

Uzmanlık Tezleri Serisi No: 86

REKABET KURUMU

REKABET HUKUKUNDA
PARA CEZALARI:
TEORİ VE UYGULAMA

ESİN AYGÜN

REKABET HUKUKUNDA
PARA CEZALARI:
TEORİ VE UYGULAMA

ESİN AYGÜN

ANKARA 2008

© Bu eserin tüm telif hakları
Rekabet Kurumuna aittir. 2009

İlk Baskı, Mayıs 2009
Rekabet Kurumu-Ankara

Bu kitapta öne sürülen fikirler eserin yazarına aittir;
Rekabet Kurumunun görüşlerini yansıtmaz.

11/6/2008 tarihinde
Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı Fevzi ÖZKAN Başkanlığında,
4 No'lu Daire Başkanı Y. Serdar YARAR, Prof. Dr. Osman Berat
GÜRZÜMAR, Prof. Dr. Ejder YILMAZ, Prof. Dr. Erol ÇAKMAK'tan
oluşan Tez Değerlendirme Heyeti önünde savunulan bu tez,
Heyetçe yeterli bulunmuş ve Rekabet Kurulu'nun 20/06/2008 tarih ve
08-40/547 sayılı toplantısında "Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi"
olarak kabul edilmiştir.

ISBN 978-975-8936-65-6

YAYIN NO

0220

Aileme...

İÇİNDEKİLER

Sayfa No

SUNUŞ.....	v
KISALTMALAR.....	vii
GİRİŞ	1

Bölüm 1

REKABET HUKUKU UYGULAMALARINDA YAPTIRIMLAR ve PARA CEZALARI

1.1. YAPTIRIM KAVRAMI ve YAPTIRIMLARIN AMAÇLARI.....	3
1.2. REKABET HUKUKU UYGULAMALARINDA YAPTIRIMLAR.....	4
1.2.1. Kamu Hukuku Yaptırımları ve Özel Hukuk Yaptırımları.....	5
1.2.2. Para Cezaları ve Diğer Yaptırımların Karşılaştırılması.....	6
1.3. UYGULAMADA PARA CEZALARI ve CEZA REHBERLERİ.....	8
1.3.1. Uygulamada Para Cezaları	8
1.3.2. Ceza Rehberlerine İlişkin Tartışmalar.....	9

Bölüm 2

OPTİMAL CEZA TEORİSİ

2.1. OPTİMAL CEZA KAVRAMINA YÖNELİK TEORİK TARTIŞMALAR ve OPTİMAL CEZA MİKTARININ BELİRLENMESİ.....	11
2.1.1. Zarar Esaslı ve Kazanç Esaslı Teoriler.....	13
2.1.2. Yakalanma Olasılığı ve Beklenen Ceza	14
2.2. OPTİMAL CEZA TEORİSİNİN UYGULAMA AÇISINDAN ÖNEMİ.....	15
2.2.1. Uygulamada Optimal Cezalar	15
2.2.2. Caydırıcılığın Sınırı: Firmaların Ödeme Yeterliliği.....	17

Bölüm 3

AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ UYGULAMALARI

3.1. YASAL DÜZENLEMELER.....	19
3.2. CEZALANDIRMA REHBERİ ve CEZA MİKTARININ BELİRLENMESİ.....	22
3.2.1. Cezalandırma Komisyonu ve Cezalandırma Rehberi	22
3.2.2. Ceza Miktarının Belirlenmesi	23
3.3. CEZALANDIRMA REHBERİ'NE İLİŞKİN TARTIŞMALAR ve DEĞERLENDİRMELER	27

3.3.1. Ticaret Hacmi Kavramı ve Rehber ile Kabul Edilen Varsayımlar	27
3.3.2. Rehber'in Bağlayıcılığı: Booker Kararı	29
3.3.3. ABD Para Cezaları ve Optimal Ceza Teorisi Değerlendirme.....	30

Bölüm 4
AVRUPA BİRLİĞİ UYGULAMALARI ve
ÜYE ÜLKE ÖRNEĞİ
HOLLANDA

4.1. AB UYGULAMALARI ve PARA CEZALARI	32
4.1.1. Para Cezalarına İlişkin Temel Düzenlemeler	32
4.1.2. 1/2003 Sayılı Tüzük ve Uygulama Esasları	34
4.1.3. Ceza Miktarının Belirlenmesi: 1998 ve 2006 Ceza Rehberleri	38
4.1.3.1. 1998 Rehberi	39
4.1.3.1.1. Ceza Miktarının Belirlenmesi	39
4.1.3.1.2. 1998 Rehberi'ne İlişkin Tartışmalar	44
4.1.3.2. 2006 Rehberi	46
4.1.3.2.1. Ceza Miktarının Belirlenmesi	46
4.1.3.3. Ciro Kavramı	49
4.1.3.3.1. Ceza Üst Sınırı ve "Bir Önceki Yıl" Kavramı	50
4.1.3.3.2. Ceza Miktarının Belirlenmesi: Toplam Ciro ve "Satış Değeri"	50
4.1.4. AB Para Cezaları ve Optimal Ceza Teorisi: Değerlendirme	52
4.2. HOLLANDA ÖRNEĞİ	53
4.2.1. Para Cezalarına İlişkin Temel Düzenlemeler ve Ceza Miktarının Belirlenmesi	53
4.2.2. Kendine Özgü Bir Uygulama: Arkasındaki Nedenler	56
4.3. KOMİSYON'UN YENİ YAKLAŞIMININ HOLLANDA ve ABD İLE KARŞILAŞTIRMALI ANALİZİ	57

Bölüm 5
TÜRK REKABET HUKUKUNDA
PARA CEZALARI

5.1. YASAL DÜZENLEMELER	59
5.2. UYGULAMA ESASLARI	61
5.2.1. Rekabet Kurulu Kararları	61

5.2.2. Taslak Kılavuz.....	64
5.2.3. Bir Önceki Yıl Cirosu Kavramı.....	67
SONUÇ	71
ABSTRACT	74
KAYNAKÇA	75
EK 1	84
EK 2	85
EK 3	86
EK 4	87
EK 5	88
EK 6	92

SUNUŞ

1994 yılında kabul edilen 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un uygulanmasını sağlamak üzere, 1997 yılında kurulan Rekabet Kurumu, 12 yıl gibi kısa bir sürede, piyasalarda kartelleşme ve tekelleşmeyi engellemek yönünde önemli adımlar atmıştır. Bu sayede, tüketicilerin, gıdadan sağlığa, barınmadan ısınmaya, iletişimden ulaşımaya, kısacası yaşamın her alanında daha kaliteli ürünü, daha ucuza ve daha çok satın alabilmeleri sağlanmıştır. Bu başarılar sayesinde de, Rekabet Kurumu, yalnızca Türkiye'deki kurumlar arasında değil, dünyadaki rekabet otoriteleri arasında da hak ettiği yeri almaya başlamıştır. Nitekim Avrupa Birliği Komisyonu ilerleme raporları ile OECD gözden geçirme raporlarında bu durum ifade edilmekte ve Kurumun ulaştığı idari kapasite ve mesleki düzey takdirle karşılanmaktadır.

Rekabet Kurumunun ulaştığı idari kapasite ve mesleki düzeyin bir yansıması uzmanlık tezleridir. Rekabet uzman yardımcıları, üç yılı aşan mesleki çalışmalarından elde ettikleri tecrübeleri, yoğun bilimsel araştırmalarla birleştirerek tez hazırlamaktadır. Rekabet hukuku, politikası ve sanayi iktisadı alanlarındaki bu tezler, öğretim üyelerinin de bulunduğu bir Tez Değerlendirme Heyeti önünde savunulmakta ve yeterli bulunması halinde Rekabet Kurulunca kabul edilmektedir. Bu sayede daha önce ele alınmamış pek çok konuda değerli eserler ortaya çıkmaktadır.

Bu eserlerin yayımlanarak, doktrine katkı sağlanması ve toplumun rekabet konusunda bilgilendirilmesi, rekabet otoritelerinin en önemli görevleri arasında yer alan rekabet savunuculuğunun bir parçasını teşkil etmektedir. Böylece, Rekabet Kurumu, toplumu bilgilendirme hedefine yönelik rekabet savunuculuğu çerçevesinde, tek başına veya üniversiteler, barolar ve benzeri örgütlerle işbirliği halinde yürütmekte olduğu, konferanslar, sempozyumlar, eğitim ve staj programları düzenlemek gibi faaliyetlerine ilave bir etkinlikte bulunmaktadır. Tezlerini tamamlayan ve Rekabet Uzmanı unvanını alan bütün arkadaşlarımı gönülden kutluyorum, başarılar diliyorum. Bu çerçevede, uzmanlık tezlerini, önemli bir başvuru kaynağı olacağı inancıyla ilgili kamuoyunun bilgisine sunuyoruz...

Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Rekabet Kurumu Başkanı

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ATAD	: Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (European Court of Justice)
bkz.	: Bakınız
CK	: Cezalandırma Komisyonu
der.	: Derleyen
dn.	: Dipnot
DOJ	: Department of Justice (ABD Adalet Bakanlığı)
ECLR	: European Competition Law Review
ECU	: European Currency Unit (AB Ortak Para Birimi)
ICN	: International Competition Network
İDM	: İlk Derece Mahkemesi (Court of First Instance)
Kanun	: 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
Komisyon	: Avrupa Komisyonu
No.	: Numara
OECD	: Organisation for Economic Co-operation and Development
OJ	: Official Journal (AB Resmî Gazetesi)
par.	: Paragraf
RA	: Roma Anlaşması
RG	: Resmî Gazete
Taslak Kılavuz	: 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. ve 6. Maddesinde Yasaklanmış Olan Davranışları Gerçekleştiren Teşebbüs ve Teşebbüs Birliklerine Verilecek Para Cezasının Belirlenmesine İlişkin Kılavuz Taslağı
syf.	: Sayfa
v.	: Versus
Vol.	: Volume

GİRİŞ

Piyasa ekonomisinin sürdürülebilirliği ve etkinliği, işleyebilir rekabet düzenine bağlıdır. Böyle bir ortamda, rekabet düzenini koruyan ve bu düzenin devamlılığını sağlayan rekabet otoritelerinin, tüketici tercihlerinin artmasına, kaynak dağılımında etkinliğin sağlanmasına ve toplumsal refahın ençoklanmasına büyük katkıları bulunduğu kabul edilmektedir. Rekabet otoriteleri, firmaların rekabet kurallarına aykırı davranışlarını önlemek üzere farklı araçlara sahip olmakla birlikte, bunların en önemlilerinden biri para cezalarıdır.

Para cezaları, rekabet düzenine aykırı eylemlerin cezalandırılması amacına hizmet ederken, aynı zamanda diğer teşebbüsleri de benzer faaliyetlere girmekten caydırmaktadır. Uygulamada para cezaları ilgili mevzuat hükümleri çerçevesinde belirlenmektedir. Bazı ülkelerde cezalandırma sürecine ilişkin olarak açıklayıcı kılavuzlar çıkartılmış ve bu süreç için rehber olabilecek ilkelere ve esaslara yer verilmiştir. Ceza rehberlerinin benzerlikleri ve farklılıkları bulunmakla birlikte, bu rehberlerin benimsenmesindeki asıl amacın cezalandırma sürecinde şeffaflığın, tutarlılığın ve caydırıcılığın sağlanması olduğu kabul edilmektedir.

Para cezalarının rekabet hukuku uygulamaları bakımından sahip olduğu önem, ceza miktarının hangi düzeyde belirlenmesi gerektiği sorusunu da beraberinde getirmiştir. Literatürde sıkça tartışılan bir konu olan optimal ceza teorisi, ceza miktarının nasıl belirlenmesi gerektiği yönünde bir açılım getirmesiyle dikkat çekmektedir. Teori, cezaya esas alınacak miktarın ne olacağı tartışmalarıyla zenginleşmiş ve uygulamada pek çok sistemi etkileyerek başvuru kaynağı haline gelmiştir.

Bu çalışmada son dönemlerde yoğun tartışmaların yapıldığı bir alan olan para cezalarının, optimal ceza teorisi çerçevesinde nasıl ele alındığına, konuyla ilgili olarak dünyada gözlenen güncel gelişmelere ve bu gelişmelerin arka planlarına ışık tutulması, ceza miktarının belirlenmesi bakımından benimsenen sistemlerin benzerliklerinin ve farklılıklarının tartışılması amaçlanmaktadır. Çalışmada ayrıca Türk rekabet hukuku uygulamalarının bu gelişmeler

karşısındaki durumunun analiz edilmesi, mevcut duruma yer verilmesi ve temel tartışmaların ortaya konulması da hedeflenmektedir.

Cezalar ve genel olarak yaptırımlar konusu, zengin içeriği ile farklı tartışma alanlarını içinde barındırmaktadır. Cezanın muhatabının kim olacağı, idari yaptırımların cezai yaptırımlarla desteklenmesinin gerekli olup olmadığı gibi konular, yaptırımların başarıyla uygulanması açısından önemli olmakla birlikte, bu çalışmanın sınırları dışında tutulacaktır. Para cezaları bakımından temel tartışmaların rekabet ihlalleri üzerinde yoğunlaşması ve pek çok uygulamada ceza rehberlerinin bu ihlaller bakımından tespit edilecek cezaları konu edinmesi sebebiyle, çalışmada, bu ihlaller bakımından öngörülen esasa ilişkin cezalar üzerinde durulacak; yoğunlaşmalara yönelik cezalar, usule ilişkin cezalar ile süreli cezalar konularına yeri geldikçe değinilmekle yetinilecektir.

Tez çalışması beş bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde, yaptırım kavramı ve rekabet hukuku uygulamalarında yaptırımlar ele alındıktan sonra, para cezaları diğer yaptırım türleri ile karşılaştırılarak incelenecektir. Uygulamada para cezalarına ve ceza rehberlerine ilişkin yapılan tartışmalara da bu bölümde yer verilecektir.

İkinci bölümde optimal ceza teorisinin teorik temelleri ve ceza miktarının belirlenme yöntemleri hakkında bilgi verilecek, teorisinin uygulama açısından taşıdığı öneme değinilecektir.

ABD uygulamaları, ceza hesaplama yönteminin farklılığı ve cezalandırmaya yönelik olarak benimsediği ekonomik yaklaşım sebebiyle ele alınacaktır. ABD uygulamalarının tarihsel arka planı ve para cezalarının seyri, ceza miktarının belirlenmesi için kabul edilen yöntem ve konuyla ilgili tartışmalar, çalışmanın üçüncü bölümünde açıklanacaktır.

Dördüncü bölümde, AB uygulamaları ile kendi ceza politikasını diğer ülke uygulamaları ışığında şekillendiren ve kendine özgü bir sistem benimseyen Hollanda örneği hakkında bilgi verildikten sonra, Komisyon'un benimsediği yeni yaklaşımın karşılaştırmalı analizi yapılacaktır.

Beşinci ve son bölümde Türkiye uygulamaları ele alınacaktır. Bu kapsamda 4054 sayılı Kanun'da öngörülen düzenlemeler ve Kanun'da yapılan değişiklikler irdelenecek, ceza miktarının belirlenmesine ilişkin Taslak Kılavuz, Rekabet Kurulu Kararları ve Danıştay Kararları incelenerek temel tartışma noktaları ortaya konulmaya çalışılacaktır.

BÖLÜM 1

REKABET HUKUKU UYGULAMALARINDA YAPTIRIMLAR ve PARA CEZALARI

Para cezaları, rekabet hukuku uygulamalarında başvurulan yaptırım türlerinden biridir. Bu nedenle, yaptırım kavramına ve yaptırım türlerine yönelik bir açıklama, yapılacak değerlendirmeler bakımından yararlı olacaktır. Bu çerçevede çalışmanın bu bölümünde kavramlara yönelik genel bilgiler verilecek ve para cezaları uygulamaları hakkında temel açıklamalar yapılacaktır.

1.1. YAPTIRIM KAVRAMI ve YAPTIRIMLARIN AMAÇLARI

Yaptırım kavramı çeşitli şekillerde tanımlanabilecek olmakla birlikte, Dönmezer ve Erman (1999, 541), yaptırımı (müeyyideyi), geniş anlamda bir borcun yerine getirilmemesinin uygulanmasını haklı kıldığı, bütün tedbirleri kapsayan hukuki terim olarak tanımlamaktadır. Hukuka aykırı davranışa yaptırım uygulanmasıyla güdülen pek çok amaç vardır. Bu amaçlar birbiriyle çatışabildiği gibi, birbirini tamamlayıcı nitelik de taşıyabilmektedir. Bunlar, suçun niteliğine ve ağırlığına bağlı olarak caydırma, hürriyeti bağlayıcı cezalandırma, suçlunun ıslahı ve ödetme (*just deserts*) şeklinde sıralanabilir. İdari suçlar bakımından ise tartışmalar caydırıcılık ve ödetme üzerinde yoğunlaşmaktadır (Yeung 2004, 62-63). Dolayısıyla bu kavramların açıklanması yerinde olacaktır.

Caydırma amacı¹, klasik faydacılık (*utilitarian*) yaklaşımına dayanmaktadır. Klasik faydacılık teorisinde cezalandırmanın esasını, toplumdaki kişileri suç işlemekten caydırmak oluşturmaktadır. Cezalandırma ile ihlalin topluma olan maliyetlerinin kaldırılması ve gelecekte işlenebilecek suçların engellenmesi amaçlanmaktadır. Caydırıcılık yaklaşımının temel amacı, kaynakların etkin tahsisinin sağlanması ve ekonomik etkinliğin elde edilmesidir (Yeung 2004, 63-64).

¹ Caydırma amacı, bir sonraki bölümde ele alınacak olan optimal ceza teorisinin temelini oluşturduğundan ayrıca önemlidir.

Öte yandan, diğer önemli yaklaşım olan ödetmede cezanın belirlenmesi, ölç alıcı-cezalandırıcı (*retributive*) bir temele dayanmakta ve orantısallık ilkesini esas almaktadır. Orantısallık ilkesi, cezanın ağırlığının ihlalin ağırlığı ile orantılı olması gerektiğini ve ihlalin ağırlığının zarar ile suçluluk kavramlarına bağlı olarak tanımlanabileceğini ifade etmektedir. Zarar, ihlalin yaratmış olduğu hasarın boyutuna işaret ederken, suçluluk kavramı niyeti ve suçlunun davranışına etki eden diğer faktörleri belirtmektedir (Yeung 2004, 73-74).

Yaptırım kavramına ve yaptırımların amaçlarına yönelik bu kısa açıklamadan sonra, rekabet hukuku uygulamalarında hangi yaptırımların uygulandığına ve rekabet ihlallerinin cezalandırılmasının amaçlarına bakılabilir.

1.2. REKABET HUKUKU UYGULAMALARINDA YAPTIRIMLAR

Rekabet ihlallerine uygulanacak yaptırım türleri, ülkelere göre farklılık göstermektedir. En temel ayırım, bu yaptırımları, kamu hukuku yaptırımları (*public enforcement*) ve özel hukuk yaptırımları (*private enforcement*) olarak sınıflandırmak yoluyla yapılmaktadır. Örneğin, AB ve ABD uygulamalarında hem kamusal otoriteler hem de özel taraflar, rekabet ihlallerine ilişkin olarak takip edilecek süreci başlatabilmektedir (Van den Bergh ve Camesasca 2006, 324). Bazı ülkelerde özel hukuk uygulamaları zayıfken, bazılarında caydırıcılığın artırılması için karma sistemler benimsenebilmektedir.

Rekabet hukuku uygulamaları bakımından yaptırımların amacının ne olduğu ayrı bir tartışma konusunu oluşturmaktadır. Rosochowicz (2004, 752-753), rekabet hukukunun pek çok sosyal etkiye sahip olmakla birlikte esas olarak ekonomik düzenleme alanına girdiğini vurgulamaktadır. Rekabet hukuku düzenlemelerinin ekonomik davranışları konu almasından ve nihai amacının toplumun mal ve hizmetleri en uygun fiyattan alması olduğu kabulünden yola çıkılarak ödetme yaklaşımının rekabet hukuku bakımından uygulanmasının zor olduğu sonucuna ulaşılmakta ve caydırma amacının rekabet hukuku bakımından daha geçerli olduğuna işaret edilmektedir.

Uygulamada da, rekabet ihlallerine uygulanacak yaptırımlarla caydırıcılığın sağlanması, temel amaç olarak benimsenmektedir. Nitekim OECD tarafından 1998 yılında yayınlanmış olan Açık (*Hard Core*) Kartellerle Etkin Mücadeleye İlişkin Konsey Tavsiyesi'nde, açık kartellerin en ciddi rekabet ihlalleri olduğu ve üye ülkelerin rekabet hukuku mevzuatlarının bu ihlalleri caydırması gerektiği vurgulanmaktadır (OECD 1998, 3)². OECD tarafından

² Söz konusu tavsiye metnine göre "açık karteller", fiyat belirlenmesi, ihalelerde danışıklı hareket, arz kısıtlanması veya kota sınırlamaları, müşterilerin, sağlayıcıların, bölge veya ticaret hatlarının

2002 yılında yayınlanan raporda da kartel uyuşmazlıklarına ilişkin yaptırımların temel amacının caydırıcılık olduğu ifade edilmektedir (OECD 2002a, 85)³.

Bu çerçevede rekabet hukuku uygulamalarında yaptırımların, kamu hukuku ve özel hukuk yaptırımlarını içerdiği, rekabet ihlallerine yaptırım uygulanmasıyla esas olarak caydırıcılığın sağlanmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır.

1.2.1. Kamu Hukuku Yaptırımları ve Özel Hukuk Yaptırımları

Bu bölümde yukarıda yapılan temel ayırım ışığında, kamu hukuku ve özel hukuk yaptırımlarına yönelik bilgiler verilecektir. Bu kapsamda, yaptırımların sınıflandırılmasına yönelik Shavell (1993) tarafından yapılan çalışma ele alınabilir. Shavell (1993, 258-260) özel hukuk ve kamu hukuku yaptırımları arasındaki temel ayrımı, devlete bilgi sağlamak suretiyle müdahale sürecini başlatan ve uygulamada etkili olan tarafın niteliğine dayandırmaktadır. Süreci başlatan bilgi, özel kişiler tarafından sağlanabildiği gibi devlet kurumları veya çalışanları tarafından da sağlanabilmektedir. Bu çerçevede temel bir ayırımla güvenlik önlemleri, para cezaları ve hapis cezaları, kamu hukuku yaptırımları başlığı altında toplanmaktadır. Tazminat ödemeleri (*damages*) ise özel hukuk yaptırımları kapsamında ele alınmaktadır.

Kamu hukuku ve özel hukuk yaptırımlarına ilişkin tartışmalar genellikle karşılaştırılmalı olarak yapılmaktadır. Yapılan bazı tartışmalarda, özel hukuk yaptırımlarının caydırıcılığın sağlanması bakımından kamu hukuku yaptırımlarını tamamlayıcı rolü üzerinde durulmaktadır. Örneğin, Van den Bergh ve Camesasca (2006, 330-333)'ya göre, özel hukuk yaptırımları kamu hukuku yaptırımlarını ikame edemez, bununla birlikte caydırıcılığın sağlanması bakımından yardımcı rol üstlenebilir⁴. Buna ek olarak yazarlar, özel çıkarlar ile kamusal çıkarların farklı olduğundan yola çıkarak özel tarafların uyuşmazlığı dava konusu yapma yönünde bir eğilimi olmayabileceğine işaret etmektedir. Adaletin tesisi bakımından özel hukuk yaptırımlarının rolünün, kamu hukuku yaptırımlarına göre tartışılmalı olduğu kabul edilmektedir. Zira özel hukuk yaptırımları ile ihlal sonucunda ortaya çıkan tüm zarar değil, ihlalden etkilenen

paylaşımı amaçlarıyla rakipler arasında yapılan rekabeti kısıtlayıcı anlaşma, uyumlu eylem veya düzenlemelerdir (OECD 1998, 3).

³ Caydırıcılık amacının öne çıktığı başka raporlar da bulunmaktadır. ICN tarafından düzenlenen 4. Yıllık Konferans sonucu hazırlanan raporda (2005, 52), kartellerin etkin cezalandırılma yolları hem genel boyutlarıyla hem de projeye katılan 19 ülkenin uygulama esaslarıyla ele alınmıştır. Buna göre, caydırıcılık amacı, geri ödetme amacının açık şekilde ötesine geçmektedir. Kartel soruşturmasında yaptırımların temel amacının caydırıcılık olduğu incelemeye katılan ülkeler tarafından ifade edilmiştir.

⁴ Benzer şekilde bkz. Rosochowicz (2005,15).

tarafların zararları tazmin edilmekte ve ihlal sebebiyle oluşan refah kaybı, zararın hesaplanmasında dikkate alınmamaktadır.

Caydırıcılığın sağlanması ve zararların ne derece tazmin edildiği noktaları, Blair (1980, 60) tarafından yapılan karşılaştırmada esas alınmaktadır. Özel hukuk yaptırımlarının uygulanmasına ilişkin sorunlar olabileceğine işaret edilmektedir. Bundan başka, özel hukuk yaptırımları caydırıcılık bakımından oldukça önemli olsa da, tarafların konuyu mahkemeye taşımama ihtimalleri, bu yaptırımların beklenildiği kadar etkili olmaması sonucunu doğurabilmektedir.

Dolayısıyla, kamu hukuku yaptırımlarının ihlallerin caydırılmasında ve cezalandırılmasında büyük bir öneme sahip olduğu, bununla birlikte uygulama sorunlarına rağmen özel hukuk yaptırımlarının etkili bir yaptırım sistemine ulaşılmasında tamamlayıcı rolünün bulunduğu anlaşılmaktadır.

1.2.2. Para Cezaları ve Diğer Yaptırımların Karşılaştırılması

Rekabet ihlalleri için öngörülen en yaygın yaptırım türleri, para cezaları, tazminat ödemeleri ve hapis cezaları olarak ortaya çıkmaktadır. Bu çerçevede yapılacak kısa bir karşılaştırma, para cezalarının diğer yaptırım türleri karşısındaki durumunun değerlendirilmesi bakımından faydalı olacaktır. Öncelikle para cezalarına ilişkin genel bilgilere yer verilecektir.

Dönmezer ve Erman (1999, 674): “para cezası, suç işleyen kimseden işlediği suça karşılık olarak bir miktar paranın alınması ve bunun kanun tarafından gösterilen yere ödenmesinden ibarettir” ifadeleriyle para cezasını tanımlamışlardır. Dönmezer ve Erman (1999, 675)’a göre para cezaları, hâkime geniş bir takdir imkânı vermesi sebebiyle, cezaların bireyselleştirilmesi bakımından en geniş imkânı sağlayan yaptırımlardır. Para cezalarının bölünebilirliği ve etkililiği olumlu yönlerini oluştururken, ekonomik durumu farklı kişilerde etkisinin farklı olması, suçlunun yakınlarını etkilemesi, uygulanmasındaki güçlükler ve para kıymetindeki düşüşler olumsuz yönlerini teşkil etmektedir (Ersoy 2002, 167)⁵.

Para cezalarının, rekabet ihlallerinin önlenmesindeki rolü, Wils (2006, 11) tarafından ortaya konulmaktadır. Wils’e göre para cezaları, ihlallerin engellenmesini üç farklı yolla sağlayabilir. İlk olarak, para cezaları vasıtasıyla firmalar için yakalanma ve cezalandırma tehdidi yaratılabilir. İkinci olarak, para cezaları yasaya uymak yönünde ahlaki mesaj göndererek etkili olabilir. Son olarak, para cezalarının ve diğer yaptırımların uygulanmasıyla rekabet ihlallerini devam ettirmenin maliyeti arttırılarak caydırıcılık sağlanabilir. Bu unsurların yanı sıra, toplanan para cezaları, rekabet ihlallerinden zarar gören kişilere gitmeyip

⁵ Para cezalarına ilişkin tartışmalar için ayrıca bkz. Erem, Danışman ve Artuk (1997, 738).

kamu bütçesine aktarılmaktadır ve dolaylı yolla zararın tazminini gerçekleştirerek adaletin tesisine katkı sağlamaktadır.

Para cezalarına ilişkin verilen bu genel bilgilerin ardından, *para cezaları ve tazminat ödemeleri* karşılaştırılabilir. Yapılan tartışmalarda genellikle tazminat ödemelerinin caydırıcılık ve zararın tazmini işlevleri üzerinde durulmakta, bununla birlikte uygulama sorunlarına dikkat çekilmektedir. Örneğin, Elzinga ve Breit (1972-1973, 697-698), tazminat ödemelerinin ve para cezalarının, caydırıcılığın sağlanması bakımından büyük öneme sahip olduğunu belirtmekle birlikte, tazminat miktarının hesaplanması ve uygulanmasının, para cezalarına kıyasla çok daha maliyetli olduğunu vurgulamaktadır. Ayrıca, tazminatın hesaplanmasında bireylerin ihlalin etkin bir şekilde cezalandırılmasından çok kendi zararlarının tazmini ile ilgilenmekte olduğuna ve kaynakların bu amaç için kullanıldığına dikkat çekilmektedir. Dolayısıyla, yazarlar tarafından para cezalarına dayanan bir sistemin tazminat sistemine göre daha az maliyetli ve daha etkin olduğu sonucuna ulaşılmaktadır⁶.

Bir diğer karşılaştırma, *para cezalarına ve hapis cezalarına* yönelik olarak yapılabilir. Bu konuda yapılan tartışmalar ise iktisadi etkinlik ve caydırıcılık noktalarında yoğunlaşmaktadır. Rosochowicz (2004, 755-756), hapis cezalarının caydırıcı yönüne dikkat çekmekte ve pek çok nedenden dolayı, rekabet ihlalleri bakımından caydırıcılığın sağlanması için hapis cezaları kadar etkili bir yaptırım türünün bulunmadığını ifade etmektedir. Bununla birlikte hapis cezasının uygulanmasındaki güçlükler dikkate alınarak, hapis cezalarının sistemli bir şekilde olmasa da para cezalarının yeterli caydırıcılığı sağlayamadığı durumlarda alternatif olarak kullanılması gerektiği savunulmaktadır.

İktisadi bir yaklaşım benimseyen Becker (1968, 179-180) yaptırım türlerinin maliyetinden yola çıkarak karşılaştırma yapmaktadır. Bu yaklaşıma göre, yaptırım türlerinin suçluya maliyeti, bu yaptırımları parasal değerlerine çevirmek suretiyle karşılaştırılabilir. Hapis cezasının maliyeti, vazgeçilmek zorunda kalınan kazançların ve özgürlüğe atfedilen değer toplamı olarak görülmektedir. Diğer cezalandırma yöntemleri ise toplumun diğer kesimlerini etkilemektedir. Örneğin, hapis cezaları gardiyanlar, hapishane binaları, yiyecek maliyeti gibi pek çok ayrı maliyet unsurunu içermektedir. Para cezalarının toplanma maliyetleri dışında topluma yüklediği bir maliyet bulunmadığından ve sosyal maliyeti “sıfır” olduğundan, transfer ödemesi bakımından uygun olduğu savunulmaktadır.

⁶ Benzer şekilde Rosochowicz (2005,5), tazminatın hem telafi etme hem de caydırma amacı taşıdığını ifade etmektedir. Bununla birlikte uygulamada doğru dengenin sağlanması ve gereksiz davalardan kaçınılması gerekmektedir. Zira bu davalar, bazı durumlarda yüksek maliyetlere sebep olabilecek ve aşırı caydırıcılığa yol açabilecektir.

Buraya kadar değinilen para cezaları, tazminat ödemeleri ve hürriyeti bağlayıcı cezalar bakımından daha kapsamlı bir karşılaştırma Elzinga ve Breit (1974, 960) tarafından yapılmakta ve bu yaptırımlar *caydırıcılık, maliyet ve bürokratik etkinlik* kriterleri bakımından karşılaştırılmaktadır. Çalışmada, ağır para cezalarının caydırıcılık bakımından etkili olduğu, düşük düzeyde uygulama maliyeti gerektirdiği ve bürokratik etkinsizliğe daha az duyarlı olduğu vurgulanmakta ve rekabet hukuku uygulamalarının temel aracı olması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Elzinga ve Breit (1974, 961), para cezalarını tam rekabetçi koşulların gerçekleştirilmesi için en elverişli araç olarak kabul etmektedir.

Bu aktarılanlar kapsamında, rekabete aykırı davranışa uygulanan para cezaları, hapis cezaları, tazminat veya diğer özel hukuk yaptırımlarının farklı avantajlar ve dezavantajlara sahip olduğu söylenebilir. Özellikle ekonomistler tarafından para cezalarının önemi vurgulanırken, etkili bir yaptırım sistemi için özel hukuk yaptırımlarının önemine veya daha üst düzeyde bir caydırıcılık için hapis cezalarının gerekliliğine işaret edenler de bulunmaktadır. Bununla birlikte kamu hukuku yaptırımlarının ve özellikle para cezalarının, caydırıcılığın sağlanmasında temel öneme sahip olduğu, uygulamada etkinlik sağladığı ve diğer yaptırım türlerinin ise daha çok tamamlayıcı rollerinin ağır bastığı anlaşılmaktadır. Uygulamada en yaygın yaptırım türü olan para cezaları (ICN 2005, 58), AB uygulamaları ile ülkemiz bakımından da temel öneme sahiptir.

1.3. UYGULAMADA PARA CEZALARI ve CEZA REHBERLERİ

Bu başlık altında para cezalarının genel uygulama esaslarına değinilecek, ceza miktarının belirlenmesi bakımından mevcut olan ortak yönler açıklanacak ve ceza rehberlerine ilişkin tartışmalar hakkında bilgi verilecektir.

1.3.1. Uygulamada Para Cezaları

Para cezalarına ilişkin uygulama esasları ülkeden ülkeye farklılık göstermekle birlikte, benimsenen yöntemler arasında bazı dikkat çekici ortak noktalar bulunmaktadır. Ülkeler genellikle rekabet mevzuatlarında rekabet ihlallerine uygulanacak yaptırımlara yer vermektedir. Bu çerçevede usule ve esasa ilişkin ihlallere uygulanacak yaptırımlar, cezaların hangi sınırlar dahilinde verilebileceği, kimlere ceza uygulanacağı, cezaların süreleri gibi hususlar düzenlemeye konu olmaktadır.

Cezaların hesaplanma yöntemlerinin şeffaflığı ise, uygulamada farklı şekillerde ortaya çıkmaktadır. Bazı ülkeler cezanın belirlenmesine ilişkin mevcut

standartlarını ve uygulamalarını kamuya açıklayan rehberler yayınlarken⁷, bazıları cezalandırma yöntemlerini detaylı bir şekilde duyurmak yerine olay bazında karar vermeyi tercih etmektedir (ICN 2005, 61).

Cezaların belirlenmesine ilişkin pek çok sistemde iki temel öge yer almaktadır. Öncelikle, cezanın üst sınırı belirlenmektedir (Calvino 2006, 4). Cezanın üst sınırı, bazı ülkelerde teşebbüsün yıllık cirosunun belli bir yüzdesi olarak, bazı ülkelerde belli bir sabit miktara karşılık gelecek şekilde, bazılarında ise her iki yöntem çerçevesinde tespit edilmektedir (ICN 2005, 59). Ardından somut olayın özellikleri dikkate alınmak suretiyle ceza miktarı hesaplanmaktadır. Ceza miktarının belirlenmesi ise genellikle iki aşamalı bir yöntemle gerçekleşmektedir: İlk olarak, belli faktörler ışığında *temel ceza miktarı* belirlenmekte, daha sonra belirlenen temel ceza miktarı, ihlalin niteliğinden kaynaklanan faktörlerin, tespit edilmiş yasal sınırların ve pişmanlık programı gibi unsurların dikkate alınmasıyla uyarlanmaktadır (Calvino 2006, 4).

İhlalin süresi, ceza miktarının belirlenmesinde dikkate alınan unsurlardan biridir ve farklı şekillerde değerlendirilebilmektedir. Bazı yaklaşımlar, tüm ihlal süresi boyunca gerçekleşen ticaret hacmini esas almaktadır. Diğer yaklaşımlar, hesaplamalarını son iş yılında veya belli yıllarda gerçekleşen ticaret hacmine dayandırmakta ve ihlalin süresini daha sonra hesaba katmaktadır. İhlalin süresine göre ceza miktarının belirli bir oranda artırılması (her yıl için % 10 artış gibi) ise kullanılan bir başka yöntem olarak ortaya çıkmaktadır (ICN 2005, 62).

