip olmasından sonra yapıldığı için delil sunulmasından ziyade Komisyon'un doğrulanması ile yetinildi.* Bu savunma yönlü tutum, Komisyon'a sağlanan delillere de yansdı. Dahası para cezasına hükmedilme ihtimali arttıkça, teşebbüsler soruşturma sürecinin ileri aşamalarında cüzi delil sunma yoluyla indirim elde etme stratejisi izledi (Arbault ve Peiro 2002, 18). Bu durum, tepkisel işbirliğinin zararlı etkisinin bir sonucudur.

2002 Duyurusu ile yapılan değişiklikler ile yukarıda ifade edilen aksaklıkları giderme amaçlanmıştır. Üç temel nokta belirlendi. Öncelikle, kartelin belirlenmesinde Komisyon'un kesin bir adım atmasını sağlayan ilk teşebbüse bağışıklık olanağı sağlanması gerektiğine karar verildi. Sonraki teşebbüslere gelince, amaç indirim düzeyi ile soruşturmaya sağlanan katkı arasında uyumu sağlamaktı<sup>110</sup>. Üçüncüsü, Komisyon, sistemde belirliliğin

---

doğru yoğunlaşması programın erteleyici etki yarattığının veya orantılılık ilkesinin sağlanamadığının göstergesi olabilir.

<sup>108</sup> Joshua ve Reed (2001, 20)'e göre, alınan karar sayısının az olması uygulamaya ilişkin değerlendirme yapma olanağını sınırlamaktadır. Bu nedenle, değişiklik daha çok diğer rekabet otoritelerinin baskılarından kaynaklanmaktadır.

<sup>109</sup> Notice of The Commission relating to the revision of 1996 notice on the non-imposition or reduction of fines in cartel cases, OJ C 205/18, 21.7.2001.

<sup>110</sup> 1996 Duyurusu'nun D bölümü kapsamında benzer işbirliği halleri için farklı düzeylerde ve farklı işbirliği halleri için benzer düzeylerde indirim yapılması, indirim düzeyi ile ihlalin ispatlanmasına yapılan katkı arasında dengenin sağlanamamasına, orantılılık ilkesinin zedelenmesine, neden oldu (Carle, Lindeborg ve Segenmark 2002, 268).

artırılmasını amaçladı ve programı daha şeffaf hale getirmeye çalıştı (Arbault ve Peiro 2002, 19).

### 2.2.3. 2002/C 45/03 Sayılı Komisyon Duyurusu<sup>111</sup>

2002/C 45/03 Sayılı Duyuru ile yapılan temel değişiklikler aşağıdaki şekilde özetlenebilir<sup>112</sup> :

- (a) Kendiliğinden veya tepkisel işbirliğinde<sup>113</sup> bulunan ilk teşebbüse para cezalarından bağışıklık güvencesinin sağlanması,
- (b) Kesin delil şartının kaldırılarak iki alternatif delil eşliğinin kabul edilmesi,
- (c) Para cezasından indirim ile bağışıklık müesseselerinin birbirinden ayrılması ve para cezasından indirimin katma değer ve başvuru sırası<sup>114</sup> şartına bağlanması,
- (d) İhlaldeki role ilişkin şartın yumuşatılması<sup>115</sup>,
- (e) Başvurunun kabul edilmesi halinde yazılı olarak şartlı bağışıklık verilmesi ve hipotetik delil sunma olanağının sağlanması.

#### 2.2.3.1. Para Cezasından Bağışıklık Şartları

Belirliliğin sağlanmasına yönelik en önemli adım, şartları sağlayan ilk teşebbüse bağışıklık güvencesinin sağlanmasıdır. 1996 Duyurusu'nda şartları sağlayan ilk teşebbüs %25'e kadar cezalandırılabilirdi. Örneğin, *Vitamins* karteli

<sup>111</sup> OJ C 45/3, 19.2.2002.

<sup>112</sup> Hammond (2003, 5)'a göre, 2002 Duyurusu açıklık ilkesini sağlaması nedeniyle A.B.D. programı ile yakınlaşmıştır. Tepkisel işbirliği için bağışıklık olanağının sağlanması ve programın uygulanmasında takdir yetkisinin sınırlandırılması, 1993 değişikliklerine benzemektedir. Farklı ülkelerde uygulanan programların birbirine yakınlaşması, teşebbüslere aynı anda birden fazla ülke programına başvurma olanağı yaratmaktadır.

<sup>113</sup> Taslak metinde bu olanak yoktu. Bu olanak olmaksızın yeterli işbirliği teşviğinin sağlanamayacağına ilişkin eleştiriler üzerine Duyuru'ya eklendi. Örneğin, Joshua ve Reed (2001, 21)'e göre, özellikle başarısız bir şafak baskını sonrasında indirim yapılsa bile önemli miktarda para cezasına uğramaları teşebbüslerin savunma yönlü tutum benimsemelerine neden olacaktı. Bu ise kartelin sürdürülmesini kolaylaştıracaktı.

<sup>114</sup> 2002 Duyurusu, işbirliğinin iki temel unsuru olan işbirliğinin zamanlaması ve sunulan delilin niteliği arasında yapılacak tercih bakımından, işbirliğinin zamanlamasına öncelik veren bir nitelik taşımaktadır (Maguire 2002, 39). İşbirliğinin zamanlamasına öncelik verilmesi, soruşturma araçlarını harekete geçirmesi ile yarar sağlarken, teşebbüslerin suistimallerine neden olarak delil elde edilmesini zorlaştırabilmektedir. *Fakat program, otorite ile işbirlikçi teşebbüsün soruşturma boyunca karşılıklı iyiniyet içinde çalışması ile başarıya ulaşabilir.* Rekabet Otoritesi, teşebbüsün şartları sağlamanı kolaylaştırırken, kötüniyetli davranışlarını da önlemelidir (Klawiter 2000).

<sup>115</sup> Bu değişiklik, kartelde belirleyici veya lider rolü oynayan teşebbüslerin aynı zamanda ihlale ilişkin en fazla bilgiye sahip oldukları gerçeğinin kabulünden kaynaklanmaktadır (Maguire 2002, 37).

gibi büyük kartellerde bağışıklık ile %25 para cezası arasında önemli fark ortaya çıkabilir (Joshua, 2003, 1). Bağışıklık müessesesi, Duyuru'nun 8(a) ve 8(b) maddelerinde idari süreçte gelinen aşamaya ve delil eşiklerine bağlı olarak düzenlenmiştir.

### 2.2.3.1.1. 8(a) Şartları

Kartelin varlığına ilişkin bilgi, diğer soruşturma araçlarını harekete geçirmesi nedeniyle temel öneme sahip olduğundan, Komisyon, bu tür bilgi sağlanmasının bağışıklığı haklı kılacağına karar vermiştir. Hem bu yararı elde etme hem de işbirliğini teşvik etme amacı dikkate alınarak, şafak baskını düzenlemeyi sağlayacak delil eşiği belirlendi. Bu durumda, delil eşiği önemli ölçüde azaltılmış oldu (Arbault ve Peiro, 2002, 19)<sup>116</sup>. Delilin bu eşiği sağlayıp sağlamadığı Komisyon tarafından değerlendirilecektir<sup>117</sup>. Duyuru'nun 9. maddesine göre 8(a) kapsamında bağışıklığa hak kazanmak için başvuru zamanında Komisyon'un şafak baskını yapılması için karar almasına yetecek delile sahip olmaması gerekir. Aksi halde teşebbüsün 8(b) testi ile getirilen delil eşiğini sağlaması gerekir (Joshua 2003, 1). Ayrıca teşebbüs ihlali ispatlamaya yetecek delile sahipse, eşiğe rağmen sahip olduğu tüm delilleri sunacaktır. Ayrıca gerek 8(a) gerekse 8(b) için ilk teşebbüs olma şartı korunmuştur.

---

<sup>116</sup> Joshua ve Reed (2001, 20-21)'e göre, Komisyon, kesin delil şartını kaldırmak için acele etmiştir. Kesin delil, tanımlanmamasına rağmen teşebbüsler ve uygulamacılar tarafından ne olduğu bilinen bir kavramdır. Şart, teşebbüslerin maddi kartel delili sunmalarını gerektirmektedir. Komisyon'un yayımlanmış kararları, genel kanaatin aksine, kartellerin maddi delil ürettiğini göstermektedir. Teşebbüsün ihlale ilişkin kesin delilleri toplamak için uzun bir inceleme yürütmesinin gerekeceğini söyleyen görüşler, Komisyon'un bu soruna yönelik pratik çözümlerini görmezlikten gelmiştir. Getirilen şafak baskını yapmayı sağlayacak delil sunma şartı takdirdir. İnceleme yapılması için delile hatta haklı nedene bile ihtiyaç yoktur (C-48/90 National Panasonic v. Commission [1980] ECR 2033). İnceleme yapılması kararı alma, Komisyon'un takdir yetkisi kapsamındadır. Eşik, belirsiz olmanın yanında, hem Komisyon'un delil elde etme olanağını artırmamakta hem de kötü niyetli teşebbüslerin hilelerine açık bir durum yaratmaktadır. Şartlı bağışıklığa hak kazanan teşebbüsü, diğer teşebbüsleri sonradan inceleme için uyarması sonucu delillerin ortadan kaldırılmasını engelleyecek bir şey yoktur. *Program uygulanacağı hukuki yapıya uygun olarak düzenlenmelidir. Komisyon, adli yapılanmanın programa sağladığı desteklerden yoksundur. Cezai yaptırımların olmadığı bir ortamda, diğer soruşturma araçları delil elde edilmesini garanti edemez. Bu çerçevede, delil sağlanmasına birinci derecede önem verilmesini ve delil sunulmasını sağlamak için şartlı bağışıklığın geri alınabilir şekilde düzenlenmesini önermekteydi.*

<sup>117</sup> Gerek 8(a) gerekse 8(b) eşiğinin sağlanıp sağlanmadığının Komisyon tarafından belirlenmesi ve şafak baskını yapılması için delile hatta haklı nedene ihtiyaç duyulmaması (örneğin, Amerika'da uluslararası bir kartelin ortaya çıkarıldığı için kamuoyuna Duyurulması, Komisyon'un inceleme başlatmasını sağlayabilecektir) delil eşiklerinin subjektif niteliğini ortaya koymaktadır (Joshua, 2003, 2). Bu nedenle, 8(a) testi, bir yandan ihlale geçici olarak katılmış teşebbüslere yararlanma olanağı sağlarken diğer yandan belirsizlik yaratmaktadır. Bu nedenle, Komisyon, bir eli ile verdiğini diğer eli ile geri almaktadır (Carle, Lindeborg ve Segenmark 2002, 270).

