

UZLAŞMA: BELİRSİZLİĞE YOLCULUK

SETTLEMENT: A JOURNEY TO UNCERTAINTY

Ebru İNCE*

Neyzar ÜNÜBOL*

Öz

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da (RKHK) kapsamlı değişiklikler öngören Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı'nda¹(Tasarı) “uzlaşma” düzenlemesine yer verilmektedir. Uzlaşma müessesesinin, Türkiye rekabet hukuku uygulamasına daha önce örneği olmayan yeni bir usul kazandıracak olması yönüyle önemli bir düzenleme olduğu düşünülmektedir. Bununla beraber, ilgili Tasarı maddesinin gerek lafzı gerekse uzlaşma ile bağlantılı mevcut ve planlanan düzenlemeler eşliğinde uygulamaya yönelik önemli belirsizlikler taşıdığı değerlendirilmektedir. Bu çerçevede taslak maddesi lafzi olarak uzlaşmayı bütün ihlal türleri için ve soruşturma raporunun tebliği tarihinden önce öngörmekte, mehz AB mevzuatında yalnızca kartel dosyaları ile sınırlı olan mekanizmanın alanını diğer ihlallere de genişletmektedir. Bununla birlikte taslak maddesi, üzerinde anlaşılan hususların dava konusu yapılamayacağı yönüyle de Komisyon uygulamasından ayrılmaktadır. Kanun tasarısında öngörülen bu genel çerçeve, her ne kadar uygulamanın ikincil düzenlemelerle netleştirilmesi öngörülmüşse olsa da, uzlaşma müessesesinin alacağı nihai şekle ve uygulanabilirliğe ilişkin önemli belirsizliklere işaret etmektedir.

Uzlaşma müessesesinin, yakından bağlantılı olduğu pişmanlık programı ile mevcut yönetmeliğin ve taslak ceza yönetmeliğinin ceza indirimine ilişkin ilgili hükümleri eşliğinde, Kanun ile ikincil düzenlemelerde ve Kanun Tasarısında öngörülen soruşturma usul ve sürelerine ilişkin kısıtlar ve bugüne kadarki içtihat yapısı altında ne ölçüde uygulanabileceği de bir diğer belirsizlik alanını oluşturmaktadır.

Çalışmanın konusunu Tasarı ile çizilen çerçevede uzlaşma mekanizmasının, konuya açıklık getirmek ve ikincil düzenlemelere ışık tutmak amacıyla, Komisyon

* Rekabet Kurumu, Rekabet Uzmanları. Çalışmada yer verilen görüşler, yazarların kendi görüşleri olup, Rekabet Kurumu'nu bağlayıcı değildir.

¹ Bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0882.pdf> , Erişim Tarihi: 08.12.2015.

ve ülke uygulamaları çerçevesinde ele alınması ve Türk rekabet mevzuatı dâhilinde uygulanabilirliğinin tartışılması oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Uzlaşma, pişmanlık, kartel, usul, ceza indirimi, hafifletici neden, ceza yönetmeliği, pişmanlık yönetmeliği

Abstract

One of the most important features of the proposed amendment of the Act on Protection of Competition (Act No 4054) is the introduction of a settlement procedure to competition law enforcement in Turkey. However the proposed settlement mechanism bears some uncertainties in terms of both its language and its applicability alongside the related present regulations such as leniency.

Although one of the reasons for proposing an amendment of Act No 4054 is to achieve convergence with European Union competition law, there are remarkable differences between the settlement mechanism in the EU competition law and the proposal. Settlement mechanism in EU competition law is designed as a procedure to be used in cartel investigations while the proposal anticipates settlement for all kind of infringements of Act No 4054. Unlike the EU settlement mechanism, the proposal does not foresee any waiver of procedural rights like access to one's file or oral hearing however it foresees a waiver of the right to appeal which raises questions about due process and judicial review of administrative decisions.

Although important features of the proposed settlement is left to be determined by secondary legislation, even the general frame is capable to raise concern about its final form and its applicability. Other areas of concern about the proposed settlement mechanism's applicability are its relationship with leniency procedure and fining policy and the time constraint in investigation process that is also introduced in the proposed amendment.

Keywords: Settlement, leniency, cartel, procedure, reduction in fines, mitigating circumstances, fine regulation, leniency regulation

GİRİŞ

AB Rekabet hukuku mevzuatı açısından uzlaşma (*settlement*), kural olarak kartel dosyalarında teşebbüslerin ihlali kabul etmeleri ve bazı haklarından feragat etmeleri karşılığında cezada indirim temin etmelerine ilişkin mekanizmayı ifade etmektedir.² Türk rekabet hukuku uygulamasında ise uzlaşma ifadesi

² http://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/cartels_settlements/settlements_en.html erişim tarihi: 08.12.2015

Rekabet Kurulu ile incelemenin muhatapları arasında varılan mutabakatın yanı sıra, Rekabet Kanunu'nun 4. madde incelemelerine ilişkin Kurul kararlarında³ taraflar arasındaki rekabeti sınırlayıcı nitelikte etki ve/veya amacı olan birliktelik veya anlaşmaları karşılamak üzere de kullanılabilir. Bunun yanı sıra, Tasarı'da yer alan "uzlaşma" düzenlemesinin yasalaşması halinde kavramın, Rekabet Kurulu ile teşebbüs(ler) arasındaki sınırlı ve nitelikli bir mutabakat mekanizmasını karşılayan bir hukuki anlam kazanacağı anlaşılmaktadır. Tasarı'nın yasalaşmasının ardından uzlaşmanın kullanılageldiği genel geçer şekli yerine doğrudan nitelikli bir süreci işaret etmek üzere kullanılacak olması, kanımızca kavramın içeriğinin ve kullanım alanlarının netleştirilmesini daha da önemli kılmaktadır.

Bahsi geçen anlam kargaşasının bertaraf edilmesi kavramın sınırlarının netleştirilmesi ile mümkünken, uzlaşma kurumunun Türk rekabet mevzuatı bütününe entegre edilebilmesi, konunun ülke uygulamaları ve literatürde yer alan değerlendirmeler çerçevesinde ele alınmasını gerekli kılmaktadır. Bu kapsamda uzlaşma kurgusunda hangi bileşenlere yer verileceği, tasarıda öngörülen uzlaşma müessesesinin mehz AB uygulamasından nerelerde ayrıştığı, sürecin nasıl işletileceği ve yönetileceği, mevcut ve planlanan düzenlemeler eşliğinde fiili uygulama alanı bulup bulamayacağı konularının, özellikle sürece ilişkin ikincil düzenlemeler ayağında önemli tartışmalara gebe olduğu düşünülmektedir.