Cezaların belirlenmesi, sadece temel miktarın hesaplanmasına dayalı aritmetik bir hesaplama olmayıp çeşitli unsurların dikkate alınmasını içeren bir süreçtir. İhlalden etkilenen pazar, rekabet üzerinde yaratılan gerçek etki, ihlali gerçekleştiren kişi veya kişilerin niyeti, ihlalde üstlenilen rol, soruşturma sürecinde işbirliğine gidilmesi ve ihlalin tekrarlanması, uygulamada değerlendirilen faktörler arasındadır (Calvino 2006, 7).

1.3.2. Ceza Rehberlerine İlişkin Tartışmalar

Yukarıda da açıklandığı üzere, rekabete aykırı davranışa uygulanacak cezaların belirlenmesi sürecini açıklayan rehberler benimsenmesi bazı ülkelerin tercih ettiği bir uygulamadır. Söz konusu rehberlerin olumlu ve olumsuz yönleri, farklı görüşler etrafında tartışılmaktadır.

Kamuya açık ceza rehberlerinin sahip olduğu faydalar Meulen ve Oers (2004, 225) tarafından açıklanmaktadır⁸. İlk olarak, şeffaf bir ceza politikası

⁷ ABD, AB, Hollanda, İngiltere ve Almanya bu ülkelerden bazılarıdır. ABD, AB ve Hollanda uygulamaları için bkz. 3 ve 4. Bölümler.

sonucunda, firmaların rekabet kanunu ihlal ettiklerinde karşılaşılabilecek cezayı daha kolay anlama imkânları olacaktır. Buna ek olarak, rehberler objektif değerlendirme ölçütü sağlayarak benzer olayların benzer şekilde çözümlenmesi bakımından eşitlik ilkesi ile de uyumludur. Son olarak, firmaları rekabete aykırı davranıştan caydıracak yüksek miktarda cezalar içeren şeffaf bir cezalandırma politikasının varlığı halinde, firmalar, cezalardan bağımsızlık sağlanması veya cezada indirimle gidilmesi karşılığında, dahil oldukları anlaşmalara ilişkin bilgileri açıklama eğiliminde olacaklardır.

Ceza rehberlerinin olumlu yönleri bu şekilde sıralanmakla birlikte, cezaların ne kadar tahmin edilebilir olması gerektiği tartışmalı bir konu olarak ortaya çıkmaktadır. Cezaların ne kadar öngörülebilir olursa o kadar etkin olacağını belirtenler bulunmakla birlikte, yüksek derecede bir öngörülebilirliğin sahip olduğu risklere dikkat çekenler de bulunmaktadır. Uygulamada uyumsuzlukların çeşitlilik göstermesi, tüm olaylarda uygun miktarda ceza verilmesini ve öngörülebilirliği sağlayan rehberlerin benimsenmesini olanaksız kılmaktadır. Dolayısıyla, bu yöndeki girişimlerin kaçınılmaz olarak cezaların caydırıcı olmamasına veya bazı olaylarda aşırı caydırıcı olmasına yol açacağı ifade edilmektedir (Wils 2007, 12). Bununla birlikte ceza miktarının hesaplanmasına yönelik bir sistem, hem yeterince detaylı hem de her farklı olayda olayın özelliklerini dikkate almayı sağlayacak kadar esnek düzenlenirse caydırıcılık amacına hizmet edecektir (Wils 1998, 254).

Buraya kadar yer verilen değerlendirmeler ışığında, rekabet ihlallerine uygulanan yaptırımların çeşitlilik göstermekle birlikte kamu hukuku yaptırımlarının ve para cezalarının önemli olduğu, uygulamada en yaygın yaptırım türü olan para cezalarının miktarının nasıl belirlendiğine ilişkin farklı yöntemlerin olduğu anlaşılmaktadır. Ceza miktarının belirlenme sürecini açıklayan rehberler, şeffaflık, eşitlik ve belirlilik açılarından çeşitli faydalara sahip olmakla birlikte, bu faydaların sağlanması ve rekabet ihlallerinin caydırılması bakımından rehberlerin nasıl düzenlendiğinin ve uygulandığının dikkate alınması gerekmektedir. Para cezalarının önemi, miktarının nasıl belirlenmesi gerektiği tartışmalarını da beraberinde getirmiş ve izleyen bölümde incelenecek olan “optimal ceza teorisi” bu tartışmaların merkezinde yer almıştır.

⁸ Benzer yönde bkz. Wils (2007, 11).

BÖLÜM 2

OPTİMAL CEZA TEORİSİ

Bir önceki bölümde ayrıntılı olarak yer verilen para cezalarının sahip olduğu önem, uygulamada bu cezalardan beklenen amaçların gerçekleştirilebilmesi için en uygun miktarın ne olması gerektiği sorusunu da beraberinde getirmiştir. Konuya ilişkin tartışmalar mevcut olmakla birlikte, “optimal ceza teorisi” gerek teorik kapasitesi gerekse uygulamadaki yansımalarıyla önemli bir başvuru kaynağı olarak ortaya çıkmıştır. Temellerinin yaptırımların amaçlarına kadar götürülebileceği teori, esas önemini başta ABD ve AB yaklaşımları olmak üzere uygulamada kazandığı geçerlilikten almaktadır. Zira, ileride ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere 1970’lerden sonra ABD’de cezalandırmanın amacı üzerinde yapılan vurguda değişiklik olmuş, cezanın suçun ağırlığına göre belirlenmesi veya optimal ceza teorisi çerçevesinde belirlenmesi gerektiği yönünde görüşler ortaya çıkmıştır⁹. Komisyon’un ceza politikasına ilişkin olarak benimsediği yeni yaklaşım da teorinin izlerini taşımaktadır. OECD ve ICN raporlarının incelenmesinden de uygulamada ceza düzeyinin belirlenmesinde teorinin taşıdığı etkiler anlaşılmaktadır. Bu çerçevede, çalışmanın bu bölümünde öncelikle optimal ceza kavramının ortaya çıkışı ve teorik temeli ele alınacaktır. Optimal ceza kavramı, zarar esaslı ve kazanç esaslı teoriler çerçevesinde ortaya konulduktan sonra, kavramın uygulamada nasıl ele alındığına yer verilecektir.

2.1. OPTİMAL CEZA KAVRAMINA YÖNELİK TEORİK TARTIŞMALAR ve OPTİMAL CEZA MİKTARININ BELİRLENMESİ

Optimal ceza kavramı, cezalandırmada caydırma amacı üzerinde yapılan tartışmalarla şekillenmiştir. İlk bölümde açıklandığı üzere, caydırıcılık yaklaşımında cezalandırma ile ihlalin topluma olan maliyetlerini kaldırmak ve böylece gelecekte işlenebilecek suçları engellenmek amaçlanmaktadır.

⁹ <http://www.usssc.gov/15-year/chap1.pdf> syf. 2.

Caydırıcılık, Becker (1968)'ın yaklaşımı ekseninde şekillenen ceza hukukuna ekonomik yaklaşım ile önem kazanmıştır (Wils 2001, 13). Cezalandırmaya ekonomik yaklaşım, temel olarak suçun yaratmış olduğu sosyal maliyetlerin azaltılmasıyla ilgilenmektedir. Bu yaklaşımda ceza, sosyal maliyetlerin minimize edildiği düzeyde ve caydırıcılığı sağlayacak şekilde belirlenmektedir. Cezaya, yasanın ihlal edilmesinin “fiyat”ı olarak bakılmakta ve piyasadaki oyuncuların “rasyonel” oldukları varsayımı altında hareket edilmektedir. Caydırmaya ekonomik yaklaşımda temel amaç ekonomik etkinliğin sağlanmasıdır (Yeung 63-64).

Bu yaklaşım çerçevesinde caydırıcılığın iki farklı türü bulunmakta ve optimal ceza miktarının hesaplanmasında da bu modeller belirleyici olmaktadır: “*optimal caydırıcılık*” (*diğerlerine verilen zarar modeli*) ve “*katı caydırıcılık*” (*haksız kazanç modeli*). *Optimal caydırıcılık modeli*, sadece etkin olmayan ihlallerin önlenmesi yoluyla optimal caydırıcılığın sağlanmasını amaçlamaktadır. Bu modelde, bir ihlalin, yaratmış olduğu maliyetleri dengeleyebilecek faydaları olabileceği kabul edilmektedir. Bu yaklaşıma göre optimal caydırıcılığın sağlanması için ihlal teşkil eden eyleme uygulanacak ceza, yol açtığı *zarara* eşit miktarda olmalıdır. Böylece ihlali gerçekleştiren kişinin ihlal sonucunda ortaya çıkan maliyetlere katlanması ve bu yolla zararı “içselleştirmesi” sağlanmaktadır. *Haksız kazanç yaklaşımına* göre ise, belirlenecek ceza -en azından- ihlalden elde edilen net *kazanca* eşit olmalıdır. İhlali gerçekleştirenin ihlal sonucunda elde edeceği haksız kazancın geri alınması, kanunu ihlal etmek için oluşan temel motivasyonu ortadan kaldıracaktır. Eğer bir kimse, ihlal sonucunda elde edeceği herhangi bir kazanç olmayacağını görürse, ihlali gerçekleştirmekten kaçınacaktır (Yeung 2004, 66-67)¹⁰.

Optimal ceza miktarını açıklamaya yönelik teoriler de bu tartışmalar etrafında gelişmiş ve cezalandırmanın neye dayanacağı noktasında yoğunlaşmıştır. Kimileri optimal cezanın belirlenmesinde ihlalin yaratmış olduğu zarardan yola çıkılması gerektiğini savunurken, kimileri ihlalden elde edilen kazanca dayalı bir hesaplama yapılması gerektiğini savunmaktadır. Optimal ceza kavramına ilişkin olarak yapılan tanımlarda, zarar veya kazançtan yola çıkılarak farklı unsurların dikkate alınmasıyla teori zenginleşmiş ve pek çok yazar tarafından tartışılmıştır¹¹.

¹⁰ Benzer bir ayrım için bkz. Wils (2006, 12).

¹¹ Optimal ceza kavramına ilişkin yapılan diğer tanımlarda da benzer noktalar üzerinde durulmaktadır. Bkz. Wehmhörnner (2005, 8); Camilli (2006, 575).

2.1.1. Zarar Esaslı ve Kazanç Esaslı Teoriler

Optimal ceza miktarını **zarara** dayandıran Becker (1968, 199), ihlalden elde edilen kazancın ihlal sonucunda ortaya çıkan zarardan fazla olması durumunda, zarara dayalı bir ceza ile hem zararın tazmin edilebileceğini hem de bu ceza miktarı ile sosyal açıdan olumlu kabul edilebilecek kimi davranışların devamının sağlanabileceğini öne sürmektedir. Becker (1968, 195), optimal ceza miktarını marjinal zarar ve maliyete dayandırmakta ve suçluların ekonomik durumlarını dikkate almamaktadır. Buna göre, eğer amaç suçtan kaynaklanan sosyal refah kaybının minimize edilmesi ise, cezalar, suçluların geliri, cinsiyeti veya ırkı gibi faktörlere bağlı olmaksızın suçlular tarafından yaratılan toplam zarara dayandırılmalıdır.

Landes (1983, 652), Becker (1968)'ı takip ederek, rekabet ihlalleri bakımından uygulanacak cezanın ne olması gerektiğini araştırmıştır. Landes (1983, 655), cezalandırmanın amacının etkinlik yaratan suçları değil, etkinlik yaratmayan suçları caydırmak olduğunu savunmaktadır. Optimal cezanın belirlenmesi için benimsenecek kural basittir: Ceza, suçlunun toplumun diğer üyelerine yaratmış olduğu net zarara¹² eşit olmalıdır. Eğer net zarar kuralı takip edilirse, suç, sadece suçlunun kazancı diğer kişiler üzerinde yaratılan zarardan fazla olduğunda işlenecektir ve örneğin bir kartel ancak kazanç zarardan az olduğunda caydırılacaktır.

Landes (1983, 657), yakalanma olasılığının birden küçük ve uygulama maliyetlerinin sıfırdan büyük olduğu durumlarda, optimal ceza kuralının bu duruma göre uyarlanması gerektiğini açıklamaktadır. Bu gibi durumlarda, optimal ceza, uygulama maliyetlerini içeren net zararın, yakalanma olasılığına bölünmesi yoluyla hesaplanacaktır. Buna göre, yakalanma olasılığı $\frac{1}{3}$ ve net zarar 160 ABD doları olduğunda, optimal ceza miktarı, $160 / \frac{1}{3} = 480$ ABD doları olacaktır.

Kazancı esas alan yaklaşıma göre, cezaların nasıl belirlenmesi gerektiği sorusuna ilişkin olarak verilen cevap ise, cezanın ihlalden elde edilen kazanca eşit veya bu kazancı bir miktar geçecek şekilde belirlenmesi olmaktadır. Potansiyel suçlu, ihlal sonucunda net bir fayda elde edemeyeceğinden ve ihlali işlemekte bir faydası kalmayacağından, bu ceza miktarı etkili caydırıcılığı sağlayacaktır (Wils 2001, 22). Beklenen ceza, nominal ceza miktarının cezanın etkili bir şekilde uygulanma olasılığı üzerinden iskonto edilmesi sonucunda ulaşılan miktara eşittir. Örneğin, yakalanma olasılığının $\frac{1}{5}$ olduğu bir durumda, beklenen ceza miktarı, nominal ceza miktarının beşte biri kadar olacaktır.

¹² Net zarar, doğrudan alıcılar tarafından ödenen yüksek fiyat ile dara kaybının toplamıdır (Connor 2006, 7).

Caydırıcılığın sağlanması için, nominal ceza miktarının beklenen kazancın¹³ en az beş kat fazlası olması gerekmektedir. Dolayısıyla caydırıcılığın sağlanması için minimum ceza miktarı, ihlalden beklenen faydanın, cezanın etkili uygulanma olasılığının tersi ile çarpımına eşittir (Wils 2006, 12).

Söz konusu yaklaşımların sahip oldukları üstünlükler veya eksiklikler çeşitli tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Camilli (2006, 579), zararı esas alan yaklaşımın bazı sakıncalar taşıdığına dikkat çekmektedir. Öncelikle, zararın hesaplanmasının, arz ve talep esnekliğinin bilinmesini gerektirdiği için zor olduğu ifade edilmektedir. İkinci olarak, hesaplama esas verilerin belirsiz olduğu ve teşebbüsler tarafından gizlenebileceği belirtilmektedir. Buna ek olarak, uygulama maliyetleri bakımından kazanca dayalı bir yaklaşımın daha avantajlı olduğuna yer verilmektedir¹⁴. OECD tarafından yayınlanan raporda ise (2002a, 72,77), “ideal” olanın uygulanacak yaptırımlar yoluyla ihlalden elde edilen gelirin geri alınması olduğu belirtilmektedir. Etkili bir yaptırımın, kazancın yanı sıra yakalanma olasılığını da dikkate alması gerektiği geniş kabul gören bir yaklaşımdır. Bununla birlikte, özellikle kartellerle yaratılan zararın büyüklüğünün gösterilmesi ve kartellere karşı etkili politikaların izlenmesi için zararın hesaplanması da gereklidir.

2.1.2. Yakalanma Olasılığı ve Beklenen Ceza

Yukarıda yer verilen her iki hesaplama yöntemi çerçevesinde, ceza miktarının hesaplanmasında önemli olan unsur, yakalanma ve cezalandırılma olasılığı olarak ortaya çıkmaktadır. Zira yakalanma ve cezalandırılmanın kesin olmadığı durumlarda, teşebbüsler nominal ceza miktarını değil, cezanın uygulanma ihtimali üzerinden iskonto edilmiş miktarını *-beklenen cezayı*¹⁵- esas alacaklardır. Örneğin, ceza miktarının 100 birim olduğu ve üç kartelden birinin yakalandığı varsayıldığında, beklenen ceza, nominal ceza miktarı olan 100 birimin 1/3’ü kadar -33 birim- olacaktır. Dolayısıyla caydırıcılık için beklenen

¹³ Van den Bergh ve Camesasca (2006, 313) beklenen faydayı ihlalin gerçekleşmediği duruma kıyasla elde edilecek ek kar-gelir olarak tanımlamaktadır. Beklenen fayda için ayrıca bkz. Elzinga ve Breit (1976, 117).

¹⁴ Buna karşılık Polinsky ve Shavell (1994, 427), kazancın ve zararın hesaplanması sürecinde ortaya çıkabilecek hata payını dikkate alarak cezanın, zarara dayandırılmasının daha etkin olduğunu savunmaktadır. Kazanca dayalı bir hesaplamanın, hesaplama hatalarına, zarara dayalı hesaplama yöntemine göre daha duyarlı olduğu belirtilmektedir. Bununla birlikte, yaptırımların uygulama maliyetlerinin yüksek olması halinde, kazanca dayalı hesaplama yönteminin uygulanabileceği de ifade edilmektedir. Böyle bir durumda tahmini kazanç miktarına ilave bir miktar eklenerek caydırıcılığın sağlanması mümkün olacaktır. Bu yaklaşım, zarara dayalı hesaplama yöntemine göre daha düşük uygulama maliyetlerine sahip olabilecektir.

¹⁵ Van den Bergh ve Camesasca (2006, 313) benzer bir şekilde beklenen cezayı yakalanma ve cezalandırılma olasılığı üzerinden iskonto edilen, ihlalin yakalanması ve cezalandırılması halinde uygulanacak ceza miktarı olarak tanımlamıştır.

cezanın toplam kazanç/zarara eşit olacak düzeyde belirlenmesi ve yakalanma olasılığının tersi ile çarpılması gerekmektedir (Veljanovski 2007, 21).

Ancak bu unsurun uygulamada belirlenmesi oldukça zordur. Bu yönde bir çalışma Bryant ve Eckard (1991, 531) tarafından yapılmıştır. Söz konusu çalışmada elde edilen sonuçlar, ABD Adalet Bakanlığı (DOJ) kararları esas alınarak hesaplanan rekabet ihlallerinin sürelerine dayanmaktadır. Çalışmada ulaşılan sonuca göre, belirli bir yılda yakalanma olasılığı % 13 - % 17 arasında ortaya çıkmaktadır.

2.2. OPTİMAL CEZA TEORİSİNİN UYGULAMA AÇISINDAN ÖNEMİ

2.2.1. Uygulamada Optimal Cezalar

Yukarıda temel unsurlarıyla açıklanan teorinin, uygulamadaki geçerliliği bazı noktalar bakımından tartışmalıdır. Teori, her ne kadar caydırıcı ceza miktarının tespitinde ve uygulanan ceza ile caydırıcılığı sağlayan ceza arasındaki farkı test etmekte başvuru kaynağı olsa da, unsurlarının hesaplanması kolay olmamaktadır. Teorinin ilk ögesini oluşturan karın veya zararın hesaplanması, arz talep esnekliği, fiyat artışı gibi pek çok unsurun belirlenmesini gerektirdiğinden oldukça maliyetlidir. Diğer unsur olan yakalanma olasılığının ise hesaplanması olanaksızdır, zira mevcut olan tüm ihlallerin bilinmesini gerektirmektedir. Dolayısıyla tam bir hesaplama yapılamamaktadır.

Bununla birlikte zarara veya kazanca verilen önem giderek artmakta ve cezalandırmada belirleyici olmaktadır. Rekabet otoriteleri, zararın veya karın dikkate alınmasını sağlamak üzere bazı varsayımlardan yararlanmaktadırlar. Bu kapsamda ihlal sonucunda elde edilen gelir dikkate alınmakta, rekabetçi fiyat ve uygulanan fiyat arasındaki fiyat artışı ile ihlalden etkilenen ticarete dayanan bir hesaplama yapılmaktadır (OECD 2002a, 71). Nitekim ileride ayrıntılarıyla açıklanacak olan ABD, AB ve Hollanda uygulamalarında ceza miktarı ihlalden elde edilen gelire dayandırılmak suretiyle caydırıcılığın sağlanması ve ihlalin gerçek etkisinin ortaya çıkartılması amaçlanmaktadır. Bazı ülkelerde ise, kazancın hesaplanabildiği durumlarda bu miktar üst sınır olarak dikkate alınmaktadır. Örneğin Almanya, İsviçre ve Yeni Zelanda'da ihlalden elde edilen kazancın üç katı, ABD'de kazancın ya da zararın iki katı dikkate alınabilmektedir (Oers ve Meulen 2004, 222)¹⁶.

¹⁶ ICN tarafından hazırlanan rapora göre, pek çok ülke uygulaması kazancın dikkate alınmasının gerekliliğine işaret etmekte, bununla birlikte hesaplama zorluklarına da dikkat çekmektedir. Bu zorluklar nedeniyle cezanın belirlenmesinde genellikle cironun belli bir yüzdesi esas alınmaktadır.

Uygulamadaki bu etkilerin yanı sıra, teori, izlenecek ceza politikası bakımından da önemlidir. Rekabet otoriteleri, caydırıcılığı sağlamak üzere yüksek cezalar vermeyi seçebileceği gibi, ihlalleri ortaya çıkartmaya daha fazla kaynak ayırarak ve cezalandırma tehdidini arttırarak da caydırıcılık sağlayabilir. İşte teori, bu noktada bir açılım sağlamaktadır. Yukarıda açıklandığı üzere, suç işleyip işlememe konusunu değerlendiren bir firma bakımından caydırıcılığın sağlanması, beklenen ceza miktarının ihlalden beklenen fayda/zararı geçmesini gerektirmektedir. Beklenen ceza miktarı ise nominal ceza miktarının, cezanın etkili bir şekilde uygulanma olasılığı üzerinden iskonto edilmesi sonucunda ulaşılan miktara eşittir. Bu durumda, caydırıcılık birbirinden farklı ceza düzeyleri ve yakalanma olasılıkları kombinasyonlarıyla sağlanabilir. Aynı sonuca yüksek cezalar ve düşük yakalanma olasılıkları veya düşük cezalar ve yüksek yakalanma olasılıklarıyla ulaşılabilir (Wils 2006, 17). Hangi seçeneğin daha etkili bir caydırıcılık sağlayacağı ise, firma yetkililerinin risk tercihleri ışığında değerlendirilebilir. Zira firma yetkililerinin ihlalden bekledikleri fayda, risk eğilimlerine göre değişecektir. Risk eğilimleri, aşağıdaki tablo yardımı ile açıklanabilir.

Tablo 1 - Risk Eğilimleri

Risk Eğilimi	Seçilen Kombinasyon		Seçilmeyen Kombinasyon	
	Kayıp Miktarı	Olasılık	Kayıp Miktarı	Olasılık
Riskten Kaçınan	Düşük	Yüksek	Yüksek	Düşük
Risk Tercih Eden	Yüksek	Düşük	Düşük	Yüksek

* Kaynak: Elzinga ve Breit (1972-1973, 699)

Riskten kaçınan bir kişi, yüksek yakalanma olasılığının ve düşük ceza miktarının olduğu bir sistemde rekabeti ihlal etme eğiliminde olurken, risk tercih eden kişi düşük yakalanma olasılığının ve yüksek cezanın bulunduğu bir sistemde rekabeti ihlal etme eğiliminde olacaktır. Dolayısıyla katılımcıların risk tercihi belirleyici olmaktadır. Günümüzde işadamları önceki dönemlere göre riskten kaçınma eğilimi gösterdiklerinden, yüksek cezalar ve düşük yakalanma olasılığından oluşan bir sistemin caydırıcılığı sağlayacağı kabul edilebilecektir (Elzinga ve Breit 1972-1973, 699,705). Rekabet otoriteleri, ceza politikalarını, yakalanma olasılığını arttırmak için uygulama maliyetlerini yükseltmek yerine, ceza miktarını arttırmak üzerine kurabilirler. Ancak yüksek cezaların yaratabileceği bazı sakıncalar bulunmaktadır ve izleyen bölümde açıklanacaktır.

Böyle bir yaklaşımın daha açık mesajlar gönderdiği ve daha etkili olduğu kabul edilmektedir (ICN 2005, 59).

2.2.2. Caydırıcılığın Sınırı: Firmaların Ödeme Yeterliliği

Yüksek cezalar ve düşük yakalanma olasılığından oluşan bir kombinasyonu benimsemeye yönelik bir strateji, çeşitli sakıncalar taşımaktadır. Birincisi, yüksek miktarlı ancak çok fazla uygulanmayan cezalardansa sıklıkla uygulanan cezalar daha etkin olacaktır. İkincisi, cezaların yüksek belirlenmesi firmaların ödeme yeterliliğini zorlamanın yanı sıra sosyal ve ekonomik açıdan pek çok sorun doğuracaktır (Wils 2006, 18).

Bu noktada, caydırıcılığın nereye kadar geçerli olması gerektiği bir başka sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Firmaların yüksek cezalar sebebiyle iflas etmeleri, rakiplerden birinin pazar dışına itilmesi anlamına gelecek ve bu durum ileride tekelleşmeye sebep olabilecektir¹⁷. Orantısallık ilkesi gereğince, ihlale katılanların ekonomik kapasiteleri ile orantılı olarak cezalandırılmaları ve cezanın bu firmaların finansal kapasitelerini zorlayacak büyüklükte olmaması gerekmektedir. Aksi halde daha büyük ekonomik ve sosyal kayıplar ortaya çıkacaktır. Uygulamada genellikle rekabet mevzuatında cezalar için bir üst sınır konulması veya ödeme yeterliliğinin cezanın belirlenme koşullarından birisi olarak dikkate alınması suretiyle¹⁸ bu sorun giderilmeye çalışılmaktadır (Calvino 2006, 10). Frese (2005, 14) ise, uygulanacak ceza miktarının firmanın ödeme yeterliliğinin üzerinde olması durumunda bu durumun cezanın azaltılmasını gerektirmeyeceğini, rekabet otoriteleri ile firmalar arasında yapılacak anlaşmalarla ödeme koşullarının belirlenebileceğini ve bu durumun sorun oluşturmayacağını ifade etmektedir. Bundan başka, cezaların caydırıcılığı için ceza üst sınırlarının kaldırılması gerektiğini¹⁹ belirtmektedir.

Bu bilgiler ışığında, optimal ceza teorisinin caydırıcılık yaklaşımı ekseninde şekillendiği, teorik kapasitesinin yüksek olmasına karşın uygulamada karşılaşılan hesaplama zorlukları sebebiyle uygulanırlığının tartışmalı olduğu söylenebilir. Bununla birlikte, teori, getirmiş olduğu kavramlarla pek çok sistemi etkilemiş ve izlenmesi gereken bir rehber halini kazanmıştır. Kazancın veya

¹⁷ Bu durum bir örnekle de açıklanabilir. Bir pazarda faaliyet gösteren beş firmanın kartel oluşturduğu, firmalardan dördünün finansal kapasiteleri kısıtlı firmalar olduğu, beşinci firmanın ise diğer pazarlarda da aktif olan büyük bir şirketin bağlı kuruluşu olduğu kabul edilsin. Bu örnekte, kartel oluşumunda eşit role sahip olduğu varsayılan bu beş firmanın caydırıcılık bakımından yüksek cezalarla cezalandırılması gerektiği savunulabilir. Ancak böyle bir durumda dört küçük firmanın pazar dışına itilmesi ve beşinci büyük firmanın pazarda belirleyici hale gelmesi büyük bir risk olarak ortaya çıkacaktır. Pazar yapısının zarar görmemesi için, uygulanacak yüksek miktarlı ceza, firmaların ödeme yeterliliklerine göre farklılaştırılmalıdır (Wils 2006, 27).

¹⁸ Uygulamada ödeme yeterliliği farklı şekillerde ele alınmaktadır. Bazı ülkeler bu unsuru nihai cezanın belirlenmesinde hafifletici faktör olarak dikkate alırken, bazıları taksitle ödeme imkânı sunmakta, bazı ülkeler ise cezayı erteleyebilmektedirler (ICN 2005, 63).

¹⁹ Ceza üst sınırının kaldırılmasına yönelik tartışmalar için ayrıca bkz. Maks, Schinkel ve Bos (2005, 7); Augustin ve Haberman (2007, 5-7).

zararın katlarını alarak ceza miktarının hesaplanmasını öngören pek çok sistem, teorinin izlerini taşımaktadır. Bir sonraki bölümde uygulamada ceza miktarlarının belirlenmesi incelenirken, teorinin etkileri de tartışılmaya çalışılacaktır.

BÖLÜM 3

AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ UYGULAMALARI

Para cezalarının hangi düzeyde belirlenmesi gerektiğine ilişkin olarak yapılan ve bir önceki bölümde ortaya konulan tartışmalardan başka, uygulamada bu cezaların nasıl belirlendiği, incelenmesi gereken diğer bir konudur. Bu kapsamda cezalandırma politikasının farklılığı ve ceza miktarının belirlenmesinde optimal teorinin sahip olduğu etkiler dikkate alınarak ABD sistemi ele alınmaktadır. Çalışmanın bu bölümünde ABD uygulamalarında para cezaları bakımından önemli olan yasal düzenlemelere kısaca yer verildikten ve ABD ceza politikasına ilişkin genel bilgiler sunulduktan sonra, ceza miktarının belirlenme yöntemi açıklanacaktır. Söz konusu yöneme ilişkin yapılan tartışmalara da bölümün sonunda yer verilecektir.

3.1. YASAL DÜZENLEMELER ²⁰

ABD uygulamalarında rekabete aykırı davranışa uygulanacak yaptırımlar, ilk olarak 1890 tarihli Sherman Yasası²¹ ile düzenlenmiştir. Sherman Yasası farklı yasalarla değiştirilmiş ve bu değişikliklerle yasada öngörülen cezaların üst sınırları yükseltilmiştir. Şirketler için ceza üst sınırı 1955 yılında 50.000 ABD dolarına, 1974 yılında 1.000.000 ABD dolarına, 1990 yılında 10.000.000 ABD dolarına ve 2004 yılında 100.000.000 ABD dolarına çıkartılmıştır. Kişiler için öngörülen cezaların üst sınırı ise 1974 yılında 100.000 ABD dolarına, 1990 yılında 350.000 ABD dolarına ve 2004 yılında 1.000.000 ABD dolarına çıkartılmıştır. Maksimum hapis cezası süresi ise 1974 yılında üç yıla ve 2004 yılında on yıla çıkartılmıştır²².

²⁰ Esasen farklı yasalarda rekabete aykırı davranışa uygulanacak yaptırımlar düzenlenmiş olsa da, burada çalışmanın amacı ve sınırları bakımından temel düzenlemelere yer verilecektir.

²¹ Sherman Act, 2.7.1890, 15 U.S.C. § 1-7.

²² Act of July 7, 1955, Pub. L. No. 84-135, 69 Stat. 282; Antitrust Procedures and Penalties Act, Pub. L. No. 93-528, § 3, 88 Stat. 1706 (1974); Antitrust Amendments Act of 1990, Pub. L. No.

Antitröst hukukunda uygulanan bir diğer ceza yasası Robinson-Patman Yasası'dır²³. Yasa, bölgesel fiyat ayrımcılığını, rakibi piyasa dışına çıkarmak amacıyla olağan dışı düşük fiyat uygulamayı ve indirimler yoluyla ayrımcılık yapmayı suç saymaktadır. Yasa ile rekabete aykırı davranışa 5.000 ABD dolarına veya bir yıla kadar hapis cezası verilebileceği düzenlenmişse de, bu hüküm nadiren uygulanmıştır (Hovenkamp 1999, 71).

1980'li yıllarla birlikte cezalandırma sürecini etkileyen üç önemli yasa kabul edilmiş, genel olarak cezalandırma sisteminde önemli değişiklikler olmuş, bunun yanı sıra antitröst davalarında esas alınacak ceza üst sınırı da yeniden şekillenmiştir. Bu yasalar tüm suçlar bakımından öngörülen düzenlemeler olduğundan, antitröst uyuşmazlıklarını da içermekte ve antitröst uyuşmazlıkları bakımından alternatif bir üst sınır getirmektedir. Bunlar, 1984 tarihli Cezalandırma Reformu Yasası²⁴ ve bu yasa da önemli eklemeler ve değişiklikler getiren 1984 tarihli Kriminal Ceza Uygulama Yasası (Ceza Uygulama Yasası)²⁵ ile 1987 tarihli Kriminal Ceza Yasası²⁶ dır (Herron 2002, 940).

Bu düzenlemelerden ilki olan **Cezalandırma Reformu Yasası**, federal cezalandırma politikası ve uygulamalarında önemli değişikliklere yol açmıştır. Yasanın amaçları arasında, cezalandırma süreci için yetkili bir otorite kurulması, cezalandırma farklılıklarının ortadan kaldırılması ve suçla mücadelenin geliştirilmesi için zorunlu cezalandırma rehberleri benimseyecek bağımsız, uzman bir komisyon kurulması yer almaktadır. Yasa ile cezalandırma komisyonları aracılığı ile cezalandırma sürecine ilişkin olarak veriler toplanmasının sağlanması ve genel olarak cezai davranışlara ilişkin bilginin artırılması amaçlanmıştır²⁷.

Bu çerçevede yasanın amaçları iki grupta toplanabilir. İlk grup, cezalandırma sürecinde belirlilik ve şeffaflık sağlanması ve eşitsizliklerin kaldırılması amaçlarını içermektedir. İkinci grup ise, cezalandırma politikasının genellikle ödetme, caydırma, hürriyeti bağlama ve rehabilitasyon olarak sıralanan amaçlarının gerçekleştirilmesini sağlayacak politikaların benimsenmesine ilişkindir²⁸. Yasanın benimsenmesinde, cezalandırma politikasındaki değişikliğin izleri görülmektedir. Hâkimlerin geniş takdir yetkisi, şartlı tahliye uygulamaları ve belirsiz ceza süreleri, "rehabilitasyon" ilkesinin cezalandırmada esas alınmasının bir sonucudur. Bununla birlikte 1970'lerden

101-588, § 4(a), 104 Stat. 2879, 2880; Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004, Pub. L. No. 108-237, § 215, 118 Stat. 665, 668.

²³ Robinson Patman Act of 1936, 15 U.S.C. § 13.

²⁴ The Sentencing Reform Act, Pub. L. No. 98-473, Title II § 212 (a) (2), 98 Stat. 1987, 1995.

²⁵ Criminal Fine Enforcement Act, Pub. L. No. 98-596, § 6, 98 Stat. 3136, 3137-38.

²⁶ Criminal Fines Improvement Act, Pub. L. No. 100-185, 101 Stat. 1279.

²⁷ <http://www.ussc.gov/SIMPLE/sra.htm>.

²⁸ 18 U.S.C. §§ 3551. Ceza politikasının amaçları için bkz. Bölüm 1.

sonra cezalandırma politikasına yönelik yaklaşımda değişiklik olmuş, cezanın suçun ağırlığına göre belirlenmesi veya optimal ceza teorisi çerçevesinde hesaplanması gerektiği yönünde görüşler kabul edilmiştir²⁹.

Cezalandırma Reformu Yasası'nda cezalandırma sürecinde dikkate alınacak unsurlara yer verilmektedir. Buna göre, cezanın belirlenmesinde suçun niteliği, suçlunun özellikleri ve geçmişi ile cezalandırma politikasının amaçları esas alınmalı ve benzer suçlara farklı cezaların uygulanmasından kaçınılmalıdır. Bundan başka, suçlunun geliri, suçun yaratmış olduğu zarar, zararın tazmin edilip edilmediği ve şirket büyüklüğü gibi unsurlar da değerlendirilmelidir³⁰.

Yasa ile cezaların üst sınırı da düzenlenmektedir. Buna göre, ağır suç işleyen şirketler için 500.000 ABD doları üst sınır olmak üzere ceza verilebilecektir. Ancak Sherman Yasası'nın 1974 değişikliği ile şirketler için verilecek cezalarda üst sınırın 1.000.000 ABD doları olarak belirlenmesi sebebiyle, düzenlenmiş olan bu üst sınır herhangi bir etkiye sahip olmamıştır. Bununla birlikte Yasa'nın ceza düzeyi üzerindeki etkisi, esasen yaratmış olduğu tartışmalardan kaynaklanmıştır. Yasa ile iki kat kazanç/zarar hükmü önerilmiş ve şirketlerin haksız kazanç elde etmelerinin engellenmesi amaçlanmıştır. Ancak bu yaklaşım o dönemde şirketlerin itirazı sebebiyle kabul edilmemiştir. Bu gelişmelere rağmen aynı yıl, **Ceza Uygulama Yasası** kabul edilmiş ve iki kat kazanç/zarar hükmü Cezalandırma Reformu Yasası'na eklenmiştir³¹. Böylece cezalandırma sürecini karmaşıklaştırmadığı ve sürecin uzamasına neden olmadığı durumlarda, suçlunun ihlalden elde etmiş olduğu kazancın veya ihlalle yaratmış olduğu zararın iki katının, cezanın üst sınırı olarak belirlenebileceği kabul edilmiştir³².