### 2.2.3.1.2. 8(b) Şartları

Komisyon, şafak baskını yapmasına rağmen ihlali ispatlamaya yetecek delili toplayamamış olabilir. Bu durumda, bu tür delil sunulması, ihlalin farkında olunmasına rağmen, büyük öneme sahiptir. Bu nedenle, 81. maddenin ihlal edildiğini ortaya koyacak delilin sunulması, bağışıklık kapsamına alındı<sup>118</sup>. Herbir kartel için sadece bir bağışıklık verilecektir: Duyuru'nun 10. maddesine göre, Komisyon, 8(a) çerçevesinde bir teşebbüse şartlı bağışıklık vermiş ise artık o soruşturmada, Komisyon ihlali ispatlayacak delillere sahip olmasa bile, 8(b)'ye göre şartlı bağışıklık vermek mümkün olmayacaktır<sup>119</sup>. Bununla birlikte teşebbüsün ihlali ispatlamayı sağlayacak delilleri Komisyon'a sunması halinde bu başvuru Duyuru'nun B bölümü kapsamında para cezasından indirim kapsamında ele alınabilecektir<sup>120</sup>. Burada, teşebbüs, ihlal iddiasına ilişkin olarak

<sup>118</sup> Duyuru'da 8(a) ve 8(b) delil eşikleri ve katma değer gibi yoruma muhtaç kavramlar vardır. Jephcott (2002, 384)'a göre Duyuru'nun başarılı olması, bu tür kavramların teşebbüsler lehine yorumlanmasına bağlıdır. Hipotetik delil sunma şekli, sözlü başvurulara yönelik tutum, işbirliği sürecine ilişkin yükümlülükler ve gizlilik kuralları da yoruma muhtaç hususları oluşturmaktadır (Arp ve Swaak 2002, 64). Duyuru'nun uygulanmasına ilişkin açıklamalar için bkz. Barlingen, 2003.

<sup>119</sup> Duyuru'yu kötü niyetli teşebbüslerin hilelerine açık hale getiren hususlardan biri budur. 8(a) kapsamında başvuran bir teşebbüs, nihai kararda ve tazminat davalarında aleyhine kullanılacak "smoking gun" niteliğinde kesin delilleri sunmak istemeyecektir. Açık bir şekilde 8(a) ile Komisyon sözlü başvuruları teşvik etmek istemektedir. Teşebbüs, 8(a) delil eşikliğini sağlayarak sırasını ve bağışıklığı güvenceye alacak sonra da şafak baskınının başarısız olması için çaba gösterecektir. Böylece başarısız bir şafak baskınından sonra başka bir teşebbüs indirim için başvuruda bulunmaz ise hem bağışıklık olanağı elde edilmiş olacak hem de ihlali ispatlayacak delil elde edilemediği için karar alınamayacak ve tazminat davaları açılmayacaktır. Teşebbüs, sürekli işbirliği yükümlülüğü altında olsa bile, kolayca elinde olan tüm delilleri sunduğunu iddia edebilecek ve Komisyon'un teşebbüsten daha fazla delil elde etmek için zorlama olanağı olmayacaktır. Komisyon incelemelerini engelleme için ciddi yaptırımların sözkonusu olmaması, bu senaryoyu gerçekçi kılmaktadır (Joshua 2003, 4). 8(a) testine verilen önem delil elde edilmesi imkanını sınırlandırmaktadır.

<sup>120</sup> Şafak baskınına rağmen delil elde edilemeyebilir. Komisyon bu aşamada yapılacak başvurularda bağışıklık olanağının olup olmadığını söyleyecektir. Bağışıklık olanağının olmamasının muhtemel nedeni: (1) 8(a) kapsamında başka bir teşebbüse şartlı bağışıklık verilmesi, (2) şafak baskınının başarılı olması veya (3) 8(b) kapsamında bir başka teşebbüsün önce başvurması olabilir. Teşebbüs, 8(a) kapsamında şartlı bağışıklık verilmemiş, şafak baskını başarısız olmuş ve 8(b) kapsamında bir başka teşebbüs başvurmamışsa bağışıklık olanağının yararlanabilecektir. Aksi halde, teşebbüs "smoking gun" niteliğinde kesin delili ifşa etmekle en fazla %50 indirim hakkı kazanabilecektir. Teşebbüs, bu aşamada yarışı kazansa bile ne elde edeceğini bilemeyecektir. Bu durumda teşebbüsün %50 indirim için "smoking gun" niteliğinde kesin delili ifşa etmek için iki kere düşünmesi gerekecektir. Hipotetik delil sunma bile Komisyon'a delillere ilişkin yol haritası sunacağı için teşebbüslerin isteksizliğine neden olacaktır. Teşebbüsler ihlali ortaya koyacak kesin delili sunmak için acele etmek yerine, Komisyon'un soruşturmada geldiği aşamayı bilmek isteyeceklerdir. Örneğin, teşebbüsler işbirliğini bilgi isteminin gönderilmesine kadar erteleyeceklerdir. Bu nedenle, Duyuru belirsizlikleri nedeniyle işbirliği için yavaş bir yarış yaratabilecektir (Joshua 2003, 4).

8(a)'da öngörülen delillerden daha somut ve doğrudan ilişkili deliller sunacaktır (Arbault ve Peiro 2002, 19).

Duyuru'nun 8(a) ile 9. maddesi veya 8(b) ile 10. maddesinde öngörülen şartların sağlanması halinde, 15. madde çerçevesinde şartlı bağışıklık verilecektir. Ayrıca gerek 8(a) gerekse 8(b) kapsamındaki teşebbüs, idari süreçte 11. maddede öngörülen şartları sağlamak zorundadır. 11. maddeye göre teşebbüs, (a) idari süreç boyunca Komisyon ile tam ve sürekli işbirliğinde bulunacak, ihlale ilişkin olarak sahip olduğu veya sonradan elde ettiği tüm delilleri sunacak ve ihlalin ortaya konulmasına katkı sağlayacak her türlü isteği karşılamak için hazır bulunacaktır. (b) Mümkünse, ihlale iştirakini 8(a) veya 8(b) kapsamındaki delilleri sunma zamanına kadar sona erdirecektir. (c) diğer teşebbüsleri ihlale katılmaya zorlamamış olmalıdır. 11. maddede sayılan üç şartın yerine getirildiği idari sürecin sonunda saptandığında, 19. maddeye göre bağışıklık kararı alınacaktır.

#### **2.2.3.1.3. Usul Hükümleri**

Duyuru'nun 12. maddesine göre, 8-10. maddelerde düzenlenmiş şartların sağlanmaması halinde teşebbüs derhal bilgilendirilecektir. Bu durumda, teşebbüs, 17. maddeye göre başvuruyu geri alabileceği gibi başvurunun B bölümü kapsamında indirim için değerlendirilmesini isteyebilecektir. Fakat, teşebbüsün başvuruyu geri alması, Komisyon'un soruşturma araçlarını kullanmasını engellemeyecektir. Erken işbirliğini teşvik etmek için yazılı ve şartlı bağışıklık olanağı getirilmiştir. Duyuru ile 8-10. maddelerde öngörülen başlangıç şartları yanında idari süreçte yerine getirilecek şartlar 11. maddede belirlenmiştir. 11. maddede sayılan şartların yerine getirildiği idari sürecin sonunda saptandığında 19. maddeye göre bağışıklık kararı alınacaktır. Ayrıca Komisyon mevcut bir başvuruya ilişkin değerlendirmesini tamamlamadan aynı ihlale ilişkin sonraki başvuruları incelemeyecektir (madde 18 ve 25).

Yasal belirliliği artıran diğer bir değişiklik teşebbüse, Duyuru'nun 13(b) maddesi ile, hipotetik delil sunma olanağının sağlanmasıdır. Bu durumda, teşebbüs, kararlaştırılan tarihte sunacağı delillerin içeriğini ve yapısını doğru olarak gösteren tanımlayıcı liste sunacaktır. Belgelerin gizlilik niteliği taşıyan bölümleri çıkarılmış kopyaları, sunulacak delillerin içeriği ve yapısını örneklemek için listeye eklenecektir. Tanımlayıcı liste, bağışıklığa hak kazanılıp kazanılmayacağını tespitine imkan verecek ayrıntıda olmalıdır. Örneğin, A, B, C teşebbüsleri arasında D yerinde E zamanında F bölgesindeki fiyatları ve pazar paylarını tartışmak üzere yapılan toplantının notları gibi. Ayrıca tanımlayıcı listede yer alan deliller, listenin teslimi zamanında teşebbüsün sahip olduğu deliller olmalıdır (Barlingen 2003, 19).

Kararlaştırılan tarihte sunulan delillerin tanımlayıcı liste ile uyumlu olması halinde 16. maddeye göre şartlı bağışıklık kararı alınacaktır.

### 2.2.3.2. Para Cezasından İndirim Şartları

Komisyon, bir teşebbüse şartlı bağışıklık sağlamış veya 81. maddenin ihlal edildiğini ispatlayacak delilleri kendiliğinden elde etmiş olsa bile, sonradan başvuran teşebbüslere indirim yapmayı haklı gösterecek nedenler bulunabilir. Böyle bir işbirliği, Komisyon'un delillerini güçlendirebilir veya idari süreci hızlandırabilir. Bununla birlikte indirim düzeyi ile soruşturmaya yapılan katkı bağdaştırılmalıdır. Bu nedenle, indirim hak kazanmak için, teşebbüs, teslim zamanında Komisyon'un sahip olduğu delillere katkı sağlayan delilleri sunmalıdır<sup>121</sup>. Ayrıca, sunulan delilin nisbi katma değeri, idari süreç ilerledikçe azalacaktır. Bu nedenle yapılacak indirim düzeyi, katma değer şartını sağlayan teşebbüsün başvuru sırasına göre belirlenecektir (Arbault ve Peiro 2002, 19).

20. maddeye göre bağışıklık (A bölümü) için gerekli şartları sağlamayan teşebbüsler para cezasından indirim (B bölümü)'den yararlanabilir. İndirimden yararlanmak için Komisyon'un sahip olduğu delillere önemli bir katma değer (*significant added value*) sağlayan delillerin sunulması ve delilleri sunma zamanına kadar iştirakin sona erdirilmesi gerekmektedir (madde 21). Katma değer, sunulan delilin ayrıntı düzeyi ve/veya yapısı dolayısıyla Komisyon'un ihlali ispatlama gücünü artırması olarak tanımlanmaktadır. Bu değerlendirmede ait olduğu döneme ilişkin olayları gösteren yazılı belgelere (örneğin, kartel toplantısı notlarına) sonradan oluşturulan delillere (örneğin, olayların ifadesi veya beyanlar) göre daha fazla değer verilmektedir. Benzer şekilde, doğrudan ilişkili delillere (örneğin, ortak hedef fiyat listesi) dolaylı delillere (örneğin, kartel toplantılarına ilişkin seyahat belgeleri) göre daha fazla değer verilmektedir (Arbault ve Peiro 2002, 21).