Bu çerçevede tasarıda " *Kurul,... haklarında soruşturma başlatılan ve ihlalin varlığını kabul eden teşebbüs ve teşebbüs birlikleri ile soruşturma raporunun tebliği tarihine kadar uzlaşabilir... Sürecin uzlaşma ile neticelenmesi halinde, üzerinde uzlaşılan idari para cezası ve diğer hususlar dava konusu yapılamaz.*" hükmü ile çizilen genel çerçeve dâhilinde dahi, mehz mevzuattan uygulama açısından önemli noktalarda ayrışıldığı görülmektedir. Bu kapsamda temel olarak Tasarıda, rekabet hukuku uygulamalarında *per se* yaklaşımının esas olduğu kartel dosyalarında kullanılan uzlaşmanın, haklı sebep (*rule of reason*) değerlendirmesinin öne çıktığı etki temelli analiz gerektiren dosya türlerinde de kullanılabilirliği ve uzlaşmanın kurulması bakımından teşebbüsün kararı dava konusu yapma hakkından vazgeçmesi öngörülmektedir. Amaç yönüyle ihlal olarak

³ 08.03.2013 tarih, 13-13/198-100 sayılı Banka Soruşturması Kararı; 17.09.2013 tarih, 13-54/756-316 sayılı Çimento Soruşturması Kararı; 16.10.2012 tarih, 12-50/1445-492 sayılı Çimento Soruşturması Kararı; 13.06.2013 tarih, 13-36/482-212 sayılı Sürtücü Kursu Soruşturması Kararı

nitelendirilemeyen, etki temelli analiz gerektiren vakalar bakımından uzlaşma müessesesinin uygulanabilirliğinin sağlanıp sağlanamayacağı ve literatürde adil yargılanma hakkı bağlamında tartışmalı bir konu olan, kararı dava konusu yapma hakkından vazgeçilmesi şartı, gereklilik ve uygulanabilirlik açısından üzerinde durulması gereken bir diğer konu olarak belirginlik kazanmaktadır.

Türk rekabet mevzuatına yeni bir usul kazandıracak olan uzlaşmaya ilişkin Tasarı düzenlemesinin yakından ilişkili olduğu pişmanlık programı ve ceza yönetmeliği mekanizmaları eşliğinde fiili uygulama alanı bulup bulamayacağı, bu bağlamda uzlaşma müessesesine ihtiyaç olup olmadığı da konuya ilişkin bir diğer tartışma alanını oluşturmaktadır.

Uzlaşma kurumunun yukarıda yer verilen sorunsal dâhilinde tanımlanması, Türk rekabet mevzuatı dâhilinde konumlandırılması ve ikincil düzenlemelere ışık tutmak üzere, uygulamada karşılaşılabilecek sorunların tespit edilmesi bu çalışmanın amacını oluşturmaktadır. Bu kapsamda çalışmanın ilk bölümünde uzlaşma müessesesinin çerçevesinin belirlenmesi, kavramın rekabet hukuku uygulamasındaki yeri, bağlantılı olduğu ya da eş anlamlı kullanıldığı kavramlardan farkının ortaya konulması suretiyle ele alınarak kullanımdaki karışıklığın giderilmesi amaçlanmaktadır. Birinci bölümün devamında uzlaşma kurgularında yer alan temel unsurlar, uzlaşma kurumunun pişmanlık programı ile ilişkisi ve etkin bir uzlaşma kurgusunun özellikleri ele alınacaktır. Çalışmanın ikinci bölümünde mehaz AB uygulamasında uzlaşma mekanizması kurgusu; düzenlemeler ve bu kapsamda alınan kararlar ışığında incelenecektir. Çalışmanın üçüncü bölümünde uzlaşma kurumu, Türk rekabet mevzuatında mevcut yapı ve planlanan değişiklikler temelinde incelenecek, Türkiye uygulaması için öngörülen kurgunun mehazdan hangi yönleriyle ayrıştığı ele alınacak, uzlaşmanın uygulamaya nasıl entegre edilebileceği, bu süreçte karşılaşılabilecek sorunların neler olacağı, işleyişte olası etkileri ve fiili uygulama alanının ne olacağı değerlendirilecektir.

1. UZLAŞMA: KAVRAM, KURGU, PİŞMANLIK PROGRAMI İLE İLİŞKİSİ, ETKİNLİK UNSURLARI

1.1. Uzlaşma Kavramı

“**Uzlaşma**” kavramı genel kullanımda “*sulh*”, “*anlaşma*” ve “*mutabakat*” gibi kavramlarla eş anlam taşımakta, “*karşıtlar arasındaki anlaşmazlıkların ortadan kaldırılması yoluyla birlik sağlama*”, “*uygulanacak işlerde tartışma yoluyla bir*

bütünlük ve birliğe varma” olarak tanımlanmaktadır⁴. Bu genel tanım, kavramın rekabet hukuku bağlamındaki kullanımına da sirayet etmiş ve “uzlaşma” ifadesi farklı anlamlarda kullanılagelmiştir.

Türk rekabet hukuku uygulamasına özgü ve kavramın bahsi geçen genel kullanım yapısından farklılaşan kullanımı ise teşebbüsler arasındaki rekabeti sınırlayıcı nitelikte etki ve/veya amacı olan birliktelik veya anlaşmaları karşılamak üzere kullanılıyor olmasıdır. Bu kullanımda öncelikle etkili olduğu değerlendirilen husus kanımızca, RKHK’nın 4. maddesinin gerekçesinde yer alan “*Maddenin amacı bakımından anlaşma, Medeni Hukukun geçerlilik koşullarına uymasa bile tarafların kendilerini bağlı hissettikleri her türlü uzlaşma ya da uyuşma anlamında kullanılmıştır*” ifadesinden de hareketle, uzlaşmanın Türk rekabet hukuku içtihadında rakipler arasında rekabeti sınırlayıcı nitelikteki anlaşmaları karşılamak üzere kullanılan alternatif bir kavram niteliği kazanmış olmasıdır.

Diğer taraftan, Taslak’ta yer alan “uzlaşma” düzenlemesi ile kavramın, önümüzdeki dönemde sınırlı ve nitelikli bir mutabakat mekanizmasını karşılamak üzere kullanılacağı anlaşılmaktadır. Bu bağlamda uzlaşma esasen, istisnaları olmakla birlikte, kartel dosyalarında teşebbüslerin ihlali kabul etmeleri ve bazı haklarından feragat etmek suretiyle süreç adımlarının kısılması karşılığında cezada indirim temin etmelerine ilişkin bir mekanizmayı ifade etmektedir. Bu nedenle, muhatap kitlesi bakımından bir anlam kargaşasına mahal vermemek için uzlaşma kavramının mümkün olduğu ölçüde Tasarı’da yer alan uzlaşma müessesesini karşılamak üzere kullanılmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

1.2. Uzlaşma Kurgularında Temel Unsurlar

Uzlaşma mekanizmaları, ülke rekabet hukukunun adli veya idari rejime tabi olmasından bağımsız olarak şu iki temel unsuru ortaklaşa barındırmaktadır: “ihlalin kabulü” ve “ceza indirimi”. Diğer unsurlar ise, teşebbüslerin başta birtakım haklarından vazgeçmek suretiyle sürece ilave katkı sağlamaları ve rekabet otoritesinin dosyaya ilişkin iddiaların ve ihlalin kapsamını genişletmeyeceğine dair taahhüdü oluşturmaktadır.