Cezalandırma Reformu Yasası'nda, **Kriminal Ceza Yasası** ile yapılan değişiklikle, suçludan başka birinin ihlalden kazanç elde etmesi durumunda alternatif bir cezanın uygulanması için mahkemelere yetki verilmiştir. Buna göre, suçlunun, davranışının başka birisinin kazanç elde etmesine yol açacağını bildiği veya böyle bir amacının bulunduğu durumlarda, mahkemenin diğer tarafın elde ettiği gelirin iki katına dayanan bir miktar uyarınca ceza verebileceği düzenlenmiştir³³.

²⁹ <http://www.ussc.gov/15-year/chap1.pdf>, syf. 2.

³⁰ 18 U.S.C. § 3553, 3572–3574.

³¹ <http://www.abanet.org/antitrust/at-comments/2002/06-02/ussentencingcomments.pdf>, syf. 12-13.

³² 18 U.S.C. § 3571. DOJ yetkilisi Scott D. Hammond tarafından yapılan bir konuşmada, dikkate alınacak kazanç veya zararın, sadece ihlali gerçekleştiren kişiye atfedilen zarar veya kazanç olmayıp tüm kartelden elde edilen kazanç veya kartelle yaratılan zarar olduğu ifade edilmiştir (Hammond 2005, 7).

³³ 18 U.S.C. § 3571 (d).

Görüldüğü üzere, öncelikle rekabet ihlallerine uygulanacak ceza miktarı Sherman Yasası'nda yapılan değişikliklerle arttırılmıştır. Cezalandırma Reform Yasası ve sonrasında yapılan değişikliklerle ise, bir yandan cezalandırma politikasının amaçları ortaya konulmuş ve cezalandırma sürecine belirlilik kazandırılması amaçlanmış, diğer yandan rekabet ihlallerine uygulanacak cezalar için alternatif bir üst sınır getirilerek, ihlalden elde edilen kazancın veya ihlalin yol açtığı zararın dikkate alınması sağlanmıştır.

3.2. CEZALANDIRMA REHBERİ³⁴ ve CEZA MİKTARININ BELİRLENMESİ

3.2.1. Cezalandırma Komisyonu ve Cezalandırma Rehberi

1984 tarihli Cezalandırma Reform Yasası'nın getirmiş olduğu en önemli yeniliklerden birisi, Cezalandırma Komisyonu'nun (*Sentencing Commission*) (CK) kurulmasını öngörmüş olmasıdır. CK, bağımsız bir otorite olup amaçlarından ilki, federal suçlara uygun miktarda cezaların verilmesini öngören rehberlerin hazırlanması da dahil olmak üzere, federal mahkemeler için cezalandırma politika ve uygulamalarını belirlemektir. CK'nın bir diğer amacı, Kongre, uygulayıcılar, mahkemeler, akademisyenler de dahil olmak üzere tüm toplum için federal suç ve ceza konularına ilişkin olarak bilgi toplamak, analiz etmek ve paylaşmaktır (Desiso 2004, 562).

Yasa ile CK'nın yukarıda belirtilen cezalandırma reformu hedeflerinin gerçekleştirilmesini sağlayacak rehberler çıkarması düzenlenmektedir. CK tarafından düzenlenen rehberler, cezalandırma politikasının amaçlarının birleştirilmesini esas almaktadır. Ayrıca, suçla ilgili ağırlaştırıcı ve hafifletici unsurların dikkate alınmasına imkân tanıyacak yeterli esneklik korunurken, benzer suçlar işleyen ve benzer karaktere sahip suçlular arasında eşitsizliklerin yaratılmasını önleyerek cezalandırma sürecinde belirlilik ve adalet sağlanması amaçlanmaktadır³⁵.

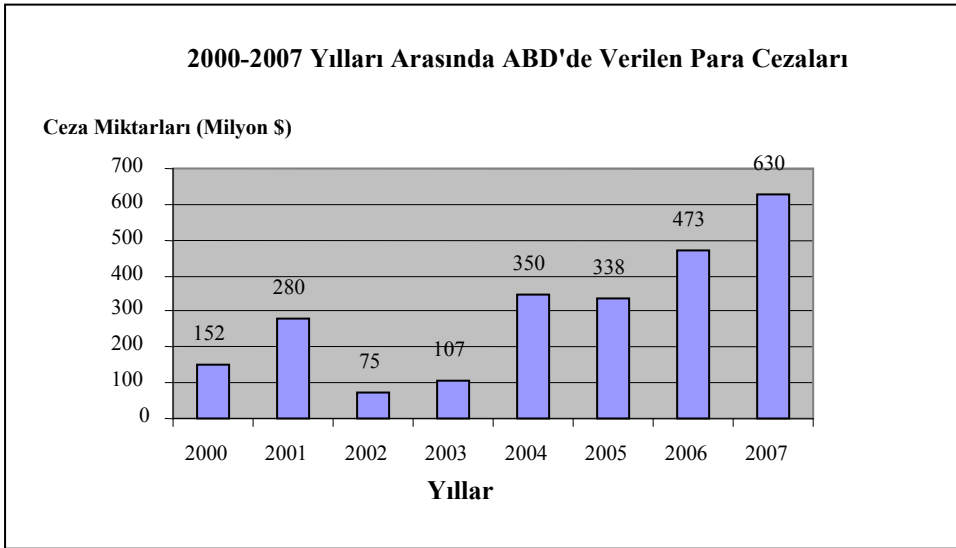
1987 yılında kabul edilen Rehber, rekabet ihlalleri dışında şirketleri kapsamına almamış ve doğrudan gerçek kişilerin cezalandırılmasına ilişkin ilke ve esaslara yer vermiştir (Parker 1989, 18). Gerçek kişiler yanında, kamu-özel

³⁴ U.S. Sentencing Guidelines Manual § 2R1.1, 1.11.2006.

³⁵ http://www.amc.gov/commission_hearings/pdf/Charles_R_Tetzlaff-nited_States_Sentencing.pdf, syf.2. Rehber ile ceza miktarlarının da arttırılmış olması amaçlanmakla birlikte, Rehber'in ceza düzeyine etkisine ilişkin olarak yapılan ampirik çalışmalarda farklı sonuçlara ulaşılmıştır. Parker ve Atkins (1999, 423), 1992 ve 1995 yılları arasında Rehber'e dayanılarak verilen cezalarla Rehber öncesi dönemde verilen cezaları karşılaştırmışlar ve ceza düzeyinde bir artış tespit edememişlerdir. Bununla birlikte, Alexander, Arlen ve Cohen (1999, 393), uygulanan cezaların Rehber öncesi döneme göre artmış olduğunu tespit etmişlerdir.

ayrımı yapılmaksızın ortaklık, işçi sendikası, tröst, kâr amacı gütmeyen şirketler gibi tüm organizasyonların cezalandırma sürecini belirleyen Rehber ise 1991 yılında kabul edilmiştir. Bu Rehber özellikle öç alma ve caydırma prensipleri üzerine kurulmuştur (Desiso 2004, 559). 1991 Rehberi, gerçek kişilerin cezalandırılması bakımından esas noktayı, para cezasından hapis cezasına çevirmiştir. Rekabet ihlalleri bakımından ihlali gerçekleştiren kişinin ihlalde oynadığı rol, dikkate alınacak unsurlar arasına eklenmiştir. Rehber, şirketler bakımından da ağır cezaların uygulanmasını sağlayacak düzenlemeler getirmiştir (Herron 2002, 936). Aşağıdaki tabloda, yasal düzenlemelerle üst sınırı artan para cezalarının uygulamada da giderek artan miktarlara ulaştığı görülmektedir³⁶.

Tablo 2 - ABD’de Verilen Para Cezaları



* Kaynak: Hammond (2007, 9)

3.2.2. Ceza Miktarının Belirlenmesi

Yukarıda verilen bilgiler çerçevesinde, rekabete aykırı davranışa uygulanacak ceza miktarının herhangi bir alt sınıra tabi olmaksızın, Cezalandırma Rehberi ışığında ve Sherman Yasası ile Cezalandırma Reform Yasası’nda öngörülen üst sınırlar dahilinde belirleneceği anlaşılmaktadır³⁷.

³⁶ 100 Milyon ABD doları ve üzerinde verilen cezalar için bkz. Ek-1.

³⁷ Her ne kadar Sherman Yasası’nda ihlal türleri arasında bir ayrıma gidilmemiş ve açık ihlaller, tekelleşme suçu ve dikey sınırlamalar bakımından benzer cezalar öngörülmüş olsa da, gerçekte cezaların nasıl belirlendiğinin ve uygulandığının anlaşılması için Cezalandırma Rehberi’ne

Rehber’de açık ihlaller ve diğer ihlal türleri arasında ayırım yapılmakta ve nedeni açıklanmaktadır. Rehber’de, her ülkede yasaklanmasa da, bazı ihlal türlerinin -yatay fiyat belirleme, ihalede danışıklılık, yatay pazar paylaşımı gibi- ağır ekonomik kayıplar yaratabileceğine dair neredeyse evrensel bir kabul bulunduğu belirtilmektedir. Bununla birlikte, diğer ihlal türlerinin yaratmış olduğu zarara ilişkin böyle bir görüş birliği bulunmamaktadır. Sonuç olarak, ticaretin kısıtlanması sonucunu doğuran yatay anlaşmalar için rehber düzenlenmiş ve bu suçlara verilecek cezanın esasları belirlenmiştir³⁸.

Rehber’e göre nihai ceza miktarına ulaşılması için öncelikle cezaya esas miktarın, **temel cezanın**, hesaplanması gerekmektedir. Rekabet ihlalleri için temel cezanın belirlenmesinde sürecin basitleştirilmesini sağlamak amacıyla bir varsayımdan hareket edilmekte ve ticaret hacminin (*volume of commerce*)³⁹ % 20’sinin cezaya esas miktar olarak alınacağı düzenlenmektedir. Bu varsayımın arkasında yatan nedenler Rehber’de açıklanmaktadır. Buna göre, mahkemelerin şirketler için ceza miktarının belirlenmesinde, ihlalden elde edilen kazancı veya ihlal sonucunda yaratılmış olan zararı dikkate alması gerekmektedir. Fiyat belirleme eyleminden elde edilen ortalama gelirin, satış fiyatının % 10’u kadar olduğu tahmin edilmektedir. Bunun sonucunda ortaya çıkan zarar, elde edilen kazançtan fazladır, zira diğer birçok nedenin yanı sıra, ortaya çıkan zarar, belli bir ürünü fiyatı yükseldiği için veya başka sebeplerle almayan tüketiciler üzerine yüklenmektedir. Zarar, elde edilen gelirden fazla olacağından, ticaret hacminin % 20’sinin cezaya esas miktar olarak alınacağı kabul edilmektedir. Ticaret hacminin esas alınmasıyla, gerçek zararın veya kazancın hesaplanmasındaki güçlüklerden ve zaman kaybından kaçınılması amaçlanmaktadır. Gerçek tekelleri fiyatlamasının % 10’un altında veya üstünde olduğunun anlaşılması durumunda ise bu faktörün, cezanın belirlenmesi sürecinde dikkate alınacağı Rehber’de yer almaktadır⁴⁰.

bakılması gerekmektedir. Uygulamada açık ihlaller bakımından ceza miktarının tespitinde Cezalandırma Rehberi’nde öngörülen yöntem dikkate alınırken, açık ihlaller dışındaki ihlal türleri genellikle hukuk davaları ile çözümlenmekte, ihtiyati tedbir veya tasfiye uygulamalarına gidilmekte, tazminat davaları ile finansal yaptırım uygulanabilmektedir. Bu tedbirler cezalarla benzer amaçlara sahip olmaktadır (Wise 2004, 200-205).

³⁸ U.S. Sentencing Guidelines Manual § 2R1.1, syf. 291.

³⁹ Rehber’e göre ticaret hacmi, ihlali gerçekleştiren kişinin veya temsilcisinin, ihlalden etkilenen mal ve hizmet ticaretinin hacmidir.

⁴⁰ İhlalin ihalelerde danışıklılık eylemine ilişkin olması halinde ise, ticaret hacminin belirlenmesinde ihlali gerçekleştiren kişinin vermiş olduğu en yüksek teklifin esas alınacağı veya ticaret hacminin 1.000.000 ABD dolarından az olamayacağı düzenlenmiştir. İhalelerde danışıklılığın ayrı bir düzenleme gerektirmesinin sebebi, ihlalin ağırlığının olduğundan düşük tahmin edilmesi riskidir. Örneğin, yapılan anlaşma uyarınca diğer ihalenin kazanılacak olması sebebiyle ilk teklifte olağan dışı yüksek veya düşük fiyat verilmiş ve böylece büyük zarar yaratılmış olmasına rağmen ticaret hacmi sıfır olarak gerçekleşmiş olabilir. Böyle bir durumda,

Temel ceza miktarının belirlenmesinin ardından **suç skoru** belirlenmektedir. Bu aşamada beşten başlanarak Rehber’de yer verilen unsurlar ve bu unsurlara verilen puanlar ışığında suç skoruna ulaşılmaktadır. Örneğin, üst düzey yönetimin eyleme katılmasına ve şirketin personel sayısına bağlı olarak 1’den 5’e kadar puan eklenmektedir. İhlalin tekrarlanmasına bağlı olarak 1 veya 2 puan kadar arttırma yapılmaktadır. Daha önce verilen bir mahkeme kararına aykırı davranma veya öngörülen şartlara uyulmaması halinde yine 1 veya 2 puan ekleme yapılmaktadır. Yerinde incelemenin engellenmesi durumunda 3 puan arttırılmaktadır. İhlalin uyum programı altında gerçekleştirilmesi halinde 3 puan çıkartılmaktadır. Son olarak eylemi bildirme, soruşturma kapsamında tam işbirliği ve sorumluluğun kabul edilmesi durumunda, 1, 2 veya 5 puan çıkartma yapılmakta ve suç skoruna ulaşılmaktadır⁴¹. Ceza miktarının hesaplanmasında kullanılacak **minimum ve maksimum çarpanlar** ise suç skorundan elde edilmektedir. Dolayısıyla minimum ve maksimum çarpanlar, suç skoruna karşılık gelen sayılardır⁴².

Tablo 3 - Suç Skoru ve Çarpanlar

Suç Skoru	Minimum Çarpan	Maksimum Çarpan
10 veya fazla	2,00	4,00
9	1,80	3,60
8	1,60	3,20
7	1,40	2,80
6	1,20	2,40
5	1,00	2,00
4	0,80	1,60
3	0,60	1,20
2	0,40	0,80
1	0,20	0,40
0 veya az	0,05	0,20

mahkeme cezası Rehber’de öngörülen aralık dahilinde mümkün olan en üst düzeyde belirlemelidir (U.S. Sentencing Guidelines Manual § 2R1.1, d (1), d (3), 290-291).

⁴¹ U.S. Sentencing Guidelines Manual § 8C2.5. Bu hususlar çalışmanın ekinde yer verilen bir tablo yardımı ile açıklanmıştır. Bkz. Ek-2.

⁴² U.S. Sentencing Guidelines Manual § 8C2.6.

Minimum ve maksimum çarpanların cezaya esas miktarla çarpılması suretiyle ceza aralığı belirlenmektedir⁴³. Bu çerçevede süreç şu şekilde özetlenebilir:

Şema 1 - ABD’de Ceza Miktarının Belirlenmesi

Ticaret Hacminin < Takdir Edilebilecek Ceza Miktarı < Ticaret Hacminin
% 20’si x min. Çarpan % 20’si x maks. Çarpan

Rekabet ihlalleri için çarpanın 0,75’den düşük olamayacağı belirtilmektedir⁴⁴. Bu durumda rekabet ihlalleri için ceza miktarı aralığı ticaret hacminin % 15’i (% 20 x 0,75) ile % 80’i (% 20 x 4) olacaktır.

Hesaplanan ceza miktarı aralığının Sherman Yasası’nda öngörülen sınırların altında kalması halinde başka bir işleme gerek kalmadan ceza miktarı uygulanmaktadır. Ancak belirlenen aralık, Sherman Yasası’nda öngörülen sınırların üzerindeyse, mahkemenin Cezalandırma Reform Yasası’nda öngörülen alternatif üst sınıra dayanması gerekmektedir⁴⁵.

Ceza miktarının Rehber’de öngörülen sınırlar dahilinde hesaplanmasında, mahkemenin, Rehber’de yer verilen diğer unsurları dikkate alacağı kabul edilmektedir. Bunların başında, ihlalin ağırlığını yansıtacak cezanın verilmesi, yasaya uyumun sağlanması, caydırıcılığın ve ödetme-öç alma amaçlarının sağlanması, toplumun suçtan korunması, şirketin ihlaldeki rolü ve Cezalandırma Reform Yasası’nda öngörülen amaçların gerçekleştirilmesi gelmektedir. Mahkemenin ayrıca, cezanın verileceği aralığın belirlenmesinde dikkate alınan ihlalle yaratılan zarar veya elde edilen kazanç, suç düzeyinin belirlenmesinde etkili olan özellikler, suç skorunun belirlenmesinde etkili olan ağırlaştırıcı ve hafifletici unsurlar gibi hususları da dikkate alabileceği ifade edilmektedir⁴⁶.

Ceza miktarının hesaplanmasına ilişkin bir örnek olaya, *Mitsubishi* kararına⁴⁷, bu çerçevede yer verilebilir. 2001 yılının Şubat ayında, Mitsubishi, ABD’de ve dünya çapında beş yıl boyunca grafit elektrot pazarında fiyatları ve satış miktarlarını belirleyen karteğe yardım etmek suçuyla yargılanmış ve suçlu bulunmuştur. Mitsubishi, 134 milyon dolar cezaya çarptırılmış, toplamda kartel katılımcılarına 400 milyon dolar kriminal para cezası ve bazı çalışanlar bakımından hapis cezası uygulanmıştır. Mitsubishi’ye verilen cezanın belirlenmesinde öncelikle “etkilenen ticaret hacmi” hesaplanmıştır.

⁴³ U.S. Sentencing Guidelines Manual § 8C2.7.

⁴⁴ U.S. Sentencing Guidelines Manual § 2R1.1.

⁴⁵ http://www.amc.gov/pdf/meetings/CrimRem_DiscMemo_060504-fin.pdf, syf.7.

⁴⁶ U.S. Sentencing Guidelines Manual § 8C2.8.

⁴⁷ U.S. v. Mitsubishi Corporation, Crim. No. 00-033.

Hesaplama Mitsubishi'nin pazarda iştirakleri aracılığı ile elde ettiği gelirler ve yaptığı satışlar dikkate alınmış, etkilenen ticaret hacmi 175.450.000 ABD doları olarak hesaplanmış; bu miktarın % 20'si olan 35.090.000 ABD doları temel ceza miktarı olarak belirlenmiştir. Bu hesaplamanın ardından suç skoru belirlenmiştir. Temel düzey 5 olarak esas alınmış, 200'den fazla çalışanın olması ve üst düzey yönetimin ihlale katılması dikkate alınarak 3 puan eklenmiştir. Daha önce gerçekleşen ihlaller göz önüne alınarak 2 puan daha ekleme yapılmıştır. Uyum programına katılım olmadığı ve suç kabul edilmediği için eksiltme yapılmamış ve toplam suç skoru 10 olarak belirlenmiştir. Bu skora karşılık gelen çarpanlar 2 ve 4 olduğundan ceza aralığı bu çarpanlar ve temel ceza miktarının çarpımı olan 70.180.000 ABD doları ve 140.360.000 ABD doları arası olarak tespit edilmiş, ceza miktarı ise 134.000.000 ABD doları olarak belirlenmiştir. Miktarın bu aralığın üst sınırına yakın belirlenmesinde, ihlalin ağırlığı, elde edilen haksız kazancın geri alınması ve caydırıcılığın sağlanması amaçları etkili olmuştur.

3.3. CEZALANDIRMA REHBERİ'NE İLİŞKİN TARTIŞMALAR ve DEĞERLENDİRMELER

Cezalandırma Rehberi, ceza miktarının belirlenmesi yönteminde önemli bir başvuru kaynağı olmakla birlikte, hesaplama yönteminin temelini oluşturan ticaret hacmi kavramına ve Rehber'in bağlayıcılığına ilişkin çeşitli tartışmalar mevcuttur. Bu iki tartışmanın irdelenmesinin konuya ilişkin açıklık sağlayacağı düşünülmektedir.

3.3.1. Ticaret Hacmi Kavramı ve Rehber ile Kabul Edilen Varsayımlar

Ticaret hacmi kavramı cezanın belirlenmesi sürecinde temel bir öneme sahip olsa da, kavramın tam olarak neye karşılık geldiği konusunda belirsizlikler bulunmaktadır. Daha önce yer verildiği üzere⁴⁸, tek bir katılımcıya atfedilebilecek ticaret hacmi, ihlali gerçekleştiren kişinin veya temsilcisinin, ihlalden etkilenen mal ve hizmet ticaretinin hacmidir.

Ticaret hacmi kavramına ilişkin en önemli belirsizlik, hesaplama dahil edilecek satışların niteliğinden kaynaklanmaktadır. Zira ihlalden doğrudan veya dolaylı olarak etkilenen satışlardan hangilerinin dahil edileceğine ilişkin tartışmalar bulunmaktadır. Amerikan Baro Birliği (*American Bar Association*) tarafından yayınlanan görüşte, gözle görünür bir etki olmadığı sürece ihlali gerçekleştiren kişinin ihlal süresince ilgili pazarda yapmış olduğu tüm satışların

⁴⁸ Bkz. dn. 39.

dahil edilmesine karşı çıkmaktadır⁴⁹. Cohen ve Scheffman (1989, 9)'a göre, ihlali gerçekleştiren firmanın tüm faaliyetleri ihlalle doğrudan ilişkili olmasa da, tüm iş hacminin doğrudan veya dolaylı olarak ihlalden etkilenmesi mümkündür. Caydırıcılığın sağlanması için, "ticaret hacmi" kavramının sadece ihlalle doğrudan ilişkili faaliyetleri içermesi gerekmektedir.

Mahkemelerin kavrama ilişkin farklı yorum ve değerlendirmeleri bulunmaktadır. Örneğin, *US v. Hayter Oil Co.* davasında⁵⁰ kavram geniş yorumlanmış ve suçlunun ihlal konusu ürüne ilişkin olarak ihlal süresince yapmış olduğu tüm satışların dahil edilmesine karar verilmiş, ancak bu geniş yorum tartışmalara yol açmıştır. *US v. SKW Metals&Alloys* davasında⁵¹ Yargıç Newman'ın benimsemiş olduğu yaklaşım, kabul edilebilir bir yorum olarak ortaya çıkmış ve belirsizlik bir ölçüde giderilmiştir. Newman, tüm kartel süresince gerçekleşen satışların ihlalden etkilenen satışlar olarak kabul edilebileceği, ancak teşebbüsün belirli satışlarının ihlalden etkilenmediğini ispatlama hakkının bulunduğu çürütülebilir bir varsayım kabul edilmesini önermiştir. Benimsenen yaklaşımın, aksinin ispatlanabilmesinin saklı tutulması, aşırı cezalandırmanın önüne geçmesi, zaman ve işlem kolaylığı sağlaması ve standart oluşturması bakımından önemli olduğu kabul edilmektedir (Heron 2002, 950-954).

Ticaret hacmi kavramına ilişkin tartışmaların yanı sıra, Cezalandırma Rehberi'nde kabul edilen varsayıma da çeşitli itirazlar ileri sürülmektedir. Daha önce açıklandığı üzere, Cezalandırma Rehberi'nde cezaya esas miktarın ticaret hacminin % 20'si olarak belirleneceği kabul edilmektedir. Bu kapsamda Amerikan Baro Birliği tarafından yayınlanan görüşte, söz konusu varsayımı destekleyecek herhangi bir veri bulunmadığına işaret edilmektedir. Görüşe göre, tüm rekabet ihlallerinin aynı zarara yol açacağını kabul etmek eşitliğe aykırı uygulamalara yol açabilir. Fiyat artışının % 10 olarak gerçekleştiğine dair kabul edilen varsayımı destekleyecek herhangi bir ampirik bulgu olmadığı gibi, kimi durumlarda artış daha düşük veya çok daha yüksek olabilmektedir⁵². Ayrıca,

⁴⁹http://www.amc.gov/commission_hearings/pdf/Charles_R_Tetzlaff-nited_States_Sentencing.pdf, syf. 15-17.

⁵⁰ United States v. Hayter Oil Co., Inc., 51 F.3d 1265, (6th Cir. 1995).

⁵¹ United States v. SKW Metals&Alloys, Inc., 195 F.3d 83 (2nd Cir. 1999).

⁵² Konuya ilişkin olarak Connor ve Lande (2005, 84) tarafından yapılan ampirik çalışmada, % 10 varsayımının geçerliliği araştırılmıştır. Buna göre, fiyat artışına ilişkin varsayım yurt içi kartelerde % 15, uluslararası kartelerde ise % 25 olarak kabul edilmelidir. Kartellerin, Cezalandırma Rehberi'nde öngörülenden çok daha fazla zarara yol açtığı sonucuna ulaşılmıştır. OECD tarafından 2002 yılında yayınlanan bir raporda ise, 1996-2000 yılları arasında gerçekleşen 14 kartel soruşturmasına dayalı olarak kartellerin fiyat artışına etkileri incelenmiş, ortalama % 15 ve % 20 arasında fiyat artışı olduğu hesaplanmıştır (OECD 2002b, 9).

fiyat artışının belirlenmesinde anlaşmanın ne derece uygulandığı, ihlalin türü, talep esnekliği gibi pek çok faktörün dikkate alınması gerekmektedir⁵³.

Anlaşılacağı üzere, ticaret hacmi kavramı, pratik gerekliliklerle ortaya çıkmasına rağmen pek çok yönüyle tartışılmaktadır. Bununla birlikte kavram, rekabet ihlallerine uygulanacak cezanın belirlenmesinde sahip olduğu önemi korumaktadır ve belirleyici olmayı sürdürmektedir.

3.3.2. Rehber'in Bağlayıcılığı: Booker Kararı

1980'li yıllarla hız kazanan cezalandırma reformu sonucunda kabul edilen Cezalandırma Rehberi'yle amaçlananlardan biri de, kararlar arasındaki farklılıkları gidermek ve eşitlik sağlamaktır. Dolayısıyla Rehber'in somut olayda mahkemeleri ne kadar bağlayıcı olduğu, bir başka önemli tartışma konusu olarak ortaya çıkmaktadır. Bu tartışmanın temelinde ise Yüksek Mahkeme (*Supreme Court*) tarafından verilmiş olan kararlar bulunmaktadır. Karara konu olan suçlar, doğrudan rekabet hukukuna ilişkin konular olmasa da, Rehber'in bağlayıcılığı konusunda getirmiş olduğu yaklaşımlar sebebiyle incelenmeleri gereklidir.

Bunlardan ilk ikisi olan *Apprendi* ve *Blakely* kararlarında yer alan değerlendirmede, suçun daha önce işlenmiş olması faktörü dışında, cezanın yasal sınırlar üzerinde belirlenmesine neden olan her faktörün, jüriye sunulması ve makul bir açıklamaya dayanması gerektiğine hükmedilmiştir⁵⁴. Bu kararlardan en önemli olanı ise, 12.1.2005 tarihinde Yüksek Mahkeme tarafından Booker ve Fanfan isimli kişilerle ilgili olarak alınmıştır⁵⁵. Kararda, Cezalandırma Yasası ile Rehber'in tavsiye niteliği kazandığı, mahkemelerin Rehber'de öngörülen sınırları dikkate alacağı, bununla birlikte yasada yer alan diğer unsurların da cezalandırma sürecinde dikkate alınabileceği yer almıştır⁵⁶. Bununla beraber Mahkeme, CK'nın varlığını sürdüreceğini, rehber çıkartacağını, mahkeme kararlarına ilişkin olarak bilgi toplayacağını ve bu çerçevede rehberleri gözden geçireceğini kabul etmiştir⁵⁷.

Booker Kararı'nın etkileri farklı görüşler etrafında tartışılmaktadır. Thompson (2006, 278)'a göre Cezalandırma Rehberi, Booker Kararı'ndan önce olduğu gibi kabul edilmektedir ve fark edilir bir değişiklik olmamıştır. Kongre, ya sistemi olduğu gibi sürdürmelidir, ya da yargıçların rolünü çok fazla kısıtlamadan mahkemelere rehber olabilecek rasyonel bir cezalandırma sistemi

⁵³ <http://www.abanet.org/antitrust/at-comments/2002/06-02/ussentencingcomments.pdf>, syf. 19.

⁵⁴ Çalışmanın sınırları bakımından sadece Rehberin bağlayıcılığı konusundaki görüşlere yer verilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. 530 U.S. 466 (2000), 542 U.S. 296 (2004).

⁵⁵ 543 U.S. 220 (2005).

⁵⁶ 543 U.S. 220 (2005).

⁵⁷ 543 U.S. 220 (2005).

için gerekli çalışmayı yapmalıdır. Başka bir görüşe göre ise, Booker Kararı sonrasındaki gelişmeler Rehber'in artık bağlayıcı olmadığına işaret ediyor olsa da, Rehber, cezalandırma sürecinde sahip olduğu önemi korumaktadır ve tarafsız cezalandırmanın sağlanmasının en adil ve etkili yoludur⁵⁸.

Bu tartışmaya ilişkin olarak getirilen en önemli açıklamalardan biri, DOJ yetkilisi Scott D. Hammond'a aittir. Hammond, Booker Kararı sonrası dönemde cezalandırma sürecine ilişkin pek çok faaliyetin devam edeceğini, cezalandırma sürecinde Rehber'in tutarlılık, adalet ve şeffaflık sağladığını ve bu nedenle de savcıların Rehber'i dikkate almayı sürdüreceklerini ifade etmiştir. Olayın özellikleriyle veya yasal düzenlemelerle açıklanmadığı sürece Rehber'den ayrılmaya karşı çıkılacağı, Rehber'de öngörülen sınırların altında kalan ve cezalandırma amaçlarını yansıtmayan cezaların temyiz edileceği belirtilmiştir (Hammond 2005, 6). Benzer şekilde, Booker Kararı ile Cezalandırma Rehberi zorunlu olmaktan çok tavsiye edici nitelik kazansa da, federal yargıçların Rehber'i takip etmeye devam edeceklerinin kesin olduğuna işaret edilmektedir (Connor 2007, 7).

Dolayısıyla, Cezalandırma Rehberi'nin cezalandırma sürecindeki aksaklıklara çözüm sağlayacak bir mekanizma olması beklenirken, uygulamada ortaya çıkan tartışmalarla Rehber yeni bir boyut kazanmıştır. Bu yeni boyut, Rehber'in artık bağlayıcı olmadığına ve eski önemine sahip olmadığına işaret ediyor görünse de, Karar sonrası yapılan açıklama ve uygulamalardan, Rehber'in önemini koruduğu ve yapılacak yeni bir reforma kadar da koruyacağı anlaşılmaktadır.

3.3.3. ABD Para Cezaları ve Optimal Ceza Teorisi Değerlendirme

Bu aktarılanlar ışığında ilk olarak yatay rekabet ihlallerinin ABD uygulamalarında diğer rekabet ihlallerinden ayrı bir şekilde değerlendirildiği, bu kapsamda uygulanacak yaptırımların belirlenme sürecinin diğer ihlal türlerinden farklı olarak Cezalandırma Rehberi ile düzenlendiği anlaşılmaktadır. Cezanın belirlenmesinde yatay rekabet ihlalleri belli varsayımlardan hareketle diğer suçlardan farklılaştırılmış, bu sayede caydırıcılığın sağlanması amaçlanmıştır. Temel ceza miktarının, ortalama ticaret hacminden daha yüksek belirlenmesi suretiyle oluşan zararın önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

Bu amaçla Rehber'de fiyat belirleme eyleminden elde edilen ortalama gelirin, satış fiyatının % 10'u kadar olduğu, ihlal sonucunda ortaya çıkan zararın, elde edilen kazançtan fazla olduğu, dolayısıyla ticaret hacminin % 20'sinin

⁵⁸http://www.amc.gov/commission_hearings/pdf/Charles_R_Tetzlaff-nited_States_Sentencing.pdf, syf. 8.

cezaya esas miktar olarak alınacağı yönünde bir varsayım kabul edilmiştir. Bu varsayım, **optimal ceza teorisi** çerçevesinde ele alınabilir. Landes (1983)'in teorisi ışığında optimal cezanın uygulama maliyetlerini de içeren net zararın, yakalanma olasılığına bölünmesi yoluyla hesaplanacağı dikkate alındığında, Rehber'in ihlalle yaratılan zararın iki katına dayanan varsayımı, teori ile uyumludur. Bununla birlikte burada esas alınan, gerçek zarar veya kazanç olmayıp, ticaret hacminin belirli bir yüzdesidir. Rehber'de, fiyat belirleme eyleminden elde edilen ortalama gelirin satış fiyatının % 10'u olarak tahmin edildiği yer aldığından cezaya esas miktar, "tahmin edilen" kazancın iki katına dayanmaktadır (Kobayashi 2001, 721). Mahkeme kararlarına da yansıdığı üzere CK, gerçek zararın hesaplanması yerine idari kolaylık sağlanması bakımından böyle bir yaklaşım benimsemiştir. *United States v. Hayter Oil Co.* kararında⁵⁹ Mahkeme tarafından, suç düzeylerinin, suçlunun yaratmış olduğu gerçek zarara veya elde edilen kâra dayanmadığı, zararın hesaplanmasının zor olduğu ve zaman aldığı ifade edilmiştir. Bununla birlikte ticaret hacmi daha kabul edilebilir bir ölçüttür ve hesaplanması daha kolaydır. Mahkeme ayrıca, "*Fiyat belirleme eyleminden elde edilen ortalama gelirin, satış fiyatının % 10'u kadar olduğu tahmin edilmektedir*" ifadesini, CK'nın optimal ceza teorisini benimsemiş olduğunu gösterir bir işaret olarak kabul etmiştir (Connor 2006, 7).

Bu çerçevede ABD uygulamasında açık ihlallerin caydırılması bakımından güçlü bir vurgunun bulunduğu ve bu amaçla yüksek miktarda cezaların öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Optimal teorisinin geçerliliğinin kabulü ile ceza sisteminde değişiklikler gözlenmiş, ihlalden elde edilen kazancın veya zararın belli varsayımlar altında ceza miktarının hesaplanmasına dahil edilmesi ve ceza üst sınırının belirlenmesinde dikkate alınması sağlanmıştır. Dolayısıyla gerek ceza üst sınırının belirlenmesinde gerekse ceza miktarının hesaplanmasında ekonomik bir yaklaşım benimsendiği anlaşılmaktadır. Bu yaklaşımın da etkisiyle rekor düzeyli cezaların uygulanması gündeme gelmiş, diğer yaptırım türleri ile desteklenen para cezaları, ABD'nin karteller bakımından izlediği caydırıcı politikanın en önemli göstergelerinden biri olmuştur.

⁵⁹ Bkz. dn. 50.

BÖLÜM 4

AVRUPA BİRLİĞİ UYGULAMALARI ve ÜYE ÜLKE ÖRNEĞİ HOLLANDA

AB’de uygulanan para cezaları, tarihsel süreç içerisinde önemli değişiklikler geçirmiş, cezalar genel düzeyinde gözlenebilir bir artış meydana gelmiştir. Bu yaklaşımın optimal ceza teorisi çerçevesinde ve diğer örnekler ile karşılaştırmalı analizi, para cezalarına yönelik değerlendirmede yol gösterici olabilecektir. Bu çerçevede bu bölümde, Komisyon’un para cezalarına ilişkin temel düzenlemelerine yer verildikten sonra, ceza miktarının belirlenmesini açıklamak üzere çıkarttığı rehberlerde yer alan ilkeler ele alınacak, benimsemiş olduğu yeni yaklaşım, ABD ve geçmiş düzenlemelerle karşılaştırılmak suretiyle ortaya konulacaktır. Kendi ceza politikasını diğer ülke ve Komisyon uygulamaları ışığında şekillendiren ve ceza belirleme yönteminin özellikleri itibariyle ayrıca incelenmesi gerektiği düşünülen Hollanda örneğine de bu bölümde yer verilecektir.