Sunulan delillerin katma değer şartını sağlayıp sağlamadığı ve teşebbüsün yararlanacağı indirim düzeyi idari sürecin sonunda nihai karar ile belirlenecektir. 21. madde şartlarını sağlayan teşebbüslerin yararlanacağı indirim düzeyi başvuru sırasına göre belirlenecektir. İlk teşebbüs, %30-50; ikinci teşebbüs, %20-30 ve sonraki teşebbüsler, %20'ye kadar indirimden yararlanabilecektir<sup>122</sup>. İndirim dilimi içinde indirim düzeyinin belirlenmesinde

<sup>121</sup> Bu nedenle 1996 Duyurusu D bölümü kapsamında düzenlenmiş olan pasif işbirliği hali için artık indirim yapılamayacaktır. Ayrıca indirim düzeyi ve yararlanabilecek teşebbüs sayısı azaltılmıştır (Carle, Lindeborg ve Segenmark 2002, 272).

<sup>122</sup> Joshua ve Reed (2001, 21), indirim düzeyinin belirlenmesinde belirleyici olan başvuru sırası değil sunulan delilin değeri olmasını önermekteydi. Bağışıklığın verilmesinden sonra başvuru sırasını belirleyici kabul edip bir yarış yaratmanın yararsız olacağını söylemekteydi.

delilin sunulma zamanı, sağlanan katma değerin düzeyi ve işbirliğinin düzeyi ve sürekliliği dikkate alınacaktır (madde 23).

Komisyon, indirim için başvuran teşebbüse bağışıklığa başvuran teşebbüs kadar şeffaflık sağlamamaktadır. Fakat, bu teşebbüslere hangi dilim içerisinde indirim yapılacağı, katma değer şartının sağlandığı ön kararına varılmışsa, iddianamenin tebliğine kadar bildirilecektir (madde 26). Fakat, indirim düzeyi nihai karar ile belirlenecektir (madde 27).

### **2.2.3.3. İdari Para Cezasının Belirlenmesi ile İndirim Arasındaki İlişki**

*Para Cezalarının Belirlenmesine İlişkin Rehber'e* göre, temel para cezası ilk aşamada ihlalin ağırlığına göre belirlenmekte, sonra ihlalin süresine göre temel para cezası tutarına artış yapılmaktadır. Bundan sonra, temel para cezasına vakanın özelliklerine göre, hafifletici ve ağırlaştırıcı nedenler uygulanmaktadır. Duyuru, bu aşamalar çerçevesinde belirlenmiş para cezası üzerinden indirim yapılması yoluyla uygulanmaktadır. Bu nedenle, teşebbüsün sunduğu bazı deliller, temel para cezası tutarını etkileyerek teşebbüse uygulanacak para cezasını artırabilir. Bu tür delilleri sunmak, Komisyon'a yarar sağlarken teşebbüs aleyhine olabilir. Örneğin, teşebbüsün kartelin süresini veya coğrafi pazarın daha geniş olduğunu gösteren deliller sunması, teşebbüsün program öncesi hesaplanan para cezası miktarını artırır. Bu, bağışıklığa hak kazanan teşebbüs için bir sakınca yaratmazken, indirime hak kazanan teşebbüsün aleyhine sonuç doğurur. Teşebbüs, indirim kapsamında işbirliğinde bulunması sonucunda işbirliğinde bulunmasaydı muhatap olacağı para cezasından daha fazla para cezasına muhatap olabilir; bu ise indirim kapsamında yapılacak işbirliğini caydırır. Bunu önlemek için, Komisyon, para cezası düzeyini doğrudan etkileyen kartelin süresi veya ağırlığına ilişkin delil sunan teşebbüse hem Duyuru çerçevesinde indirim yapılacağını hem de para cezasının tesbitinde para cezasını artırıcı bu unsurların dikkate alınmayacağını belirtmiştir. Böylece, teşebbüsün kendi sunduğu delil ile durumunu kötüleştirmediği önlenmiştir (*no worse off rule*) (madde 23).

### **2.2.3.4. Genel Hususlar**

Duyuru kapsamında Komisyon'la işbirliğinde bulunan teşebbüslerin ticaret ünvanı, indirim veya bağışıklık hükümlerinin nihai kararda değerlendirilmesi sırasında belirtilecektir. Sunulan deliller, dosyaya erişim hakkı çerçevesinde taraflarca incelenebilecektir. Duyuru, işbirliği kapsamında sunulan delillerin tazminat davalarında ifşa edilmeyeceğine ilişkin güvenceler sağlamaktadır. Komisyon, soruşturmanın selametini zedelemesi nedeni ile, Duyuru kapsamında sunulan delillerin ifşa edilmeyeceğini belirtmektedir. Bu



nedenle sözkonusu deliller ve yazışmalar, kamuoyunun topluluk kurumlarının belgelerine erişim hakkını düzenleyen 1049/2001 sayılı Tüzük kapsamı dışında bırakılmaktadır. Bu deliller ve yazışmalar, 81. maddenin uygulanması dışında bir amaçla kullanılmayacak veya ifşa edilmeyecektir.

### **BÖLÜM 3**

# PIŞMANLIK PROGRAMININ TÜRK REKABET HUKUKU'NDA UYGULANABİLİRLİĞİ

## 3.1. İŞBİRLİĞİNİN HAFİFLETİCİ NEDEN OLARAK DİKKATE ALINMASI

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun [Kanun]'un 16. maddesinin ilk fıkrasında usule ilişkin ihlaller için uygulanacak para cezaları, ikinci fıkrasında ise esasa ilişkin ihlaller için uygulanacak para cezaları düzenlenmiştir. Konumuz açısından esasa ilişkin ihlallere uygulanacak para cezalarına ilişkin düzenleme önem taşımaktadır.

Kanun'un 16. maddesinin ikinci fıkrası şu şekildedir: “Bu Kanunun 4 üncü ve 6 ıncı maddesinde yasaklanmış olan davranışları gerçekleştirdiği Kurul kararı ile sabit olanlarla bu Kanunun 11. maddesinin (b) bendinde yazılı davranışlarda bulunanlara ikiyüz milyon liradan aşağı olmamak üzere, ceza verilecek teşebbüs niteğindeki gerçek ve tüzel kişiler ile teşebbüs birlikleri ve/veya bu birliklerin üyelerinin bir yıl önceki mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirin yüzde onuna kadar para cezası verilir.”

Kanun'un 4. maddesinde ise rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri yasaklanmıştır<sup>123</sup>. Bu çerçevede, amacı rekabeti sınırlamak olan yatay anlaşmalar şeklinde tanımlanabilecek olan karteller, 16. maddenin ikinci fıkrası kapsamında yaptırıma bağlanmıştır<sup>124</sup>.

---

<sup>123</sup> Bu noktada, 4. maddeye aykırılık nedeniyle yasaklama kararının verildiği her olayda para cezası uygulanıp uygulanmayacağı konusunda farklı görüşler vardır. Sırf amacı rekabeti sınırlayıcı olduğundan bahisle... bir anlaşmaya para cezası verilmemelidir (Aslan 2001, 368). Fakat Gönen (2003, 57)'e göre 4. maddenin ihlal edildiğinin tespiti halinde, Kurul'un para cezası verip vermeme hususunda takdir yetkisinin bulunduğunu ileri sürmek mümkün görülmemektedir. Çünkü 16. maddenin ikinci fıkrasında, ihlal halinde para cezası verilebileceği değil, verileceği belirtilmiştir.

<sup>124</sup> Bunun yanında 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'nun 4723 sayılı Kanun ile değişik 1. maddesine göre ekonomik faaliyetlerde kartel ve tröst yaratmak maksadıyla tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak suretiyle yıldırma veya korkutma veya sindirme gücünü kullanarak suç işlemek için örgüt kuranlara veya örgütü yönetenlere veya örgüt adına faaliyette bulunanlara veya bilerek hizmet yüklenenlere sadece bu nedenle üç yıldan altı yıla kadar; örgüte üye olanlara iki yıldan dört yıla kadar ağır hapis cezası verilecektir. Bu yasa, bu tür suçların tespit ve ispatındaki zorluğu teşhis etmiştir. Nitekim iletişimin dinlenmesi ve tespiti,

Kanun'un 16. maddesinin dördüncü fıkrasında, para cezalarının belirlenmesinde, Kurul tarafından dikkate alınması gereken unsurlar belirlenmiştir. Bu fıkraya göre, Kurul, para cezasına karar verirken, kastın varlığı, kusurun ağırlığı, ceza uygulanan teşebbüs veya teşebbüslerin pazar içindeki gücü ve muhtemel zararın ağırlığı gibi unsurları dikkate alır. Düzenlemede, Kurul ile işbirliği yapan teşebbüse indirim yapılacağı açıkça ifade edilmemiştir. Fakat, Kanun dolaylı olarak işbirliğinde bulunan teşebbüslere para cezasından indirim yapılmasına olanak vermektedir. Nitekim, Kurul, bazı kararlarında para cezasına karar verirken teşebbüsün işbirliği içinde olmasını dikkate almıştır (Uyanık 2002, 46).

Gönen (2003, 60)'e göre, 16. maddenin dördüncü fıkrası, ceza uygulanan teşebbüs veya teşebbüslerin pazar içindeki gücü ve muhtemel zararın ağırlığı gibi temel ceza miktarının belirlenmesinde dikkate alınması gereken ve daha ziyade objektif nitelikteki kriterleri ve belirlenen bu temel ceza miktarının artırılmasında ya da azaltılmasında dikkate alınabilecek, kastın varlığı, kusurun ağırlığı gibi, daha ziyade subjektif nitelikteki ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenleri birlikte düzenlemiştir. Fakat, 16. maddenin dördüncü fıkrası, açık bir şekilde, Komisyon'un para cezalarının belirlenmesinde izlediği ihlalin ağırlığı ve süresi dikkate alınarak temel cezanın belirlenmesi ve bu temel cezaya ağırlaştırıcı ve hafifletici unsurların uygulanarak para cezasının belirlenmesi yöntemini benimsememiştir. Fıkra, para cezalarının belirlenmesi hususunda geniş bir takdir yetkisi vermektedir. Nitekim, Kurul, bazı kararlarında para cezasını hangi unsurlara göre belirlendiğine ilişkin açıklama yapmamakta<sup>125</sup>; para cezasının belirlenmesinde dikkate alınan unsurları açıkladığı kararlarında ise yeknesak bir yöntem benimsememektedir. Kurul, para cezasının belirlenmesinde genel bir yöntem benimsemek yerine her ihlali kendi özelliklerine göre değerlendirmeyi tercih etmiştir. *Fıkra, sayılan unsurlar dışında takdiri unsurların dikkate alınmasına olanak vermektedir. Fakat, Kurul, para cezasına karar verirken 16. maddede sayılan unsurları öncelikle dikkate almak durumundadır.*

Kurul, İGTOD kararında<sup>126</sup> hafifletici ve ağırlaştırıcı nedenleri temel bir para cezasını etkileyen unsurlar olmaktan ziyade, para cezasının tavan veya taban ceza tutarı olmasını engelleyen unsurlar olarak yorumlamıştır.