1.2.1. İhlalin Kabulü

İhlalin kabulü standardı bakımından ülkelerin ayrışabildiği; doğrudan ihlalin kabul edilmesi dışında, ihlale ilişkin “olgusal gerçeklerin” kabul edilmesi

⁴Türk Dil Kurumu tanımları.

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.54a3ba07ebf7f4.23953007 , Erişim Tarihi:25.12.2014.

şeklindeki bir usulün de benimsenebildiği görülmektedir. Bu kapsamda uzlaşma yapılması bakımından Amerika Birleşik Devletleri (ABD), Almanya, Kanada ve Avrupa Komisyonu'nda ihlalin kabulü öngörülürken, Brezilya, Avustralya'da ihlale ilişkin olgusal gerçeklerin kabul edilmesi yeterli görülmektedir⁵.

Hangi usul benimsenirse benimsensin uzlaşmanın mutlak suretle taraf teşebbüsün dâhil olduğu ihlali tanımlamaya dönük temel esasların kabulünü içerdiği görülmektedir. Nihayetinde uzlaşma kararları, standart soruşturma prosedüründen farklı bir süreç benimseniyor olsa da ihlal tespiti ile sonlanmakta ve bu ihlal karşılığında ceza öngörmektedir. Dolayısıyla uzlaşma kapsamında ihlali kanıtlayan asgari olgusal gerçeklerin rekabet otoritesi tarafından ortaya konulması gerekmekte ve taraf teşebbüslerin bu delillerin doğruluğunu kabul etmesi öngörülmektedir⁶.

İhlalin kabul edilmesinin doğrudan sonucu, soruşturmaya ilişkin süreç adımlarının kısalmasıyla karar aşamasına daha kısa sürede geçilmesi olmakla birlikte, karar alındıktan sonra mahkeme nezdinde devam etmesi öngörülen aşamaların ise fiili olarak önemli ölçüde azalması söz konusu olmaktadır. Zira, yukarıda yer verildiği üzere, ihlalin kabulü asgari olarak ihlale ilişkin olgusal gerçeklerin teşebbüs tarafından kabul edilmesi anlamını taşımakta olup, bu bağlamda gerek teşebbüsün ihlale ilişkin kabul ettiği unsurları dava konusu etmesi, gerekse mahkemenin teşebbüsün kabul ettiği esasların aksine karar vermesi ihtimali azalmaktadır⁷. Dolayısıyla uzlaşma ile neticelendirilen dosyalar bakımından taraf teşebbüslerin yargı yolunu tercih etmesi teoride mümkün olsa dahi pratikte uzlaşmanın, yargı yoluna götürülen dosya sayısını da azaltan bir süreç olduğu görülmektedir.

1.2.2. Ceza İndirimi

Uzlaşma kurguları bakımından temel bir diğer unsur ceza indirimidir. Teşebbüsler bakımından rekabet otoritesi ile uzlaşmanın birincil faydası idari para cezasında indirim sağlanmasıdır⁸. Ceza indirimi bakımından ülke uygulamalarının özellikle indirim oranının ne şekilde belirlendiği konusunda ayrıştığı görülmektedir. Bu çerçevede, Komisyon uygulamasında uzlaşma karşılığında uygulanacak ceza

⁵ ICN (2008), “Cartel Settlements”, Report to the ICN Annual Conference, Kyoto, Japan, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc347.pdf>, Erişim Tarihi: 25.12.2014, s.20.

⁶ ICN (2008), s.21.

⁷ LAINA, F. ve LAURINEN, E. (2013), “The EU Cartel Settlement Procedure: Current Status and Challenges”, *Journal of European Competition Law & Practice*, No:4(4), s.311

⁸ ICN (2008), s.22

indirimi oranı sabit olup, teşebbüse verilmesi kararlaştırılan ceza miktarı %10 oranında indirilmektedir. ABD uygulamasında ise öngörülen belirli bir oran bulunmayıp, indirim miktarı teşebbüs bazında belirlenmektedir⁹. Uzlaşmaya yönelik AB ve ABD uygulamalarından hareketle, ceza indiriminin teşebbüs bazında belirlenmesinin, uzlaşmanın soruşturma sürecinde bir inceleme aracı olarak kullanılması halinde söz konusu olduğu söylenebilecektir.¹⁰ Uzlaşmanın bir inceleme aracı olarak kullanılması halinde uzlaşma sürecinde teşebbüslerden ihlalin kabulünün ötesinde ihlalin tespitinde katma değer yaratan bilgi, belge ve işbirliği sunmaları beklenmektedir.¹¹

1.2.3. Teşebbüslerin Sürece Katkısı

1.2.3.1. Prosedürel Haklardan Feragat

İhlalin kabulü tek başına doğrudan ya da dolaylı olarak sürecin hızlanması ve azalması sonucunu ortaya çıkarmakla birlikte, rekabet otoritelerinin uzlaşma kurgularında ekseriyetle, teşebbüslerin “sözlü savunma”, “dosyaya giriş” gibi prosedürel haklardan feragat etmeleri unsuruna yer verdikleri görülmektedir¹². Bu suretle uzlaşma mekanizması ile standart prosedüre kıyasla birçok süreç adımı ortadan kalkmaktadır.

Teşebbüsün birtakım prosedürel haklarından vazgeçmesi unsuru; hukukun genel ve temel hakların gözetilmesi ilkelerine dayanan, hukukun uygulanmasında gerçek veya tüzel kişilerin haklarının korunması gereği karşısında, rekabet otoritelerince uzlaşma kurgularında üzerinde önemle durulan bir alanı oluşturmaktadır. Bu hukuki korumanın sağlanabilmesi, kamu otoritesinin uygulamalarında hukukilik, belirlilik, kesinlik, eşitlik ve ölçülülük ilkeleri paralelinde, kişilerin adil yargılanma, dokümanlara erişim gibi haklarını gözetecek şekilde davranmasıyla ilişkilendirilmektedir¹³. Rekabet otoriteleri bakımından da

⁹ HANSEN, M. ve YOSHIDA D. (2012), “Cartel Settlements & Leniency in the United States and the European Union”, Tokyo, Japan, 21.11.2012, <http://lw.com/presentations/cartel-settlements-and-leniency-us-eu-2012>, Erişim Tarihi: 25.12.2014, s.8-9.