4.1. AB UYGULAMALARI ve PARA CEZALARI

4.1.1. Para Cezalarına İlişkin Temel Düzenlemeler

Topluluk hukukunda para cezalarına yönelik temel düzenleme, Roma Antlaşması’nın⁶⁰ (RA) 81. ve 82.⁶¹ maddelerinde düzenlenen ilkelerin uygulanması amacıyla tüzük ve yönergelerin yapılması yetkisine ilişkin olan 83.⁶² maddesidir. Para cezalarına ilişkin en önemli düzenlemeler ise 81. ve

⁶⁰ European Union-Consolidated Versions of The Treaty on European Union and of the Treaty Establishing the European Community (consolidated text) OJ C 321E of 29.12.2006.

⁶¹ 81. madde, rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve kararların yasaklamasını, 82. madde ise hâkim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin yasaklamayı içermektedir.

⁶² 83. madde uyarınca Konsey, 81. ve 82. maddede düzenlenen ilkelerin uygulanması amacıyla, gerekli olan tüzük ve yönergeleri Komisyon’un teklifi üzerine ve Parlamento’ya danışarak kabul edebilmektedir. Maddenin devamında, tüzük ve yönergelerin çıkartılabileceği alanlara örnekler

82. maddelerin uygulama esaslarını belirlemek amacıyla kabul edilen 6.2.1962 tarih ve 17/62 sayılı Konsey Tüzüğü'nde⁶³ yer almıştır. Söz konusu Tüzüğün 40 yıl boyunca uygulanmasının ardından, 16.12.2002 tarihinde 1/2003 sayılı Tüzük⁶⁴ kabul edilmiş ve temel uygulama esasları bu Tüzük ile yeniden düzenlenmiştir⁶⁵.

Komisyon, para cezalarının uygulanma amaçlarını şöyle özetlemektedir: İhlali gerçekleştiren teşebbüse parasal yaptırım uygulamak, ihlallerin tekrarlanmasını engellemek ve RA'nın etkin bir şekilde uygulanmasını sağlamak⁶⁶ (Wils 2007, 7). Dolayısıyla, Komisyon uygulamalarında para cezalarının verilmesi ile esas olarak rekabet ihlallerinin cezalandırılması ve benzer ihlallerin tekrar işlenmesinin caydırılması amaçlanmaktadır.

Komisyon'un ilk ceza uygulaması 1969 tarihinde *Quinine* kartelinin katılımcıları tarafından rekabetin kısıtlanmasına yönelik olarak verilen kararla gerçekleşmiştir⁶⁷. Komisyon'un ceza politikası, 1960'ların sonu ile 1970'ler boyunca rekabet ihlallerine daha ılımlı bir yaklaşım olarak ortaya çıkmış ve 1979 tarihli *Pioneer*⁶⁸ kararına kadar ceza uygulanmasında daha dikkatli bir tutum sergilenmiştir. Pioneer Kararı, Komisyon'un daha katı bir cezalandırma politikası izleyeceğini göstermiştir. Nitekim 1994 tarihinde alınan *Cartonboard*, *Cement* ve *Steel Beams*⁶⁹ kararlarında uygulanan 139 milyon avro, 113 milyon avro ve 80 milyon avro tutarlarındaki ceza miktarları, bu değişimin göstergesi olmuştur (Geradin ve Henry 2005, 5). *Vitamin*⁷⁰ kararında verilen 855,23 milyon avro ceza ile *Asansör*⁷¹ kararında verilen rekor düzeydeki 992 milyon avro ceza,

verilmiş, bunlar arasında 81 (1). ve 82. maddede öngörülen yasaklamalara uyulmasını sağlamak üzere para cezaları ve süreli para cezalarına ilişkin hükümler getirmek sayılmıştır.

⁶³ OJ 013, 21.06.1962.

⁶⁴ "Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the Implementation of the Rules on Competition Laid Down in Articles 81 and 82 of the Treaty". Yoğunlaşmaların kontrolüne ilişkin 139/2004 sayılı Tüzük'te ve taşımacılığa ilişkin olarak kabul edilen bazı tüzüklerde de para cezaları ile ilgili düzenlemeler olmakla birlikte, çalışmanın amacı ve sınırları bakımından bu düzenlemelere yer verilmemiştir.

⁶⁵ Bununla birlikte ceza miktarının üst sınırına ve cezalandırmada esas alınan unsurlara ilişkin olarak 17/62 sayılı Tüzük'te kabul edilen temel ilkeler korunmuştur. 17/62 sayılı Tüzük'te, ceza üst sınırının teşebbüslerin bir önceki yıl cirolarının % 10'unu geçemeyeceği, ceza miktarının belirlenmesinde ihlalin ağırlığının ve süresinin dikkate alınacağı düzenlenmiştir.

⁶⁶ European Commission (1983), XIIIth Report on Competition Policy. par.62. Bu yaklaşım yerleşik içtihat hukukuna da paraleldir. Bkz. Showa Denko v. Commission, C-289/04 P, 29.06.2006, par. 16.

⁶⁷ Quinine, O.J. L 192/5, 16.7.1969.

⁶⁸ Pioneer Hi-Fi Equipment, O.J. L 60/28, 14.12.1980.

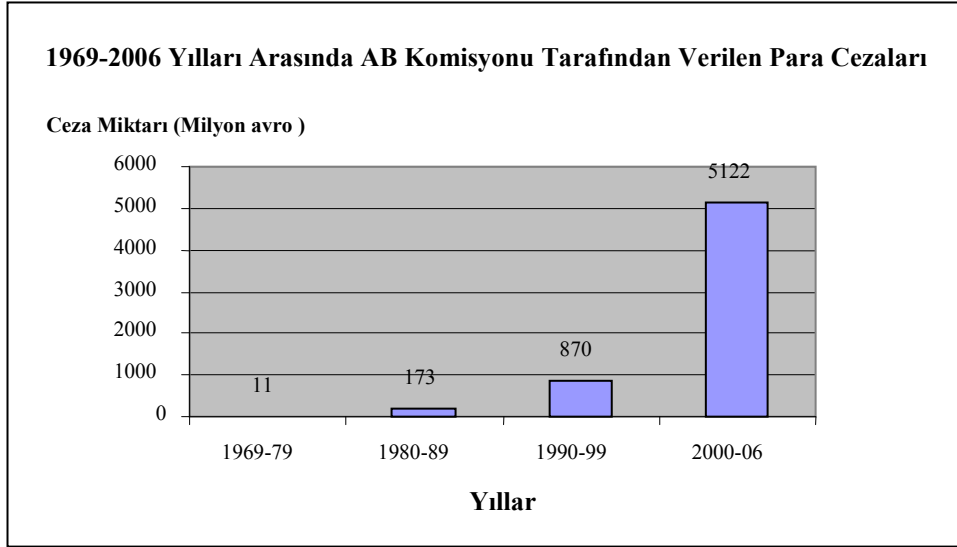
⁶⁹ Cartonboard, O.J. L 243/1, 13.7.1994, ; Cement, O.J. L 343/1, 30.11.1994, ve Steel Beams, O.J. L 116/ 1, 16.2.1994.

⁷⁰ Vitamins, COMP/E-1/37.512, 2003/2/EC, 21.11.2001.

⁷¹ Elevators & Escalators, Case COMP/E-1/38.823, 21.2.2007.

Komisyon'un cezalandırmada giderek katılaştan yaklaşımını göstermiştir⁷². Aşağıdaki tablo, ceza miktarındaki artışı ortaya koymaktadır.

Tablo 4 - AB'de Verilen Para Cezaları



* Kaynak: Veljanovski (2007, 3) (Cezalar temyizden önceki miktarı yansıtmaktadır)

Bu çerçevede bu bölümde öncelikle 1/2003 sayılı Tüzük'te yer alan düzenlemeler ile temel tartışma konularına yer verilecek, ardından ceza miktarının nasıl belirlendiği ele alınacaktır.

4.1.2. 1/2003 Sayılı Tüzük ve Uygulama Esasları

Tüzük uyarınca uygulanabilecek cezalar para cezaları ve süreli para cezaları olarak ikiye ayrılmaktadır. Tüzük'te para cezalarının düzenlenmiş olduğu 23. maddenin ilk fıkrası, esas olarak Komisyon'un görev ve yetkilerini kullanmak üzere takip edeceği *usule ilişkin* aykırılıklarda verilebilecek cezaları içerirken, maddenin ikinci fıkrası *esasa ilişkin* ihlallere uygulanacak yaptırımları düzenlemektedir. Bu düzenleme uyarınca, *kasten veya ihmalle*, RA'nın 81. ve 82. maddelerini ihlal eden, ara kararlara veya tarafları bağlayıcı taahhütlere uymayan teşebbüs veya teşebbüs birliklerine ceza uygulanabilir. Uygulanacak

⁷² Nitekim Komisyoner Monti tarafından yapılan bir konuşmada, Komisyon'un 2001 yılında almış olduğu 10 kartel kararında 2 milyar avroya yakın bir ceza uyguladığı, bu miktarın AB uygulamalarında o döneme dek karteller bakımından uygulanan toplam ceza miktarından daha yüksek olduğu açıklanmıştır. 2002 yılında da aynı eğilimin devam ettiği, gelecekte de Komisyon'un bu politikayı sürdüreceği ifade edilmiştir (Monti 2003).

cezanın teşebbüslerin veya teşebbüs birliklerinin bir önceki iş yılı toplam cirolarının⁷³ % 10'unu geçemeyeceği kabul edilmektedir.

23. maddenin üçüncü fıkrası uyarınca, verilecek cezanın belirlenmesinde ihlalin *ağırlığı ve süresi* dikkate alınacaktır. Bu hükümlerden Komisyon'un ceza verirken, ihlalin ağırlığını ve süresini dikkate alacağı anlaşılmakta, bundan başka bir kriterin getirilmediği görülmektedir. Bununla birlikte, Topluluk hukukunun genel prensipleri olan eşitlik, ayrımcı olmama ve orantısallık ilkeleri ile Komisyon'un kararları üzerindeki yargı denetimi, Komisyon'un geniş takdir hakkını kısıtlamaktadır (Geradin ve Henry 2005, 5). Maddenin son fıkrası ile maddede düzenlenen para cezalarının cezai nitelik taşımadığı belirtilmektedir. Böyle bir düzenlemeyle, Komisyon'un cezai yaptırım uygulama yetkisine sahip olup olmadığı yönündeki hukuki ve siyasi tartışmaların engellenmesinin amaçlandığına dikkat çekilmektedir (Kerse 1998, 287-288)⁷⁴.

Tüzük ile ihlalin teşebbüs birliği tarafından gerçekleştirilmesi halinde dikkate alınacak hususlar da düzenlenmektedir. İhlalin teşebbüs birliği üyelerinin faaliyetleri sonucunda gerçekleşmesi halinde, verilecek cezanın ihlalden etkilenen pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin cirolarının toplamının % 10'unu geçemeyeceği belirtilmektedir⁷⁵. Ayrıca, Tüzüğün dibacesinde teşebbüs birliğinin ödeme yeterliliğinin olmadığı durumlarda, teşebbüs birliklerine uygulanacak cezanın tahsilinde etkinliğin sağlanması amacıyla, cezanın uygulanma koşullarının belirlenmesi gerektiği açıklanmaktadır. Bu amaçla Komisyon'un, ödeme yeterliliği bakımından teşebbüslerin büyüklüğünü ve özellikle küçük ölçekli teşebbüslerin durumunu dikkate alması gerekmektedir⁷⁶. Tüzüğün 23. maddesi ile getirilen düzenlemeyle, teşebbüs birliğinin ödeme yeterliliği olmadığı durumda, birliğin ceza miktarının tahsili için üyelerinden katkıda bulunmalarını istemesi zorunlu tutulmaktadır. Verilen süre içerisinde bu katkının yapılmaması halinde Komisyon'un, birliğin karar organında temsilcisi bulunan herhangi bir teşebbüsten cezanın ödenmesini isteyebileceği düzenlenmektedir. Bu şekilde cezanın tahsil edilmesinin istendiği durumda, cezanın tümünün ödenmesinin sağlanması için ayrıca bir açıklama getirilmekte ve ihlal süresince pazarda faaliyet gösteren diğer teşebbüslerden de cezanın ödenmesinin istenebileceği kabul edilmektedir. Bununla birlikte, teşebbüsün ihlal teşkil eden kararı uygulamadığını, karardan haberdar olmadığını veya Komisyon'un soruşturmaya başlamadan önce ihlalden kaçındığını

⁷³ Ciroya ilişkin tartışmalar için bkz. Bölüm 4.1.3.3.

⁷⁴ Tüzüğün 24. maddesi ile süreli para cezaları düzenlenmektedir. Süreli para cezalarının uygulanabilmesi için para cezalarından farklı olarak kasıt veya ihmalin varlığı aranmamaktadır. Para cezalarının ve süreli para cezalarının aynı anda uygulanıp uygulanamayacağı tartışması için bkz. Kerse (1998, 289, 327).

⁷⁵ Tüzük Madde 23 (2).

⁷⁶ Tüzük, dibace par. 30.

göstermesi halinde, bu hükümler dahilinde cezanın ödenmesinin istenemeyeceği de maddede belirtilmektedir. Son bir düzenleme, teşebbüslerin cezanın ödenmesi bakımından finansal sorumluluklarının bir önceki iş yılında elde ettikleri cirolarının toplamının % 10'u ile sınırlı olduğu yönündedir⁷⁷.

Tüzüğün para cezaları bakımından diğer önemli düzenlemeleri zamanaşımına ve yargı denetimine ilişkindir. Tüzüğün 25. ve 26. maddeleri, zamanaşımı hükümlerini⁷⁸ düzenlemektedir. Tüzüğün 31. maddesi uyarınca ATAD, Komisyon'un para cezası veya süreli para cezası uyguladığı kararları inceleme yetkisine sahiptir. Mahkemenin cezayı azaltabileceği, arttırabileceği veya iptal edebileceği kabul edilmektedir⁷⁹.

Kasten veya İhmal ile Gerçekleşen İhlaller

Komisyon'un para cezası uygulayabilmesi için, ihlalin teşebbüslerin kasti⁸⁰ veya ihmali sonucunda gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir. Nitekim ATAD da *Ferriere Nord v. Commission* kararında⁸¹, ihlalin kasten veya ihmal sonucunda gerçekleşmiş olmasının, rekabet ihlallerine ceza verilebilmesi için aranan başlangıç koşullarından biri olduğunu belirtmiştir.

Uygulamada gerek Komisyon gerekse ATAD, kasıt ve ihmal kavramlarının kullanılmasında kesin sınırlar çizmemekte, kendilerini kavramlardan birinin kullanılması konusunda bağlamamaktadırlar. Bazı kararlarda ihlalin kasten işlendiğine, kimilerinde ihmal sonucunda işlendiğine açık olarak karar verebilseler de, bazı durumlarda “kasten veya ihmal sonucunda”, bazı durumlarda da “kasten veya *en azından* ihmal sonucunda” işlenmiş olduğunu kabul etmektedirler. Bu durumun esas nedeni, Komisyon'un vermiş olduğu kararın, mahkeme tarafından bu gerekçe ile bozulmasının engellenmesi ve kötüye kullanmaların önüne geçilmesidir (Kerse 1998, 297).

Genellikle ihlalin kasten işlenip işlenmediği, ihlale ilişkin olarak elde edilen deliller ve olayın somut koşulları çerçevesinde değerlendirilmektedir. Ancak böyle bir delilin mevcut olmadığı durumlarda, tarafların ihlalden habersiz olmalarının mümkün olmaması, ihlalin kasten işlenmiş kabul edilebilmesi için

⁷⁷ Tüzük Madde 23 (4).

⁷⁸ Tüzük'te, bilgi istemeye veya soruşturmaya ilişkin ihlallere uygulanacak cezaları düzenleyen hükümlerin ihlalinin üç yıl, diğer aykırılıklarda uygulanacak cezaları düzenleyen hükümlerin ihlalinin ise beş yıl zamanaşımına tabi olduğu düzenlenmektedir. Tüzüğün 23. ve 24. maddeleri uyarınca alınan kararların uygulanması ise, beş yıllık zamanaşımı süresine tabi olmaktadır.

⁷⁹ Kararların incelenmesinde, ihlalin süresinin, ağırlığının, pişmanlık programının, ağırlaştırıcı ve hafifletici faktörlerin doğru değerlendirilip değerlendirilmediği, zamanaşımı sürelerinin dikkate alınıp alınmadığı gibi unsurlar değerlendirilmektedir (Geradin ve Henry 2005, 46). Çalışmanın ekinde ceza miktarının belirlenmesi sürecinde temyize gidilmesinin ceza miktarını nasıl etkilediğini gösteren bir tablo bulunmaktadır. Bkz. Ek-3 ve Ek-4.

⁸⁰ “Kasıt” kavramı rekabetin kısıtlanması kastını ifade etmektedir (Sufrin ve Jones 2004, 1122).

⁸¹ *Ferriere Nord v. Commission (Welded steel mesh)*, 17.7.1997, in case C-219/95 P, par. 32.

yeterli koşul olarak görülmektedir. Örneğin, 1996 yılında verilen *Adalat* kararında, Bayer'in ihlali kasten işlemiş olduğu, yapmış olduğu anlaşmanın *rekabeti kısıtlayıcı etkilerinden haberdar olmamasının mümkün olmadığı* değerlendirilmiştir⁸².

Kasıt veya ihmalin varlığı, ceza miktarının belirlenmesinde de etkili olmaktadır. Komisyon ileride ayrıntılı olarak incelenecek olan 1998 Rehberi'nin⁸³ benimsenmesinden önce, kastın varlığını ceza miktarının belirlenmesinde ağırlaştırıcı unsur olarak dikkate almıştır⁸⁴. İhlalin kasıtlı işlenmesinin ağırlaştırıcı unsur olarak dikkate alınmasının iki temel nedenine Wils (2007, 33) dikkat çekmektedir: İlk olarak, ihlali kasten gerçekleştiren kişilerin eylemlerini gizlemek için daha fazla şansları olacak ve yakalanma olasılığı düşecektir. Bu nedenle caydırıcılığın sağlanması için daha ağır cezalandırılmaları gerekmektedir. İkinci olarak, cezalandırma ile verilecek ahlaki mesaj bakımından, kasten gerçekleştirilen ihlallerin daha ağır cezalandırılması ve bu suretle yasal düzenlemelere uyumun sağlanması gerekmektedir.

Komisyon, 1998 Rehberi'nin benimsenmesinin ardından, ihlalin ihmal sonucunda gerçekleşmesini hafifletici unsur olarak dikkate almaya başlamıştır⁸⁵. Komisyon'un ihlalin tarafların ihmali sonucunda gerçekleşmesini hafifletici unsur olarak dikkate almasının nedeni, kastın geniş yorumlanması sebebiyle, kasten gerçekleşen eylemlerin ihmal sonucunda gerçekleşenlere göre daha yaygın oluşudur (Wils 1998, 256).

Bu aktarılanlar ışığında kasıt veya ihmalin cezalandırmanın ön koşulu olduğu, mevcut olup olmadıklarının olayın özellikleri ışığında değerlendirilebileceği, mevcut olmaları halinde de ceza miktarının belirlenmesinde ağırlaştırıcı veya hafifletici unsur olarak dikkate alınabileceği anlaşılmaktadır.

İhlalin Ağırlığı ve Süresi

İhlalin ağırlığı ve süresi, 1/2003 sayılı Tüzük'te yer alan ve ceza miktarının belirlenmesinde dikkate alınması gereken unsurların başında gelmektedir. Nitekim ATAD'ın *Ferriere Nord v. Commission* kararında⁸⁶, ceza miktarının belirlenmesinde ihlalin ağırlığının ve süresinin dikkate alınacağı, ağırlığın pek çok unsurun bir arada değerlendirilmesi ile belirlenebileceği, bunun

⁸² ADALAT, OJ L210/1, 10.1.1996, par. 235. Benzer yönde BASF Lacke+Farben AG, ve Accinauto SA, OJ L 272, 15.11.1995, par.103.

⁸³ bkz. dn. 91.

⁸⁴ Örneğin, ADALAT, bkz. dn. 82, par. 235-236.

⁸⁵ bkz. Bölüm 4.1.3.

⁸⁶ Ferriere Nord v. Commission (Welded steel mesh), bkz. dn. 81, par. 33.

için olayın özelliklerine bakılması gerektiği belirtilmektedir. Bu faktörler teşebbüslerin davranışlarını, ihlaldeki rollerini, ihlalden elde etmiş oldukları kazancı, ihlalin ilgili olduğu ürünlerin ekonomik değerini, pazardaki etkiyi ve topluluk amaçlarının gerçekleştirilmesi üzerinde yaratılan tehlikeyi içermektedir (Kerse 1998, 302).

Ağırlık unsurunun dikkate alınmasının, cezalandırma politikasının “ödetme” ve “caydırma” amacını yansıttığı kabul edilmektedir (Wils 2001, 34). Bu çerçevede, ihlalin ağırlığı ve süresi, Komisyon’un benimsemiş olduğu rehberlerde ceza miktarının belirlenmesinde dikkate alınmaktadır⁸⁷.

4.1.3. Ceza Miktarının Belirlenmesi: 1998 ve 2006 Ceza Rehberleri⁸⁸

17/62 sayılı Tüzüğe benzer şekilde 1/2003 sayılı Tüzük’te ceza miktarının tespitinde geçerli olacak esasların belirlenmiş olmasına rağmen, ceza miktarının nasıl belirleneceğine ilişkin bir hesaplama yöntemi getirilmemiştir. Tüzük ile Komisyon’un hesaplama yöntemine ilişkin açıklayıcı rehberler çıkarması da zorunlu tutulmamıştır⁸⁹. Dolayısıyla bu yönde bir açıklama getiren rehberlerin ele alınması ceza belirlenmesi sürecine ışık tutacaktır.

Komisyon, 1998 Rehberi’ni benimsemesinden önceki uygulamalarında, ihlalin ağırlığına ve süresine bağlı olarak ilgili pazar cirosunun belli bir yüzdesini almak ve Komisyon’la işbirliği yapıldığı durumlarda bu miktardan indirim yapmak suretiyle ceza miktarını belirlemekteydi (Geradin ve Henry 2005, 6).

Komisyon’un 1998 yılı öncesindeki cezalandırma politikası, firmalar açısından belirliliğin zayıf olması, şeffaflığın sınırlı olması gibi sebeplerle eleştirilmiştir. Örneğin Wils (1998, 255), karar metinlerinde verilen ceza miktarına ilişkin ayrıntılı açıklamalara yer verilmemesi sebebiyle Komisyon’un 1998 Rehberi öncesi dönemde benimsemiş olduğu ceza politikasının şeffaflık bakımından sorunlu olduğunu ifade etmiştir. Kararlarda sadece niteleyici olarak Komisyon’un dikkate aldığı bazı faktörlere yer verilmesi ve bu faktörlere nasıl ulaşıldığının açıklanmaması eleştirilmiştir. Bael (1995, 243) de, Komisyon’un

⁸⁷ bkz. Bölüm 4.1.3.

⁸⁸ Rehberler 81. ve 82. madde ihlallerinde verilecek ceza miktarının belirlenme yöntemini açıklamaktadır ve yoğunlaşma işlemleri sonucunda gerçekleşen ihlallere ilişkin olarak verilecek cezalara yönelik bir hüküm içermemektedir.

⁸⁹ İngiltere uygulamasında ise farklı bir durum söz konusudur. İngiltere Ceza Rehberi’nin giriş bölümünde belirtildiği üzere, 1998 tarihli Rekabet Kanunu ile ceza miktarının hesaplanmasına ilişkin rehber çıkartılması zorunlu tutulmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. “OFT’s Guidance as to the Appropriate Amount of a Penalty”,

http://www.of.gov.uk/shared_of/business_leaflets/ca98_guidelines/of423.pdf.

yaklaşımının daha şeffaf olması ve cezalar için asgari tarifeleri içeren cezalandırma rehberleri çıkarması gerektiğini belirtmiştir.

Komisyon, uygulamalarına yönelik eleştirilerin giderilmesi ve aynı zamanda verilen cezalarla caydırıcılığın sağlanması amacıyla 1998 Rehberi'ni kabul etmiştir⁹⁰ (Richardson 1999, 371).

4.1.3.1. 1998 Rehberi

Komisyon, cezalandırma sürecinde esas aldığı ilkeleri açıkladığı ilk Rehber olan 1998 Ceza Rehberi'ni⁹¹ (1998 Rehberi) 14.1.1998 tarihinde yayınlamıştır. Rehber'de getirilen ilkelerle, yasal sınırlar dahilinde Komisyon'un takdir hakkı saklı tutulurken teşebbüslerin ve ATAD nezdinde Komisyon kararlarının şeffaflığının ve tarafsızlığının sağlanması hedeflenmiştir. Rehber'de, bu takdir yetkisinin, rekabet ihlallerinin cezalandırılmasıyla güdülen amaçlarla uygun bir şekilde tutarlı ve ayrımcı olmayan bir yolla kullanılması gerektiği belirtilmektedir⁹².

4.1.3.1.1. Ceza Miktarının Belirlenmesi

Rehber'e göre ceza miktarının belirlenmesi esas olarak iki aşamada gerçekleşmekte ve diğer uygulama esasları ışığında nihai ceza miktarına ulaşılmaktadır. Bu çerçevede öncelikle cezaya esas olacak miktar olan **temel ceza** miktarı, ihlalin *ağırlığı* ve *süresi* dikkate alınmak suretiyle belirlenmektedir. Ardından, **ağırlaştırıcı ve hafifletici unsurlar** ele alınarak temel ceza miktarına gerekli uyarlamalar yapılmaktadır. Bu aşamadan sonra **pişmanlık programlarının uygulama esasları** ve **diğer uygulama esasları** sonucunda nihai ceza miktarına ulaşılmaktadır.

Ceza miktarının belirlenmesi, **temel ceza miktarının**⁹³ hesaplanması ile başlamaktadır. Temel ceza miktarının ilk belirleyicisi, ihlalin **ağırlığıdır**. Rehber'de yer alan düzenleme uyarınca, ihlalin niteliği, belirlenebildiği ölçüde pazarda yarattığı gerçek etki ve coğrafi pazarın büyüklüğü dikkate alınmaktadır. Bu kapsamda ihlaller; hafif ihlaller, ağır ihlaller ve çok ağır ihlaller olarak üç kategoriye ayrılmaktadır. Hafif ihlaller, ceza miktarının 1.000 ECU⁹⁴ ile

⁹⁰ Komisyon'un cezalandırma sürecine ilişkin olarak açıklayıcı rehberler benimsemesinin iki temel amacı bulunmaktadır. İlk olarak ceza düzeyinde artışa gidilmesi ve bu suretle caydırıcılığın sağlanması istenmektedir. İkinci olarak cezalandırmaya ilişkin kriterlerin önceden belirlenmesiyle, caydırıcılığın orantısallık ilkesi ile uygun olarak sağlanmasına çalışılmaktadır (Camilli 2006, 591).

⁹¹ 1998 - Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 15 (2) of Regulation No 17 and Article 65 (5) of the ECSC Treaty fines, OJ C 9, 14.01.1998.

⁹² 1998 Rehberi, syf.3.

⁹³ 1998 Rehberi, syf.3-4.

⁹⁴ European Currency Unit-Ortak Para Birimi.

1.000.000 ECU arasında olabileceği, genellikle dikey kısıtlama niteliğinde olan, kısıtlı pazar etkisine sahip ihlallerdir. Ağır ihlaller, ceza miktarının 1.000.000 ECU ile 20.000.000 ECU arasında olabileceği, yatay olmayan veya ilk kategori ile benzer dikey nitelik taşımayan, daha geniş bir pazarda ve daha katı olarak uygulanan ihlallerdir. Hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinin bazı örneklerinin de (mal vermeyi reddetme, ayrımcılık, dışlayıcılık gibi) bu kategoride yer alabileceği kabul edilmektedir. Çok ağır ihlaller ise, ceza miktarının 20.000.000 ECU üzerinde olabileceği, fiyat belirleme, pazar paylaşımı gibi yatay nitelikte kısıtlamalar ile ortak pazarın işleyişini tehlikeye sokabilecek ulusal pazarların paylaşımı ve açık kötüye kullanma halleri gibi ihlallerdir.

İhlaller ağırlıklarına göre bu şekilde sınıflandırıldıktan sonra, ihlali gerçekleştiren teşebbüslerin ekonomik kapasiteleri ve tüketicilere verdikleri zarar dikkate alınarak, cezaların yeterli caydırıcılığı sağlayacak düzeyde belirlenmesine çalışılmaktadır. Rehber’de ayrıca, büyük teşebbüslerin, sahip oldukları hukuki, ekonomik bilgi ve altyapıları sayesinde, rekabet hukukundan kaynaklanan sorumluluklarının farkında olacakları kabul edilmektedir. İhlalin birden fazla teşebbüs tarafından gerçekleştirildiği durumlarda, teşebbüslerin ekonomik kapasitelerine ve ihlalin yaratmış olduğu etkide sahip oldukları gerçek paya göre, belirlenecek ceza miktarında farklılaştırmaya gidilebileceği de Rehber’de açıklanmaktadır.

ATAD, almış olduğu *Cement* kararında⁹⁵, ihlalin ağırlığının somut olayın özelliği ve cezaların caydırma amacı çerçevesinde belirlenmesi gerektiğine karar vermiştir. İhlalin ağırlığının değerlendirilmesinde ihlalin etkili olduğu coğrafi alanın büyüklüğü, üst düzey yönetimin ihlale katılması, ihlalin gerçekleştiği sektörün ekonomi açısından önemi, konuya ilişkin daha önce Komisyon tarafından karar alınmamış olması, ihlal konusu ürünlerin ekonomik değeri gibi unsurlar dikkate alınmaktadır. Ancak Geradin ve Henry (2005, 29)’nin de dikkat çektiği gibi ağır ve çok ağır ihlaller arasındaki sınırı çizmek kolay olmamaktadır.

Temel ceza miktarının belirlenmesinde ikinci olarak, ihlalin **süresi** dikkate alınmaktadır. Rehber ile süresi bir yıldan kısa olan ihlaller kısa süreli sayılmakta ve ceza miktarında artış yapılmamaktadır. Rehber’e göre, süresi bir yıldan beş yıla kadar olan ihlallerde, ağırlığa göre hesaplanan miktar % 50’ye kadar arttırılabilmektedir. Süresi beş yıldan fazla olan ve uzun süreli kabul

⁹⁵Aalborg Portland and Others v. Commission (Cement), C-204/00 P [2004] ECR I-123, 7.1.2004, par. 89.

edilen ihlallerde temel ceza miktarı, ağırlık için hesaplanan miktarın her bir yıl için % 10 arttırılması suretiyle hesaplanmaktadır⁹⁶.

Bu öngörülen düzenlemeler Komisyon'un ceza miktarını ihlalin orta veya uzun süreli olması durumunda otomatik olarak % 10 olarak arttıracığı anlamına gelmemektedir. 1998 Rehberi'nin uygulandığı dönemde Komisyon ihlalin süresini hesaba katarken, ihlalin niteliğini de dikkate almış ve kimi durumlarda ceza miktarını % 10'dan daha az arttırabilmiştir. Örneğin, Komisyon 2000 yılında almış olduğu bir kararda, ihlalin 11 yıl süre ile devam ettiğine, dolayısıyla uzun süreli bir ihlal olduğuna karar vermiş, ancak süre içerisinde anlaşmanın fiili olarak uygulandığı dönemleri dikkate almış ve temel ceza miktarını % 55 oranında arttırmıştır⁹⁷. Rekabete aykırı anlaşma veya kararın uygulanmaması durumunda ise Komisyon sürenin etkisini dikkate almamaktadır⁹⁸ (Geradin ve Henry 2005, 33).

Rehber'de, temel ceza miktarının belirlenmesinin ardından, **ağırlaştırıcı ve hafifletici unsurlar**⁹⁹ dikkate alınmaktadır. Ağırlaştırıcı unsurlar, aynı teşebbüsler tarafından aynı türde bir ihlalin tekrarlanması¹⁰⁰, soruşturma sırasında Komisyon ile işbirliği yapılmaması veya Komisyon'un engellenmeye çalışılması¹⁰¹, ihlalde lider rol üstlenilmesi, diğer teşebbüsleri ihlale teşvik edici davranışlarda bulunulması veya tedbirlerin alınması¹⁰², ihlalden elde edilen kazancın hesaplanabildiği durumlarda verilecek cezanın bu miktardan fazla olması için arttırılması ihtiyacı ve benzeri nedenler olarak sayılmaktadır. Bu unsurların ceza miktarını ne oranda arttıracığına ilişkin bir açıklama ise, Rehber'de bulunmamaktadır. Geradin ve Henry (2005, 34-38), 1998 Rehberi'nin kabul edildiği tarihten 2004 yılına kadar Komisyon tarafından verilmiş olan kararlarda cezalandırma sürecinde dikkate alınan unsurları araştırmışlardır.

⁹⁶ Dolayısıyla temel ceza= ağırlık + süre eşitliğinden oluşacaktır. Kısa süreli ihlallerde temel ceza=ağırlık, orta süreli ihlallerde temel ceza= ağırlık + % 50 ağırlık olabilecek, uzun süreli ihlallerde temel ceza= ağırlık + (yıl sayısı * % 10 ağırlık) olarak belirlenebilecektir (Aktaş ve Arı 2002, 62).

⁹⁷ JCB, 21.12.2000, (2002) O.J. L 69/1, par. 253.

⁹⁸ Örneğin French Beer, COMP/C.37.750/B2, 29.9.2004.

⁹⁹ 1998 Rehberi, syf.4.

¹⁰⁰ Komisyon Kararı için bkz. French Beer, bkz. dn. 98, par. 91. İhlalin tekrarının İlk Derece Mahkemesi tarafından değerlendirilmesi için bkz. Groupe Danone v. Commission (Belgian Beer) [2005] II-4407, 25.10.2005, T-38/02, par. 348, par. 363; Michelin v. Commission [2003] ECR II-4071, 30.9.2003, T-203/01; par. 284, 290, 293.

¹⁰¹ Örnek Komisyon Kararı için bkz. Graphite Electrodes, 18.7.2001, O.J. L100/1. Yerinde incelemenin engellenmesinin Adalet Mahkemesi tarafından değerlendirilmesi için bkz. Dansk Rorindustri and Others v. Commission, C-189/02 P, 28.6.2005, par. 351-353, Aalborg Portland and Others v. Commission (Cement), bkz. dn. 95, par. 63-65.

¹⁰² Örnek Komisyon Kararı için bkz. Graphite Electrodes, bkz. dn. 101, French beef, 2.4.2003, 2003/600/EC, Case COMP/C.38.279/F3. Lider, teşvik eden kavramları için bkz. Basf v. Commission (Vitamins), 15.3.2006, T-15/02 par. 315-354.

Yapılan çalışmaya göre, bazı kararlarda ihlalde lider rol üstlenilmesi % 25 oranında temel ceza miktarını arttırmış, bazılarında ise diğer ağırlaştırıcı faktörlerle bir arada değerlendirilmiş ve temel ceza miktarı % 50 ile % 85 arasında değişen oranlarda arttırılmıştır. Diğer teşebbüslerin teşvik edilmesi veya zorlanması halleri, % 20 ile % 30 arasında değişen oranlarda ceza miktarının arttırılmasına neden olmuştur. Komisyon'un soruşturmasının engellenmesi, temel ceza miktarında % 10 ile % 20 oranlarında artışa yol açmıştır. İhlalin tekrarı ise temel ceza miktarını % 50 oranında arttırmıştır.