---

gizli izleme, kayıt ve verilerin incelenmesi, gizli görevli kullanılması, gizlilik kuralları ve pişmanlık gibi özel düzenlemelere yer vermiştir.

<sup>125</sup> 17.06.1999 tarih ve 99-30/276-166(a) sayılı Çimento kararı, 11.06.1999 tarih ve 99-46/500-316 sayılı Rekabet Kurulu kararı, 17.07.2000 tarih ve 00-26/292-162 sayılı Rekabet Kurulu kararı, 17.07.2000 tarih ve 00-26/291-161 sayılı Rekabet Kurulu kararı, 20.10.2000 tarih ve 00-40/443-243 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

<sup>126</sup> 24.11.1999 tarih ve 99-53/575-365 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

İstanbul ekmek pazarı kararında<sup>127</sup>, rekabet kültürünün henüz yerleşmemiş olması ve ruhsatsız fırınların yasal olmayan şekillerde elde ettiği maliyet avantajlarının pazarda yarattığı haksız rekabet şartları dikkate alınmıştır. Haksız rekabet şartlarının varlığı para cezasının belirlenmesinde dikkate alınmamalıdır. Çünkü, haksız rekabetin varlığı halinde, bu durumun Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre yetkili makamlarca giderilmesi gerekir. Haksız rekabetin varlığı veya giderilmemesi ihlale dayanak olamayacağı gibi ihlal sonucu belirlenecek para cezasının düzeyini tayinde dikkate alınan unsur da olamaz.

Adıyaman/LPG kararında<sup>128</sup>, 4054 sayılı Kanun'un uygulanmasının henüz başlamış olması dolayısıyla Rekabet kurallarının ve bu kültürün yerleşmiş olmaması, ihlale taraf olan teşebbüslerin davranışlarında şikayetçinin, kaçak gaz kullanmak, teknik standartlara uymamak gibi hukuka aykırı eylemlerinin de rolü olduğu şeklindeki savunmalar dikkate alınmıştır. Esasen, Kanun'un 64. maddesi nedeniyle açık bir ihlalin varlığı halinde para cezasına karar verilirken, Kanun'un yeni olması ve rekabet kültürünün yerleşmemiş olması unsurları dikkate alınmaz. 64. maddenin gerekçesinde, para cezasına ilişkin hükümlerin Kanun'un yayımı tarihinden itibaren bir yıl sonra yürürlüğe girmesi tedbirinin teşebbüslerin Kanun'a uyum sağlamasına olanak sağlamak amacıyla konulduğu belirtilmektedir.

İlaç ve Kimya Endüstrisi İşverenler Sendikası Yönetim Kurulu'nun 102 sayılı Kararı'na ilişkin kararında<sup>129</sup>, ihlalin ağırlığını etkileyen unsurlar, 102 sayılı Karar'la ilgili -bir aylık yasal süre içinde olmamakla birlikte- bireysel muafiyet başvurusunda bulunulması, yerinde inceleme süresince aktif işbirliği yükümlülüğünün yerine getirilmesi ve Kanun uygulamasının yeni olması hususları ceza takdirinde dikkate alınmıştır.

*Sonuç olarak, para cezalarına ilişkin genel düzenleme, para cezasının tespitinde dikkate alınacak unsurların bir çerçeve içine oturtulmasını sağlayacaktır. Genel düzenlemenin uzun dönem uygulaması ise dikkate alınan unsurların para cezası miktarını etkileme düzeyi konusunda yeknesak bir uygulamanın benimsenmesine yol açacaktır. Ülkemizde, rekabet politikasının temel önceliği, büyük yararları olan bu düzenlemenin yapılmasıdır.*

Pişmanlık programı, işbirliğinde bulunulmaması halinde uygulanacak para cezasından bağışıklık verilmesi veya indirim yapılması şeklinde tanımlanmaktadır. Bu nedenle programın uygulanması, para cezası belirlenirken

---

<sup>127</sup> 27.10.1999 tarih ve 99-49/536-337 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

<sup>128</sup> 26.11.1998 tarih ve 93/750-159 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

<sup>129</sup> 12.01.2000 tarih ve 00-1(b)/11-5 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

açıklık ve tarafsızlık ilkelerinin sağlandığını kamuoyuna gösterecek genel düzenlemeyi gerektirmektedir. Bu, teşebbüslere işbirliğinin sonuçlarını değerlendirme olanağı verecektir. Ayrıca genel düzenleme, takdir yetkisini sınırlamakla birlikte ortadan kaldırmaksızın, bu yetkinin tutarlı ve tarafsız uygulandığını ortaya koyacaktır. Nitekim *Para Cezalarının Belirlenmesine İlişkin Rehber*<sup>130</sup>’de Komisyon, bu amaçları açıkça belirtmektedir. Yani para cezasının belirlenmesi yöntemini belirleyen genel düzenleme programının altyapısını oluşturan unsurlardan biridir.

Gönen (2003, 61), para cezalarının belirlenmesinde, bağlayıcı olmamakla birlikte Kurul’un tüm kararlarında uygulayacağı ilke kararı alınması yöntemini önermektedir. Fakat, yapılan genel düzenlemenin kamuoyunca değerlendirilebiliyor olması gerekmektedir. Bu nedenle, bu yöntem, yetersiz bir çözüm yolu olacaktır. Genel düzenleme yapma konusunda yönetmelik veya tebliğ ile açık bir şekilde bir yöntemin benimsenmesi yolu izlenebilir. Böylece hem para cezalarının belirlenmesinde açıklık ve orantılılık ilkelerinin sağlanmasına; hem de programın uygulanmasına uygun zemin oluşturulmasına katkı sağlanabilecektir. Aksi takdirde, mevcut uygulama ile işbirliği, bazı kararlarda belirtilmesine rağmen, hafifletici neden olarak dikkate alınsa bile, kartellerle mücadelede kendisine yüklenen amaçlar elde edilemeyecektir.

### **3.2. PROGRAMIN AYRI BİR DÜZENLEME İLE UYGULANMASI**

Para cezalarının belirlenmesine ilişkin açıklık ve orantılılık ilkelerine uygun olarak yapılacak genel düzenleme, programın altyapısının hazırlanmasına yardımcı olacaktır. Bu genel düzenleme içinde işbirliğinin hafifletici neden olarak kabul edilmesi yoluyla programın uygulanması düşünülebilir. Ancak, bu, kartellerle mücadelede programa yüklenen amaçlar ve programın başarılı bir şekilde uygulanma şartları dikkate alındığında, yeterli bir çözüm olmayacaktır. Fakat, dikey anlaşmalar yoluyla işlenen veya hakim durumun kötüye kullanılması niteliğindeki ihlallerde işbirliğinde bulunulması, para cezalarının belirlenmesine ilişkin düzenleme kapsamında hafifletici neden olarak dikkate alınabilir.

---

<sup>130</sup> Para Cezalarının Belirlenmesine İlişkin Rehber, 1998 yılında kabul edilmiştir. 1998 öncesi Komisyon uygulamaları, açıklık ilkesinin sağlanamadığı gerekçesi ile eleştiri konusu olmuştur. Bu eleştiriler, para cezası tarifesinin olmaması ve kararlarda para cezasının gerekçelerinin tam olarak ortaya konulmamasından kaynaklanmaktaydı. Rehber, bir yandan ayrıntılı diğer yandan ihlalin niteliğindeki farklılıkları dikkate almaya elverişli esnek para cezası tarifesi niteliğindedir. Para cezası tutarının belirlenmesinde dikkate alınan unsurlar ise sayılmakta, fakat bu unsurların para cezasını hangi oranda etkilediği açıklanmamaktaydı. Rehber, bu problemi de ortadan kaldırmıştır (Wils 1998, 257). Rehber öncesi Komisyon uygulamalarına yönelik eleştiriler için Bkz. Van Bael, I. (1995).

Kartellerle mücadele, teşebbüslerin bilinçlenmesine paralel olarak maddi delilleri ortadan kaldırmaları veya gizlemeleri nedeniyle zorlaşmaktadır. Bu, gerek soruşturma yetkilerinin ve Rekabet Hukuku yaptırımlarının tartışılmasına gerekse programın uygulanmasına gerekçe oluşturacaktır. Önümüzdeki dönemde, Rekabet Hukuku'nun temel tartışma alanları bunlar olacaktır. Kısa dönemde para cezalarına ve pişmanlık programına ilişkin genel düzenlemelerin yapılması, uzun dönemde uzlaşma ve pişmanlık/ihbar tazminatı kurumlarının Rekabet Hukuku'na kazandırılması tartışılması gereken konular olacaktır. Bu düzenlemeler, "*kartellerle nasıl mücadele edilmelidir*" sorusu içerisinde ele alınmalıdır. Örneğin, ihlale katılan yöneticilere hapis veya para cezası olarak uygulanacak yaptırımlar kartellerle mücadelede etkili bir araç olacaktır. Ayrıca ihlale katılan teşebbüslere kamu ihalelerinden yasaklılık veya yatırım teşviklerinin iptali gibi yaptırımlar uygulanabilir.