¹⁰ O'BRIAN, A. (2008), “Cartel Settlements in the U.S. and EU: Similarities, Differences & Remaining Questions”, 13th Annual EU Competition Law and Policy Workshop, Florence, Italy, <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/235598.pdf>, Erişim tarihi: 25.12.2014, s.7.

¹¹ O'BRIAN, A. (2008), s.7.

¹² OECD (2008), “Plea Bargaining and Settlement of Cartel Cases”, Policy Brief, September 2008, <http://www.oecd.org/regreform/sectors/41255395.pdf>, Erişim tarihi: 25.12.2014, s.1.

¹³ LACHNIT, E.S. (2013), “Alternative enforcement of competition law – Balancing legal requirements in practice”, RENFORCE Working Papers, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2362789, Erişim Tarihi: 25.12.2014, s.4.

soruşturma sürecinde teşebbüsün haklarının gözetilmesi, hak sınırlamalarının anılan ilkelerle bağdaşmayacak nitelikte olmaması, diğer bir ifadeyle eylem ve işlemlerde hak temelli yaklaşımın benimsenmesi önem arz etmektedir.

Hak temelli yaklaşımda teşebbüslerin prosedürel haklarından vazgeçmesinin dengelenmesi bakımından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) içtihatlarının yol gösterici olduğu düşünülmektedir. AİHM kişilerin prosedürel haklardan vazgeçme kararlarını, ancak açık kayıt ve şartlar altında, birtakım prosedürel haklar korunmaya devam edilerek ve tamamen özgür iradeleriyle verebileceklerini öngörmektedir¹⁴. Adil yargılanma hakkının korunması gereğinin yansımaları olarak, örneğin Komisyonun uzlaşma kurgusunda teşebbüsler “dosyaya giriş” veya “sözlü savunma” gibi birtakım prosedürel haklarından feragat etmekle birlikte, uzlaşmanın şart ve koşullarının belirli yazılı dokümanlarda yer alması, teşebbüslerin belirli kurallar dâhilinde de olsa uzlaşmadan vazgeçme ve Komisyon içerisinde uzlaşmayı yürütenlerden bağımsız prosedürel hakların kullanılmasının gözetilmesinden sorumlu merci olan *hearing officer* vasıtasıyla sürece ilişkin itiraz ve taleplerini karar vericilere iletme haklarının saklı tutulduğu görülmektedir¹⁵.

1.2.3.2. Katma Değer Sağlayan Bilgi ve Belgenin Sunulması

Uzlaşma kurumunun, yukarıda yer verilen unsurları, uzlaşmada öncelikli amacın soruşturma sürecinin kısaltılması ve hızlandırılması suretiyle etkinlik yaratılması olduğunu göstermektedir. Ancak; bu amaç dışında bazı ülke uygulamalarında uzlaşmanın, inceleme aracı olarak kullanılma amacının olabildiği de görülmektedir. Bu çerçevede uzlaşma kurgusunda teşebbüslerin soruşturmaya katkı sağlayacak bilgi ve belge sunması unsuruna yer verilmesi, rekabet otoritesinin uzlaşmayı soruşturma sürecinde inceleme aracı olarak kullanma amacı olduğuna işaret etmektedir¹⁶.

Uzlaşma kapsamında bu yönde bir katkı sağlayan teşebbüs rekabet otoritesi önünde kendi aleyhine bilgi ve belge getirmektedir ki, teşebbüste ihlalin

¹⁴ *Case of Hermi v. Italy*, 18.11.2006, Başvuru No.18114/02, para.73.

[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-77543#{"itemid":\["001-77543"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-77543#{) , Erişim Tarihi: 25.12.2014.

¹⁵ Laina ve Laurinen (2013), s. 304

¹⁶ VASCOTT, D. (2013), “EU cartel settlements: are they working?”, *Global Competition Review News*, 8.4.2013, <http://www.globalcompetitionreview.com/features/article/33348/eu-cartel-settlements-working/> , Erişim Tarihi: 25.12.2014, s.2.

kabulünün ötesine geçen, kendini suçlayıcı nitelikte bir işbirliği için motivasyon yaratılması, karşılığında teşebbüs nezdinde ilave fayda sağlanması ile mümkün olmaktadır. Bu süreç beraberinde sağlanan işbirliğinin niteliği ölçüsünde teşebbüs bazında değerlendirme yapılmasını ve bu paralelde uzlaşma görüşmelerinde ceza indirimi başta olmak üzere ihlalin kapsamı, niteliği vs. konuların teşebbüsle karşılıklı masaya yatırılmasını gündeme getirmektedir. Rekabet otoriteleri her ne kadar uzlaşma sürecinin pazarlıkla şekillendiği görüşünün karşısında olsalar da¹⁷, sunulan işbirliğinin niteliği, doğal olarak teşebbüs taleplerinin uzlaşma kararlarında dikkate alınması sonucunu beslemekte, bu yönüyle ihlale ilişkin tartışılmaz hususlar dışındaki unsurlar bakımından bir pazarlık alanı oluşmaktadır.

Karteller bakımından uzlaşmanın inceleme aracı olarak kullanılması kararında, ülkede uygulanan pişmanlık programının kapsamı etkili olmaktadır. Nitekim uzlaşma kurgularında bu fonksiyona yer veren ABD, Brezilya, Kanada, İsrail gibi ülkelerin pişmanlık programlarının yalnızca, cezai yaptırımsızlık haline tekabül eden tam bağışıklığı kapsadığı görülmektedir. Bu ülkelerde tam bağışıklık alamayan teşebbüslerin indirim karşılığında soruşturmada işbirliği yapmalarının pişmanlık programı dâhilinde değerlendirilmesi olanağı bulunmamakta, bu sürece diğer teşebbüslerin de dâhil edilmesi uzlaşmaya bu yönde bir fonksiyon yüklenmesi ile sağlanmaktadır¹⁸. Böylelikle teşebbüsler, soruşturmaya katma değer sağlayan bilgi ve belge sunmak suretiyle ceza indirimi temin edebilmektedirler. Bu ülkelerde, uzlaşma kurgusu anılan inceleme fonksiyonunu kapsayacak şekilde düzenlenmekte, böylece gerek pişmanlık programı desteklenmekte, gerekse süreçte ihlalin kabulü ve birtakım haklardan feragat öngörülerek etkinlik amacı da güdülmeye devam edilmektedir.