Hafifletici unsurlar ise ihlalde pasif bir rol üstlenilmesi¹⁰³, ihlal teşkil eden anlaşma veya eylemin uygulanmaması¹⁰⁴, Komisyon'un müdahalesi üzerine ihlale son verilmesi (özellikle soruşturma sürdürülürken)¹⁰⁵, davranışın ihlale sebebiyet verdiğiine ilişkin taraflarda makul bir şüphenin var olması, ihlalin ihmal sonucu gerçekleşmesi veya kasıtlı olmaması, pişmanlık programı kapsamı dışında Komisyon ile yapılan işbirliği¹⁰⁶ ve diğer nedenler olarak sayılmaktadır. Geradin ve Henry (2005, 39-43)'nin çalışmasına göre, Komisyon'un almış olduğu bazı kararlarda, ihlalin gerçekleştiği sektörün ekonomik krizde olması hafifletici neden olarak kabul edilmiş ve temel ceza miktarında % 10 oranında indirim yapılmıştır. Ayrıca temel ceza miktarında Komisyon ile yapılan işbirliğinde % 20, soruşturmadan önce ihlale son verilmesinde ise % 10 oranında indirim uygulanmıştır. İhlalde pasif rol üstlenilmesi, Komisyon tarafından oldukça dar yorumlanmakta, pasif rol üstlenen kişinin kartel toplantılarından bir kısmına katılmamış olması aranmaktadır. Pasif rol üstlenilmiş olması, temel ceza miktarında % 20-50 oranında azalma sağlayabilmektedir. Yapılan davranışın ihlal oluşturduğuna dair tarafların bilgi sahibi olmaması, % 15-20 oranında ceza indirimi sağlayabilmekle birlikte, rekabet hukukuna ilişkin bilgi düzeyinin artması ile bu faktör daha az dikkate alınmaya başlanmıştır. Son olarak, ihlalin gerçekleştiği sektörün düzenleyici otoritesi tarafından daha önce alınan önlem sonucunda gerçekleştirilen bir davranışta, verilecek cezada % 10 kadar indirime gidilebilmiştir.

¹⁰³ Komisyon kararı için bkz. Graphite Electrodes, bkz. dn. 101. Pasif rol üstlenilmesinin Adalet Mahkemesi tarafından değerlendirilmesi için bkz. Aalborg Portland and Others v. Commission (Cement), bkz. dn. 95, par. 86, par. 91.

¹⁰⁴ Örnek Komisyon Kararı için bkz. Vitamins, bkz. dn. 70. Mahkeme kararları için bkz., Daiichi Pharmaceutical v. Commission, 15.03.2006, T-26/02, par. 113, Aalborg Portland and Others v. Commission (Cement), bkz. dn. 95, par. 81-86.

¹⁰⁵ Tokai Carbon and Others v. Commission (Specialty graphite), 15.6.2005, T-71/03 etc. par. 292

¹⁰⁶ İşbirliğinin bu şekilde dikkate alınmasında, pişmanlık programının esaslarını düzenleyen 1996 yılı düzenlemesinin kapsamının sınırlı olması, dikey kısıtlamalar ile hâkim durumun kötüye kullanılması uygulamalarının pişmanlık programı kapsamı dışında yer alması yatmaktadır (Wils 1998, 257). Değerlendirme için bkz. SCA Holding v. Commission (Cartonboard), 16.11.2000, C-297/98 P, par.36.

Ağırlaştırıcı ve hafifletici unsurların neler olduğu ve nasıl uygulanacağı, uygulamalarla ve yargı kararlarıyla belirginleşmektedir. Komisyon ihlalin türü ve niteliğine göre ağırlaştırıcı ve hafifletici unsurları belirlemektedir. Nitekim İlk Derece Mahkemesi (İDM) tarafından alınan bir karara göre, Komisyon'un daha önce almış olduğu bir kararda belirli unsurları ağırlaştırıcı olarak dikkate almaması, daha sonra alacağı kararlarda bu unsurlara başvuramayacağı anlamına gelmemektedir¹⁰⁷.

Ceza miktarı bu şekilde belirlendikten sonra, **diğer esaslar**¹⁰⁸ dikkate alınmaktadır. İlk olarak, pişmanlık programları kapsamında yapılan işbirliğinin ve ceza indiriminin dikkate alınacağı, ardından ciroya ilişkin % 10'luk üst sınırın uygulanacağı düzenlenmektedir. Ceza miktarının belirlenmesinde kullanılacak ciro rakamlarının, kararın alınmasından bir önceki yıl rakamları, bunun mümkün olmadığı durumlarda ise bu yıldan bir önceki yıl rakamları olacağı belirtilmektedir.

Rehber'de kabul edilen yöntem uyarınca, bu hesaplamaların yapılmasının ardından, ihlalin ekonomik bağlamı, teşebbüslerin ihlalden elde ettiği ekonomik veya finansal fayda, teşebbüslerin özellikleri ve ödeme yeterlilikleri¹⁰⁹ gibi faktörler dikkate alınarak ceza miktarı ayarlanmaktadır.

Rehber'de ihlalin teşebbüs birliği tarafından gerçekleştirilmesi durumuna ilişkin olarak açıklama getirilmekte ve teşebbüs birliği tarafından gerçekleştirilen ihlallerde, cezanın, mümkün olduğu ölçüde birliğe üye teşebbüslere verilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Üye sayısının çok fazla olduğu ve dolayısıyla teşebbüslere cezanın verilmesinin mümkün olmadığı durumlarda, Rehber'de düzenlenen ilkeler ışığında hesaplanan ve her bir üyeye verilebilecek cezaların toplamından oluşan miktarın, birliğe uygulanacağı açıklanmaktadır.

Komisyon'un bazı uyuşmazlıklarda 1.000 ECU miktarında "sembolik ceza" uygulama yetkisi de saklı tutulmaktadır. Bu cezanın hesaplanmasında Rehber'de yer verilen ilkeler dikkate alınmamakla birlikte bu cezanın uygulanma nedeni kararda açıklanmaktadır¹¹⁰. Cezanın belirlenmesine ilişkin süreç şöyle özetlenebilir:

¹⁰⁷ Groupe Danone v. Commission (Belgian Beer), bkz. dn. 100, par. 57. Ağırlaştırıcı ve hafifletici unsurların dikkate alındığı Komisyon Kararlarının bazıları Ek-5'te tablo ile sunulmuştur.

¹⁰⁸ 1998 Rehberi, syf 4-5.

¹⁰⁹ Ödeme yeterliliğinin içtihat hukukunda değerlendirilmesine ilişkin olarak bkz. SGL Carbon v. Commission (Graphite Electrodes), 29.6.2006, C-308/04 P par. 105.

¹¹⁰ Genellikle kanunun veya kamu otoritesinin kolaylaştırdığı "teknik" ihlaller bakımından sembolik ceza uygulanmaktadır (Veljanovski 2007, 5). Sembolik ceza uygulanan örnek bir karar için bkz. Deutsche Post AG Kararı, 25.7.2001, 2001/892/EC, par. 193. Kararda eylemin

Şema 2 - 1998 Rehberi'ne Göre Ceza Miktarının Belirlenme Süreci

Ağırlık + Ağırlığın % 10'una Kadar Süre = Temel Ceza Miktarı
Temel Ceza Miktarı → Ağırlaştırıcı ve Hafifletici Unsurlar → Diğer
Esaslar (Pişmanlık Programı, Üst Sınır, Diğer) → Nihai Ceza Miktarı

UCAR International Inc. (UCAR) bakımından ceza miktarının nasıl belirlendiğinin örneklendirilmesi, 1998 Rehberi'nde öngörülen yöntemin anlaşılması bakımından faydalı olacaktır. Komisyon 2001 yılında “grafit elektrot” üreticilerinin yapmış olduğu fiyat anlaşmasına ilişkin olarak karar¹¹¹ almıştır. Söz konusu kararda **temel ceza miktarının** belirlenmesi için önce ihlalin ağırlığı dikkate alınmıştır. Bu kapsamda ihlalin niteliği, pazardaki gerçek etkisi ve coğrafi pazarın büyüklüğü değerlendirilmiştir. UCAR'ın pazar paylaşımı ve fiyat belirleme eylemlerinin, niteliği itibariyle çok ağır ihlaller olduğu tespit edilmiş, pazardaki gerçek etki bakımından ihlalin süresi boyunca pazarda fiyatların neredeyse iki katına çıkmış olması dikkate alınmıştır. İhlalin coğrafi olarak tüm ortak pazarı kapsadığı da dikkate alınarak ihlalin “çok ağır” olduğuna karar verilmiştir. Teşebbüslerin büyüklükleri ve pazarda yaratılan gerçek etki çerçevesinde farklılaştırmaya gidilmiş ve UCAR'ın pazar payı ve büyüklüğü göz önünde bulundurularak başlangıç ceza miktarı 40 milyon avro olarak belirlenmiştir. İhlalin beş yıl ve dokuz ay boyunca sürmesi ve uzun süreli bir ihlal olması sebebiyle ceza miktarı % 55 oranında artırılmış ve böylece temel ceza miktarı 62 milyon avro olarak tespit edilmiştir. Temel ceza miktarının belirlenmesinin ardından, UCAR'ın ihlalde lider rol üstlenmiş olması ve soruşturmadan sonra ihlale devam etmesi **ağırlaştırıcı unsurlar** olarak dikkate alınmış ve temel ceza miktarı % 60 artırılarak 99,2 milyon avroya ulaşılmıştır. **Hafifletici unsur** bulunmadığından cezada azaltma yapılmamıştır. Daha sonra **% 10'luk üst sınır** dikkate alınarak ceza miktarı 84,1 milyon avroya indirilmiştir. UCAR'ın **pişmanlık programı** kapsamında yaptığı işbirliği de dikkate alınmış ve ceza miktarı % 40 oranında azaltılarak nihai ceza miktarı 50,4 milyon avro olarak tespit edilmiştir.

4.1.3.1.2. 1998 Rehberi'ne İlişkin Tartışmalar

Komisyon'un para cezalarına yaklaşımında önemli bir dönüm noktası olan 1998 Rehberi, çeşitli boyutlarıyla tartışılmıştır. Rehber'in hukuki niteliğinin ne olduğu, uygulamada beklenen ihtiyacı karşılayıp karşılamadığı gündeme gelen konular arasındadır. Rehber'in amaçları ve niteliklerine, Komisyon'u bağlayıcı olup olmadığına yönelik önemli değerlendirmeler, mahkeme

gerçekleştiği dönemde yasal boşluk bulunması ve teşebbüsün yerleşik Alman içtihat hukuku kurallarına kısmen uygun davranması dikkate alınmıştır.

¹¹¹ Graphite Electrodes, bkz. dn. 101.

kararlarında yer almıştır. Bu kapsamda, İDM tarafından alınan bir kararda, Rehber'in amacının cezaların öngörülebilirliği değil, şeffaflığın ve tarafsızlığın sağlanması olduğu yer almıştır¹¹². İDM tarafından verilen *Danone*¹¹³ kararında, Rehber'de öngörülen yöntemin kabul edilebilir tek yöntem olmamakla birlikte, tutarlı uygulamalara imkân verdiği ve böylece teşebbüslere eşit muamelenin yapılmasını sağladığı ifade edilmiştir. Diğer bir kararda¹¹⁴ ise Komisyon'un ceza miktarının belirlenmesinde takdir hakkının bulunduğu ve hesaplamada matematiksel bir formülün uygulanmasının beklenmediği, bununla birlikte miktarın belirlenmesinde Rehber'in dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir. ATAD'ın *Dansk Rorindustri*¹¹⁵ olayında verdiği kararda, rehberlerin her olay bakımından Komisyon'u bağlayıcı olmadığı, bununla birlikte rehberlerle getirilen düzenlemelerden ancak gerekçe gösterilerek ve eşitlik ilkesi dikkate alınarak ayrılmanın mümkün olduğu kabul edilmiştir.

Mahkeme kararlarında bu şekilde değerlendirilen 1998 Rehberi, sahip olduğu üstünlükleri ve zayıflıklarıyla da tartışılmıştır. Bu sistemin, Komisyon'un 1998 Rehberi'nden önceki yaklaşımına göre daha açık ve anlaşılır olduğu, ceza miktarının kendisine odaklandığı ve pek çok faktörü dikkate aldığı belirtilmektedir (Wils 1998, 255).

Buna ek olarak, 1998 Rehberi ile birlikte kararlarda cezanın belirlenmesi konusunda daha ayrıntılı açıklamalar getirilmeye başlandığı, hukuki belirliliğin ve ceza miktarının arttığı kabul edilmektedir. Bununla birlikte sistemin katı yapısının ve esneklikten uzak oluşunun, başka bazı sorunları beraberinde getirdiği, tutarlı olmayan uygulamaların ortaya çıktığı iddia edilmektedir (Calvino 2006,13).

1998 Rehberi, kullanmış olduğu ifadelerin belirsizliği ve getirmiş olduğu düzenlemeler bakımından da eleştirilmiştir. Broca (2006, 1), ihlallerin ağırlıklarına göre sınıflandırılmasının verimsiz ve başarısız olduğunu, ihlallerin süresinin yeteri kadar dikkate alınmadığını ifade etmektedir. Geradin ve Henry (2005, 13) ise, benzer rekabet ihlalleri için farklı başlangıç miktarları öngörülmüş, başlangıç miktarlarının hesaplanmasına ilişkin ayrıntılı bir açıklama veya hesaplama yöntemi getirilmemiş olmasına vurgu yapmaktadır. Dolayısıyla Komisyon'un 1998 Rehberi ile benimsemiş olduğu yöntem, sorunları çözmekte yetersiz kalmış ve 2006 Rehberi benimsenmiştir.

¹¹² BASF v. Commission (Vitamins), bkz. dn. 102, par. 250.

¹¹³ Groupe Danone v. Commission (Belgian Beer), bkz. dn. 100, par. 523.

¹¹⁴ BASF v. Commission (Vitamins), bkz. dn. 102, par. 119

¹¹⁵ Dansk Rorindustri and Others v. Commission, bkz. dn. 101, par. 209. Kararda ayrıca, 1998 Rehberi'nin ceza miktarının belirlenmesi ile ilgili getirdiği düzenlemelerin yasal sınırlar dahilinde kaldığı ve miktarın belirlenmesi bakımından yasal sınırları değiştirmediği, bununla birlikte genel bir yöntem getirdiği ve belirliliği arttırdığı kabul edilmiş ve Rehber'in yasal olmadığı yönündeki argüman reddedilmiştir (par. 203-213, 253).

4.1.3.2. 2006 Rehberi¹¹⁶

2006 Rehberi'nin dibacesinde, Komisyon'un kararlarında şeffaflığın ve tarafsızlığın sağlanması için 1998 Rehberi'ni benimsediği, sekiz yıllık bir uygulamadan sonra, ceza politikasının geliştirilmesi ve iyileştirilmesi için yeterli tecrübenin edinildiği ifade edilmektedir. Dibacede ayrıca para cezalarının hem ihlali gerçekleştiren teşebbüsü caydıracak (*özel caydırıcılık*), hem de diğer teşebbüslerin 81. ve 82. maddeye aykırı davranışlar içine girmelerini veya sürdürmelerini caydıracak (*genel caydırıcılık*) etkiye sahip olması gerektiği belirtilmektedir¹¹⁷.

4.1.3.2.1. Ceza Miktarının Belirlenmesi

2006 Rehberi uyarınca, 1998 Rehberi'ne paralel olarak ceza miktarı iki aşamalı bir hesaplama yöntemi ile belirlenmektedir. Temel ceza miktarının belirlenmesinin ardından bu miktarın alt veya üst miktarlara uyarlanmasıyla nihai ceza miktarına ulaşılmaktadır. İlk aşama ihlale ilişkin genel bir değerlendirmeye karşılık gelirken, ikinci aşama daha çok teşebbüslere özgü unsurları yansıtmaktadır (Broca 2006, 2).

Temel Ceza Miktarının¹¹⁸ belirlenmesinde Komisyon, 1998 Rehberi'nden farklı bir yöntem benimsemekte ve toplam ciro yerine "satış değeri"ni (*value of sales*) dikkate alarak hesaplamaya başlamaktadır. Satış değeri, ihlalin gerçekleştiği ilgili pazarla doğrudan veya dolaylı olarak ilişkilendirilebilir satışları ifade etmektedir. Komisyon'un, teşebbüsün ihlale katılmış olduğu son iş yılının satışlarını dikkate alacağı kabul edilmektedir¹¹⁹. Rehber'de yer alan düzenleme uyarınca, ihlalin teşebbüs birliği üyeleri tarafından gerçekleştirildiği durumlarda, satış değeri, üyelerin satış değerlerinin toplamından oluşmaktadır. Satış değerinin belirlenmesinde, teşebbüsün mevcut olan en yakın rakamlarının dikkate alınacağı, mevcut rakamların güvenilemez veya eksik olduğu durumlarda ise, elde edilen verilerin veya uygun olan diğer bilgilerin kullanılacağı düzenlenmektedir.

¹¹⁶ 2006 - Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003. Official Journal C 210, 1.9.2006.

¹¹⁷ 2006 Rehberi, syf. 2.

¹¹⁸ 2006 Rehberi, syf. 3.

¹¹⁹ Rehberde, uluslararası kartellere ilişkin olarak bir açıklama getirilmektedir. Bu çerçevede Komisyon'un, ihlalin coğrafi sınırlarının Topluluk sınırlarının ötesinde olması durumunda, ihlalin gerçekleştiği alanda elde edilen satış değerini ve bu değere karşılık gelen pazar payını belirleyebileceği ve bu pazar payını Topluluk sınırlarında elde edilen toplam satışlara uygulamak suretiyle Toplulukta yaratılan gerçek etkiyi ortaya çıkartabileceği kabul edilmektedir.

Temel ceza miktarının belirlenmesinde üç unsur etkili olmaktadır: İhlalin ağırlığı, süresi ve aşağıda açıklanacak olan “giriş ücreti”. İhlalin ağırlığı, tüm faktörlerin dikkate alınması suretiyle olayların niteliğine göre belirlenmektedir. Genel bir kural olarak Komisyon’un, satış değerinin % 30’una kadar bir miktarı esas alacağı Rehber’de yer almaktadır. Bu oranın belirlenmesinde Komisyon’un, ihlalin özelliği, tarafların pazar payı, ihlalin coğrafi alanı ve ihlalin uygulanıp uygulanmadığı gibi pek çok faktörü değerlendireceği belirtilmektedir. Bu çerçevede yatay fiyat tespiti, pazar paylaşımı ve arz kısıtlamasına ilişkin anlaşmaların en zararlı rekabet kısıtlamaları arasında olduğu kabul edilmektedir. Komisyon’un politika tercihi olarak bu ihlal türlerinin ağır bir şekilde cezalandırılacağı ve bu ihlaller bakımından yüksek bir oran tespit edileceği ifade edilerek, açık rekabet ihlallerinin ağır şekilde cezalandırılması gerektiği konusunda neredeyse tüm dünyada kabul gören yaklaşım, Komisyon tarafından da benimsenmektedir.

Bundan sonra, ihlale katılan her bir firmanın ihlale katılım süresinin tam olarak hesaba katılabilmesi için, satış değerinin oranı olarak belirlenen bu miktarın ihlal süresi ile çarpılacağı ve altı aydan kısa süreli ihlallerin yarım yıl olarak, altı aydan fazla süren ihlallerin bir yıl süreli olarak kabul edileceği ifade edilmektedir. Dolayısıyla 1998 Rehberi’nden farklı olarak bir yıldan kısa süreli ihlallerin hesaplama dahil edilmemesinden vazgeçilmiş, ceza miktarının belirlenmesinde ihlalin süresine verilen önem arttırılmıştır.

Buna ek olarak, 2006 Rehberi ile yeni bir uygulama getirilmektedir. Bu yenilik uyarınca, teşebbüslerin yatay fiyat belirleme, pazar paylaşımı ve arz kısıtlaması ihlalleri içerisine girmelerinin engellenmesi için, satış değerinin % 15’i ile % 25’i arasında bir miktar “giriş ücreti” (*entry fee*) olarak uygulanmaktadır. Komisyon’un diğer ihlaller için de böyle bir miktar ekleyebileceği kabul edilmektedir¹²⁰. Belli bir olayda ne kadar miktarın ekleneceğine karar verilirken satış değerinin yüzdesinin belirlenmesinde değerlendirilen unsurlar başta olmak üzere pek çok faktörün dikkate alınacağı kabul edilmektedir.

Temel ceza miktarının belirlenmesinin ardından bu miktar uyarlanmakta¹²¹ ve nihai ceza miktarına ulaşılmasında öncelikle **ağırlaştırıcı unsurlar** belirlenmektedir. Bu unsurlar temel olarak 1998 Rehberi ile benzerlikler göstermekle birlikte bazı farklılıklar da bulunmaktadır. Örneğin, ihlalin tekrarına ilişkin olarak 2006 Rehberi ile benimsenen yaklaşımın,

¹²⁰ Dolayısıyla açık ihlallerin caydırılması yönünde artan vurguya paralel olarak açık ihlaller ve diğer ihlaller arasında yapılan farklılaştırma dikkat çekmektedir. Zira açık ihlaller bakımından böyle bir ekleme yapılması zorunlu iken, diğer ihlaller bakımından böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır.

¹²¹ 2006 Rehberi, syf. 3.

1998 Rehberi uygulamalarından farklı yönlerinin bulunduğu anlaşılmaktadır. 2006 Rehberi ile Komisyon veya üye ülke tarafından 81. veya 82. maddenin ihlal edildiğine hükmedilmesi ve teşebbüsün bununla aynı veya buna benzer bir ihlali tekrar etmesi veya sürdürmesi¹²² durumunda temel ceza miktarının % 100'e kadar arttırılacağı kabul edilmektedir. Dolayısıyla, bundan böyle ihlalin tekrarlanıp tekrarlanmadığı hususunda önceden verilmiş olan Komisyon kararlarının yanı sıra üye ülke mahkemelerinin kararları da dikkate alınacaktır. Ayrıca, önceden ihlalin tekrarı halinde temel ceza miktarı % 50 oranında arttırılırken, bundan böyle % 100'e kadar arttırılabilecektir.

2006 Rehberi'nde dikkate alınacak **hafifletici unsurlara** da yer verilmektedir. Hafifletici unsurlar bakımından da 1998 Rehberi ile 2006 Rehberi'nde öngörülen düzenlemeler arasında paralellik bulunmaktadır. Bununla birlikte, bazı farklılıklar da dikkat çekmektedir. Örneğin, Komisyon'un müdahalesi üzerine ihlale son verilmesi, 1998 Rehberi'nden farklı olarak 2006 Rehberi ile getirilen düzenleme uyarınca kartelleri ve gizli anlaşmaları kapsamamaktadır. Kartellerin caydırılması konusunda benimsenen politika tercihinin, bu alanda da yansıması olduğu düşünülmektedir. Bundan başka 1998 Rehberi'nde anlaşmanın uygulanmaması hafifletici nedenler arasında sayılmakla birlikte, bu husus 2006 Rehberi ile daha ayrıntılı düzenlenmektedir. Son olarak, 2006 Rehberi ile rekabete aykırı davranışın kamu otoritesi tarafından verilen yetki veya yasal düzenleme sonucunda gerçekleştirilmiş olması, hafifletici unsurlar arasında belirtilirken¹²³, 1998 Rehberi'nden farklı olarak taraflarda rekabeti kısıtlayıcı anlaşmanın ihlal teşkil ettiğine dair makul şüphenin bulunması unsuruna yer verilmemektedir.

Ağırlaştırıcı ve hafifletici unsurların değerlendirilmesinin ardından, Komisyon'un, cezanın yeterli caydırıcılığa sahip olmasına dikkat edeceği ve özellikle büyük ciroya sahip olan teşebbüsler bakımından ceza miktarını arttıracak düzenlenmektedir. Böyle bir farklılığa gidilmesinin temel nedeninin büyük şirketleri rekabete aykırı davranışlar içerisine girmekten caydırmak olduğu anlaşılmaktadır. Komisyon'un ihlalden elde edilen kazancın hesaplanabildiği durumlarda bu miktarı ayrıca dikkate alacağı ve cezanın bu miktarın üzerinde olması için artış yapacağı kabul edilmektedir. Dolayısıyla şirketin büyüklüğü ve elde edilen kazanç, cezanın yeterli caydırıcılığı sağlamak üzere arttırılmasında başvurulacak unsurlar olarak ortaya çıkmaktadır.

Hesaplanan bu miktar % 10'luk üst sınıra göre uyarlandıktan sonra pişmanlık programına ilişkin kurallar uygulanmaktadır. 1998 Rehberi'ne paralel

¹²² "Aynı veya benzer" kavramlarının dar ve geniş yorumlanması tartışmaları ile tekrarlanan ihlaller arasında esas alınacak süreye ilişkin tartışmalar için bkz. Wils (2007, 26), Camilli (2006, 602).

¹²³ Bu unsur yerleşik içtihat hukukuna paralel olarak kabul edilmiştir. Bkz. CIF, 9.9.2003, C-198/01 par. 51, 56-57. Komisyon Kararı için bkz. French beef, bkz. dn. 102, par. 176.

şekilde istisnai durumlarda teşebbüsün verilen cezayı ödeme yeterliliğinin sosyal ve ekonomik bağlamda dikkate alınabileceği düzenlenmiş olmakla birlikte, koşullar ağırlaştırılmaktadır. İndirim sağlanması, belirlenen cezanın uygulanması ile teşebbüsün ekonomik kapasitesinin tehlikeye girecek olmasının ve tüm varlığını kaybetme ihtimalinin objektif delillerle gösterilmesi durumunda mümkün olmaktadır.

2006 Rehberi'nde bazı durumlarda 1998 Rehberi'ne paralel olarak sembolik ceza uygulanabileceği de düzenlenmektedir. Buna ek olarak, olayların özelliğinden kaynaklanan durumların veya caydırıcılığın sağlanması amacıyla Rehber ile belirlenen yöntemden ayrılmayı gerektirebileceği de belirtilerek Komisyon'un bu yöndeki hakkı saklı tutulmaktadır. Süreç aşağıdaki şema yardımıyla özetlenebilir:

Şema 3 - 2006 Rehberi'ne Göre Ceza Miktarının Belirlenme Süreci

Satışların Değerinin %30'una Kadar Miktar x Süre + Giriş Ücreti
(Satışların Değerinin % 15'i ile %25'i Arasında) = Temel Ceza
Temel Ceza → Ağırlaştırıcı ve Hafifletici Unsurlar → Caydırıcılık
İçin Miktarın Arttırılması → Diğer Esaslar → Nihai Ceza

Komisyon benimsemiş olduğu yeni yaklaşımla temel ceza miktarını ihlalden etkilenen pazarda elde edilen satışlara ve ihlalin süresine dayandırmış, böylelikle ceza miktarının belirlenmesine ilişkin süreç, 1998 Rehberi'nde öngörülen sisteme göre daha açıklayıcı olmuştur. Bununla birlikte, caydırıcılık amacıyla büyük ciroya sahip teşebbüsler için ceza miktarının yükseltilebileceği yönündeki düzenlemenin ve Rehber'de öngörülen yöntemden ayrılma hakkının saklı tutulmasının, şeffaflık ve öngörülebilirlik açısından sorunlar taşımakta olduğu ve Komisyon'un yaklaşımının “iki adım ileri gidilirken bir adım geri gelinmesine” yol açtığı iddia edilmektedir (Killick 2006, 7). Augustin ve Haberman (2007, 5) da, Komisyon'un yeni yaklaşımının adaletsiz sonuçlara yol açabileceğini belirtmekte ve ilgili satışlar yerine kârın esas alındığı, ceza üst sınırının kaldırıldığı bir sistemin daha uygun olabileceğini ifade etmektedir.

4.1.3.3. Ciro Kavramı

Cironun hesaplanması, gerek para cezalarının üst sınırının belirlenmesi bakımından, gerekse ceza miktarının belirlenmesinde dikkate alınmasından dolayı önemlidir. Bununla birlikte ciro kavramının nasıl anlaşılması gerektiğine ilişkin olarak tartışmalar bulunmaktadır. Bu tartışmalar, esas alınacak rakamların hangi yıla ait olması gerektiği ve hangi satışların ciro miktarına dâhil edilmesi gerektiği üzerinde yoğunlaşmaktadır.

4.1.3.3.1. Ceza Üst Sınırı ve “Bir Önceki Yıl” Kavramı

17/62 sayılı Tüzük'te ceza üst sınırının “teşebbüsün bir önceki yıl cirosunun % 10'u” olarak belirlenmesi tereddütlere yol açmış, bu miktarın teşebbüsün tüm cirosuna mı, yoksa ihlalden elde etmiş olduğu ciroya mı işaret ettiği konusunda tartışmalar ortaya çıkmıştır. Bununla birlikte *Pioneer*¹²⁴ kararında ATAD, cezanın üst sınırının belirlenmesinde teşebbüslerin toplam cirosunun dikkate alınacağını belirtmiştir.

Konuya ilişkin belirsizlik, 1998 Rehberi'nin kabul edilmesi ile bir ölçüde giderilmiştir. Rehber ile belirlenecek ceza miktarının teşebbüsün tüm dünyada elde etmiş olduğu cironun % 10'unu geçemeyeceği düzenlenmiş ve dikkate alınacak hesap yılının da karardan bir önceki yıl olduğu kabul edilmiştir¹²⁵. Bu yaklaşıma paralel olarak 1/2003 sayılı Tüzük ile toplam cironun % 10'unun üst sınır olacağı belirtilmiştir. 2006 Rehberi ile de -1998 Rehberi kadar açık şekilde olmasa da- bu yaklaşım korunmuş ve nihai ceza miktarının teşebbüslerin bir önceki yılda elde etmiş oldukları toplam cironun % 10'unu geçemeyeceği düzenlenmiştir¹²⁶.

Dolayısıyla, ceza üst sınırı, teşebbüslerin veya teşebbüs birliklerinin karardan bir önceki yılda tüm dünyada elde etmiş olduğu toplam cirolarının % 10'udur. İhlale birden fazla firmanın katılmış olması halinde veya ihlalin teşebbüs birliği tarafından gerçekleştirilmesi durumunda % 10 sınırı her bir firma için ayrı ayrı hesaplanmakta ve dikkate alınmaktadır (Bael 1995, 238). Örneğin İDM'nin almış olduğu *CB ve Europay*¹²⁷ kararında, teşebbüs birliği kararının üyeleri üzerinde bağlayıcılığının olduğu durumlarda, Tüzük'te öngörülen % 10'luk ciro üst sınırının, birlik üyelerinin toplam cirolarına göre değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

4.1.3.3.2. Ceza Miktarının Belirlenmesi: Toplam Ciro ve “Satış Değeri”

Yukarıda da belirtildiği gibi, ciro kavramı, ceza miktarının hesaplanmasında dikkate alınmasından ötürü de önemlidir. Komisyon, 1998 Rehberi ile cezanın hesaplanmasında tüm ciroyu dikkate alan bir yaklaşım benimsemiştir. 2006 Rehberi ise “satış değeri”nden yola çıkmakta ve ihlalden

¹²⁴ Pioneer, bkz. dn. 68. Benzer yönde bkz. Tokai Carbon and Others v. Commission (Specialty graphite), bkz. dn. 105, par. 388-390.

¹²⁵ Bkz. bölüm 4.1.3.1.

¹²⁶ Madde metninde “toplam ciro” kavramı kullanılmakla birlikte 1/2003 sayılı Tüzük'e yapılan atıftan kavramın tüm ciroya işaret ettiği anlaşılmaktadır.

¹²⁷ Europay v. Commission, 39/92, T-40/92, 23.2.1994.

etkilenen pazardaki satışları dikkate almaktadır. Dolayısıyla Komisyon'un yaklaşımında değişiklik olduğundan söz etmek mümkündür.

Camilli (2006, 604), 1998 Rehberi'nin, daha fazla caydırıcılığın sağlanması için tüm ciroyu dikkate aldığı, bununla birlikte ihlalin etkisinden ve ihlalden elde edilen kazançtan çok ihlalin ağırlığına ve teşebbüsün büyüklüğüne önem verilmesiyle, caydırıcılığın sağlanmasının "şansa bağlı olmasına" yol açtığını ve beklenen etkinin gerçekleşemediğini ifade etmektedir. 1998 Rehberi'nin tüm ciroyu esas alması eşitlik bakımından da eleştirilmiştir. ATAD, bu argümanı reddetmiş ve Rehber'de öngörülen hesaplama yönteminin pek çok faktörü içerdiğine, ihlalden elde edilen karın veya caydırıcılığın sağlanmasının da bu faktörler arasında olduğuna, dolayısıyla bu yöntemin Komisyon'un eski uygulamalarından daha uygun olduğuna hükmetmiştir¹²⁸.

Bununla birlikte, uygulamada Komisyon daha çok, ihlale katılan teşebbüslerin büyüklüklerine göre ceza miktarını farklılaştırmış, cezaya esas miktarı, firmaların etkilenen pazardaki cirolarına orantılı olarak belirlemiş ve ihlalin yarattığı etkiyi dikkate almıştır (Wils 2007, 16-17)¹²⁹. Dolayısıyla, Komisyon'un 1998 Rehberi'ni uygulaması, esasen, sürenin hesaba katılması dışında 2006 Rehberi'nin ihlalden etkilenen pazarda elde edilen ciroyu esas alan düzenlemesiyle paralel olmuştur.

Uygulamadaki paralelliklerin yanı sıra, yargı kararlarında da ihlalden elde edilen gelirin ve yaratılan etkinin dikkate alınmasına dönük bir yaklaşım ortaya çıkmıştır. Bunun en önemli örneği olan *Lysine* olayına¹³⁰ da bu kapsamda yer vermek gerekmektedir. Söz konusu olayda İDM, yerleşik içtihat hukuku uyarınca ihlalin yaratmış olduğu gerçek etkinin belirlenmesinde, ihlalin ilişkili olduğu faaliyetlerden elde edilen gelirin dikkate alınmasının daha adil olduğuna yer vermiş, böyle bir yaklaşımın ihlalin yaratmış olduğu zarara ilişkin objektif bir ölçü sağladığını da kabul etmiştir.

2006 Rehberi, değişen yaklaşımın sonucu olarak temel ceza miktarının belirlenmesinde, ihlalden etkilenen satışları dikkate almaktadır. Daha önce de açıklandığı üzere satış değeri, ihlalin gerçekleştiği ilgili pazarla doğrudan veya dolaylı olarak ilişkilendirilebilir satışları ifade etmektedir ve Komisyon'un, teşebbüsün ihlale katılmış olduğu son iş yılının satışlarını dikkate alacağı kabul edilmiştir. Ancak kavramın hangi satışları içerdiğine ilişkin bir belirsizlik mevcuttur. Rehber'de dolaylı satışların açıklanması için, yatay fiyat belirleme

¹²⁸ Dansk Rorindustri and Others v. Commission, bkz. dn. 101, par.260.

¹²⁹ Yapılan farklılaştırmaya örnek için bkz. Choline Chloride, COMP/E-2/37.533, 9.12.2004, par. 200-203.

¹³⁰ Archer Daniels Midland Company v. Commission (*Lysine*), T-224/00, 9.7.2003, par.196. Benzer yönde bkz. *Adriatica di Navigazione SpA v. Commission* (2003), Case CFI T-61/99, par. 196-197, 211.

anlaşması sonucunda belirlenen fiyatın daha yüksek veya daha düşük kaliteli ürünlerin fiyatları için de referans teşkil etmesi durumu örnek verilmiştir. Camilli (2006, 601)'ye göre, bunun yerine ikame prensibinin benimsenmesi ve ilgili pazar kavramından yola çıkılması daha açıklayıcı olacaktır. 2006 Rehberi ile Komisyon'un benimsemiş olduğu bu yaklaşım farklılığı, bir sonraki başlık altında ve daha önce yer verilen optimal ceza teorisi ışığında tartışılacaktır.

4.1.4. AB Para Cezaları ve Optimal Ceza Teorisi: Değerlendirme

Optimal ceza teorisi daha önce açıklandığı üzere, temel olarak beklenen cezanın ihlalden elde edilen fayda veya zarardan fazla olmasına ve bu suretle fayda maliyet analizi yapan firmaları ihlalden caydırmaya dayanmaktadır.¹³¹

1998 Rehberi ile öngörülen hesaplama yöntemi, ihlalden elde edilen kazanç veya ihlalin yaratmış olduğu zarara dayanmayıp, temel olarak ihlalin ağırlığını ve Rehber'de öngörülen diğer unsurları dikkate almaktadır. 1998 Rehberi Komisyon'un ceza düzeyini yeteri kadar caydırıcılığı sağlayacak şekilde belirlemesi gerektiğini düzenlemiş olmakla birlikte, öngörülen düzenlemenin optimal ceza teorisi ile kabul edilen *ex ante* (öncül) caydırıcılıktan farklı olduğu ve Komisyon uygulamasının caydırıcılığı sağlamaktan uzak kaldığı Veljanovski (2007, 22) tarafından tartışılmaktadır. Başka bir görüşe göre ise, 1998 Rehberi, ihlalden elde edilen kazancı, cezanın hesaplanmasına temel olarak almamakla birlikte, hesaplanabildiği durumda cezanın belirlenmesinde dikkate almaktadır. Kazanç esasına dayalı teorilerin teorik ve pratik açıdan sahip olduğu sorunlar dikkate alındığında, kazancın hesaplamada bu şekilde ele alınması daha olumludur (Wils 1998, 256).