Programın başarılı olması için açıklık ve orantılılık ilkelerinin sağlanması, erteleyici etkinin doğmasının önlenmesi, başvuru şartları ile usul hükümlerinin ve işbirliği sürecine ilişkin yükümlülüklerin açık bir şekilde ortaya konulması gerekmektedir. Bunlar, para cezalarının belirlenmesine ilişkin düzenlemeden ayrı bir düzenlemeyi zorunlu kılan teknik hususlardır. Uyanık (2002, 46)'a göre, para cezalarından bağışıklığa olanak sağlayan bir düzenleme kanun değişikliğini gerektirecektir<sup>131</sup>. Fakat, Kurul'un ihlalin varlığına rağmen para cezası uygulayıp uygulamama hususunda takdir yetkisine sahip olduğu görüşü doğrultusunda çıkarılacak tebliğ veya yönetmelik yoluyla hem bağışıklık hem indirim kurumlarını birlikte düzenlemek mümkün olacaktır. Fakat, bu görüş kabul görmez ise tebliğ veya yönetmelik ile para cezası 16. maddenin 2. fıkrasında belirtilen asgari para cezası tutarına indirilebilir.

Genel düzenlemenin niteliğini belirleyecek husus pişmanlık programının kapsamının ne olacağıdır. Para cezalarından indirim veya bağışıklık şeklindeki bir program, para cezalarına ilişkin tebliğ sonrasında tebliğ veya yönetmelik konusu yapılabilir. Fakat, çalışmada tartışılan diğer kurumlar, ihbar/pişmanlık tazminatı, uzlaşma veya rekabetin sınırlandırılmasının özel hukuk alanındaki sonuçlarından olan tazminat hakkını ortadan kaldıran bir düzenleme kanun değişikliği konusu olacaktır. Bunun yanında idari süreç çeşitli bölümlere ayrılarak ihbar/pişmanlık tazminatı, bağışıklık/indirim ve uzlaşma kurumları birlikte uygulanabilir. Örneğin, kendiliğinden işbirliği pişmanlık tazminatı konusu yapılabilir. Pişmanlık tazminatına hükmedilmeyen soruşturmalarda,

---

<sup>131</sup> Uyanık (2002, 47), teşebbüslerin yönetim organlarında görev alan gerçek kişilere de ceza indirimi uygulaması getirilmesini önermektedir. Fakat Kanun'un 16. maddesinde yöneticilere uygulanacak ceza usule ilişkin ihlal nedeniyle uygulanacak para cezasının %10'una kadar verilecek para cezasından ibarettir. Uygulamada bu ceza tutarı çok cüzi kalmaktadır. Bu nedenle bu tür bir uygulama yöneticilere hapis cezası öngörülmedikçe veya uygulanacak para cezası esasa ilişkin para cezasına bağlanmadıkça yararlı olamayacaktır.

ihlali kesin olarak ortaya koyacak delillerin sunulması, bağışıklık; idari süreci ilerletecek sonraki başvurular ise indirim konusu yapılabilir. Ayrıca idari sürecin ileri aşamalarında yapılacak işbirliği dava hakkından vazgeçilmesi ile soruşturmayı kesin olarak sonuçlandıracak niteliğe haiz uzlaşma konusu yapılabilir. İdari sürecin bu şekilde bölünmesinde dikkat edilecek husus, pek tabii, fayda/maliyet dengesinin korunması olacaktır. Bu tür bir düzenleme de kanun değişikliği konusu olacaktır. Bu tür düzenlemenin şartları, örneğin, pişmanlık tazminatından kimlerin yararlanacağı, kanunla düzenlenecektir.

Para cezalarından bağışıklık veya indirim şeklinde yapılacak bir genel düzenleme çeşitli tercihlerin yapılmasını gerektirecektir. Bu genel düzenlemenin amacı, kartellerin tespit ve ispatına yönelik olarak işbirliğinde bulunan teşebbüslere sağlanacak olanakların ve bu teşebbüslerin yükümlülüklerinin tespiti olacaktır. Genel düzenlemenin kapsamını kartel anlaşmaları oluşturacaktır. Dikey anlaşmalar veya hakim durumun kötüye kullanılması yoluyla işlenen ihlalde yapılan işbirliği, para cezasının tespitinde hafifletici neden olarak dikkate alınabilir. Düzenlemede, hem kendiliğinden hem de tepkisel işbirliği bağışıklık kapsamında ele alınacaktır. Bu tür düzenleme, genel olarak, başvurunun şekli, bağışıklık ve indirimden yararlanma şartları, işbirliği yükümlülüğünün kapsamı ve işbirliğinin sonuçlarını düzenleyecektir.

Başvurunun şekli, başvuru dilekçesi, sahip olunan deliller, yapılan toplantıların yeri, zamanı, konusu ve katılımcılarına ilişkin açıklama ve bilgiler, başvurunun temsilci tarafından yapıldığı hallerde vekaletnamenin eklenmesi gibi hususları içerecektir. Başvurunun eksik olduğu hallerde, tamamlanması için belli ve kesin bir süre verilmesi yöntemi benimsenebilir.

Bağışıklık veya indirimden yararlanma konusunda yapılacak ilk tercih, başvuru sırası ve delilin niteliği hususunda olacaktır. Başvuru sırasına önem vermek işbirliği yarışı yaratılması ve programın maliyetinin sınırlandırılması bakımından zorunludur. Delilin niteliği hususunda yapılacak tercihte delil eşiğinin düşük tutulması, yararlanacak teşebbüs sayısını artırması bakımından yararlıdır; sahip olunan tüm delillerin sunulmaması tehlikesi taşıması bakımından zararlıdır. Düşük delil eşiği ayrıca ihlalin ortaya konulması için soruşturma araçlarının uygulanması gereğini artırmaktadır. Genel eğilim, delil eşiğinin düşük tutulması yönündedir. İndirimin başvuru sırasına bağlı olup olmaması tartışılabilir. İndirim halinde başvuru sırasından ziyade sunulan delilin niteliğine öncelik verme yoluna gidilebilir.

Yararlanma şartları bakımından tartışma konusu yapılabilecek hususlar vardır. Örneğin, ihlaldeki role ilişkin şartın düzenlenmesi bu niteliktedir. İhlale katılan tüm teşebbüslerin programdan yararlanması ile ihale liderlik edenlerin yararlanmaması arasındaki tercihin sonuçları değerlendirilmelidir. Liderlik eden teşebbüslerin daha fazla delil sunabileceği ve tüm teşebbüslerin yararlanmasının

kartel tekliflerine ihtiyatlı yaklaşılmasına yol açacağı görüşleri ihmal edilmemelidir. Bu şart, diğer teşebbüsleri kartele katılmaya somut olarak zorladığı ortaya konan teşebbüsün yararlanmaması şeklinde, bir çok teşebbüsün yararlanmasına olanak verecek şekilde, düzenlenebilir.

İştirakin sona erdirilmesi konusunda başvuru sonrasında teşebbüsün Kurul'un izni ile pasif bir şekilde toplantılara katılmaya devam etmesi yöntemi benimsenebilir. Böylece hem delil elde edilmesi kolaylaştırılır hem de delillerin ortadan kaldırılması tehlikesi önlenir. Bu tür bir uygulamada teşebbüsün uyacağı kuralların belirlenmesi, örneğin, toplantı teklifi yapmaması veya kartel kararlarına aktif katılım içinde olmaması gibi, gerekir.

Programın en önemli düzenleme konusu, işbirliği sürecine ilişkin yükümlülükler olacaktır. İşbirliği yükümlülüğünün kapsamı, A.B.D. uygulamalarında olduğu gibi pişmanlık sözleşmesi konusu yapılabilir. Bu sözleşme, işbirliği yükümlülüğünün kapsamı yanında işbirliği yetersizliğinin sonuçlarını düzenleyecektir. Örneğin, Kurul'un izni olmaksızın başvuru konusunda üçüncü kişilere açıklama yapılmaması, ihlale katılmış veya katılan yöneticilerin soruşturma heyetinde devamlı temas halinde olması, soruşturma döneminde elde edilen delillerin sunulması ve işbirliği yetersizliği veya pişmanlık sözleşmesi ile beyan altına alınan tüm delillerin sunulduğu, ihlale iştirakin sona erdirildiği ve diğer bir tarafın ihlale katılmaya zorlanmadığı ve ihlale liderlik edilmediği gibi noktalarda eksiklik halinde bağışıklığın geri alınması ve elde edilen delillerin teşebbüs aleyhine kullanılması hususları pişmanlık sözleşmesinde düzenlenebilir. Bu, sürekli işbirliğini ve iyiniyeti korumayı teşvik edecektir.

Böyle bir düzenlemenin çeşitli sonuçları da olacaktır:

- 1- Bağışıklığa aday teşebbüsün şartları sağlayamaması halinde, başvuru indirim kapsamında değerlendirilmeyecektir. Böylece, indirim düzeyinin sıraya bağlandığı hallerde, bu teşebbüslerin hangi sıradan indirimden yararlanacağı sorunu doğmayacaktır.
- 2- Bu halde, bağışıklığa veya belli bir sıradan indirime aday teşebbüsün şartları sağlayamaması halinde, boşalan sıradan, sonraki teşebbüslerin yararlanıp yararlanamayacağı düzenlenmelidir. Örneğin, bağışıklığa veya üst sıradan indirime aday teşebbüsün işbirliği unsurlarında eksiklik olduğunu kanıtlayan teşebbüs, boşalan sıradan yararlanabilmelidir. Böylece sağlanan delillerin sıhhati, incelemeler yanında teşebbüsler arası otokontrol aracılığıyla test edilebilir.



Bazı bağışıklık ve indirim şartlarında teşebbüsler lehine karineler konulacaktır. Bu, teşebbüs lehine uygulama ve yorumun bir yansımasıdır. Örneğin, teşebbüsün ihlale liderlik etmediği veya ihlale iştiraki sona erdirdiği varsayılacaktır ve pişmanlık sözleşmesinde, teşebbüs, bunu taahhüt edecektir. Aksi ispatlanıncaya kadar bu karineler teşebbüs lehine işleyecektir. Ancak, örneğin, alt sıradan indirime aday bir teşebbüs, teşebbüsün ihlale liderlik ettiğini veya ihlale devam ettiğini ispatlarsa, teşebbüs bunun hukuki sonuçlarına katlanacaktır. Bu nedenle, pişmanlık sürecinde teşebbüsler arasında otokontrol oluşturmak bu açıdan da önemlidir. Nitekim, *Amino Acid* vakasında İDM'nin; *ADM*'nin sağladığı delillerin, ihlale katılmadığı döneme ilişkin olmasına rağmen, ihlalin bütün olarak ortaya konulmasına, *Ajinomoto*'nun ihlaldeki hakim rolünün, bazı delilleri ortadan kaldırdığının ve böylece tam bir işbirliğinde bulunmadığının gösterilmesine yaptığı katkıyı dikkate alarak ek bir indirim yapılmasına karar vermesi, soruşturma sürecinde teşebbüsler arası otokontrol düzenlemeleri yapmanın yararlı olabileceğine örnek niteliğindedir.