Diğer taraftan belirtmek gerekir ki, karteller bakımından tam bağışıklığın yanı sıra teşebbüslerin katma değer sağlayan bilgi ve belge sunması ile aktif işbirliğinde bulunmalarına ceza indirimi sağlayan bir pişmanlık programının varlığında, inceleme işlevi (delil elde etme) öncelikli olarak pişmanlık programı kapsamında gerçekleşeceğinden, uzlaşma kurumunun da delil elde etme aracı olarak kullanılması bu iki uygulamanın uyumunu zedeleyebilecek sonuçlar ortaya çıkmasına neden olabilecektir. Nitekim pişmanlık programı, tam bağışıklığın yanı

¹⁷ OECD (2007), "Plea Bargaining and Settlement of Cartel Cases", Competition Policy Roundtables 2006, DAF/COMP(2007)38, <http://www.oecd.org/competition/cartels/40080239.pdf>, Erişim tarihi: 25.12.2014, s.22.

¹⁸ ICN (2008), s.6

sıra katma değer sağlayan işbirliğine indirim öngören Komisyon uygulamasında, uzlaşma salt etkinlik amacı gözetilerek, pişmanlık programı ile yakından bağlantılı ancak delil elde etme işlevi olmaksızın kurgulanmıştır. Yine benzer şekilde pişmanlık programının tam bağımsızlığını yanı sıra aktif işbirliği sunan diğer teşebbüsleri de kapsadığı Fransa’da inceleme işlevini pişmanlık programı üstlenmekte; uzlaşma, sürecin hızlanmasına hizmet etmekte ve uzlaşma ile temin edilecek ceza indirimi sadece ihlale ilişkin olguların kabulüne ve birtakım haklardan feragat edilmesine dayanmaktadır¹⁹.

Ülke uygulamalarında genellikle karteller bakımından inceleme (delil elde etme) işlevinin öncelikle pişmanlık programlarında olduğu görülmekle birlikte, kartel dışındaki ihlaller bakımından uzlaşmanın teoride inceleme aracı olarak kullanılabilmesi ifade edilebilecektir. Ancak uygulamada bu fonksiyonun işlevselliği, uzlaşmanın sürecin hangi aşamasında öngörüldüğüne bağlı olacaktır. Bu duruma örnek olarak uzlaşma kurguları kartel dışındaki ihlalleri de kapsayan Fransa ve İngiltere uygulamaları verilebilecektir. Uzlaşmanın Fransa’da soruşturma raporunun tebliğinden sonra öngörülmesi, İngiltere’de ise bu yönde bir sınırlama olmamakla birlikte fiili olarak soruşturma raporunun tebliğinden sonra başlaması nedeniyle, diğer ihlaller bakımından uzlaşma kurgusu teşebbüslerin katma değer sağlayan bilgi ve belge sunmasını öngörse dahi bu fonksiyonunun uygulamada çok zayıf kalacağı ifade edilebilecektir. Zira soruşturma raporu ile rekabet otoritesi ihlale ilişkin bulgularını ve itirazlarını ortaya koymakta, bundan sonraki süreçte katma değer sağlayacak nitelikte ilave delilden ziyade teşebbüsün ihlali kabul edip birtakım haklarından feragat etmesi sürece katkı sağlamaktadır.

Dolayısıyla soruşturma raporunun tebliğinden sonra başlatılan uzlaşma kurgusunda etkinlik amacı özellikle ön plana çıkmakta, bu kapsamda teşebbüslerin işbirliğinin odağında ihlalin kabulü ve süreçte birtakım haklardan feragat edilmesi yer almaktadır. Diğer bir ifadeyle, uzlaşmanın soruşturma raporunun tebliğinden sonra öngörülmesi halinde inceleme aracı olarak kullanılması anlam taşımayacaktır. Karteller dışındaki ihlaller bakımından pişmanlık programları gibi alternatif bir inceleme aracının olmamasından hareketle, uzlaşmanın bir inceleme aracı olarak kullanılması suretiyle soruşturma sürecine katkı sağlanması fikri cazip görülse de, bunun karşısında soruşturmanın çok erken bir safhasında uzlaşmanın bilgi asimetrisi nedeniyle etkin olmayan sonuçlar

¹⁹ LEVY, M. ve TARDIF N. (2015), “France: Cartel Regulation”, *European Antitrust Review* 2015, s.112-113.

doğuracağı görüşünün de öne sürülebileceği belirtilmelidir²⁰. Bu görüşün temelinde uzlaşmanın²¹ bir tür anlaşma/sözleşme (*contract*) olarak ele alınması ve sözleşmenin her iki tarafının da eşit olarak ulaşabileceği simetrik bilgi varlığı altında etkinlik artışı doğuracağı, dolayısıyla toplumsal refah artışı yaratacağı yatmaktadır²². Bu doğrultuda ele alındığında, soruşturmanın erken safhalarında teşebbüsün rekabet otoritesinden daha fazla bilgiye sahip olacağı öngörülmekte, soruşturmada bulgular ve bunlara yönelik analiz net olarak ortaya konulmadan, dolayısıyla otorite aleyhine asimetrik bilgi varlığı altında, uzlaşma kurulması her ne kadar zaman kazandırıcı olsa da teşebbüsün ihlale neden olan eylemleri ve ihlaldeki rolü tam olarak ortaya konulamayacağından soruşturmanın etkinliğini azalacaktır²³. Zira, net olarak ortaya konulmamış bir ihlal kurgusunda, diğer bir ifadeyle dosyadaki analiz ve delillerin ihlali ortaya koyma gücünün zayıf olduğu hallerde, teşebbüsün ihlali kabul etme konusundaki isteksizliğine bağlı olarak, otoritenin teşebbüsü uzlaşmaya ikna etmek amacıyla daha tavizkar davranması gerekebilecektir. *Per se* yaklaşımın esas olduğu kartellerde öne sürülen bu görüşün, diğer ihlaller bakımından evleviyetle geçerli olduğu düşünülmektedir. Zira, açık ihlal niteliği taşımayan dosyalar bakımından ulaşılan bulguların rekabetçi etkilerinin analiz edilmesi gerekmektedir ki, bu durumda simetrik bilgi halinin soruşturmanın daha geç dönemlerinde sağlanması kuvvetle ihtimaldir.

Sonuç olarak, rekabet otoritelerince karteller bakımından özellikle pişmanlık programı kapsamında yalnızca tam bağımsızlık öngörülmesi halinde uzlaşmaya inceleme aracı işlevinin yüklendiği ve bu işlevin ancak soruşturma raporu tebliğinden önce öngörülen bir uzlaşma kurgusu dâhilinde olduğu görülmektedir. Bu durum da esasen uzlaşmanın, kapsayıcı tam bağımsızlığın yanı sıra indirim

²⁰ GAROUPA, N ve STEPHEN, F. H. (2006), “Law and Economics of Plea-Bargaining”, SSRN Working Paper series, Section 4.1. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=917922 , Erişim Tarihi: 25.1.2.2014. Çalışmanın ulaştığı sözleşmelerin belirli şartların sağlanması halinde refah artırıcı olduğu görüşünün temelde Coase Teorisi'nin öne sürdüğü, negatif dışsallıkların olmadığı durumda sözleşmelerin toplumsal refahı artırıcı işlev gördüğü savına dayandığı ifade edilebilecektir. Asimetrik bilgi de bu doğrultuda, serbest piyasa işleyişi dâhilinde arz ve talep güçlerinin etkileşimi ile piyasanın toplumsal refahın en çoklaştığı noktaya kendiliğinden ulaşmasını engelleyen bir negatif dışsallık türüdür.