2006 Rehberi'nin dibacesinde ise, ihlale ilişkin satış değerinin ve ihlalin süresinin bir arada ele alınmasının, ihlalin ekonomik öneminin ve aynı zamanda her bir teşebbüsün ihlaldeki etkisinin yansıtılması bakımından bir gösterge olabileceğine yer verilmektedir.¹³² Bu yaklaşıma paralel olarak temel ceza miktarının belirlenmesinde satış değeri kavramından yola çıkılmaktadır. 2006 Rehberi, ceza miktarını ciroya ve ihlal süresine bağlamak suretiyle ihlalden elde edilen kazançla ilgilenmektedir. Ayrıca, caydırıcılığın sağlanması bakımından ihlalden elde edilen kazancın ötesinde bir ceza miktarının belirlenme olasılığı da bulunmaktadır. Bu açıdan, benimsenen yöntemin, optimal ceza teorisi ile de uyumlu olduğu ve genel olarak sistemin ceza miktarının artırılmasına yönelik

¹³¹ bkz. Bölüm 2.

¹³² 2006 Rehberi, syf. 2.

daha katı bir yaklaşımı yansıttığı ileri sürülmektedir¹³³ (Cayseele ve Camesasca 2007, 11).

Optimal ceza teorisinin açıklandığı bölümde belirtildiği üzere, optimal ceza miktarının uygulamada belirlenmesi zorluklar içermekte ve bu nedenle teorisinin unsurları, uygulamada çeşitli varsayımlar altında dikkate alınmaktadır. Kazancın hesaplama zorlukları sebebiyle ilgili cironun, etkilenen satışların dikkate alınması da esasen böyle bir yaklaşımın ürünüdür. Komisyon'un 2006 Rehberi ile ihlalden elde edilen kazanca dayalı yeni yaklaşımı, taşıdığı belirsizliklere rağmen daha esnek uygulamalara imkân verebileceği ve daha ekonomik bir analize dayandığı için önemlidir ve teorisinin izlerini taşımaktadır. Bununla birlikte bu yaklaşımın ceza düzeyini nasıl etkileyeceği, uygulama ile netleşecektir.

4.2. HOLLANDA ÖRNEĞİ

4.2.1. Para Cezalarına İlişkin Temel Düzenlemeler ve Ceza Miktarının Belirlenmesi

Hollanda Rekabet Kanunu'nun¹³⁴ 56(1) maddesi ile Kanun'un 6(1)¹³⁵ ve 24(1)¹³⁶ maddelerinde öngörülen ihlallerin gerçekleşmesi durumunda, para cezası verilebileceği düzenlenmektedir. Para cezaları için üst sınır, Kanun'un 57(1). maddesi uyarınca 450.000 avro veya bu miktardan yüksek olduğu durumlarda, teşebbüsün kararın alındığı yıldan bir önceki mali yılda elde ettiği toplam cirosunun % 10'u olarak kabul edilmektedir. İhlalin teşebbüs birliği tarafından gerçekleştirildiği durumlarda, teşebbüs birliği üyelerinin toplam cirolarının dikkate alınacağı ifade edilmektedir. Ceza miktarının belirlenmesinde Rekabet Otoritesi'nin ihlalin ağırlığını ve süresini dikkate alacağı kabul edilmektedir¹³⁷.

Hollanda Rekabet Otoritesi tarafından 2001 yılında cezalandırma ilkelerini açıklamak üzere Rehber¹³⁸ (2001 Cezalandırma Rehberi)

¹³³ Veljanovski (2007, 25) tarafından yapılan çalışmada, 1998 Rehberi'ne göre ceza verilen on dört kartel uyuşmazlığı için 2006 Rehberi'ndeki yöntem kullanılarak ve bazı varsayımlarda bulunularak yeniden hesaplama yapılmıştır. Çalışma sonucunda, toplamda, yeni Rehber'de öngörülen yöntem uyarınca verilecek cezaların, Komisyon tarafından önceki Rehber uyarınca hesaplanan cezaların iki katından fazla olacağı saptanmıştır.

¹³⁴ Act of 22 May 1997, Providing New Rules for Economic Competition (Competition Act).

¹³⁵ Madde ile rekabeti kısıtlayıcı anlaşma ve eylemler yasaklanmıştır.

¹³⁶ Madde ile hâkim durumun kötüye kullanılması yasaklanmıştır.

¹³⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. madde 69-75.

¹³⁸ Guidelines for the Setting of Fines in Relation to the Imposition of Fines Pursuant to Section 57 of the Competition Act.

benimsenmiştir¹³⁹. 2001 Cezalandırma Rehberi’nde öncelikle Hollanda Rekabet Otoritesi’nin para cezalarına ilişkin politikasının gelişmekte olduğu vurgulanmakta ve Rehber’in benimsenmesi ile para cezalarının belirlenmesi sürecinde dikkate alınan faktörlere ilişkin olarak açıklık sağlanması amaçlanmaktadır. Böyle bir bakış açısının sağlanmasının caydırıcı etkinin yaratılması bakımından da önemli olduğu belirtilmekle birlikte, her olayın koşullarına göre adaletin tesis edilebilmesi için Rekabet Otoritesi’nin takdir hakkı saklı tutulmakta ve cezaların hesaplanmasının basit bir matematiksel yöntem olmayacağı vurgulanmaktadır¹⁴⁰. Rehber’de ayrıca eşitlik ilkesi ve orantısallık ilkelerinin dikkate alınması gerektiğine yer verilmektedir¹⁴¹.

Para cezasının belirlenmesi sürecinde öncelikle ihlaller çok ağır, ağır ve hafif olarak üç gruba ayrılmaktadır¹⁴². Yatay kısıtlamalar ile tekel benzeri konumdaki teşebbüslerin hâkim durumlarını kötüye kullanmaları çok ağır ihlaller arasında kabul edilmektedir. Çok ağır ihlal kategorisine girmeyen diğer yatay eylemler, ayrımcılık veya bağlama gibi kötüye kullanma halleri ile bazı dikey kısıtlamalar ağır ihlaller olarak değerlendirilmektedir. Rekabeti daha sınırlı olarak kısıtlayan eylemler ise hafif ihlaller arasında sayılmaktadır. Fiyat veya satış koşulları ile doğrudan ilgili olmayan dikey kısıtlamalar bu kategoride yer almaktadır. İhlalin ağırlığının belirlenmesinde, ihlalin gerçekleşmiş olduğu ekonomik koşulların da dikkate alınacağı kabul edilmektedir. Bu bağlamda mal veya hizmetlerin niteliği, pazarın büyüklüğü, firma büyüklükleri ile pazar payları, pazarın yapısı ve ihlal ile yaratılan zarar dikkate alınması gereken unsurlar arasında yer almaktadır¹⁴³.

139 Buna ek olarak, 2007 yılında yapılan bir düzenleme ile Hollanda Rekabet Otoritesi, kendisine, cezalandırmaya ilişkin olarak Rekabet Kanunu ve diğer düzenlemeler uyarınca verilen yetkileri kullanmak üzere “cezalandırma kodu”nu kabul etmiş, bu suretle cezalandırma rehberlerini bir araya getirmiştir (NMa Fining Code 2007, “Guidelines on the Method of Setting Fines Imposed Pursuant to Statutory Provisions, the Enforcement of which has been entrusted to the Netherlands Competition Authority”). Bu düzenleme ile 2001 Rehberi yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak Cezalandırma Kodu’nun 6. paragrafında 2001 Rehberi’nde öngörülen yöntemin herhangi bir değişikliğe gidilmeksizin korunduğu, aynı yöntemin uygulanmaya devam edileceği ifade edilmektedir. Dolayısıyla çalışmada 2001 Rehberi’nde öngörülen yöntem ele alınacaktır.

¹⁴⁰ 2001 Cezalandırma Rehberi, par. 4.

¹⁴¹ 2001 Cezalandırma Rehberi, par. 7 ve 8.

¹⁴² Rehber, AB uygulamalarına paralel olarak sadece rekabeti kısıtlayıcı anlaşma ve eylemler ile hâkim durumun kötüye kullanılması uygulamaları için öngörülecek ceza miktarının belirlenme sürecini açıklamaktadır.

¹⁴³ 2001 Cezalandırma Rehberi, par. 11-14. İhlalin kategorilere ayrılması AB tarafından kabul edilen 1998 Rehberi’ne paralel olmakla birlikte, AB uygulamalarında bu sınıflandırmanın yapılmasında pazarda yaratılan etki dikkate alınmaktadır. Hollanda uygulamalarında ise, ihlaller önce sınıflandırılmakta, ardından ihlallerin türü ve ekonomik bağlamı dikkate alınarak ağırlık belirlenmektedir (Oers ve Meulen 2004, 230).

Rehber’de kabul edilen yöntem uyarınca temel ceza miktarı, teşebbüsün ilgili cirosuna (*turnover involved*) dayalı olarak hesaplanmaktadır. İlgili ciro, ihlal süresi boyunca ihlalin ilişkin olduğu mal ve hizmetlerin satışından kaynaklanan tüm işlemlerin değeri olarak tanımlanmakta¹⁴⁴ ve elde edilen bilgiler ışığında ilgili cironun hesaplanamaması durumunda, Rekabet Otoritesi’nin ilgili ciroyu tahmin edebileceği kabul edilmektedir¹⁴⁵. Bu açıklamalardan sonra, Rekabet Otoritesi’nin temel ceza miktarını ilgili cironun % 10’unu alarak belirleyeceğine yer verilmektedir. İhlalin ağırlığına göre bu miktarın, belirlenecek bir çarpanla çarpılabileceği kabul edilmektedir. Hafif ihlallerde bu çarpan en fazla 1 olabilirken, ağır ihlallerde en fazla 2 olarak, çok ağır ihlallerde ise 1,5 ve 3 arasında belirlenmektedir. Dolayısıyla çok ağır ihlallerde diğer unsurlar dikkate alınmadan önce ceza miktarı ilgili cironun % 30’una kadar bir miktar olabilmektedir. Rehber’de, böyle bir sistemin cezanın ihlalin ağırlığına göre farklılaştırılmasına da izin verdiği ifade edilmektedir¹⁴⁶.

Caydırıcılığın sağlanması amacıyla, hesaplanan miktarın, teşebbüsün -Hollanda’da elde etmiş olduğu toplam cirosunun ifade ettiği- büyüklüğüne uygun olarak ayarlanabileceği kabul edilmektedir. Buna ek olarak ihlalin teşebbüs birliği tarafından gerçekleştirildiği ve birliğe üye teşebbüslerin cezalandırılmasının söz konusu olduğu durumlarda, orantısallık ilkesi gereğince ceza miktarının ayarlanabileceği açıklanmaktadır. Bundan başka, ihlalin birden fazla suça ilişkin olarak gerçekleştiği durumlarda, Rekabet Otoritesi’nin her bir aykırılık için ayrı cezalar vermek yerine aykırılıkların tümüne yönelik bir ceza verebileceği düzenlenmektedir¹⁴⁷.

Rekabet Otoritesi’nin, Rehber’de öngörülen yöntem uyarınca ceza miktarının belirlenmesinde cezanın artmasına veya azalmasına neden olabilecek unsurları da dikkate alacağı kabul edilmektedir. Bu kapsamda, hangi unsurların ceza miktarında artışa veya azalmaya sebep olacağına gerekçeleriyle birlikte karar verileceği ifade edilmektedir. Cezayı arttıracı unsurlara örnek olarak, ihlalin tekrarı, lider rol üstlenilmesi, ihlal konusu davranışa uyum sağlanması için önemler alınması, soruşturmanın engellenmesi sayılmaktadır. Cezayı azaltabilecek unsurlara örnek olarak ise soruşturma sırasında yasal

¹⁴⁴ Rehberde, A, B, ve C firmalarının X ürününün satışı ile ilgili bir fiyat anlaşması yapmaları örneğine yer verilmiştir. Buna göre, X’in satışından A firmasının yılda 30 milyon avro, B firmasının 20 milyon avro ve C firmasının 10 milyon avro elde ettiği kabul edilsin. Anlaşmanın dört yıl geçerli kaldığı varsayılınsın. Bu durumda A firması için ilgili ciro 120 milyon avro, B için 80 milyon avro ve C için 40 milyon avro olacaktır.

¹⁴⁵ Örneğin hâkim durum ve ihale paylaşımı uygulamalarında olayın özellikleri dikkate alınarak ilgili ciro hesaplanabilir (Hollanda Cezalandırma Rehberi, par. 15-16). Buna ek olarak, ilgili cironun tespit edilemediği durumlarda, ihlalin ağırlığı ve süresi dikkate alınarak teşebbüsün Hollanda’da elde etmiş olduğu toplam yıllık cirosu cezaya esas miktar olarak belirlenebilir (par. 19).

¹⁴⁶ 2001 Cezalandırma Rehberi, par. 18-21.

¹⁴⁷ 2001 Cezalandırma Rehberi, par. 23-25.

yükümlülüğün ötesinde işbirliği yapılması, ihlale kendi isteği ile teşebbüsün son vermesi (özellikle soruşturmanın açılmasından önce) ve ihlal ile yaratılan zararın tazmin edilmesi sayılmaktadır¹⁴⁸.

Ceza miktarı Rehber’de açıklanan bu ilkeler ışığında belirlenmektedir. Rehber’in uygulanmasının eşit olmayan sonuçlara yol açma ihtimalinin olduğu durumlarda, Rekabet Otoritesi’nin Rehber’de öngörülen ilkelerden ayrılabilmesi kabul edilmektedir. Ayrıca, somut olayın özellikleri gereğince 1.000 avro sembolik bir ceza verilebileceği de Rehber’de yer almaktadır. Rehber’de son olarak ceza politikasının yeni gelişmekte olduğu, benimsenen Rehber’in değiştirilme hakkının saklı tutulduğu ve uygulamalar ışığında yeniden değerlendirilebileceği ifade edilmektedir¹⁴⁹.

4.2.2. Kendine Özgü Bir Uygulama: Arkasındaki Nedenler

Hollanda uygulamasının çalışma kapsamında ayrıca ele alınmasının nedeni, öngörülen yöntemin özelliklerinden kaynaklanmaktadır. Hollanda’daki Rehber 2001 yılında kabul edilmiş ve bu Rehber’de o dönemde yürürlükte olan AB’nin kabul etmiş olduğu 1998 Rehberi’nin sistemi yerine yeni bir yaklaşım benimsenmiştir. 2001 Rehberi’nde, bu farklılığın nedeni açıklanmaktadır. Rehber’de, Hollanda Rekabet Otoritesi’nin, AB tarafından kabul edilen 1998 Rehberi’ni çeşitli ayarlamalar yapmadan başlangıç noktası olarak kabul edemeyeceği ifade edilmektedir. Bunun en önemli nedeninin, AB uygulamasında ihlallerin Rehber’de benimsenen sistem uyarınca kategorilere ayrılması ve bu kategorilere göre sabit bir ceza miktarı belirlenmesi olduğu belirtilmektedir. Cezaların sabit belirlendiği sistemin çeşitli dezavantajlar taşıdığına, böyle bir sistemde küçük şirketlerin genellikle kasıtlı hareket eden büyük şirketlere göre daha ağır bir şekilde cezalandırıldığına yer verilmektedir. Hollanda Rekabet Otoritesi’nin benimseyeceği cezalandırma sisteminin ise, hem büyük şirketlere, hem de küçük ve orta ölçekli şirketlere uygulanabilmesinin, teşebbüsler bakımından caydırıcı etki yaratmasının ve orantısız sonuçlara neden olmamasının gerektiği vurgulanmaktadır¹⁵⁰. Bu kapsamda, 2001 yılında ihlalden elde edilen gelire dayalı bir sistem benimsenmesinin, Komisyon’un 1998 yılında kabul ettiği yaklaşıma göre daha ekonomik temelli ve yenilikçi olduğu söylenebilir. Buna ek olarak, Komisyon’un 2006 yılındaki değişen yaklaşımı da bir bakıma Hollanda uygulamasını haklı çıkartmıştır. Zira Komisyon da ihlalden elde edilen gelirin % 30’una kadar bir miktarın dikkate alınacağını esas almakla Hollanda’ya benzer bir model benimsemiştir.

¹⁴⁸ 2001 Cezalandırma Rehberi, par. 26-28.

¹⁴⁹ 2001 Cezalandırma Rehberi, par. 29-31.

¹⁵⁰ 2001 Cezalandırma Rehberi, par.5.

Hollanda Rekabet Otoritesi'ne göre, 1998 Rehberi'nin diğer bir eksikliği, sürenin dikkate alınma yönteminden kaynaklanmaktadır. Daha önce açıklandığı üzere, Komisyon, 1998 Rehberi uyarınca ihlalin süresini ağırlığa göre belirlenen miktarı belli oranlarla arttırmak suretiyle hesaba katmaktaydı¹⁵¹. Bu yöntemin, bir yıldan uzun süreli olarak rekabeti kısıtlayıcı davranış içerisinde girmiş bir teşebbüs bakımından ihlalin sona erdirilmesinden çok sürdürülmesini teşvik ettiği vurgulanmaktadır. Zira kartelin ikinci yılında teşebbüs kazancını iki katına çıkartabilirken temel ceza miktarı aynı oranda artmamaktadır (Oers ve Meulen 2004, 226).

Oers ve Meulen (2004, 227)'e göre, diğer topluluk üyelerinin cezalandırma sistemleri de Hollanda için çözüm sağlayamamaktadır. Bu sistemler cezai yaptırımlara dayandığından veya ihlallerin takibinin bağımsız bir organ tarafından yapılmasını gerektirdiğinden Hollanda sistemine uygun değildir. Bir diğer örnek teşkil edebilecek sistem olan ABD uygulaması ile Hollanda uygulaması arasında ise, kapsam bakımından farklılıklar bulunmaktadır. ABD Cezalandırma Rehberi açık rekabet ihlalleri için öngörülmüşken, Hollanda Rehberi daha geniş bir uygulama alanına sahiptir. Dolayısıyla diğer sistemlerin Hollanda Rekabet Otoritesi tarafından benimsenebilecek çözümler olmadığına işaret edilmektedir. Bununla birlikte bu sistemlerin unsurlarının, Hollanda'nın kendi cezalandırma politikasının belirlenmesine katkı sağlayabileceğine dikkat çekilmektedir.

4.3. KOMİSYON'UN YENİ YAKLAŞIMININ HOLLANDA ve ABD İLE KARŞILAŞTIRMALI ANALİZİ

Komisyon'un yeni yaklaşımının karşılaştırılmalı olarak değerlendirilebilmesi için öncelikle her uygulamada mevcut olduğu anlaşılan ortak bir özelliğe dikkat çekilmelidir: Temel ceza miktarının ihlalden elde edilen satışların belli bir yüzdesine dayandırılması.

Komisyon'un temel ceza miktarını, ihlalin ağırlığına göre satış değerinin belirli bir yüzdesine dayandıran ve ağır rekabet ihlalleri için yüksek yüzdeler öngören yeni yaklaşımı, ABD'nin ticaret hacminin belirli yüzdesini (% 20) esas alan yaklaşımına paraleldir (Camilli 2006, 602). Kavramların uygulamada hangi satışları içerdiğine ilişkin olarak yapılan tartışmalar da benzer nitelik taşımaktadır. AB yaklaşımı bakımından ihlalden doğrudan veya dolaylı olarak etkilenen satışların neleri karşıladığına, ABD uygulamaları bakımından ise ihlalden etkilenen hangi satışların dikkate alınması gerektiğine ilişkin olarak belirsizlikler bulunmaktadır. Kavramların paralelliklerine rağmen, Komisyon tarafından verilecek ceza miktarı, ABD Rehberi uyarınca verilebilecek cezadan

¹⁵¹ bkz. Bölüm 4.1.3.

daha yüksek olabilecektir. Komisyon, ihlalin ağırlığını ve giriş ücretini dikkate alarak etkilenen satışların % 55'ini cezaya esas miktar olarak belirleyebilirken (% 30 ağırlık, % 25 girişi ücreti) ABD'de bu oran % 20 olacaktır. Bundan başka, ihlalin tekrarlanması AB uygulamalarında % 100'e kadar bir artışa neden olurken, ABD'de bu oran % 20 ve % 80 arasında olacaktır (Killick 2006, 6).

Ceza miktarının belirlenmesi bakımından ABD uygulamaları ile Hollanda uygulamaları arasındaki paralellığe ise Oers ve Meulen (2004, 230) dikkat çekmektedir. Hollanda uygulamalarında ilgili cironun esas alınmasının, caydırıcı etkiyi sağlayacak ceza miktarının, teşebbüsün elde etmiş olduğu kazanca dayanması gerektiği yönündeki bir düşüncenin ürünü olduğu savunulmaktadır. Kural olarak, ceza miktarının hesaplanmasında ilgili cironun dikkate alınması, bu kazancı tazmin edebilecektir. Bu kavram ABD uygulamalarında kabul edilen "ticaret hacmi" kavramıyla paraleldir.

Komisyon'un 2006 Rehberi ve Hollanda uygulaması arasında da benzerlikler bulunmaktadır. Temel cezanın belirlenmesinde ilgili cironun ağırlığa bağlı olarak %15-30'u arasında bir miktarının dikkate alınması, Komisyon'un kabul etmiş olduğu 2006 Rehberi'ndeki sisteme oldukça benzemektedir. Komisyon ihlalin ağırlığına bağlı olarak satış değerinin %30'una kadar bir miktarı dikkate alabilecektir. Bununla birlikte Wils (2007, 17), iki yaklaşım arasındaki farklılıklara dikkat çekmektedir. AB uygulamasında artık ihlaller ağırlıklarına göre kategoriye ayrılmamakta ve son yıl cirosu dikkate alınarak bu miktar ihlalin süresi ile çarpılmaktadır. Hollanda uygulamasında ise ilgili ciro tüm ihlal süresince elde edilen değer olarak dikkate alınmaktadır. Bundan başka, Komisyon ihlalin süresinden bağımsız olarak satış değerinin %15-25'i arasında bir miktarda "giriş ücreti" uygulamaktadır.

Bu değerlendirmeler ve gelişmeler ışığında, Komisyon'un yeni yaklaşımının ihlalden elde edilen satışlara dayalı olması sebebiyle ABD ve Hollanda uygulamaları ile temel sistematik bakımından paralel olduğu, bununla birlikte cezanın belirlenmesi sürecinde kimi farklılıkların bulunduğu anlaşılmaktadır. Her bir ülkenin uygulaması farklı olmakla birlikte esas olarak dikkate alınan unsurların benzerlik taşıdığı, ciro kavramının, ihlalin süresinin ve ihlalin tekrarı gibi bazı unsurların her bir sistemde temel taşları teşkil ettiği görülmektedir¹⁵².

¹⁵² Ek-6'da yer alan tablo, hesaplama yöntemlerindeki benzerlik ve farklılıkların görülebilmesi açısından açıklayıcı olacaktır.

BÖLÜM 5

TÜRK REKABET HUKUKUNDA PARA CEZALARI

Bu bölümde Türk rekabet hukuku uygulamalarında para cezalarına ilişkin olarak yapılan düzenlemeler ve 4054 sayılı Kanun'da yapılan değişiklikler ele alınacak, ceza miktarının belirlenmesine yönelik olarak Kurum tarafından hazırlanan ve görüşe açılan "4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. ve 6. Maddesinde Yasaklanmış Olan Davranışları Gerçekleştiren Teşebbüs ve Teşebbüs Birliklerine Verilecek Para Cezasının Belirlenmesine İlişkin Kılavuz Taslağı"¹⁵³ (Taslak Kılavuz) incelenecek, Komisyon ve Hollanda uygulamaları ile karşılaştırılarak değerlendirilecektir. Rekabet Kurulu'nun ceza miktarının belirlenmesinde dikkate aldığı unsurlar ve temel tartışma konuları da bu bölümde yer alacaktır.

5.1. YASAL DÜZENLEMELER

"Mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamak" amacıyla kabul edilen 4054 sayılı Kanun¹⁵⁴, 4., 6. ve 7. maddeleri ile Kanun kapsamında yasaklanan faaliyetleri düzenlemektedir.

Kurul'un görev ve yetkilerinin belirlendiği Kanun'un 27. maddesinde, Kurul'un para cezası uygulama yetkisine yer verilmektedir. Kanunla yasaklanan faaliyetlere uygulanacak para cezaları ise 16. ve 17. maddeler ile düzenlenmektedir. 5728 sayılı "Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair

¹⁵³ Tezin yazım tarihi itibarıyla internet sitesinde görüşe açılmış olan Taslak Kılavuz için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/>

¹⁵⁴ 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, 13.12.1994, 22140, madde 1.

Kanun¹⁵⁵ ile 4054 sayılı Kanun'un 16. ve 17. maddelerinde değişiklikler yapılmıştır¹⁵⁶. Söz konusu düzenlemelerin incelenmesi, getirilen önemli değişikliklerin altını çizmek bakımından faydalı olacaktır.

Kanun'un 16. maddesinin başlığı "idari para cezaları" olarak değiştirilmiştir. Esasa ilişkin ihlaller bakımından öngörülen cezalarda -ceza üst sınırı korunmakla birlikte- önemli değişiklikler yapılmıştır¹⁵⁷. Öncelikle çeşitli bakımlardan tartışma konusu olan ve izleyen bölümlerde tartışılan ciro kavramına ilişkin belirlilik sağlanarak, karar tarihinden önceki yıl cirosunun ceza miktarının belirlenmesinde dikkate alınacağı düzenlenmiştir. Bir başka önemli yenilik, teşebbüs veya teşebbüs birliği yönetici veya çalışanlarına da esasa ilişkin olarak gerçekleştirilen ihlaller bakımından ceza verilebileceğinin kabul edilmiş olmasıdır. Bu yönde bir değişikliğin genel olarak dünyada gözlenen gelişmelerle paralel olduğu, özellikle kartellerle etkin mücadele bakımından önemli bir adım teşkil edebileceği düşünülmektedir.

Kurul'un para cezası verilirken dikkate alabileceği unsurlara ilişkin olarak da yenilikler getirilmektedir. Kurul'un, esasa ilişkin ihlaller bakımından idari para cezasına karar verirken, 5326 sayılı Kabahatler Kanununun¹⁵⁸

¹⁵⁵ 23.1.2008, 8.2.2008 RG, 26781 RG Sayı. Değişiklikten önceki düzenlemelere ilişkin açıklamalar için bkz. Gönen (2003, 45). Kanun, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra idari yaptırım kararı gerektiren fiiller ve suçlar açısından uygulama birliği sağlanması, ceza hükmü içeren kanunların uygulanmasından kaynaklanan tereddütlerin giderilmesi, Türk Ceza Kanunu, Ceza Muhakemesi Kanunu ve Kabahatler Kanunu gibi temel ceza kanunu hükümlerine ve bazı suçların unsurlarında Türk Ceza Kanununa uyum sağlanması amacıyla kabul edilmiştir.

(http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanun_tasarisi_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=54956)

¹⁵⁶ Yapılan değişiklikle Kanun'un 18. ve 19. maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır. Ayrıca Kanun'un 55. ve 60. maddelerinde de değişiklik yapılmıştır. Çalışmanın sınırları bakımından esasa ilişkin verilecek cezalarda öngörülen değişiklikler üzerinde durulacaktır.

¹⁵⁷ Esasa ilişkin düzenlemeler değişiklikten önce 16. maddenin ikinci fıkrası ile düzenlenmekteydi ve madde metni şu şekildeydi: "Bu Kanunun 4. ve 6. maddesinde yasaklanmış olan davranışları gerçekleştirdiği Kurul kararı ile sabit olanlarla Kanunun 11. maddesinin (b) bendinde yazılı davranışlarda bulunanlara ikiyüz milyon liradan aşağı olmamak üzere, ceza verilecek teşebbüs niteliğindeki 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 gelirinin yüzde onuna kadar para cezası verilir." Değişiklik ile esasa yönelik cezalar 16. maddenin üçüncü fıkrası ile düzenlenmiştir.

¹⁵⁸ 30.3.2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu, 31.3.2005 tarih ve 25772 sayılı RG. Bu noktada Kabahatler Kanunu'na ilişkin olarak yapılacak kısa bir açıklamanın faydalı olacağı düşünülmektedir. Kabahatler Kanunu ile tüm idari suçlar bakımından genel hükümler ve idari yaptırım türlerine yönelik düzenlemeler kabul edilmiş, kabahat sayılan idari suç niteliğindeki bazı fiillere de yer verilmiştir. Kanun'a göre kabahat deyiminden; kanunun, karşılığında idari yaptırımın uygulanmasını öngördüğü haksızlık anlaşılmaktadır. Kanun'un 3. maddesine göre, Kanun ile kabul edilmiş olan genel hükümler diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanacaktır. Bundan başka, Kanun'un 16. maddesinde kabahatler için öngörülen idari yaptırımın idari para cezası ve idari tedbir olduğu düzenlenmiştir. 17. madde ile para cezalarının

17. maddesinin ikinci fıkrası bağlamında; ihlalin tekerrürü, süresi, teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlalin gerçekleşmesindeki belirleyici etkisi, verilen taahhütlere uyup uymaması, incelemeye yardımcı olup olmaması, gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususları dikkate alabileceği düzenlenmiştir.

Kanun'da yapılan bir diğer değişiklik, pişmanlık programı benimsenmesini olanaklı kılan düzenlemedir. Pişmanlık programlarının faydaları ve para cezaları ile arasındaki bağlantı dikkate alındığında, bu yönde atılan adımın etkili bir uygulama sistemi için ne derece önemli olduğu daha açık bir şekilde anlaşılmaktadır.

16. madde kapsamında ele alınması gereken son bir değişiklik ise, idari para cezalarının tespitinde dikkate alınan hususların, işbirliği halinde para cezasından bağışıklık veya indirim şartlarının, işbirliğine ilişkin usul ve esasların Kurul'ca çıkarılacak yönetmeliklerle belirleneceğine yönelik düzenlemedir. Bu yönde yapılacak düzenlemelerle pek çok konunun netleşeceği ve belirliliğinin artacağı düşünülmektedir.

5.2. UYGULAMA ESASLARI

Para cezalarına ilişkin olarak Kanun'da yapılan değişiklikler bu şekilde olmakla birlikte, Kanun'da ceza miktarının belirlenmesi yöntemine yer verilmemiş, bu konunun Kurul'ca çıkarılacak yönetmeliklerle belirleneceği düzenlenmiştir. Bununla birlikte yapılan Kanun değişikliğinden önce gündeme gelen Taslak Kılavuz, böyle bir hesaplama yöntemi içermediğinden bakımından önemlidir. Bu bölümde, Rekabet Kurulu kararlarında para cezalarına ilişkin olarak dikkate alınan hususlara yer verildikten sonra, Taslak Kılavuz incelenecek ve ciro kavramına yönelik tartışmalar ele alınacaktır.

5.2.1. Rekabet Kurulu Kararları

Rekabet Kurulu kararları esasa ilişkin ihlallere verilen cezalar bakımından incelendiğinde, ilk olarak Kurum'un ilk dönemlerinde, rekabet kültürünün yerleşmemiş olmasının cezanın belirlenmesinde dikkate alındığı

belirlenmesinde dikkate alınacak unsurlara ve tahsiline ilişkin prensipler kabul edilmiştir. Maddenin 2. fıkrası uyarınca idari para cezasının belirlenmesinde kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumu birlikte göz önünde bulundurulacaktır. Kabahatler Kanunu'nda bu düzenlemelerin yanı sıra zamanaşımı hükümlerine ve idari yaptırım karar verme yetkilerine yönelik çeşitli hükümler de bulunmaktadır. Dolayısıyla Kabahatler Kanunu'nda yer alan düzenlemelerin, 4054 sayılı Kanun'da öngörülen idari yaptırımlar bakımından uygulanabilirliği gündeme gelecektir. Bu konuda ortaya çıkabilecek sorunlar bakımından anılan Kanun hükümlerinin dikkate alınmasının faydalı olacağı düşünülmektedir. Kabahatler Kanunu'nun uygulanması ile ortaya çıkabilecek sorun ve tartışmalar için bkz. Özen (2005).

anlaşılmaktadır. Örneğin, 26.11.1998 tarihinde alınan Adıyaman LPG kararında¹⁵⁹, “4054 sayılı Kanun’un uygulanmasının henüz başlamış olması dolayısıyla rekabet kurallarının ve kültürünün yerleşmiş olmaması” cezanın belirlenmesinde dikkate alınmıştır. Bunun yanı sıra, dikkate alınan unsurlara bakıldığında, bazı unsurların ceza miktarını hafifletici, bazılarının ise ağırlaştırıcı olarak esas alındığı anlaşılmaktadır.

Adıyaman LPG kararında¹⁶⁰ ihlale katılan şirketlerin faaliyetlerinin kısıtlı bir pazarda gerçekleşmiş olması, Rekabet Kurulu’nun önaraştırmaya başlaması ile birlikte ihlalin sona erdirilmesi, şikayetçi eylemlerinin de ihlalde etkili olması ve teşebbüslerin soruşturma esnasındaki genel tutum ve davranışları ceza miktarının belirlenmesinde dikkate alınmıştır. İstanbul ekmek üreticilerine yönelik olarak alınan kararda¹⁶¹, ilgili pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin mali açıdan çok güçlü olmamaları, küçük ölçekli olmaları ve pazar yapısı, ceza miktarının belirlenmesinde dikkate alınmıştır. 27.6.2000 tarihli *Maya* kararında¹⁶² ise, maya pazarında faaliyet gösteren tüm teşebbüslerin ihlal içerisinde yer almaları, soruşturma yürütülürken dahi ihlallerin devam etmesi ve ilgili ürün olan mayanın ekmek pazarı için önemi, ceza miktarının belirlenmesinde dikkate alınmıştır.

BİMAŞ’a ilişkin olarak, 21.10.2002 tarihinde ikinci bir karar¹⁶³ alınmıştır. Kararda ilk karar dikkate alınmış ve ihlalin tekrarının dikkate alındığını çağrıştıracak şu ifadeler yer verilmiştir¹⁶⁴:

Soruşturma konusu olayda DTV ve Satel’in *bu hükme uymadıkları* anlaşıldığından ve reklam yeri fiyat ve satış koşullarını birlikte belirleme eylemine ... devam ettikleri tespit edilmesi sebebiyle, bu teşebbüslere uygulanacak ceza oranı 2000 yılı net satışlarının % 1,5’i olarak belirlenmiştir.

24.2.2004 tarihli *Seramik* kararında¹⁶⁵ ise kastın varlığını gösteren belgelere yer verilmiş, “satım fiyatı ve şartlarının tespit edilmesi” ile “arz miktarının kontrolü-pazar paylaşımı”nın, açık-*per se* rekabet ihlali olduğu ve bu

¹⁵⁹ 26.11.1998, 93/750-159. Benzer yönde Kurul Kararları için bkz. 27.10.1999 tarih ve 99-49/536-337(a) sayılı İstanbul ekmek pazarında faaliyet gösteren teşebbüslere yönelik alınan karar, 12.1.2000 tarih ve 00-1(b)/11-5 sayılı İlaç ve Kimya Endüstrisi İşverenler Sendikası Yönetim Kurulu Kararına yönelik alınan Karar, 24.11.1999 tarih ve 99-53, 99-53/575-365 sayılı Karar, 1.2.2000 tarih ve 00-4/41-19 sayılı BİMAŞ Kararı.

¹⁶⁰ 26.11.1998, 93/750-159.

¹⁶¹ 27.10.1999, 99-49/536-337(a).

¹⁶² 27.6.2000, 00-24/255-138.

¹⁶³ 21.10.2002, 02-64/803-325. İlk Karar 1.2.2000, 00-4/41-19.