Programın tartışılması gereken diğer bir hususu artı bağışıklık (*amnesty plus*) uygulamasına olanak sağlayıp sağlamayacağı olacaktır. Böyle bir uygulamanın önemli işbirliği teşviği yarattığı ve soruşturma yapılacak pazarların seçimine önemli katkı sağladığı gözden uzak tutulmamalıdır.

Programın başarısı açısından gizlilik kurallarının neler olacağı hususu tartışma konusu olacaktır. Gizlilik kuralları, teşebbüsün pazardaki misillemelerden korunması ve soruşturmanın selametli bir şekilde sürdürülmesi bakımından önemlidir. İşbirlikçi teşebbüse sağlanacak gizlilik güvencesi başvuruyu yapan veya işbirliği sürecinde soruşturma heyetinin temas halinde olan kişilerin kimliklerinin gizli tutulması, sunulan delillerin ve ifadelerin tazminat davalarında kullanılmaması şeklinde olabilir. Soruşturmanın sağlıklı bir şekilde sürdürülmesi bakımından teşebbüsce idari sürecin belli aşamasına kadar başvuruya ilişkin açıklama yapılmaması, soruşturma ile ilişkili kamu görevlileri için hapis cezası ile desteklenmiş soruşturma gizliliği ilkeleri ve sözlü savunma toplantılarının gizli yapılması tedbirleri alınabilir.

Programın başarısı açısından hapis cezasının zorunlu olup olmadığı hususunda çeşitli görüşler vardır. Fakat, belirli ve yüksek para cezalarının programın başarısı için yeterli olacağı görüşüne katılmak mümkündür. Yöneticilere yönelik, esasa ilişkin para cezasının belirli bir yüzdesi olarak belirlenmiş para cezası yaptırımını bireysel başvuru güdüsü yaratma bakımından yararlı olabilecek bir yoldur. Yöneticilere yönelik yaptırımlar, sahipleri tarafından kontrol edilemeyen çok ortaklı veya halka açık teşebbüsler açısından özel önem taşımaktadır. Çünkü, yöneticilere yönelik yaptırımlar bu tür teşebbüslerin sahiplerinin yöneticileri kontrol etmekte karşılaştıkları sorunların

hafifletilmesine ve yöneticilerin sahiplerin rızası hilafına kartele katılmasının engellenmesine yardımcı olacaktır.

Programın başarısı açısından tartışılması gereken bir diğer husus, programın uygulanmasında takdir yetkisinin nasıl kullanılacağıdır. Şartların yorumlanmasına ilişkin geniş takdir yetkisi programın başarısını sınırlandıracaktır. Bu açıdan yararlanma Şartlarının yorumlanmasına ilişkin kılavuzlar yayımlama, işbirliğinde bulunan teşebbüsler ile ilişkilerin pişmanlık sözleşmesi ile yazılı olarak yürütülmesi, yoruma muhtaç kavramların teşebbüsler lehine yorumlanması, başlangıç Şartlarının sağlanması halinde yazılı Şartlı bağışıklık verilmesi, hipotetik delil sunma olanağının kabul edilmesi benimsenmesi gereken yöntemlerdir.

## SONUÇ

*“Kartellerle nasıl mücadele edilmelidir”* sorusunu cevaplamak, *“niçin mücadele edilmelidir”* sorusunu cevaplamaktan daha zordur. Rekabet Hukuku’nun yaptırımları ve kullanılağı araçların ne olması gerektiği konusu, bu anlamda üzerine eğilinmesi gereken temel konudur. Kartellerle mücadele

araçlarının düzenlenmesinde, kartel üyesi teşebbüsler arasındaki ve kartel üyesi teşebbüsler ile bu teşebbüslerin çalışanları arasındaki çıkar çatışmasından azami ölçüde yararlanılmalıdır. Gerek pişmanlık programlarının gerekse pişmanlık ve ihbar tazminatının temel gerekçesi budur. Rekabet Hukuku yaptırımları açısından yöneticilere yönelik yaptırımlar uygulanması gereken bir araçtır. Ayrıca, ihlale katılan teşebbüslere kamu ihalelerinden yasaklılık veya yatırım teşviklerinin iptali gibi yaptırımlar uygulanabilir.

Uygulamada, para cezalarından bağışıklık veya indirim sağlayan programlar vardır. Teorik olarak, bu tür programların zararlı etkileri ortaya konmaktadır. Ancak, programlar, bu tür zararlı etkileri ortadan kaldıracak şekilde düzenlenebilmektedir. Bu tür programları kendiliğinden işbirliğini teşvik edecek ve tepkisel işbirliğinin zararlı etkisini ortadan kaldıracak şekilde düzenlemek mümkündür. Zaten, ülkeler hukuki düzenlemelerini tecrübeleri doğrultusunda değiştirmektedir.

Pişmanlık programlarının kapsamı konusundaki literatür, kapsamlı programlarının uygulanması, ihbar/pişmanlık tazminatı kurumlarına yer verilmesi yönünde gelişmektedir. Uygulamaların kapsamlı programlar lehine gelişme göstereceği söylenebilir. Kapsamlı programların ihlale katılan teşebbüs veya yöneticileri mi yoksa ihlale katılan teşebbüslerin tüm çalışanlarını mı kapsayacağı; kapsamlı programdan kendiliğinden işbirliğinde bulunan teşebbüslerin yanında tepkisel işbirliğinde teşebbüslerin yararlanıp yararlanamayacağı sonraki çalışmalarda da ele alınabilecek tartışmaya açık noktalardır.

Ülkemiz açısından bir dizi genel düzenleme ile pişmanlık programının uygulanmasına altyapı hazırlanması gerekmektedir. Rekabet politikasının kartellerle mücadele önceliği doğrultusunda yürütülmesi için ihbar veya şikayetlere ilişkin usul ve esasların belirlenmesi, resen inceleme yapılacak sektörlerin tespitine ilişkin standartların saptanması, idari sürecin çabuk sonuçlandırılmasını sağlayacak müesseselerin Rekabet Hukuku'na kazandırılması gibi düzenlemeler yanında para cezalarının belirlenmesine ilişkin genel düzenlemenin yapılması programa altyapı oluşturulmasına katkı sağlayacaktır. Bundan sonra, programın kartellerle mücadelede kendisine yüklenen amaçları gerçekleştirmesine olanak sağlayacak bir genel düzenlemenin yapılması uygun olacaktır. Mevcut uygulamalarda olduğu gibi, programa para cezalarının belirlenmesinde işbirliğini hafifletici neden olarak dikkate alma yoluyla yer verilmesi, yetersiz bir çözüm şekli olacaktır. Programa kartellerle mücadelede hak ettiği önemin verilmesi, genel bir düzenleme ile uygulanmasını gerektirmektedir. Bu genel düzenlemenin şekli, yapılacak düzenlemenin kapsamına göre belirlenecektir. Para cezalarından indirim veya bağışıklık

şeklindeki bir program para cezalarına ilişkin tebliğ sonrasında tebliğ veya yönetmelik konusu yapılabilir. Fakat, çalışmada tartışılan diğer kurumlar ihbar/pişmanlık tazminatı, uzlaşma veya rekabetin sınırlandırılmasının özel hukuk alanındaki sonuçlarından olan tazminat hakkını ortadan kaldıran bir düzenleme, kanun değişikliği konusu olacaktır.

## **ABSTRACT**

Agreements among competitors involve provisions like restriction of level of supply, market sharing and price increases, all of which are supposed to change trade practices in favour of enterprises. Protection of competition via preventing such agreements is main objective of competition policy. Nonetheless, equipment of competition authorities with adequate and eligible

means for such purpose, is a necessity. Within this framework, in this study, leniency programmes that have become a major tool used by competition authorities in their fighting against cartels will be handled.

Aim of this thesis is to scrutinize leniency programmes, which is adopted by many competition authorities, both theoretically and practically and evaluate applicability of this programme within the framework of Turkish Competition Law.

In the first part of the thesis, questions of why and how leniency should be used in cartel fighting will be answered, by elaborating possible effects of the programme on cartels and a theoretical framework will be obtained.

In the second part, the US practice will be studied as it gives direction to theoretical debates, together with other country practices. In this section however, because enough information couldn't be gathered with respect to cases involving leniency due to confidentiality rules, explanations of DOJ-Antitrust Division will be settled with. Afterwards EU practices will be touched upon, together with its differences with the US applications, changes in implementation over time and evaluations related to these aspects.

In the third part, an assessment will be made on applicability of leniency programme in Turkish Competition Law.

## **KAYNAKÇA**

AKSOY, H.Ü. (2000), "İhbar ve İhbar İkramiyesi Müessesesinin Vergi Sistemimizdeki Yeri, *Yaklaşım*, Eylül 2000, s.74-77.

ARBAULT, F. ve F. PEIRO (2002), "The Commission's New Leniency Notice on Immunity and Reduction of Fines in Cartel Cases: Building on Success", *Competition Policy Newsletter*, Number 2, s.15-22.

ARP, J. ve C. SWAAK (2002), "A Tempting Offer: Immunity from Fines for Cartel Conduct Under the European Commission's New Leniency Notice", *Antitrust*, Summer 2002, s.59-66.

ASLAN, İ.Y. (2001), *Rekabet Hukuku*, Ekin Kitabevi, Bursa.

AUBERT, C.; W. KOVACIC ve P. REY (2003), "The Impact of Leniency Programs on Cartels," (Yayımlanmamış Makale), IDEI Toulouse, France.

BARLINGEN, B.V. (2003), "The European Commission's 2002 Leniency Notice After One Year of Operation", *Competition Policy Newsletter*, Number 2, s.16-22.

BRISSET, K. ve L. THOMAS (2002) "Leniency Program: A New Tool of Competition Policy to Deter Cartel's Activity", CRESE Universite de Franche Comte. <http://www.rennes.inra.fr/jma2002/pdf/Brisset.pdf>

BROKX, L. (2001), "A Patchwork of Leniency Programmes", *E.C.L.R.*, Issue 2, s.35-46.

BUCCIROSSI, P. ve G. SPAGNOLO (2001), "The Effects of Leniency on Illegal Transactions: How (Not) to Fight Corruption", University of Mannheim, Stockholm School of Economics, C.E.P.R.

CARLE, J., S. LINDEBORG ve E. SEGENMARK (2002), "The New Leniency Notice", *E.C.L.R.* Issue 6, s.265-272.

CASTELLOT, M. (2001), "An Overview of The Application of The Leniency Notice", *Competition Policy Newsletter*, Number 1, s.11-15.