²¹ A.g.e. Çalışma, ABD’de ceza yargısı dâhilinde kartelleri de kapsayan cezai soruşturmalarda uygulanan itiraf pazarlığını (*plea bargaining*) konu almakla birlikte, ABD rekabet hukuku uygulamasında kartellere yönelik uzlaşma bu kavram ile karşılandığından metnin bütünlüğü bakımından uzlaşma kavramı tercih edilmiştir.

²² A.g.e. Section 2.

²³ OECD (2007), s.34.

de öngören pişmanlık programlarının varlığı halinde, inceleme amacından ziyade etkinlik yaratma amacıyla kurgulandığına işaret etmektedir. Uzlaşmanın diğer ihlaller bakımından inceleme aracı olarak kullanılması da, kartellerde olduğu gibi ancak soruşturma raporunun tebliğinden önce kurgulanması halinde anlamlı olacaktır. Zira, rekabet otoritesinin konuya ilişkin olgulara ve bunlara yönelik analize hâkim olmadan uzlaşmayı kurması etkin olmayan sonuçlar doğurabilecektir.

1.2.4. Suçlamaların Genişletilmeyeceği Taahhüdü

Uzlaşmanın ceza indirimini yanı sıra teşebbüsler nezdinde yaratması öngörülen bir diğer faydası soruşturma sürecinin geride bırakılacak olmasıyla ortaya çıkacak belirlilik ve kesinliktir. Ancak bu faydanın temin edilebilmesi bakımından uzlaşmaya taraf teşebbüslerin rekabet otoritesinin uzlaşmanın akabinde ihlale ilişkin iddialar ve kapsam bakımından suçlamaların genişletilmeyeceği yönünde taahhüde ihtiyaçları olmaktadır. Bu ihtiyaç uzlaşma kurumunun olduğu hemen her ülkede rekabet otoritesinin suçlamaların genişletilmeyeceği yönünde bir unsura uzlaşma kurgularında yer vermesi sonucunu beslemektedir²⁴. Bu unsur uzlaşmanın inceleme aracı olarak kullanıldığı ve süreçte teşebbüsün kendisini suçlayıcı delilleri rekabet otoritesine temin ettiği sistemlerde daha da ön plana çıkmaktadır.

1.3. Uzlaşma ve Pişmanlık İlişkisi

Uzlaşmanın, yukarıda yer verildiği üzere, salt etkinlik amacına yönelik kurgulanabildiği gibi, etkinlik amacına ek olarak bir inceleme aracı olarak da kullanılabilirdiği görülmektedir. İnceleme aracı fonksiyonu, teşebbüslerin ihlali kabul etmelerinin yanı sıra süreçte aktif işbirliği yaparak ihlale ilişkin sahip olduğu bilgi ve belgeleri de rekabet otoritesi ile paylaşması anlamını taşımaktadır. Uzlaşmanın, ekseriyetle kartel dosyalarında kullanılıyor olması, kartellerle mücadelede yaygın olarak kullanılan ve uzlaşmada olduğu gibi ihlalin kabulü ve ceza indirimi²⁵ unsurlarını birlikte barındıran pişmanlık programlarıyla ilişkisini gerek uyum gerekse tamamlayıcılığın sağlanması bakımından ön plana çıkarmaktadır.

Pişmanlık programları, kartele taraf olan teşebbüslerin kartelin ortaya çıkarılması amacıyla rekabet otoriteleriyle işbirliği yapmaları karşılığında ceza

²⁴ ICN (2008), s.24.

²⁵ Pişmanlık programları bakımından ceza indirimi, tam bağımsızlık niteliğinde olabildiği gibi cezada indirim şeklinde de olabilmektedir. Pişmanlık bakımından ceza indirimi burada her ikisi de kapsamak üzere kullanılmaktadır.

verilmemesinin veya verilecek cezalarda indirim yapılmasını konu almaktadır. Bu kapsamda pişmanlık programları yalnızca ilk gelenin bağışıklık kazandığı programlar olarak kurgulanabildiği gibi, otoriteye daha sonra başvuran ikinci ve sonrasındaki teşebbüslere de ihlalin kabulü ve aktif işbirliği karşılığında cezada indirim sunabilmektedir. Dolayısıyla uzlaşmanın sınırlarının ve kapsamının belirlenmesi, yukarıdaki bölümde yer verilen açıklamaların da işaret ettiği üzere, ülkede uygulanan pişmanlık programının kapsamıyla doğrudan ilgilidir. Şöyle ki, pişmanlık programlarını yalnızca bağışıklık üzerine kurgulayan ülkelerde uzlaşmanın ilk gelenden sonra gelen teşebbüsler bakımından inceleme aracı olarak kullanılabilirdiği ve kartele taraf olan teşebbüslerin işbirliğine karşılık ceza indirimi sağlanabildiği görülmektedir. Diğer taraftan pişmanlık programlarının kapsamının geniş olduğu ve aktif işbirliği karşılığında ilk gelen dışındaki teşebbüslerin de ceza indiriminden faydalanabildiği sistemlerde uzlaşmanın inceleme aracı olarak kullanılması işlevsiz kalabilecektir. Zira aynı amaca, aynı araçlarla ulaşmaya yönelik iki ayrı mekanizma, sistemde mükerrerlik yaratacağından, rekabet otoritelerinin bağışıklık kazanan teşebbüs dışındaki teşebbüslerden aktif işbirliği temin etmesi bakımından ya geniş kapsamlı pişmanlık programları kullanması ya da yalnızca bağışıklık öngören bir pişmanlık programının yanı sıra inceleme aracı olarak kullanılacak uzlaşma gibi uygulamaları gündemlerine almaları öngörülmektedir²⁶. Bu nedenledir ki pişmanlık programlarının kapsayıcı olduğu Komisyondaki gibi sistemlerde uzlaşmanın etkinlik hedefine odaklandığı ve inceleme aracı olma işlevini pişmanlık programına bıraktığı görülmektedir. Nitekim ABD'deki gibi yalnızca bağışıklık öngören bir pişmanlık programı kurgusunda ise, uzlaşmaya etkinlik yaratma fonksiyonu dışında inceleme aracı olma fonksiyonunun da yüklenilebildiği görülmektedir²⁷.