¹⁶⁴ Bununla birlikte çimento ve hazır beton sektörleri başta olmak üzere haklarında birden fazla karar alınan teşebbüsler bakımından, ihlalin tekrarının ağırlaştırıcı faktör olarak açık bir şekilde benimsenmediği, nihai ceza miktarına olan etkisine kararlarda yer verilmediği anlaşılmaktadır.

¹⁶⁵ 24.2.2004, 04-16/123-26.

durumun kusurun ağırlığını gösterdiği kabul edilmiştir. Buna ek olarak muhtemel zararın ağırlığına ilişkin olarak elde edilen belgeler sunulmuş ve cezanın belirlenmesinde dikkate alınmıştır. Zararın ağırlığının tespitinde ihlalin kapsamlı olması ve uzun bir döneme yayılması göz önünde bulundurulmuştur.

24.3.2005 tarihli *WB* ticaret unvanlı sinema filmleri dağıtım şirketine ilişkin olarak alınan kararda¹⁶⁶, Rekabet Kurulu'nun nihai kararını beklemeden değişiklikler yapılması ve ihlale son verilmesi, soruşturma heyeti ile sürdürülen iyi niyetli işbirliği ve teşebbüsün beyan ve taahhütleri, hafifletici nedenler olarak dikkate alınmıştır. Rekabet Kurulu'nun, "*Selçuk K*" adlı Ro-Ro gemisinin devrini konu alan satış anlaşmasında yer alan rekabeti kısıtlayıcı hükme yönelik yapmış olduğu soruşturma sonucunda aldığı 19.10.2005 tarihli kararda¹⁶⁷, rekabeti kısıtlayıcı hükmün fayda sağlamaması ve teşebbüsün Rekabet Kurumu'na başvuran taraf olması hafifletici unsurlar arasında dikkate alınırken, teşebbüsün ekonomik gücü ağırlaştırıcı unsur olarak dikkate alınmıştır.

14.10.2005 tarihli *Demir Çelik* kararında¹⁶⁸ ise, kastın varlığına ilişkin belgeler sunulmuş, teşebbüslerin 1995 yılından günümüze kadar süren rekabeti kısıtlayıcı toplantılara aktif katılımları ve alınan kararların uygulanmasındaki etkinlikleri ile yerinde incelemenin engellenmesi ağırlaştırıcı unsurlar arasında sayılmıştır. İlgili pazarda ne kadar süreyle faaliyet gösterildiği ve ihlal teşkil eden karara uyulmaması da dikkate alınmıştır.

Söz konusu kararlar bir arada değerlendirildiğinde, belli bazı faktörlerin ceza miktarının belirlenmesinde dikkate alındığı anlaşılmaktadır. Teşebbüslerin küçük ölçekli olması, pazar yapısı, Rekabet Kurulu'nun inceleme başlatmasından veya karar almasından sonra ihlale son verilmesi, soruşturma sürecinde benimsenen tutum ve yapılan işbirliği, ihlalin yarattığı etki ve zararın sınırlı olması, rekabete aykırı anlaşma veya kararın uygulanmaması, ihlalin kısa süreli olması, ihlalden fayda sağlanmaması dikkate alınan hafifletici unsurlar¹⁶⁹ arasında yer almaktadır. Soruşturma açılmasına rağmen ihlale devam edilmesi, ilgili ürünün ekonomik önemi, pazarda yaratılan etki ve ortaya çıkan zararın

¹⁶⁶ 24.3.2005, 05-18/224-66.

¹⁶⁷ 19.10.2005, 05-69/959-260.

¹⁶⁸ 14.10.2005, 05-68/958-259.

¹⁶⁹ **Hafifletici unsurların dikkate alındığı benzer Kararlar için bkz.:** 12.1.2000 tarih ve 00-1(b)/11-5 sayılı İlaç ve Kimya Endüstrisi İşverenler Sendikası Kararı, 18.9.2000 tarih ve 00-35/393-220 sayılı TEB Kararı, 20.10.2000 tarih ve 00-40/443-243 sayılı CNR Kararı, 26.4.2001 tarih ve 01-21/191-49 sayılı Haydarpaşa Kooperatif Kararı, 4.3.1999 tarih ve 99-13/99-40 tarihli BİAK Kararı, 20.7.2001 tarih ve 01-35/347-95 sayılı Turkcell Kararı, 15.8.2003 tarih ve 03-57/671-304 sayılı HSBC Kararı, 17.8.2004 tarih ve 04-54/749-186 sayılı Afyon ilinde faaliyet gösteren veterinerlere yönelik olarak alınan Karar, 7.1.2005 tarih ve 05-02/18-9 sayılı Gaziantep Fırıncılar Odası Kararı, 26.7.2006 tarih ve 06-56/714-204 sayılı Süt Kararı, 16.5.2002 tarih ve 02-29/339-139 sayılı Liman A.Ş. Kararı, 29.1.2007 tarih ve 07-10/63-19 sayılı Refrakter Kararı, 30.5.2006, 06-37/477-129 sayılı Gazbeton Kararı.

ağırlığı, ekonomik güç, ihlalde aktif rol üstlenilmesi, kastın varlığı, ihlalin uzun süre devam etmesi dikkate alınan ağırlaştırıcı unsurlar¹⁷⁰ arasında yer almaktadır. Bununla birlikte, söz konusu unsurların ceza miktarına ne kadar etki ettiğine yönelik sınırlı açıklamaların yapıldığı, cezanın nasıl belirlendiğine ilişkin bir yöntemin öngörülmediği anlaşılmaktadır. Bundan başka, karteller ve diğer ihlal türleri arasında diğer ülke uygulamalarında yapılan farklılaştırmanın yapılmadığı, bu durumun caydırıcılığın zayıflamasına neden olduğu düşünülmektedir. Bu ihtiyaçları karşılayabilecek ve kararlardaki tutarlılığı ve şeffaflığı arttıracı, daha önce dikkate alınan unsurları sistemik bir şekilde değerlendirmeye olanak verecek bir düzenleme niteliğinde değerlendirilebilecek olan Taslak Kılavuz, aşağıda incelenecektir.

5.2.2. Taslak Kılavuz

Taslak Kılavuz, Kanun'un 4. ve 6. maddesinde yasaklanmış davranışların gerçekleştirilmesi durumunda verilecek para cezalarının belirlenmesine ilişkin usul ve esasları tespit etmek üzere hazırlanmıştır. Caydırıcılığın sağlanması, etkin pişmanlık ve işbirliği gibi unsurların dikkate alınması ve bu unsurların teşvik edilmesi, cezalandırma sürecinde şeffaflık, nesnellik ve tutarlılığın sağlanması Kılavuz'un amaçları arasında sayılmıştır. Taslak Kılavuz'a göre ceza miktarı, dört aşama sonucunda belirlenmektedir. Öncelikle temel ceza miktarı tespit edilmekte, ardından ağırlaştırıcı ve hafifletici unsurlar dikkate alınmaktadır. Üçüncü aşamada diğer unsurlar dikkate alınmakta, son olarak etkin pişmanlık hükümleri uygulanmaktadır.

Taslak Kılavuz'da, temel para cezasının tespitinde, **ihlalin niteliğinin** ve **süresinin** göz önünde bulundurulacağı belirtilmektedir. Öncelikle, ihlalin niteliğine göre, ilgili teşebbüs cironunun belirli bir yüzdesinin esas alınacağı, ardından, ihlalin süresine göre temel para cezasının tespit edileceği açıklanmaktadır. Temel cezanın tespitinde karteller¹⁷¹ ve diğer ihlaller arasında bir ayırım yapılmakta ve karteller için cironun % 2'sinin, diğer rekabet ihlalleri için cironun % 1'inin esas alınacağı düzenlenmektedir. Dolayısıyla Taslak Kılavuz, açık ihlaller bakımından daha katı bir politikanın izlenebileceğinin işaretlerini taşımaktadır. Beş yıla kadar süren ihlallerde ciroya bağlı olarak tespit

¹⁷⁰ Ağırlaştırıcı unsurların dikkate alındığı benzer Kararlar için bkz: 6.9.2002 tarih ve 02-53/685-278 sayılı Yonga Levha Kararı, 10.10.2005 tarih ve 05-66/946- 255 sayılı Kozmetik Kararı, 10.3.2005 tarih ve 05-13/156-54 sayılı Siemens Kararı, 4.11.2004 tarih ve 04-70/1012-247 sayılı TEB Kararı.

¹⁷¹ Taslak Kılavuz'da karteller, fiyat tespiti, müşterilerin, sağlayıcıların, bölgelerin ya da ticaret kanallarının paylaşılması, arz miktarının kısıtlanması veya kotalar konması, ihalelerde danişıklı hareket konularında, rakipler arasında gerçekleşen, rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem veya uzlaşmalar olarak kabul edilmiştir.

edilen miktar yarısı oranında arttırılarak, beş yıldan uzun süren ihlallerde bir kat arttırılarak süre hesaba katılmakta ve temel cezaya ulaşılmaktadır.

Temel para cezasının belirlenmesinin ardından **ağırlaştırıcı ve hafifletici unsurlar**¹⁷² dikkate alınmaktadır. Ağırlaştırıcı unsurlar arasında, ihlalin tekrarı¹⁷³, başta yerinde incelemelerin engellenmesi hali olmak üzere önaraştırma ve soruşturmaların çeşitli şekillerde engellenmesi ile eksik, yanlış veya yanıltıcı bilgi verilmesi, belgelerin içeriklerinin değiştirilmesi veya ortadan kaldırılması gibi haller¹⁷⁴, ihlale liderlik edilmesi, diğer teşebbüslerin ihlale zorlanması gibi haller sayılmaktadır¹⁷⁵. Hafifletici unsurlar olarak ilgili teşebbüslerin, ihlale son verdiğini ispatlaması¹⁷⁶, etkin pişmanlık ile yasal yükümlülüklerin yerine getirilmesi haricindeki işbirliği, ihlalde kamu otoritelerinin de teşvikinin olması gibi hususlar sıralanmaktadır¹⁷⁷.

Para cezasının belirlenmesinde dikkate alınacak **diğer unsurlar**, ceza tespitinin üçüncü adımını oluşturmaktadır. Taslakta öngörülen bu düzenleme uyarınca Kurul, teşebbüslerin büyüklüğü, ihlalden elde edilen kazanç veya ihlal neticesinde ortaya çıkan zarar, caydırıcılığın sağlanması, ödeme gücü, esas alınan cirolar içerisinde ilgili ürünün ağırlığı, ürünün niteliği ve benzeri unsurları göz önünde bulundurarak, para cezasını, dörtte bire kadar arttırabilmekte veya azaltabilmektedir. Bu aşamadan sonra, cezanın belirlenmesinde etkin **pişmanlık hükümleri** dikkate alınmaktadır. Taslak Kılavuz son olarak, cezalandırma sürecinde dikkate alınacak "**diğer hususlar**"a yer vermektedir. İlk olarak, Kanun'un 4. ve 6. maddesinde yasaklanmış her bir davranışın ayrı ayrı cezalandırılacağı kabul edilmektedir¹⁷⁸. Diğer bir husus, Taslak Kılavuz'da yer alan ilkeler uyarınca hesaplanan ceza miktarının yasal üst sınır olan¹⁷⁹, ilgili teşebbüsün cirosunun % 10'unu aşamayacağıdır. Son olarak, ihlalin teşebbüs birliği tarafından gerçekleştirilmesi halinde, para cezasına esas alınacak teşebbüs

¹⁷² İhlalin tekrarı (tekerrür) sebebi ile idari yaptırımların ağırlaştırılabilmesi ve ceza miktarının belirlenmesinde dikkate alınacak ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenlerin kanunda düzenlenmesi gerekliliği ile genel olarak idari yaptırımlara ceza hukuku kurumlarının uygulanabilirliği tartışmaları için bkz. Oğurlu (2001, 111).

¹⁷³ Taslak Kılavuz'a göre, ihlalin tekrarı halinde, para cezası, her bir tekrar için bir katı oranında arttırılır; "önceki ihlalin, farklı bir ürün pazarında, aynı grup içerisindeki farklı şirketler tarafından gerçekleştirilmesi", "önceki ihlale para cezası verilmemiş olması", "zaman aşımı" gibi hususlar dikkate alınmaz.

¹⁷⁴ Taslak Kılavuz'a göre bu hallerde para cezası yarısı oranında arttırılır.

¹⁷⁵ Taslak Kılavuz'a göre bu hallerde para cezası, dörtte bire kadar arttırılabilir.

¹⁷⁶ Taslak Kılavuz'a göre karteğe taraf teşebbüslerin ihlale son vermeleri, hafifletici unsur olarak değerlendirilmez.

¹⁷⁷ Taslak Kılavuz'a göre bu hallerde para cezası, dörtte bire kadar azaltılabilir.

¹⁷⁸ Bu çerçevede, Taslak Kılavuz'da yer alan örneğe göre, karteğe taraf bir teşebbüsün, dikey ihlalleri de tespit edilirse, her iki ihlal için, Taslak Kılavuz ile belirlenen hükümler doğrultusunda ayrı ayrı para cezası belirlenecektir.

¹⁷⁹ Kanun, 16 (3). madde.

birliği cirosunun, teŖebbüs birliği üyeleri cirolarının toplamından oluŖacađı belirtilmekte, Kılavuz'da yer alan ilkeler uyarınca hesaplanan ceza miktarının, yasal üst sınır dolayısıyla bu cironun % 10'unu aŖamayacađı kabul edilmektedir. TeŖebbüs birliği üyelerinin sayısının, ciroların hesaplanamamasına yol açacak kadar fazla olması halinde ise, para cezasına esas alınacak cironun, Kurul tarafından saptanacağı düzenlenmektedir.

Bu çerçevede Taslak Kılavuz, kısa bir Ŗekilde, AB ve Hollanda uygulamaları ile karŖılaŖtırılabilir. Taslak Kılavuz, 4. ve 6. madde ihlallerine uygulanacak ceza miktarını belirlemeyi konu alması, temel ceza miktarını ihlalin ağırlığı ve süresine dayandıran yaklaŖımı ve dikkate alınan ađırlaŖtırıcı ve hafifletici unsurlar ile AB ve Hollanda uygulamalarına benzemektedir. Bununla birlikte, bazı önemli farklılıklar da dikkat çekmektedir. Öncelikle Taslak Kılavuz, AB'nin benimsemiŖ olduğu 2006 Rehberi'nin ve Hollanda Rehberi'nin aksine, temel ceza miktarının belirlenmesinde, ihlalden etkilenen pazarda elde edilen ciro yerine teŖebbüslerin tüm cirolarının yüzdelerini alan bir yaklaŖım benimsemektedir. Bu yönüyle, Komisyon'un 1998 Rehberi ile benimsemiŖ olduğu yöntemi çağırŖtırmaktadır. Sürenin hesaba katılması da benzer Ŗekilde, 1998 Rehberi'ndeki sisteme daha yakındır. Zira süre, temel ceza miktarının belli oranlarda arttırılması yoluyla dikkate alınmaktadır. Diğer önemli bir farklılık, Taslak Kılavuz'da ceza miktarının belirlenmesinde ađırlaŖtırıcı ve hafifletici unsurların belli oranlar dahilinde dikkate alınacağı yönündeki düzenlemeden kaynaklanmaktadır. AB ve Hollanda uygulamalarında belirli istisnalar haricinde bu unsurların ceza miktarını ne oranda etkileyeceği düzenlenmemektedir. Son bir farklılık ise, Taslak Kılavuz'da "etkin piŖmanlık" hükümlerinin de düzenlenmiŖ olmasıdır. AB ve Hollanda uygulamalarında da piŖmanlık hükümleri ceza miktarının belirlenmesinde dikkate alınmakta ve indirim yapılmaktadır. Bununla birlikte, piŖmanlık hükümleri ayrı duyurular ile düzenlenmektedir.

Söz konusu farklılıkların Rekabet Kurulu'nun 10 yıllık uygulama ve tecrübelerinden kaynaklandığını söylemek mümkün görünmektedir. Yöntemin belirlenmesinde diğer ülke uygulamaları göz önüne alınmakla birlikte, özellikle ilgili cironun hesaplanmasındaki güçlüklerin ve etkin piŖmanlık hükümlerine iliŖkin baŖka bir düzenleme olmamasından kaynaklanan ihtiyacın, bu farklılıkların temel nedeni olabileceği düşünölmektedir. Ceza miktarının hesaplanması için belirli aralıkların öngörölmesi, esneklikten uzak bir yaklaŖım gibi görünse de, dikkate alınabilecek diğer unsurlara yer verilmesi, esneklik için pay sağlayabilecektir. Bununla birlikte 4054 sayılı Kanun'da yapılan deđiŖikliklere paralel olarak Taslak Kılavuz'un da gözden geçirilmesinin gerektiği düşünölmektedir. Böyle bir deđiŖiklik, hem esasa iliŖkin yapılan deđiŖikliklerin dikkate alınması bakımından, hem de Kanun deđiŖikliđinin

konuya ilişkin olarak benimsenecek ikincil düzenlemenin “yönetmelik” olacağını kabul etmesinden dolayı önemlidir¹⁸⁰.

5.2.3. Bir Önceki Yıl Cirosu Kavramı

Ciro kavramı, ceza üst sınırının ve ceza miktarının belirlenmesinde taşıdığı önem nedeniyle ayrıca ele alınması ve tartışılması gereken bir konu olarak ortaya çıkmaktadır. Daha önce yer verilen ülke uygulamalarında açıklandığı üzere pek çok sistem, teşebbüslerin toplam cirolarını cezaların üst sınırının belirlenmesinde dikkate alırken, ceza miktarının hesaplanmasında ilgili pazarda elde edilen cirodan yola çıkmaktadır. 4054 sayılı Kanun’da öngörülen düzenleme ve geçmiş uygulamalar ise, hem ceza üst sınırının hem de ceza miktarının belirlenmesinde, toplam cironun esas alındığını göstermektedir. Zira Kanun’un değişiklikten önceki 16. maddesinin ikinci fıkrasında, “bir yıl önceki mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirin yüzde onuna kadar para cezası” verilebileceği düzenlenmiştir. Ancak, gerek yıllık gayri safi gelire gerekse bir önceki yıl ifadesine ilişkin olarak açıklık bulunmaması tartışmalara yol açmıştır.

Maddenin önceki halinde kavrama ilişkin olarak açıklık bulunmaması, Rekabet Kurulu kararlarında konunun farklı şekillerde değerlendirilmesini de beraberinde getirmiştir. Örneğin, *Maya* kararında¹⁸¹ uyumlu eylem sonucu bayilerin satış fiyatının yükseltilmesi ihlalinin 1999 yılında da devam ediyor olması nedeniyle para cezasının belirlenmesinde ihlali gerçekleştiren teşebbüslerin 1998 yılı ciroları dikkate alınmıştır¹⁸². İGTOD şikâyeti üzerine alınan kararda¹⁸³ para cezasının belirlenmesinde ihlallerin 1998 yılında da devam ediyor olması dikkate alınarak 1997 yılı ciroları esas alınmış ve yıllık gayri safi gelirin “*net satışlar olduğuna*” karar verilmiştir. *BİMAŞ* kararında rekabeti kısıtlayıcı anlaşma ve uygulamaların 1998 tarihine kadar devam etmiş olması sebebiyle 1997 yılı *net satışları* dikkate alınmıştır.

Bununla birlikte soruşturma açılması kararı, cironun esas alınacağı yılın tespitinde başvuru başka bir unsur olmuştur. 20.10.2000 tarihli *CNR* kararında¹⁸⁴, soruşturmanın açıldığı tarihten bir önceki yıl olan 1998 yılı gayri

¹⁸⁰ Ceza miktarının yönetmelik ile belirleneceğinin düzenlenmesi, “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesi ışığında yapılacak tartışmaları da beraberinde getirebilecektir. Bu nedenle kabul edilecek yönetmeliğin bu ilke çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği, dikkate alınacak unsurların da ceza hukuku ilkeleri karşısındaki durumlarının tartışılması gerektiği düşünülmekle birlikte böyle bir tartışma, çalışmanın sınırlarını aşacaktır.

¹⁸¹ 27.6.2000, 00-24/255-138

¹⁸² Benzer şekilde 14.12.2000 tarih ve 00-49/529-291 sayılı *BİRYAY* kararı.

¹⁸³ 24.11.1999, 99-53 ve 99-53/575-365.

¹⁸⁴ 20.10.2000, 00-40/443-243.

safi geliri esas alınmıştır. *Karbogaz* kararında¹⁸⁵ soruşturma karar tarihinden bir önceki mali yıl olan 2000 yılı net satışları dikkate alınmıştır¹⁸⁶.

Konuya ilişkin olarak alınan Danıştay kararlarına¹⁸⁷ bakıldığında, 28.12.2002 tarihli Danıştay kararında¹⁸⁸ açıklamanın yer aldığı görülmektedir. Kararda:

“uyumlu eylemle ilgili davranışların 1999 yılı içerisinde de devam ettiğinin saptanması üzerine ceza oranının uygulanacağı matrah olarak 1998 yılı gayri safi gelirinin esas alındığı ve ... göz önüne alındığında, davacının para cezasının hesaplanma biçiminin hukuka aykırı olduğu yolundaki savında isabet görülmemiştir.”

ifadeleri yer almış ve Rekabet Kurulu tarafından ihlalin devam ettiği tarihin esas alındığı yaklaşıma uygun bir karar alınmıştır.

Danıştay’ın bu yaklaşımı almış olduğu diğer kararlara da yansımış ve 22.11.2006 tarihinde aldığı bir karar¹⁸⁹ ile eylem tarihinden bir önceki mali yılın dikkate alınması gerektiğine hükmedilmiştir. Kararda:

“Bu durumda, Rekabet Kurulu kararıyla, 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesinin Şubat 2003-Kasım 2003 döneminde ihlal edildiğinin saptanması nedeniyle, Kurul’ca davacı şirketin, eylem tarihinden bir önceki mali yıl olan 2002 yılı sonunda oluşan yıllık gayri safi geliri üzerinden cezalandırılması gerektiğinden, soruşturma açılması tarihi esas alınarak 2003 yılı sonunda oluşan yıllık gayri safi gelir üzerinden para cezası verilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır”.

ifadeleri yer almış ve Rekabet Kurulu’nun bazı kararlarında benimsemiş olduğu “soruşturma kararından önceki yılın esas alınması”na yönelik yaklaşım kabul edilmeyerek Rekabet Kurulu kararının yürütmesi durdurulmuştur. Rekabet Kurumu tarafından karara itiraz edilmiş ve kararın kaldırılması talep edilmiş, bununla birlikte Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu itirazı reddetmiştir¹⁹⁰.

¹⁸⁵ 23.8.2002, 02-49/634-257.

¹⁸⁶ Benzer şekilde 23.9.2005 tarih ve 05-60/896-241 sayılı Maya Kararı.

¹⁸⁷ Ciro kavramı dışında tartışmalı konular olan “açık ihlal kavramı”, “aynı maddenin birden fazla ihlali durumunda verilecek cezalar”a ilişkin olarak alınan Danıştay Kararları için bkz. 2001/777E, 2003/760K, 2004/9893E, 2004/7073E, 2006/4686E.

¹⁸⁸ 2000/6064E, 2002/4541K. Rekabet Kurulu’nun 27.6.2000 tarih ve 00-24/255-138 sayılı Kararına yönelik olarak alınan Danıştay Kararı.

¹⁸⁹ 2006/1150E. Rekabet Kurulu’nun 23.9.2005 tarih ve 05-60/896-241 sayılı Kararına yönelik olarak alınan Danıştay Kararı.

¹⁹⁰ 8.3.2007, YD İtiraz No: 2007/7.

Kavramlara ilişkin açıklık bir bakıma Taslak Kılavuz ile getirilmektedir. Kılavuz'a göre:

Kanun'un 16. maddesinin ikinci fıkrasındaki "yıllık gayri safi gelir" ifadesi, bu Kılavuz'da, "ciro" şeklinde adlandırılmıştır ve bundan, tek düzen hesap planındaki "net satışlar" anlaşılır. Kanun'un 16. maddesinin ikinci fıkrasındaki "bir önceki mali yıl" ifadesinden, 4. ve 6. maddede yasaklanmış olan davranışın son olarak gerçekleştirildiği tarihten bir önceki mali yıl cirosu anlaşılır. Bu cironun, ihalelerde danışıklı hareket gibi ihlalin niteliğinden kaynaklanan bazı durumlarda, Kılavuz ile belirlenen amaçları yansıtmaması halinde, anılan amaçları gerçekleştirecek ve Kurul tarafından saptanacak en yakın yıl cirosu dikkate alınır.

Taslak Kılavuz ile Danıştay Kararlarında benimsenen yaklaşıma paralel bir yaklaşım benimsenmiş ve ihlalin son gerçekleştiği tarih başvuru kaynağı olarak alınmıştır. Bununla birlikte, tüm bu tartışmaları sona erdirebilecek ve hukuki belirliliği arttırabilecek bir düzenleme, Kanun değişikliği ile mümkün olmuştur. Kanun değişikliği ile:

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

düzenlemesi getirilerek karar tarihi başvuru kaynağı olarak alınmıştır. Bu yönde sağlanan belirliliğin, yargı denetimi bakımından da önemli olduğu düşünülmektedir. Buna ek olarak, nihai karar tarihinden önceki ciro rakamının dikkate alınması, teşebbüsün o dönemdeki ekonomik gücünü yansıtmaması bakımından olumlu olabilecektir.

Bu aktarılanlar ışığında, rekabet ihlallerine uygulanacak para cezalarının 4054 sayılı Kanun'da düzenlendiği, Kanun'da yapılan değişikliklerle önemli gelişmeler ortaya çıktığı görülmektedir. Ceza miktarının belirlenmesine ilişkin olarak gündeme gelen Taslak Kılavuz'un da bu değişiklikler çerçevesinde gözden geçirilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Rekabet Kurulu'nun geçmiş uygulamalarında dikkate almış olduğu birçok faktörün, sistematik bir şekilde ele alınmasının tutarlılığın ve eşit uygulamaların sağlanması bakımından önemli olduğu düşünülmektedir. Dolayısıyla, Kanun'da yapılan değişikliklerin bu yönde düzenlemeler yapılmasına olanak vermesinin ceza politikasının amaçlarının gerçekleştirilebilmesi için etkili birer araç olabilecekleri vurgulanmalıdır. Bu araçlardan etkin bir şekilde yararlanılabilmesi için, özellikle yöneticilere veya çalışanlara verilecek cezalar ile benimsenecek pişmanlık programı bakımından,

dünya uygulamaları yol gösterici olabilecektir. Bundan başka, para cezalarının tespiti aşamasında belirlenebildiği ölçüde ihlalin yarattığı gerçek etkinin dikkate alınmasının optimal ceza teorisi ile uyumlu olacağı ve ekonomik bir yaklaşım olacağı söylenebilir. Buna ek olarak özellikle açık ihlallerin caydırılması bakımından Komisyon'un 2006 Rehberi ile benimsemiş olduğu "giriş ücreti"ne benzer mekanizmaların kabulü uygun olabilecektir. Bununla birlikte, cezaların belirlenmesinde caydırıcılığın sağlanmasının yanı sıra orantısallık ilkesinin de dikkate alınması ve verilecek cezanın pazar yapısı üzerindeki etkilerine yönelik değerlendirme yapılması, fayda sağlayabilecektir. Tüm bu düzenlemeler yapılırken dünya uygulamaları yol gösterici olabilecektir de, Türk hukuk sisteminin genel prensipleri ile Türkiye'ye özgü koşulların dikkate alınması ve Hollanda uygulamasına benzer şekilde ülke koşullarına uygun bir ceza sisteminin benimsenmesi gerekliliği de gündeme gelebilir. Sonuç olarak, yapılacak düzenlemeler ile uygulamada karşılaşılan sorunların ve belirsizliklerin giderileceği ve böylece bir yandan şeffaflık, orantısallık ve tutarlılık gibi amaçlara ulaşılırken diğer yandan da rekabete aykırı davranışın caydırılmasının mümkün olacağı söylenebilir.

SONUÇ

Rekabet ihlallerine uygulanacak yaptırımlar çeşitlilik göstermekle birlikte, pek çok ülke tarafından uygulanan para cezaları bunlar arasında en yaygın olanıdır. Rekabet ihlallerine yaptırım uygulanmasıyla ulaşılmak istenen çeşitli amaçlar bulunmaktadır. Bununla beraber, birçok sistem bakımından temel amaç caydırıcılığın sağlanmasıdır. Caydırıcılık, cezalandırmaya ekonomik yaklaşımla birlikte önem kazanmış ve cezanın nasıl belirlenmesi gerektiğini açıklayan optimal ceza teorisinin temelini oluşturmuştur.

Optimal ceza teorisi, verilecek ceza ile firmaların fayda-maliyet analizlerini değiştirerek ihlalleri ortadan kaldırmayı esas almaktadır. İhlalden elde edilen faydayı geri almaya dayalı bir cezanın, teşebbüsün suç işleme motivasyonunu ortadan kaldıracağını, böylelikle ihlallerin önleneceğini savunanların yanı sıra, ceza ile ihlalin topluma yüklediği net zararın telafi edilmesi gerektiğini, böylece etkinliğin sağlanabileceğini, dolayısıyla cezanın ihlalin yaratmış olduğu zarara dayanması görüşünü benimseyenler de bulunmaktadır. Her iki yaklaşımda da, ihlallerin ortaya çıkartılma ve cezalandırma olasılığı dikkate alınmakta, ceza miktarı kazancın veya zararın yakalanma olasılığının tersi ile çarpılarak hesaplanmakta, böylece cezalandırmaya ilişkin tehdit yaratılarak ihlallerin önlenmesi amaçlanmaktadır.

Optimal ceza teorisi, zengin teorik kapasitesiyle önemli tartışmalar ve açılımlar sağladıysa da uygulamaya geçirilmesinde zorluklar bulunmaktadır. Bununla birlikte teori, uygulanan cezalar ile caydırıcı ceza arasındaki farkın değerlendirilerek; izlenecek politikaların belirlenmesinde bir rehber olmaktadır. Özellikle zarar ve kâr unsurlarının cezalandırma sürecinde belirleyici olduğu gözlenmektedir. Kârın hesaplanmasının mümkün olmadığı durumlarda da, bazı varsayımlardan yola çıkılarak bu unsur dikkate alınmaktadır. Örneğin, ihlal süresince yapılan satışlar, ihlalden etkilenen satışlar, cezalandırmaya esas alınabilmektedir. Teori bu yönüyle başta ABD olmak üzere pek çok sistemi etkilemiş, ceza miktarının üst sınırının belirlenmesinde, kazancın veya zararın katlarının dikkate alınması gündeme gelmiştir. Karın veya zararın hesaplanmadığı durumlarda da, ihlalden etkilenen satışların dikkate alınmasıyla ihlalin yaratmış olduğu etkinin ortaya çıkartılması amaçlanmıştır.

ABD’de para cezalarına ilişkin temel düzenlemeler yasalarda yer alırken, karteller bakımından ceza miktarının nasıl belirlendiği Cezalandırma Rehberi’nde açıklanmıştır. Böylece, en ağır rekabet ihlali olarak kabul edilen karteller ve diğer ihlaller arasındaki ayırım Cezalandırma Rehberi ile bir kez daha tescil edilmiş ve uygulamada verilen yüksek cezalarla caydırıcılığın sağlanması amaçlanmıştır. Zarar veya kazancın iki katına kadar cezanın verilebileceği yönündeki kabul ve ihlalden elde edilen gelire dayalı bir hesaplama, optimal teorinin izlerini taşımaktadır. Diğer yaptırım türleri ile desteklenen para cezaları, firmalara açık mesajlar göndermekte ve güçlü uygulama sisteminin önemli bir unsurunu oluşturmaktadır.

AB uygulamalarında ise daha farklı bir süreç gözlenmiş, başlangıçta düşük bir düzeyde seyreden para cezaları, Komisyon’un giderek katılan yaklaşımı sonucunda önemli seviyelere ulaşmıştır. Bu değişimin en önemli göstergeleri, 1998 ve 2006 yıllarında kabul edilen ceza rehberleri olmuştur. Rehberlerle şeffaflığın, tutarlılığın ve caydırıcılığın sağlanması amaçlanmıştır. 1998 Rehberi, ihlalleri ağırlıklarına göre sınıflandıran ve diğer unsurları dikkate alan bir tarife sistemini çağırırken, 2006 Rehberi, dünyada gözlenen gelişmelere paralel olarak, optimal teorinin izlerini taşıyan ihlalden elde edilen gelire dayalı daha ekonomik bir yaklaşımı yansıtmaktadır. Böylece Komisyon’un ABD uygulamasına yaklaştığı gözlenmektedir. Bununla birlikte, ceza miktarının belirlenmesinde dikkate alınan unsurların hesaplamada ne derece etkili olduğuna yönelik açıklık olmaması, Komisyon’un yeni yaklaşımının da eleştirilmesine neden olmuştur.

Hollanda ise, 2001 yılında kabul ettiği Ceza Rehberi ile AB’nin 1998 Rehberi’nden farklı bir yöntem benimseyerek ihlalden elde edilen geliri esas almış, sistemini ABD yaklaşımına benzer şekilde ekonomik bir temele oturtmuştur. 2006 yılında AB’nin kabul ettiği sistemin de Hollanda’ya benzerlikleri dikkat çekmekte; ihlalden elde edilen gelirin belirleyiciliği gözlenmektedir.

Para cezalarına yönelik teorik tartışmalar ve uygulamalar, Türkiye açısından da bazı unsurların değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır. Örneğin 4054 sayılı Kanun’da, 5728 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğe kadar ciro kavramına ve ceza miktarının belirlenmesinde dikkate alınacak unsurlara ilişkin belirsizlikler bulunduğu, uygulamada da çeşitli sorunların ortaya çıktığı görülmektedir. Kanun değişikliği, bu belirsizlikleri gidermenin yanı sıra getirmiş olduğu yeniliklerle de teorisyenlerin ve uygulayıcıların takip ve analizini gerektiren bir düzenleme olmuştur. Pişmanlık programının ve kişiler bakımından ceza uygulanmasına olanak veren düzenlemenin, etkili caydırıcılık bakımından önemli olacağı düşünülmektedir. Bununla birlikte, Kanun ile ceza miktarının hesaplanmasına ilişkin ayrıntılı bir açıklama getirilmemiş, yönetmelikle

uygulama esaslarının düzenleneceği kabul edilmiştir. Böyle bir hesaplama yöntemi içeren ve Kanun değişikliğinden önce gündeme gelen Taslak Kılavuz, Şeffaflığın ve tutarlılığın sağlanması amaçlarına hizmet edebilecektir. Taslak Kılavuz; ABD, AB ve Hollanda uygulamalarından farklı olarak ceza miktarının belirlenmesinde teşebbüslerin tüm ciolarından yola çıkmakta ve pişmanlık programına yönelik düzenlemeler de içermektedir. İlgili cironun esas alınmaması, ekonomik bir yaklaşımdan uzak görünmekle birlikte, bu durumun nedeninin hesaplama güçlükleri olabileceği ve sisteme bütün olarak bakıldığında, bu sakıncayı giderir düzenlemelerin bulunduğu anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, Kanun değişikliği dikkate alınarak Taslak Kılavuz'un gözden geçirilmesi faydalı olacaktır. Tüm bu değişiklikler yapılırken dünya uygulamalarına paralel olarak, özellikle karteller bakımından etkili caydırıcılığının sağlanmasının ve Türk hukuk sistemindeki genel prensiplerin dikkate alınmasının gerektiği dşnlmektedir.

ABSTRACT

Since fines are one of the most important tools to remedy and deter violations of competition, the level at which they should be set is a critical point for enforcement. As a result of countless academic work on the subject, *optimal theory* evolved to explain how fines should be determined in order to be deterrent. Along the way, economic analysis has progressively gained importance in the context of optimal theory. Despite the fact that econometric measurement of optimal fine is a very difficult and problematic issue, this theory is still regarded as a useful general guidance by the antitrust practitioners for setting the amount of antitrust fines.

In practice, *fining guidelines*, which explain and designate the criteria in calculations of fine and which are important for attaining the goals of deterrence and transparency, are used by many countries. In USA for example, a quantitative approach based on the affected commerce intends to enhance transparency and predictability. In the EU on the other hand, there is a clear trend towards increasing fines for hard core cartels in recent years. 2006 Guidelines, which reflect the new approach of EC, takes into account “value of sales” and aims to be more deterrent.