COOTER, R. ve N. GAROUPA (2000), "The Virtuous Circle of Distrust : A Mechanism to Deter Bribes and Other Cooperative Crimes", University of California, Berkeley Olin Program in Law&Economics Working Paper.

ELLIS, C. ve WILSON, W. (2002) "Cartels, Price-Fixing, and Corporate Leniency Policy : What Doesn't Kill Us Makes Us Stronger", University of Oregon. <http://www.uoregon.edu/~cjellis/Research/Research.html>

GRIFFIN, J.M. (2000), "An Inside Look At A Cartel At Work: Common Characteristics Of International Cartels", American Bar Association Section Of Antitrust Law 48<sup>th</sup> Annual Spring Meeting. <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/4489.htm>

GÖNEN, K.E. (2003), *Rekabet Hukukunda İdari Para Cezaları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

HAMMOND, S.D. (2000), "Detecting and Detering Cartel Activity Through An Effective Leniency Program", <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/9928.htm>

HAMMOND, S.D. (2001), "When Calculating The Costs and Benefits of Applying for Corporate Amnesty, How Do You Put A Price Tag On An Individual's Freedom?", <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/7647.htm>

HAMMOND, S.D. (2003), "A Summary Overview Of The Antitrust Divisions Criminal Enforcement Program", New York State Bar Association Annual Meeting, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/200686.htm>

HOVENKAMP, H. (1999), *Federal Antitrust Policy The Law of Competition and Its Practice*, Second Edition, Hornbook Series, West Group.

HUSCHELRATH, K. (2002), "International Cartels and Competition Policy-What's Behind the Recent Success?", WHU Graduate School of Management Institute for Industrial Organization. <http://www.abo.fi/fc/eunip/fp/Huschelrath.pdf>

INNES, R. (1999), "Remediation and Self-Reporting in Optimal Law Enforcement," *Journal of Public Economics* 72(1999), s.379-393.

INNES, R. (2001), "Violator Avoidance Activites and Self-Reporting in Optimal Law Enforcement," *The Journal of Law, Economics & Organizaton*, Volume:17 No:1, s.239-256.

JEPHCOTT, M. (2002), "The European Commission's New Leniency Notice", *E.C.L.R.*, Issue 8, s.378-385.

JOSHUA, J. (2000a), "The Criminalisation of Antitrust Leniency and Enforcement: the Carrot and the Stick A View from Europe", International Bar Association, Amsterdam, 2000.

JOSHUA, J. (2000b), "Leniency in U.S. and EU Cartel Cases", 14 *Antitrust* 19 (Summer 2000), s.19-23.

JOSHUA, J. (2003), "Cartels&Leniency Hold or Fold? The Commission's New Leniency Notice, *The European Antitrust Review 2003*, A Global Competition Review Special Report, s.1-5.

JOSHUA, J. ve VON HINTEN-REED (2001), "Rethinking Leniency at The European Commission", *Global Competition Review*, October/November 2001, s.18-21.

KAPLOW, L. ve S. SHAVELL (1994), "Optimal Law Enforcement with Self-Reporting of Behavior", *Journal of Political Economy*, June 1994, s.583-606.

- KEKEVİ, G. (2003), *Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Birlikte Hakim Durumun Kötüye Uygulanmasında Kolaylaştırıcı Eylemler*, Rekabet Kurumu, Ankara.
- KLAWITER, D. (2000), “Corporate Leniency in The Age of International Cartels: The American Experience”, *Antitrust*, Summer 2000.
- KLETTER, M.M. (1997), “The Leniency Notice: Reduced Fines for the Whistle-Blower”, Master Degree Paper in European Legal Studies, College of Europe, Bruges.
- KOBAYASHI, B.H. (2002), “Antitrust, Agency, and Amnesty: An Economic Analysis of The Criminal Enforcement of The Antitrust Laws Against Corporations”, Working Paper, George Mason University.
- MAGUIRE, C. (2002), “The European Commission’s New Leniency Notice: Roses and Thorns”, *Global Competition Review*, s.36-39.
- MOLGAARD, P. (2002), “Must Trust Bust?”, Copenhagen Business School, Department of Economics, Working Paper 02-2002.
- MOTTA, M. ve M. POLO (1999), “Leniency Programs and Cartel Prosecution”, Working Paper ECO No. 99/23, July 1999, European University Institute.
- MOTTA, M. ve M. POLO (2001), “Leniency Programs and Cartel Prosecution”, Working Paper, European University Institute.
- OECD (2002), *Fighting Hard-Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes*.
- SANLI, K.C. (2000), *Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun’da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*, Rekabet Kurumu, Ankara.
- SPAGNOLO, G. (2000a), “Optimal Leniency Programs”, Fondazione Eni Enrico Mattei Working Paper, Nota di Lavoro 42.2000.
- SPAGNOLO, G. (2000b), “Self-Defeating Antitrust Laws How Leniency Programs Solve Bertrand’s Paradox and Enforce Collusion in Auctions”, Fondazione Eni Enrico Mattei Working Paper, Nota di Lavoro 52.2000.
- SPAGNOLO, G. (2003), “Divide et Impera Optimal Deterrence Mechanism Against Cartels and Organized Crime”, University of Mannheim, C.E.P.R.
- SPRATLING, G.R. (1998), “The Corporate Leniency Policy: Answers to Recurring Questions”, ABA Antitrust Section 1998 Spring Meeting, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/1626.htm>
- SPRATLING, G.R. (1999), “Making Companies An Offer They Shouldn’t Refuse”, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/2247.htm>



UYANIK, P. (2002), Pişmanlık Programları (Leniency Programmes), *Rekabet Dergisi*, Sayı 10, Nisan-Mayıs-Haziran 2002.

ÜNSAL, E. M. (1998), *Mikro İktisat*, Kutsan Ofset Matbaacılık, Ankara.

VAN BAEL, I. (1995), “Fining a la Carte : The Lottery of EU Competition Law”, E.C.L.R., No:4/1995, s.237-243

WHISH, R. (2001), *Competition Law*, Fourth Edition, Butterworths, London.

WİLS, W. (1997), “The Commission Notice on the Non-Imposition or Reduction of Fines in Cartel Cases: A Legal and Economic Analysis”, *European Law Review* (1997) 22, s.125-140.

WİLS, W. (1998), “The Commission’s New Method for Calculating Fines in Antitrust Cases”, *European Law Review* (1998) 23 June, s.252-263.

## **TÜRKİYE**

### **Rekabet Kurulu Kararları**

Çimento, 17.06.1999 tarih ve 99-30/276-166(a) sayılı karar

İGTOD, 24.11.1999 tarih ve 99-53/575-365 sayılı karar

İstanbul Ekmek Pazarı, 27.10.1999 tarih ve 99-49/536-337 sayılı karar

Adıyaman/LPG, 26.11.1998 tarih ve 93/750-159 sayılı karar

İlaç ve Kimya Endüstrisi İşverenler Sendikası, 12.01.2000 tarih ve 00-1(b)/11-5 sayılı karar

## **AVRUPA BİRLİĞİ**

### **ATAD Kararları**

Cases 40/73 Suiker Unie and Others v. Commission [1975] ECR 1663

Cases 100-103/80 Mustique Diffusion Française v. Commission [1983] E.C.R. 1825

Case 106/83 Sermide v. Commission [1984] ECR 4209

Case C-277/87 Sandoz Prodotti Farmaceutici v. Commission [1990] E.C.R. I-45

Case 374/87 Orkem v. Commission [1989] E.C.R. 3283

Case C-174/89 Hoche v. Commission [1990] ECR I-2681

Case C-48/90 National Panasonic v. Commission [1980] ECR 2033

Case C-49/92 Commission v. Anic Partecipazioni [1999] ECR I-4125  
Case C-199/92 P Hüls v. Commission [1999] ECR I-4287  
Case C-235/92 P Montecatini v. Commission [1999] ECR I-4539  
Case C-297/98 P SCA Holding v. Commission [2000] ECR I-10101  
Case C- 286/98 Stora Kopparbers Bergslags AB v. Commission [2000]  
ECR I- 9925  
Case C-298/98 P Finnboard v. Commission [2000] ECR I-10157

### **İlk Derece Mahkemesi Kararları**

Case T-12/89 Solvay v. Commission [1992] ECR II-907  
Case T-13/89 ICI v. Commission [1992] E.C.R. II-1021  
Case T-100/92 La Pietra v. Commission [1994] ECR-SC II-275  
Case T-308/94 Cascades v. Commission [1998] ECR II-925  
Case T-317/94 Weig v. Commission [1998] ECR II-1235  
Case T-347/94 Mayr-Melnhof v. Commission [1998] ECR.II-1751  
Case T-311/94 BPB de Eendracht v. Commission [1998] ECR II-1129  
Case T-310/94 Gruber + Weber v. Commission [1998] ECR II-1043  
Case T-354/94 Stora Kopparbers Bergslags AB v. Commission [1998]  
ECR II 2111  
Case T-25/95 Cimenteries CBR and Others v. Commission [2000] ECR. II-491  
Case T-47/98 Krupp Thyssen Stainless and Acciai speciali Terni v. Commission  
[2001] ECR II-3757  
Case T-202/98 Tate&Lyle plc v. Commission [2001] ECR II-2035  
Case T-21/99 Dansk Rørindustri A/S v. Commission [2002] ECR II-1681  
Case T-31/99 ABB v. Commission [2002] ECR II-1881

### **Komisyon Kararları**

Wood pulp [1985] OJ L85/1  
Sperry New Holland [1985] OJ L376/21  
Polypropylene [1986] OJ L230/1

Bayonox [1990] OJ L21/78  
Toshiba [1991] OJ L287/39  
Franco-West-African Shipowners Committees [1992]OJ L134/1  
Eurocheque Helsinki [1992]OJ L95/50  
Cartonboard [1994] OJ L243/52  
Tretorn [1994]OJ L378/45  
Pre-Insulated Pipe [1999], O.J. L24/1  
British Sugar [1999], O.J. L76/1  
Nathan-Bricolux [2001], O.J. L54/1  
Amino Acids [2001], O.J. L152/24  
Citric Acid [2002], O.J. L239/18  
Vitamins [2003], O.J. L6/1

## **PİŞMANLIK OLANAKLARINDAN YARARLANMA TEBLİĞİ TASLAĞI**

### **BİRİNCİ BÖLÜM**

#### **Amaç, Kapsam, Hukuki Dayanak**

##### **Amaç**

**Madde 1-** Bu tebliğin amacı, rakip teşebbüsler arasında alım-satım şartlarının tespiti, pazarların bölüşülmesi, arz miktarının kontrolü gibi hususlarda yapılan anlaşma ve uyumlu eylemlere katılan teşebbüslerin, bu anlaşma ve uyumlu eylemlerin tespitine veya tüm unsurları ile ortaya konulmasına yönelik işbirliklerine sağlanacak olanakları ve bu teşebbüslerin yükümlülüklerini belirlemektir.