Pişmanlık programının, özellikle de tam bağışıklık dışında diğer teşebbüsler için de indirim öngören bir yapıda olması halinde uzlaşma kurumu ile uyumlu bir yapıda olması, her iki mekanizmanın işlevselliğinin sağlanması bakımından önem arz etmektedir. Bu kapsamda uzlaşma ve pişmanlık programı ilişkisinde öne çıkan ilk konu, işlerlik bakımından her iki mekanizma ile öngörülen ceza indirim oranlarının uyumlu olarak belirlenmesi gereğidir. Bu kapsamda örneğin uzlaşma

²⁶ OECD (2012), "Leniency For Subsequent Applicants", Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement, DAF/COMP/WP3(2012)9, <http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3%282012%299&docLanguage=En> , Erişim Tarihi: 25.12.2014, s.7.

²⁷ ITALIANER, A. (2013), "Fighting cartels in Europe and the US: different systems, common goals", Annual Conference of the International Bar Association (IBA) on 9 October 2013, http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2013_09_en.pdf , Erişim Tarihi:25.12.2014, s. 2,

için öngörülen indirim oranlarının çok yüksek olması, pişmanlık programına başvuruları caydırabilecektir²⁸. Benzer şekilde, pişmanlık programı ve uzlaşma ile sağlanan indirimin toplamının tam bağışıklığa tekabül etmesiyle, pişmanlık programına ilk başvuran teşebbüs olma güdüsü ve bununla beraber pişmanlık programının kartelleri ortaya çıkarma etkinliği ortadan kalkabilecektir. Zira bu durumda teşebbüsler pişmanlık programına ilk başvuran olmak üzere bir yarışa girmek yerine, “bekle ve gör” stratejisini benimseyebileceklerdir²⁹.

Pişmanlık programları ve uzlaşmanın, ülke uygulamalarında farklılıklar gözlemlense de, birbiri ile yakın ilişkili olduğu ifade edilebilecektir. Uzlaşmanın pişmanlık programları ile başlayan süreci daha etkin kılmak üzere bir adım öteye götüreceği bir mekanizma olduğu görülmektedir³⁰. Pişmanlık programları kartellerin ortaya çıkarılması ve kartel delillerinin temin edilmesi bakımından kartellerle mücadelede önemli bir araç olmakla birlikte, soruşturma sürecinin kısaltılması suretiyle sürecin hızlandırılması bakımından alan bırakmaya devam etmekte, rekabet otoriteleri bu alanı uzlaşma kurumu ile doldurma yoluna gitmektedir³¹. İki kurumun birbirinin tamamlayıcısı olacak şekilde kurgulandığı Komisyon uygulamasında, uzlaşma sonucunda %10 ceza indirimi sağlandığı, buna karşılık pişmanlık programı kapsamında katma değer sağlayan işbirliği karşılığında ise alt ceza indirimi bandınının %20 olduğu, uzlaşmanın pişmanlık programı için öngörülen başvuru döneminden sonra gündeme alındığı görülmektedir. Çalışmanın ikinci bölümünde ele alındığı üzere, uygulamada pişmanlık başvurusunda bulunan teşebbüslerin, Komisyon’ un dosyayı uzlaşmaya uygun bulması halinde uzlaşma sürecine de dâhil oldukları görülmektedir.

1.4. Uzlaşma Mekanizmasının Etkinliğinin Sağlanması

Uzlaşma kurumunun rekabet hukuku mevzuatına dâhil edilmesi, soruşturma tarafı teşebbüslerin uzlaşma kurumunu tercih edeceklerini garanti etmemekte; şeffaflık, öngörülebilirlik, belirlilik gibi prensiplerin sağlanması etkin bir uzlaşma kurumu için elzem görülmektedir³². Uzlaşma kurumunun etkinliği ve uygulanabilirliğinde belirleyici bir diğer faktör ise uzlaşmanın zamanlamasıdır.

²⁸ OECD (2007), s. 23.

²⁹ ASCIONE, A. ve MOTTA, M. (2008), “Settlements in Cartel Cases”, C.D. Ehlerman ve M. Marquis (der), *European Competition Law Annual 2008: Antitrust Settlements under EC Competition Law* içinde, s.73

³⁰ OECD (2007), s.42

³¹ Ascione ve Motta (2008), s.67

³² ICN (2008), s.8.

Teşebbüslerin uzlaşmadan elde edecekleri faydayı, uzlaşmaya varılmaması halinde karşılaşacakları riskleri ve rekabet otoritesinin takip edeceği usulün belirliliği, teşebbüslerin uzlaşmayı tercih etmek yönünde isteklerini artıracaktır³³. Uzlaşma kurumunun etkin işleyişi için, tasarlanan uzlaşma mekanizmasının hem teşebbüslere hem de rekabet otoritesine yeterli fayda ve teşviği sağlaması gerekmekte olup, aksi durumda her iki taraf için de uzlaşmak cazip olmayacaktır³⁴.

Rekabet otoritesi için uzlaşma kurumunu, standart soruşturma prosedürüne kıyasla sağladığı usul etkinliği cazip kılarken, teşebbüsler için başlıca fayda ve teşvik uzlaşma sonucunda cezada sağlanacak indirimdir. Uzlaşma neticesinde teşebbüse sağlanacak ceza indiriminin seviyesi de teşebbüsün uzlaşmayı cazip görüp görmeyeceği bakımından önemlidir. Para cezasında sağlanacak indirim oranının çok düşük olması durumunda teşebbüsler için uzlaşma yolunu tercih etmek cazibesini yitirecek, çok yüksek bir indirim oranı ise cezaların caydırıcılığını azaltacaktır³⁵.

Bu doğrultuda uzlaşma kurumunun etkinliği için; uzlaşma sonucunda teşebbüsün para cezasında indirim alması ihtimali yeterli olmamakta, ceza indiriminin şeffaf, öngörülebilir ve kesin olması gerekmektedir. Etkin bir uzlaşma mekanizması için teşebbüslerin elde edeceği ceza indiriminin öngörülebilir olması belirlilik sağlarken, teşebbüsün ihlal neticesinde alacağı ceza miktarının da öngörülebilir olması gerekmektedir. Ceza miktarında öngörülebilirlik sağlaması bakımından, rekabet otoritesi tarafından³⁶ uygulanacak cezalara ilişkin çerçeveyi belirleyen kılavuzlar önem taşımaktadır³⁷.

Uzlaşma kurumunun etkinliği için uzlaşma sürecinin aşamaları, bu süreçte teşebbüslerin hakları ve rekabet otoritesinin yetkilerinin ne şekilde belirlendiği de büyük önem taşımaktadır. Teşebbüslerin uzlaşmayı tercih etmeleri için, uzlaşma sürecini yürüten otoriteye güvenmeleri ve ayrıca uzlaşma sürecinde usul kurallarının menfaatlerini koruyacağına inanmaları gerekmektedir³⁸. Uzlaşma sürecinin büyük bir kısmını, rekabet otoritesi ile teşebbüs arasında yapılan ve neticesinde uzlaşmaya varılıp varılmayacağını belirleyen uzlaşma görüşmeleri

³³ OECD (2007), s. 9.