This study attempts to display recent debates about the role of the fines in antitrust enforcement by taking theoretical as well as practical dimensions into consideration. To achieve this purpose, first the optimal theory is evaluated and later on different practices of USA, EC, and the Netherlands are analyzed in a comparative manner. The rest of the study is devoted to explanation and discussion of Turkish practices in light of the recent developments.

KAYNAKÇA

AKTAŞ, C. ve H. ARI (2002), “Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Para Cezalarının Uygulanması”, *Rekabet Dergisi*, Sayı 10, syf. 50-76.

ALEXANDER, C., J. ARLEN ve M.A. COHEN (1999), “Regulating Corporate Criminal Sanctions: Federal Guidelines and the Sentencing of Public Firms”, *Journal of Law and Economics*, Vol: XLII, April 1999, syf. 393-422.

AUGUSTIN, B. ve P. HABERMAN (2007), “How Fines are Calculated is It Time for Reconsideration”, *Competition Law Insight*, Vol: 6, Issue 12, December 2007, syf. 5-7.

BAEL, I.V. (1995), “Fining A La Carte: The Lottery of EU Competition Law”, *E.C.L.R.*, 16 (4), syf. 237-243.

BECKER, G.S. (1968), “Crime and Punishment: An Economic Approach”, *The Journal of Political Economy*, Vol: 76, No: 2, syf. 169-217.

BLAIR, R.D. (1980), “Antitrust Penalties: Deterrence and Compensation”, *Utah L. Rev.*, syf. 57-72.

BROCA, H. (2006), “The Commission Revises its Guidelines for Setting Fines in Antitrust Cases”, *Competition Policy Newsletter*, No: 3, Autumn 2006, syf. 1-6.

BRYANT, P.G. ve E.W. ECKARD (1991), “Price Fixing: The Probability of Getting Caught”, *The Review of Economics and Statistics*, Vol: 73, No: 3, syf. 531-536.

CALVINO, N. (2006), “Public Enforcement in the EU: Deterrent Effect and Proportionality of Fines”, European University Institute Robert Schuman Centre for Advanced Studies 2006 EU Competition Law and Policy Workshop/Proceedings.[http://www.iue.it/RSCAS/research/Competition/2006\(pdf\)/200610-COMPed-Calvino.pdf](http://www.iue.it/RSCAS/research/Competition/2006(pdf)/200610-COMPed-Calvino.pdf)

CAMILLI, E.L. (2006), “Optimal Fines in Cartel Cases and the Actual EC Fining Policy”, *World Competition*, Vol: 29, No: 4, syf. 575-605.

CAYSEELE, P.V. ve P.D. CAMESASCA (2007), “The EC Commission’s 2006 Fine Guidelines Reviewed from an Economic Perspective: Risking

Over-Deterrence”, Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper No: 2007-03. <http://ssrn.com/paper=989628>

COHEN, M.A. ve D.T. SCHEFFMAN (1989), “The Antitrust Sentencing Guideline: is the Punishment Worth the Costs”, *27 Am. Crim. L. Rev.*, syf. 331-366.

CONNOR, J.M. (2007), “A Critique of Cartel Fine Discounting by the U.S. Department of Justice”, Purdue University, West Lafayette, Indiana. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=977772

CONNOR, J.M. (2006), "Effectiveness of Antitrust Sanctions on Modern International Cartels" (December 2006). <http://ssrn.com/abstract=988707>

CONNOR, J.M. ve R.H. LANDE (2005), ”How High Do Cartels Raise Prices? Implications for Reform of the Antitrust Sentencing Guidelines”, AAI Working Paper 01-04. <http://antitrustinstitute.org>

DESISO, P.J. (2004), “Introduction to Organizational Sentencing and the U.S. Sentencing Commission”, *Wake Forest Law Review*, Vol: 39, No: 3, syf. 559-563.

DÖNMEZER, S. ve S. ERMAN (1999), *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Genel Kısım Cilt II, Yeniden Gözden Geçirilmiş 12. Bası, Beta, İstanbul.

ELZINGA, K.G. ve W. BREIT (1976), *The Antitrust Penalties: A Study in Law and Economics*, Yale University Press, New Haven And London.

ELZINGA, K.G. ve W. BREIT (1974), “The Instruments of Antitrust Enforcement”, *Emory Law Journal*, Vol: 86, syf. 943-962.

ELZINGA, K.G. ve W. BREIT (1972-1973), “Antitrust Penalties and Attitudes Toward Risk: An Economic Analysis”, *Harvard Law Review*, Vol: 86, syf. 693-713.

EREM, F., A. DANIŞMAN ve M.E. ARTUK (1997), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara.

ERSOY, Y. (2002), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İmaj Yayınevi, Ankara.

FRESE, M.J. (2005), “Anti-Cartel Enforcement in Community Law Context: Considerations on Sanctions and Leniency”.

<http://www.kernbureau.uva.nl/acle/object.cfm/objectid=F79DF712-6448-40A5-AB96BA4C0DB67147/download=true%20>

GERADIN, D. ve D. HENRY (2005), “The EC Fining Policy for Violations of Competition Law: An Emprical Review of the Commission Decisional Practice

and the Community Courts' Judgements", The Global Competition Law Centre Working Papers Series, 03/05.

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

HAMMOND, S.D. (2007), "Recent Developments, Trends, and Milestones in the Antitrust Division's Criminal Enforcement Program", Before the ABA Section of Antitrust Law Cartel Enforcement Roundtable 2007 Fall Forum, Washington, DC, 16.11.2007.

HAMMOND, S.D. (2005), "Antitrust Sentencing in the Post-Booker Era: Risks Remain High For Non-Cooperating Defendants", Before the American Bar Association Section of Antitrust Law Spring Meeting, Washington, DC, 30.3.2005.

HERRON, A.M. (2002), "The Antitrust Sentencing Guideline: Detering Crime by Clarifying the Volume of Commerce Muddle", *Emory Law Journal*, Vol: 51, syf. 929-962.

HOVENKAMP, H. ve E.T. SULLIVAN (1999), *Antitrust Law, Policy and Procedure, Cases, Materials, Problems*, Fourth Edition, Virginia.

ICN (2005), Defining Hard Core Cartel Conduct Effective Institutions Effective Penalties, Report Prepared by the ICN 4th Annual Conference Bonn, Germany.

JONES, A. ve B. SUFRIN (2004), *EC Competition Law, Text, Cases and Materials*, Second Edition, Oxford University Press, New York.

KERSE, C.S. (1998), *E.C. Antitrust Procedure*, Fourth Edition, Sweet & Maxwell, London.

KILLICK, J. (2006), "The 2006 Fining Guidelines: Two Steps Forward but One Step Back?", *Competition Law Insight*, September 2006, syf. 5-7.

KOBAYASHI, B.H. (2001), "Antitrust, Agency, and Amnesty: An Economic Analysis of the Antitrust Laws Against Corporations", *George Washington Law Review*, Vol: 69, No: 5/6, syf. 715-744.

LANDES, W.M. (1983), "Optimal Sanctions for Antitrust Violations", *50 U. Chi. L. Rev.*, syf. 652-678.

MAKS, J.A.H., M.P. SCHINKEL ve I.A.M. BOS (2005), "Perverse Incentive Effects of Bounding Fines for Infringements of Competition Law: the Dutch Case", Maastricht, 15.2.2005.

MEULEN, M.J. ve M.V. OERS (2004), "The Netherlands Competition Authority And its Policy on Fines And Leniency", G. Dannecker ve O. Jansen

(der.), *Competition Law Sanctioning in the European Union* içinde, Kluwer Law International, syf. 219-249.

MONTI, M. (2003), "EU competition policy after May 2004", Fordham Annual Conference on International Antitrust Law and Policy New York, 24.10.2003, SPEECH/03/489.

OECD (2002a), *Fighting Hard-Core Cartels: Harm, Effective Sanctions And Leniency Programmes* OECD Publications, 2, rue André-Pascal, 75775 Paris Cedex 16, (24 2002 01 1 P) ISBN 92-64-19735-4 – No. 52503 2002.

<http://www.oecd.org/dataoecd/41/44/1841891.pdf>

OECD (2002b), *Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions Against Cartels under National Competition Laws*, DAFPE/COMP (2002)7, (9.4.2002).

OECD (1998), *Recommendation of the Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels*, (adopted by the Council at its 921st Session on 25 March 1998 [C/M(98)7/PROV]) C(98)35/FINAL 14.05.1998.

<http://www.oecd.org/dataoecd/39/4/2350130.pdf>

OĞURLU, Y. (2001), *İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Koruma*, Seçkin Yayınları, Ankara 2001.

ÖZEN, M. (2005), "Rekabet ve Ceza Hukuku", 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanun'da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak: Sempozyum Bildiriler - Tartışmalar - Panel (7-8 Ekim 2005), Ankara 2006, syf. 245-246.

PARKER, J.S. (1989), "Criminal Sentencing Policy for Organizations: The Unifying Approach of Optimal Penalties", *American Criminal Law Review*, 26 Am. Crim. L. Rev. 513.

PARKER, J. ve R.ATKINS (1999), "Did the Corporate Criminal Sentencing Guidelines Matter?", *Journal of Law and Economics*, Vol: XLII, April 1999, syf. 423-453.

POLINSKY, A.M. ve S. SHAVELL (1994), "Should Liability Be Based on the Harm to the Victim or the Gain to the Injurer?", *The Journal of Law, Economics and Organization*, Vol: 10, No: 2, syf. 427-437.

RICHARDSON, R. (1999), "Guidance Without Guidance-A European Revolution in Fining Policy? The Commission's New Guidelines on Fines", *E.C.L.R.*, Issue 7, syf. 360-371.

ROSOCHOWICZ, P.H. (2005), "Deterrence and the Relationship Between Public and Private Enforcement of Competition Law".

http://www.ibanet.org/legalpractice/EU_Private_Litigation_Working_Group.cfm

ROSOCHOWICZ, P.H. (2004), "The Appropriateness of Criminal Sanctions in the Enforcement of Competition Law", *E.C.L.R.*, No: 12, syf. 752-757.

SHAVELL, S. (1993), "The Optimal Structure of Law Enforcement", *Journal of Law and Economics*, Vol: 36, No: 1, Part 2, John M. Olin Centennial Conference in Law and Economics at the University of Chicago, syf. 255-287.

THOMPSON, S.G. (2006), *The Booker Project: The Future of Federal Sentencing*, The University Of Houston Law Center.

<http://papers.ssrn.com>

VAN DEN BERGH, R.J ve P.D. CAMESASCA (2006), *European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective*, Sweet & Maxwell, London.

VELJANOVSKI, C. (2007), "Cartel Fines in Europe Law, Practice and Deterrence", *World Competition*, Vol: 29.

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=920786

WEHMHÖRNER, N. (2005), "Optimal Fining Policies", paper presented at Remedies and Sanctions in Competition Policy Conference, Amsterdam Centre for Law and Economics.

<http://www.kernbureau.uva.nl/acle/object.cfm/objectid=F07DE744-C1D1-4F2E-876EEB31F7FA5B9F>

WILS, W.P.J. (2007), "The European Commission's 2006 Guidelines on Antitrust Fines: A Legal and Economic Analysis", *World Competition*, Vol: 30, No: 2 (June 2007).

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=962654

WILS, W.P.J. (2006), "Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice", *World Competition*, Vol: 29, No: 2, June 2006.

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=883102

WILS, W.P.J. (2001), "EC Competition Fines: To Deter or Not Deter", *The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law Essays in Law and Economics* içinde, Kluwer Law International, The Hague/Landon/New York, syf. 8-44.

WILS, W.P.J. (1998), "The Commission's New Method for Calculating Fines in Antitrust Cases", *E.C.L.R.*, No: 23 (3), syf. 252-263.

WISE, M.O. (2004), "The System of Sanctions and Enforcement Co-Operation in US Antitrust Law", G. Dannecker ve O. Jansen (der.), *Competition Law Sanctioning in the European Union* içinde, Kluwer Law International, syf. 195-210.

YEUNG, K. (2004), *Securing Compliance a Principled Approach*, Oxford and Portland Oregon, Hart Publishing, 2004.

Diğer

<http://www.ussc.gov/SIMPLE/sra.htm>

<http://www.ussc.gov/15-year/chap1.pdf>

<http://www.abanet.org/antitrust/at-comments/2002/06-02/ussentencingcomments.pdf>

http://www.amc.gov/commission_hearings/pdf/Charles_R_Tetzlaff-United_States_Sentencing.pdf

http://www.amc.gov/pdf/meetings/CrimRem_DiscMemo_060504-fin.pdf

Rekabet Kurulu Kararları

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

BİAK, 4.3.1999 tarih ve 99-13/99-40 sayılı Karar

"İstanbul ekmek", 27.10.1999 tarih ve 99-49/536-337 (a) sayılı Karar

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

İlaç ve Kimya Endüstrisi İşverenler Sendikası Yönetim Kurulu, 12.1.2000 tarih ve 00-1(b)/11-5 sayılı Karar

BİMAŞ, 1.2.2000 tarih ve 00-4/41-19 sayılı Karar

Maya, 27.6.2000 tarih ve 00-24/255-138 sayılı Karar

TEB, 18.9.2000 tarih ve 00-35/393-220 sayılı Karar

CNR, 20.10.2000 tarih ve 00-40/443-243 sayılı Karar

BİRİYAY, 14.12.2000 tarih ve 00-49/529-291 sayılı Karar

Haydarpaşa Kooperatif, 26.4.2001 tarih ve 01-21/191-49 sayılı Karar

Turkcell, 20.7.2001 tarih ve 01-35/347-95 sayılı Karar

Liman A.Ş., 16.5.2002 tarih ve 02-29/339-139 sayılı Karar

Karbogaz, 23.8.2002 tarih ve 02-49/634-257 sayılı Karar

Yonga Levha, 6.9.2002 tarih ve 02-53/685-278 sayılı Karar

BİMAŞ-II, 21.10.2002 tarih ve 02-64/803-325 sayılı Karar

HSBC, 15.8.2003 tarih ve 03-57/671-304 sayılı Karar

Seramik, 24.2.2004 tarih ve 04-16/123-26 sayılı Karar
Afyon Veteriner, 17.8.2004 tarih ve 04-54/749-186 sayılı Karar
TEB, 4.11.2004 tarih ve 04-70/1012-247 sayılı Karar
Gaziantep Fırıncılar Odası, 7.1.2005 tarih ve 05-02/18-9 sayılı Karar
Siemens, 10.3.2005 tarih ve 05-13/156-54 sayılı Karar
WB, 24.3.2005 tarih ve 05-18/224-66 sayılı Karar
Maya, 23.9.2005 tarih ve 05-60/896-241 sayılı Karar
Kozmetik, 10.10.2005 tarih ve 05-66/946- 255 sayılı Karar
Demirçelik, 14.10.2005 tarih ve 05-68/958-259 sayılı Karar
Karadeniz Ro Ro, 19.10.2005 tarih ve 05-69/959-260 sayılı Karar
Gazbeton, 30.5.2006 tarih ve 06-37/477-129 sayılı Karar
Süt, 26.7.2006 tarih ve 06-56/714-204 sayılı Karar
Refrakter, 29.1.2007 tarih ve 07-10/63-19 sayılı Karar

Danıştay ve Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu Kararları

2000/6064E, 2002/4541K
2006/1150E
2001/777E, 2003/760K
2004/9893E
2004/7073E
2006/4686E
YD. İtiraz No: 2007/7

AB Rekabet Hukuku Mevzuatı

European Union - Consolidated Versions of the Treaty on European Union and of the Treaty Establishing the European Community (consolidated text) Official Journal C 321E of 29.12.2006.

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

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

Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings OJ L 24, 29.1.2004.

1998 - Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 15 (2) of Regulation No 17 and Article 65 (5) of the ECSC Treaty fines. Official Journal C 9, 14.01.1998.

2006 - Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003. Official Journal C 210, 1.09.2006.

Üye Ülke Mevzuatları

İngiltere

“OFT’s Guidance as to the Appropriate Amount of a Penalty”.

http://www.ofc.gov.uk/shared_ofc/business_leaflets/ca98_guidelines/ofc423.pdf

Hollanda

Act of 22 May 1997, Providing New Rules for Economic Competition (Competition Act) [Version applicable as of 1 August 2004].

Guidelines for the Setting of Fines in Relation to the Imposition of Fines Pursuant to Section 57 of the Competition Act.

NMa Fining Code 2007, “Guidelines on the Method of Setting Fines Imposed Pursuant to Statutory Provisions, the Enforcement of Which Has Been Entrusted to the Netherlands Competition Authority”.

Komisyon Kararları

Quinine, O.J. L 192/5, 16.7.1969

Pioneer Hi-Fi Equipment, O.J. L 60/28, 14.12.1980

Cartonboard, O.J. L 243/1, 13.7.1994

Cement, O.J. L 343/1, 30.11.1994

Steel Beams, O.J. L 116/ 1, 16.2.1994

BASF Lacke+Farben AG, ve Accinauto SA, OJ L 272, 15.11.1995

ADALAT, OJ L210/1, 10.1.1996

JCB, 21.12.2000, (2002) O.J. L 69/1

French beef, 2.4.2003, 2003/600/EC, Case COMP/C.38.279/F3

Vitamins, COMP/E-1/37.512, 2003/2/EC, 21.11.2001

Elevators & Escalators, COMP/E-1/38.823, 21.2.2007

Deutsche Post AG, 25.7.2001, 2001/892/EC

Choline Chloride, COMP/E-2/37.533, 9.12.2004

French Beer , COMP/C.37.750/B2, 29.9.2004

Graphite Electrodes, 18.7.2001, O.J. L100/1, COMP/E-1/36.490

İlk Derece Mahkemesi Kararları

Europay v. Commission, 23.2.1994, 39/92, T-40/92

Michelin v. Commission [2003] ECR II-4071, 30.9.2003, T-203/01

Groupe Danone v. Commission (Belgian Beer) [2005] II-4407, 25.10.2005, T-38/02

BASF v. Commission (Vitamins) [2006] ECR II-497, 15.3.2006, T-15/02

Adriatica di Navigazione SpA v. Commission (2003), CFI T-61/99, 11.12.2003

Archer Daniels Midland Company v. Commission (Lysine), T-224/00, 9.7.2003

Basf v. Commission (Vitamins), 15.3.2006, T-15/02

Tokai Carbon and Others v. Commission (Specialty graphite), 15.6.2005, T-71/03

Daiichi Pharmaceutical v. Commission, 15.3.2006, T_26/02

BASF & UCB v. Commission, 12.12. 2007, T-101/05 ve T-111/05

Adalet Divanı Kararları

Ferriere Nord v. Commission (Welded steel mesh), 17.7.1997, In Case C-219/95 P

Dansk Rorindustri and Others v. Commission, C-189/02 P, 28.6.2005

Aalborg Portland and Others v. Commission (Cement) [2004] ECR I-123, 7.1.2004, C-204/00 P

SCA Holding v. Commission (Cartonboard), 16.11.2000, C-297/98 P

CIF, 9.9.2003, C-198/01

SGL Carbon v. Commission (Graphite Electrodes), 29.6.2006, C-308/04 P

Showa Denko v. Commission, C-289/04 P, 29.06.2006

ABD Mahkeme Kararları

U.S. v. Mitsubishi Corporation, Crim. No. 00-033

Apprendi , 530 U.S. 466 (2000)

Blakely, 542 U.S. 296 (2004)

Booker, 543 U.S. 220 (2005)

U.S. v. Hayter Oil Co., Inc., 51 F.3d 1265 (6th Cir. 1995)

U.S. v. SKW Metals&Alloys, Inc., 195 F.3d 83 (2nd Cir. 1999)

**EK 1 - ABD Uygulamalarında 100 Milyon Dolar ve
Üzerinde Verilen Cezalar**

100 MİLYON DOLAR VE ÜSTÜ CEZALAR		
Teşebbüs	Pazar	Ceza (milyon dolar)
F. Hoffmann-La Roche, Ltd. (1999)	Vitamin	500
Korean Air Lines Co., Ltd. (2007)	Hava Taşımacılığı	300
British Airways PLC (2007)	Hava Taşımacılığı	300
Samsung Electronics Company, Ltd. Samsung Semiconductor, Inc. (2006)	DRAM	300
BASF AG (1999)	Vitamin	225
Hynix Semiconductor Inc. (2005)	DRAM	185
Infineon Technologies AG (2004)	DRAM	160
SGL Carbon AG (1999)	Grafit Elektrot	135
Mitsubishi Corp. (2001)	Grafit Elektrot	134
UCAR International, Inc. (1998)	Grafit Elektrot	110
Archer Daniels Midland Co. (1996)	Lysine ve Sitrik Asit	100

* Kaynak: DOJ (2007)

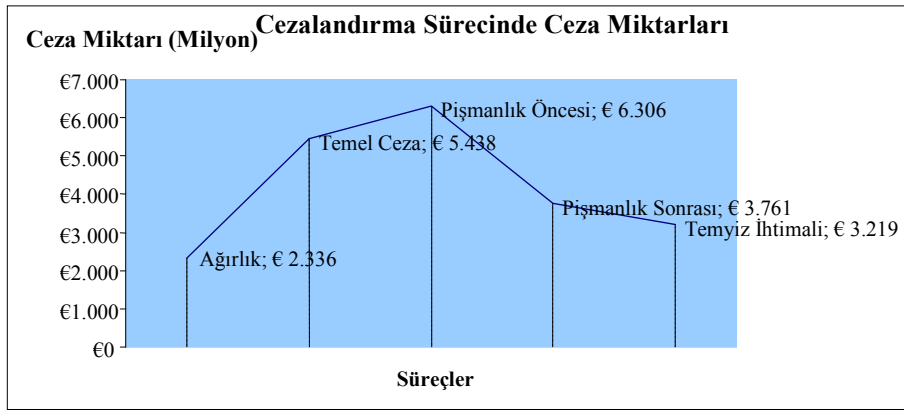
EK 2 - Suç Skorunun Hesaplanmasında Dikkate Alınan Unsurlar

DİKKATE ALINACAK UNSUR	KOŞULLAR	EKLENECEK MİKTAR
Üst Düzey Yönetimin Katılması veya İhlale İzin Vermesi	Personel sayısı 5.000'den fazla	+5
	Personel sayısı 1.000'den fazla	+4
	Personel sayısı 200'den fazla	+3
	Personel sayısı 50'den fazla	+2
	Personel sayısı 10'den fazla	+1
Daha Önce İşlenen Suçlar	Hüküm giyilen kriminal bir suçun on yıldan önce tekrarlanması veya medeni veya idari olarak hüküm verilen bir suçun iki veya daha fazla tekrarlanması	+1
	Hüküm giyilen kriminal bir suçun beş yıldan az bir sürede tekrarlanması veya idari olarak hüküm verilen bir suçun iki veya daha fazla tekrarlanması	+2
Verilen Karara veya Talimatlara Uyulmaması	Mahkeme kararına uyulmaması veya şartlı tahliye hükümlerinin ihlali	+2
	Şartlı tahliye hükümlerinin ihlali	+1
İncelemenin Engellenmesi		+3
Uyum Programları	Uyum programına rağmen ihlalin gerçekleştirilmesi	-4
Eylemi Bildirme, İşbirliği, Sorumluluğun Kabul Edilmesi	İhlalin bildirilmesi, soruşturma kapsamında tam işbirliği, sorumluluğun kabul edilmesi	-5
	Soruşturma kapsamında tam işbirliği, sorumluluğun kabul edilmesi	-2
	Sorumluluğun kabul edilmesi	-1

* Kaynak: ABD Cezalandırma Rehberi

EK 3 - AB Uygulamalarında Cezalandırma Sürecinde Ceza Miktarları

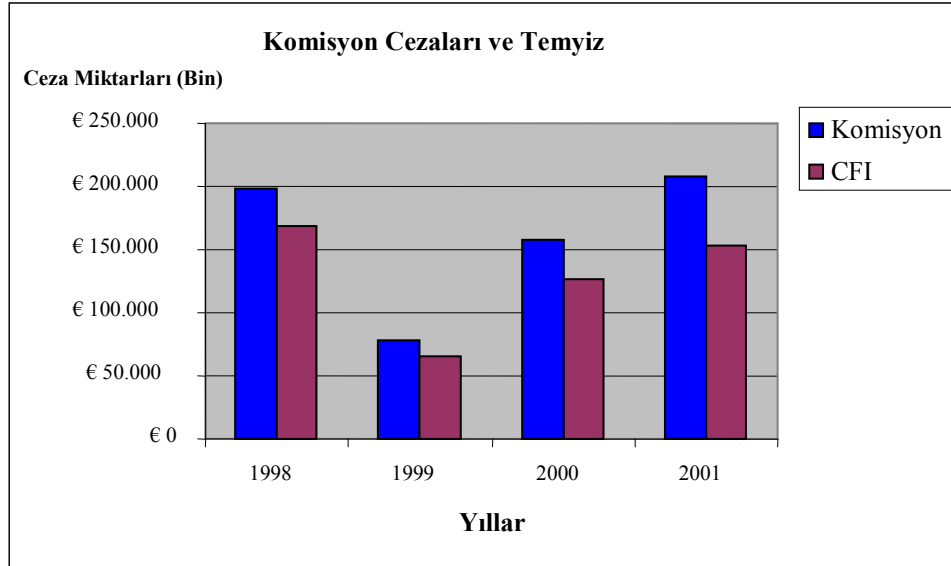
Tabloda 1998 Rehberinin uygulandığı dönemde cezalandırma sürecinin farklı aşamalarında toplam ceza miktarının nasıl değiştiği gösterilmektedir. Ağırlığın belirlenmesinin ardından, sürenin dikkate alınması ve caydırıcılık için yapılan artışla, ceza miktarı artmaktadır. Ağırlaştırıcı ve hafifletici unsurların da dikkate alınmasıyla ceza miktarı bir miktar daha artmaktadır. Bununla birlikte, pişmanlık programının uygulanmasıyla cezalar yaklaşık % 40 oranında düşmekte ve 6,3 milyar avrodan 3.8 milyar avroya gerilemektedir. Temyiz süreci sonunda % 14,4 daha azalarak 3,2 milyar avroya kadar düşmektedir.



*Kaynak: Veljanovski (2007,11)

EK 4 - AB'nin Uyguladığı Para Cezaları ve Temyiz

Tabloda 1998 ve 2001 yılları arasında Komisyon tarafından verilen para cezaları ve İlk Derece Mahkemesi'nin temyiz süresince bu cezalarda yaptığı azaltma gösterilmektedir¹⁹¹.



*Kaynak: Geradin ve Henry (2005, 47)

¹⁹¹ İDM'nin 12.12.2007 tarihinde almış olduğu bir kararda, ilk defa, Komisyon'un öngörmüş olduğu ceza miktarı arttırılmıştır (BASF & UCB v. Commission, T-101/05 ve T-111/05).

EK 5 - Ceza Miktarının Belirlenmesinde Dikkate Alınan Unsurlar

Ağırlaştırıcı Unsurlar

- 1= Lider Rol,
- 2= Diğer Teşebbüsleri Teşvik Edici Eylemler,
- 3= Soruşturmanın Engellenmesi,
- 4= İhlale Soruşturmada Sonra Devam Edilmesi,
- 5= Tekrar,
- 6= Uyum Programına aykırı Eylem,

Hafifletici Unsurlar

- 7= Sektörün Krizde Olması,
- 8= Komisyon'la İş Birliği,
- 9= Komisyon Müdahalesinden Sonra İhlale Son Verilmesi,
- 10= Pasif Rol,
- 11= İhlalin Uygulanmaması,
- 12= Eylemin İhlal Teşkil Ettiğine Dair Makul Şüphe ve Bilgisizlik,
- 13= Zararın Tazmini,
- 14= Düzenleyici Otoritenin Kararı

** Taraflardan birine ya da tümüne sembolik ceza verilmiştir.

Esin AYGÜN

Karar	Ceza (bin avro)	Dikkate Alınan Unsurlar																		% 10 sınırı		
		Ağırlık			Süre			Ağırlaştırıcı						Hafifletici								
Teşebbüs		Ha.	Ağ.	Ç.Ağ.	Kı.	Or.	Uz.	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	
Alloy Surcharge	27.380		x			x		x							x							
Volkswagen /Audi	102.000			x			x		x		x											
AAMS	6.000		x				x															
TACA	272.980			x		x																
British Sugar	50.400		x			x		x						x								
Pre-insulated Pipes	91.210			x			x	x	x	x	x									x		x
Greek Ferries	9.120		x			x	x	x		x							x		x			x
Virgin/BA	6.800		x				x															
1998 Football W. C.**	1																					
FEG & TU	6.550		x			x	x															
Seamless Steel Tubes	99.000			x		x									x							
FETTCSA	6.932		x		x																	
Amino Acids	109.900			x		x		x														
Opel	43.000			x		x																
Soda Ash - Solvay	20.000			x			x															
Soda Ash - ICI	10.000			x			x															
Soda Ash - Solvay, CFK	3.000		x				x															
Nathan Bricolux**	61	x				x									x							
JCB	39.614			x	x	x	x		x													

Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi

DPAG	24.000		x				x													
Michelin	19.760		x				x					x								
Volkswagen	30.960		x			x				x										
Graphite Electrodes	218.800			x		x	x	x			x	x						x	x	
SAS Maersk Air	52.500			x		x														
DPAG-Cross Border Mail**	1																			
Mercedes Benz	71.825			x		x														
Interbrew / Alken Maes	91.655		x		x				x											
Luxembourg Brewers	448		x																	x
Vitamins	855.230			x		x	x	x												x
Citric Acid	135.220			x		x			x											
De Post-La Poste	2.500		x			x														
German Banks	100.800			x		x														
Zinc Phosphate	11.950			x		x														
Carbonless Paper	313.990			x		x														
Austrian Banks	124.260			x		x														
Methylglucamine	2.850			x																
Nucleotides	20.560			x																
Italian Concrete Bars	84.940																			
Auction Houses	20.400			x																
Plasterboard	478.000																			
Sodium Gluconate	37.130																			
Methionine	127.125			x																
Ind.and Med.Gases	25.313		x																	x
Video Games/Nintendo	167.843			x	x	x	x	x			x	x								x

Esin AYGÜN

French Beef	16.680			x	x			x	x		x					x	x			
Deutsche Telekom	12.600		x				x													x
Wanadoo	10.350		x			x														
Organic Peroxides	70.000			x			x				x			x						x
Yamaha	2.560		x				x								x					
Carbon/Graphite Products	101.440			x			x													x
Sorbates	138.400			x			x	x			x									
Industrial Tubes	78.630			x			x				x			x						
Speciality Graphites	60.600																			
Microsoft	497.196			x			x													
Topps	1.590																			
Copper Plumbing Tubes	222.300																			
French Beer	2.500			x							x									
Belgian Architects	100			x			x												x	
Spanish Raw Tobacco**	20.000																			
Needles	60.000																			
Animal Feed Vitamins	66.340																			

* Kaynak: Geradin ve Henry (2005, 23)

EK 6 - ABD, AB ve Hollanda Uygulamalarının Karşılaştırılması

	AB (2006)	AB (1998)	Hollanda	ABD
Temel Ceza	İhlalin son olarak gerçekleştiği yılda, ihlal konusu üründen elde edilen cironun (satışların değeri-value of sales) %30'una kadar bir miktar alınmaktadır. İhlalin niteliği, pazar payları, anlaşmanın uygulanıp uygulanmadığı, coğrafi alanın büyüklüğü gibi unsurlar dikkate alınarak belirlenen oran, ihlalin süresi ile çarpılmaktadır. Ayrıca bu miktara karteller için satış değerinin %15-25'i arası giriş ücreti (entry	İhlalin özelliğine, pazardaki etkisine, coğrafi pazarın büyüklüğüne göre hafif, ağır ve çok ağır şeklinde ayırım yapılmaktadır. İhlalde bulunanların ekonomik güçlerinin, özellikle tüketiciler olmak üzere diğer oyunculara verebileceği zararın dikkate alınması ve cezaların caydırıcı düzeyde olması gerekmektedir. Süre: 1 yıldan az: Artış yok, 1-5 yıl arası: %50,	Tüm ihlal süresince ve ihlale ilişkin olarak yapılan işlemlerden elde edilen cironun (turnover involved) %10'u alınmaktadır. Etkilenen ciro hesaplanamazsa tüm ciro esas alınmaktadır. Hakim durum ve ihale paylaşımı için özel durumlar öngörülmektedir. Kriter: İhlaller az ağır, ağır ve çok ağır şeklinde sınıflandırılmaktadır. Olayın ekonomik	Cezanın hesaplanmasına başlangıç noktası teşkil edecek miktarın, teşebbüsün ilgili ürün pazarında ihlal süresince yaptığı tüm satışların (etkilenen ticaret-volume of commerce) %20'si olduğu kabul edilmektedir.

Esin AYGÜN

	<i>fee</i>) eklenmektedir.	5'ten fazla: Her yıl için %10.	etkisine (ürünlere, pazara, firmalara, pazar paylarına, rakiplere ve tüketicilere zarara) bakılmakta, buna göre; ağır olmayan: max 1, ağır: max 2, çok ağır: 1.5-3 arası şeklinde katsayı belirlenmekte ve yukarıdaki miktarla çarpılmaktadır (Böylece ilgili cironun %30'una kadar belirlenebilecektir).	
Ağırlaştırıcı Etkenler	-Tekrar (%100'e kadar artacak), -İşbirliğinin reddi ve incelemenin engellenmesi, -Lider rolü, -Teşvik.	-Tekrar, -İşbirliği yapılmaması, -Soruşturmanın engellenmesi, -Lider rolü, -Teşvik, -Objektif olarak hesaplanabildiği durumlarda, cezanın ihlalden elde edilen	-Tekrar, -İncelemenin engellenmesi, -Lider rolü, -Teşvik.	-Tekrar, -İncelemenin engellenmesi, -Firmanın büyüklüğü, -Üst yönetimin katılması, -Mahkeme kararlarının ihlali.

Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi

		kazancı aşacak şekilde artırılması.		
Hafifletici Etkenler	-İhlale son vermek (karteller hariç), -İhmal, -Etkinin kısıtlı olması, -İşbirliği, -Kamu otoritelerinin rolü.	-İhlale son verilmesi, -Niyet (ihmal), -Anlaşmanın uygulanmaması, -İşbirliği, -Pasif rol, -Bilgi eksikliği.	-İhlale son vermek, -İşbirliği, -Zararın tazmini.	-Eylemin kabul edilmesi, ihlalin bildirilmesi, -İşbirliği.
Diğer Uygulama Esasları	-Caydırıcılık için artış yapmak, -Kazancın da hesaplanabilmesi halinde dikkate alınması mümkündür.		İhlalin niteliğine, firmanın büyük firma olmasına göre tüm ciro alınabilecek, caydırıcılık için artırılabilir, teşebbüs birliği için ayarlamalar yapılabilecek, orantsallık ilkesi gereğince, birden fazla ihlal olması halinde, her bir ihlal türü için ayrı ceza uygulanması yerine,	Suç katsayısına karşılık gelen maksimum ve minimum çarpanlar rehberde yer alan tablodan bulunmaktadır. Cezaya esas olan miktar, bu katsayılarla çarpılmak suretiyle ceza aralığı belirlenmektedir. Rekabet ihlallerinde bu katsayının en az 0.75 olacağı düzenlenmiş, böylece cezaların ihlalden etkilenen ticaret hacminin

Esin AYGÜN

			ihlallerin tümü için ceza uygulanabilecektir.	minimum %15'i; maksimum %80'i olması sağlanmıştır. Belirlenen aralıkta, Rehber'de yer verilen ve daha önce aralığın hesaplanmasına esas olan unsurlar ışığında ceza belirlenmektedir.
Cezanın Belirlenmesine İlişkin Son Hususlar	-Yasal sınır (%10), -Leniency, -Ödeme kapasitesi, -Rehber'de öngörülen yöntemden ayrılmak ve sembolik ceza uygulamak mümkündür.	-Yasal sınır (%10), -Leniency, -Ekonomik yapı, -Kazanç ve ödeme kapasitesi, -Sembolik ceza uygulanması mümkündür.	-Yasal sınır (%10), -Bazı durumlarda (ödeyememe durumu) Rehber'de öngörülen yöntemden ayrılmak mümkündür -Sembolik ceza uygulanması mümkündür.	-Üst sınır (%80)