##### **Kapsam**

**Madde 2-** Bu tebliğ, rakip teşebbüsler arasında alım-satım şartlarının tespiti, pazarların bölüşülmesi, arz miktarının kontrolü gibi hususlarda yapılan anlaşma

ve uyumlu eylemleri kapsar. Bu tebliğ hükümlerinden bu tür anlaşma ve uyumlu eylemlere katılmış teşebbüsler yararlanır.

### **Hukuki Dayanak**

**Madde 3-** Bu tebliğ, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 16. maddesinin 4. fıkrasına dayanılarak hazırlanmıştır.

## **İKİNCİ BÖLÜM**

### **Para Cezasından Bağışıklıktan Yararlanma Esasları**

#### **İnceleme ve Araştırmalarda Geline Aşama**

**Madde 4-** Kurul tarafından soruşturma kararı alınmasından önce yapılan başvurular bağışıklıktan yararlanır.

#### **Başvuru Sırası ve Delil**

**Madde 5-** 4. madde hükümlerine göre başvuran ilk teşebbüs bağışıklık olanağından yararlanır.

Önaraştırma kararı alınmasından önce yapılan başvurularda, yerinde inceleme yapılmasını sağlayacak delillerin sunulması yeterlidir. Bu halde, Kurul'un önaraştırma kararı almasına yetecek ihbar veya şikayet başvurusu yapılmamış olması gerekir.

Önaraştırma kararı alınmasından sonra fakat soruşturma kararı alınmasından önce yapılan başvurularda ihlali ispatlamayı sağlayacak delillerin sunulması gerekir. Her halde teşebbüs sahip olduğu tüm delilleri sunar.

Açıkça ihlale katılmak istemeyen teşebbüsleri ikna ve zorlama eylemlerinde bulunduğu tespit edilen teşebbüsler, diğer şartları yerine getirseler dahi, bağışıklık olanağından yararlanamaz.

#### **İşbirliği Yükümlülüğünün Kapsamı**

**Madde 6-** İşbirliği yükümlülüğü,

- İstenecek her türlü bilgi ve belgenin gecikmeksizin sunulması,
- Mevcut çalışanların veya sahiplerin soruşturma heyeti ile sürekli temas içinde olmasının ve yapılacak görüşmelerde hazır bulunmalarının sağlanması,
- Eski çalışanların veya sahiplerin işbirliğinin sağlanması için gayret gösterilmesi,
- Yerinde incelemelerin tamamlanmasına kadar başvuru hususunda 3. kişilere açıklama yapılmaması gibi

halleri kapsar.

İşbirliği yükümlülüğünün kapsamı, Başkan ile teşebbüs yetkilisince imzalanacak pişmanlık sözleşmesinde gösterilir. Pişmanlık sözleşmesinde, teşebbüsün, bu tebliğ hükümlerine aykırı eylemlerinin tespiti halinde, pişmanlık olanaklarından yararlanamayacağı belirtilir. Pişmanlık sözleşmesindeki yükümlülükleri yerine getirmeyen teşebbüsün; boşalan sırasına haklı sebebi bulunan teşebbüsler geçebilir. Teşebbüsün pişmanlık sürecinde yaptığı yazılı beyanların gerçeğe aykırı veya sunulan delillerin sahte olduğunu kanıtlama gibi haller haklı sebep sayılır.

Teşebbüsün başvuru sonrasında ihlale ilişkin eylemleri, Kurulca tespit edilir. Kurul, inceleme ve araştırmaların selameti için teşebbüsün ihlale katılmayı sürdürmesine izin verebilir. Bu halde, teşebbüs, ihlalin işleyişinden kaynaklanmadıkça, toplantı düzenleme, üzerinde anlaşma yapılan unsurlarda teklifte bulunma veya denetleme gibi faaliyetlerde bulunmayacaktır.

## **ÜÇÜNCÜ BÖLÜM**

### **Para Cezasından İndirimden Yararlanma Esasları**

#### **Katma Değer**

**Madde 7-** 4. ve 5. madde şartlarını sağlamayan başvurular para cezasından indirim başvurusu olarak değerlendirilir.

Sunulan deliller, başvuru zamanında mevcut delilleri güçlendiren veya ayrıntılandıran deliller olmalıdır. Bu değerlendirmede ihlal zamanına ait yazılı delillere ve ihlalle doğrudan ilişkili delillere daha büyük değer verilir. Mevcut deliller, sunulan deliller ve katma değer noktalarını gösteren değerlendirme cetveli düzenlenir. Değerlendirme cetveli Kurul'ca karara bağlanır.

İnceleme ve araştırmaların selameti aksini gerektirmedikçe bu teşebbüslerden ihlale katılımını sona erdirmesi istenir.

#### **Para Cezasının Tespiti**

**Madde 8-** sunulan delillerin, ihlalin süresi, coğrafi pazarı gibi önemli ve bilinmeyen noktalarını aydınlatarak teşebbüse verilen para cezasını artırdığı değerlendirme cetveli yardımıyla tespit edildiğinde, teşebbüs için mevcut deliller ile para cezası tayin edilir. Bu halde, indirim tayin edilen para cezası üzerinden yapılır.

7. madde şartlarını sağlayan,

- İlk teşebbüs için belirlenen para cezasından %30 ila %50 arasında
- İkinci teşebbüs için belirlenen para cezasından %20 ila %30 arasında
- Sonraki teşebbüsler için belirlenen para cezasından %20'ye kadar

indirim yapılır.

Para cezasından indirim düzeyinin belirlenmesinde, başvuru zamanı, katma değer düzeyi ve işbirliğinin kapsamı ve sürekliliği gibi unsurlar dikkate alınır.

## **DÖRDÜNCÜ BÖLÜM**

### **Uzlaşma Esasları**

#### **Uzlaşma**

**Madde 9-** Teşebbüsler, dava açma süresinin sonuna kadar Kurul ile uzlaşabilir. Teşebbüsler, sözlü savunma toplantısında ve nihai kararın tebliğinde uzlaşmaya davet olunur. Uzlaşma toplantısına teşebbüsün kanuni temsilcileri veya bunların temsilcisi katılır.

Uzlaşma, nihai kararda belirlenen para cezasından %20 ila %40 arasında indirim yapılmak suretiyle sağlanır. Uzlaşmanın gerçekleşmemesi halinde, teşebbüse Kurul'un nihai teklifi yazılı olarak sunulur. Teşebbüs, nihai teklifi kabul ettiğini dava açma süresinin sonuna kadar yazılı olarak bildirirse uzlaşma sağlanmış sayılır.

Uzlaşmanın gerçekleşmesi veya nihai teklifin kabul edilmesi halinde ödeme süresi kararın tebliği tarihinden başlar.

Uzlaşma kararları kesindir. Uzlaşılan hususlarla ilgili olarak yargı yoluna hiçbir surette başvurulamaz. Teşebbüs, nihai teklifin tebliğ tarihinden itibaren dava açabilir. Bu halde, dava açma süresi bitmiş veya 30 günden az kalmış ise bu müddet teklifin tebliğ tarihinden itibaren 30 gün olarak uzar.

## **BEŞİNCİ BÖLÜM**

### **Başvuru Usulü ve Bilgilendirme Yükümlülüğü**

#### **Pişmanlık Başvurusu**

**Madde 10-** Pişmanlık başvurusu, pişmanlık dilekçesi ve pişmanlık başvuru formu ile yapılır. Pişmanlık başvuru formu, teşebbüsce eksiksiz olarak doldurulur.

Pişmanlık başvurusunda eksiklik halinde teşebbüse 7 günlük ek ve kesin süre verilir.

#### **Gizli Başvuru**

**Madde 11-** Gizli başvuru, teşebbüsce hazırlanmış pişmanlık başvurusunun teşebbüslerin ticaret ünvanı, adı geçen şahısların kimliği ve ilgili pazarlara

ilişkin bilgilerin gizlenmiş hali olarak, temsilci eliyle yapılır. Bu başvurularda, pişmanlık şartlarının sağlandığını tespiti olanak verecek üst pazar bilgileri sunulur. Pişmanlık olanaklarından yararlanabileceği tespit edilen gizli başvurular, geri alınmaz. Bu halde, tespitten itibaren 7 gün içinde pişmanlık başvurusu tamamlanır.

### **Bilgilendirme Yükümlülüğü**

**Madde 12-** Kurul, 4. ve 5. madde hükümlerini sağlayan teşebbüsler için 6. madde hükümlerini yerine getirmesi halinde bağışıklığa hak kazanacağına dair şartlı bağışıklık kararı alır.

4. ve 5. madde hükümlerini sağlamayan teşebbüs derhal bilgilendirilir. Bu durumda teşebbüs başvuruyu geri alabileceği gibi para cezasından indirim kapsamında değerlendirilmesini isteyebilir.

Hakkında şartlı bağışıklık kararı alınan veya 7. madde şartlarını sağladığı tespit edilen teşebbüslerle pişmanlık sözleşmesi imzalanır.

7. madde şartlarını sağlayan teşebbüslere başvuru sırası bildirilir.

Aynı ihlale, ilişkin pişmanlık başvuruları başvuru tarih ve kayıt sırasına göre değerlendirilir. Bir başvuruya ilişkin değerlendirme tamamlanmadan sonraki başvurular değerlendirilmez.

## **ALTINCI BÖLÜM**

### **Gizlilik Tedbirleri**

#### **Temas Halinde Olan Teşebbüs Yetkililerinin Gizliliği**

**Madde 13-** Teşebbüs adına pişmanlık başvurusunda bulunan yetkili veya temsilci ile soruşturma heyeti veya Kurul ile işbirliği yükümlülüğü kapsamında sürekli temas halinde olan çalışanların kimliği hiç bir surette ifşa edilemez.

#### **İnceleme ve Araştırmalarda Gizlilik**

**Madde 14-** Başvuru sahibi teşebbüs veya temsilcilerle ilgili yazışmalar, Kurum'da teslim edilir.

Pişmanlık başvurusunun bulunduğu soruşturmanın sözlü savunma toplantıları gizli yapılır.

## **YEDİNCİ BÖLÜM**

### **Çeşitli Hükümler**

#### **Yürürlük**

**Madde 15-** Bu tebliğ yayımlandığı tarihte yürürlüğe girer.

#### **Yürütme**

**Madde 16-** Bu tebliğ hükümlerini Rekabet Kurumu Başkanı yürütür.