³⁴ O'Brien, A. (2008), s. 3.

³⁵ Ascione ve Motta (2008), s.75.

³⁶ İhlale ilişkin nihai kararın ve para cezasının miktarının belirlenmesinin mahkemelerin yetkisinde olduğu rekabet hukuku sistemleri için de aynı husus geçerlidir.

³⁷ OECD (2007), s. 58.

³⁸ ICN (2008), s.8-9.

oluşturmaktadır. Etkin bir uzlaşma kurumu için, uzlaşma görüşmelerinin yapılış usulü şeffaf ve öngörülebilir olmalıdır³⁹. Bu nedenledir ki, rekabet otoritesi tarafından uzlaşma görüşmelerinin ne şekilde yapılacağı ve bu görüşmelerin içeriğinin çerçevesinin net bir şekilde ortaya konması gerekmektedir.

Uzlaşma kurumunun etkin işlemesi için önemli hususlardan biri uzlaşmanın zamanlamasıdır. Uzlaşma kurumunun rekabet otoritesinin ihlale ilişkin değerlendirmeleri henüz olgunlaşmadan işletilmeye çalışılması, taraflar arasında bilgi asimetrisi ve belirsizlik nedeniyle uzlaşmayı sekteye uğratabilecektir. Teşebbüsler ve rekabet otoritesi arasındaki bilgi asimetrisine ilişkin temel kaygı, ihlale ilişkin delillerin çoğu elde edilerek analiz edilmeden uzlaşma sürecine başlanması halinde, teşebbüsün ihlali oluşturan eylemlere ve kendisinin ihlaldeki rolüne ilişkin rekabet otoritesinden daha fazla bilgiye sahip olacağı ve bu nedenle varılacak uzlaşmanın teşebbüsün ihlaldeki rolünü doğru yansıtmayabileceğine yöneliktir⁴⁰. Belirsizliği azaltmak ve ihlale ilişkin olguların yanlış analizine imkân vermemek adına rekabet otoriteleri uzlaşma kurumuna ihlale ilişkin olguları netleştirdikten sonra yönelmeli ve erken bir aşamada uzlaşmayı tercih etmemelidir⁴¹. Bu doğrultuda, rekabet otoritesinin ihlale ilişkin değerlendirmeleri henüz olgunlaşmadan uzlaşma kurumunun işletilmeye çalışılması uzlaşmanın etkinliğini azaltacaktır.

Uzlaşma kurumunun etkin işleyişi ile ilgili bir diğer husus ise kartel soruşturmalarının doğası gereği birden fazla tarafı olduğundan tarafların bir kısmı ile uzlaşmaya varılamaması halinde, uzlaşma sürecine devam edip edilmeyeceğidir. Uzlaşma kurumunun amacının teşebbüslerin bazı haklarından feragat etmeleri neticesinde etkinlik sağlamak olduğu düşünüldüğünde, soruşturmanın tüm tarafları ile uzlaşmaya varılamaması halinde rekabet otoritesi perspektifinden beklenen etkinlik kazanımı ortaya çıkmayacaktır. Zira uzlaşmaya varılan teşebbüsler için soruşturma süreci kısaldıkça, uzlaşmaya varılamayan teşebbüsler için standart soruşturma prosedürü uygulanacaktır. Diğer yandan, “*ya hep, ya hiç*” yaklaşımı ile tüm teşebbüslerle uzlaşmaya varılmasının sürecin devamı için şart koşulması, başka deyişle uzlaşma kurumuna kaynak harcayan teşebbüslerin, bir diğer teşebbüsün rekabet otoritesi ile uzlaşmaması halinde harcadıkları kaynağın boşa gitmesi ise teşebbüsler için uzlaşma kurumunun cazibesini azaltacaktır⁴².

³⁹ OECD (2008), s.2.

⁴⁰ OECD (2007), s.34.

⁴¹ OECD (2007), s. 23.

⁴² O'Brien (2008), s 11.

2. MEHAZ MEVZUATTA UZLAŞMA KURGUSU VE UYGULAMASI

Uzlaşma süreçlerinin tasarımı, uygulanan rekabet hukuku rejimine bağlı olarak farklılık gösterebilmekte; kartellerin ceza hukuku ya da idare hukuku kapsamında değerlendirilmesi, uzlaşma kurgusunun da belirleyicisi olmaktadır. Türkiye’de rekabet mevzuatı AB rekabet mevzuatına paralel olarak şekillenmekte ve hem RKHK hem de ikincil mevzuat bakımından AB mevzuatı mehaз kabul edilmektedir. RKHK uyarınca kartellerin, AB’ye benzer şekilde idare hukuku kapsamında değerlendirilmesi ve RKHK’da yapılacak değişiklikle uzlaşma kurumunun düzenlenmesi amaçlarından birinin de mehaз mevzuata uyum sağlanması⁴³ olduğu dikkate alınarak çalışmanın bu bölümünde AB mevzuatında uzlaşma kurumunun kurgusu ve uygulanışı ele alınmıştır. RKHK’nın AB mevzuatıyla uyumlaştırılması amacı doğrultusunda, uzlaşma kurumunun AB mevzuatında uygulanma usul ve esaslarının incelenmesi ve mehaз mevzuatın, Tasarı’nın öngördüğü uzlaşma ile benzer ve farklı yönlerinin tartışılması önem taşımaktadır.

2.1. Uzlaşma Kurgusu

Kartellerde uzlaşma kurumu 773/2004 sayılı Komisyon Tüzüğü’nde (Tüzük) 2008 yılında yapılan değişiklikle⁴⁴ Komisyon uygulamasında yerini almıştır. Bu bağlamda, Tüzük AB’de kartel dosyalarında uzlaşma kurumunun esasını oluşturmakta ve uzlaşma kurumunun uygulanış usulleri ise 2008/C 167/01 sayılı Komisyon Duyurusu⁴⁵ (Duyuru) ile detaylı olarak açıklanmaktadır.

Uzlaşma kurumunu Komisyon’un kartel incelemelerindeki standart prosedürden ayıran temel unsur, uzlaşmayı seçen teşebbüslerin Komisyon tarafından soruşturulan kartelin bir parçası olduklarını ve bu nedenden ötürü doğacak cezai sorumluluğu kabul etmeleridir⁴⁶. Uzlaşma kurumundan beklenen, Komisyon tarafından aynı miktarda kaynakla daha fazla dosyanın

⁴³ Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı, Genel Gerekeç

⁴⁴ Commission Regulation (EC) No 622/2008 of 30 June 2008 amending Regulation (EC) No 773/2004, as regards the conduct of settlement procedures in cartel cases; <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:171:0003:0005:EN:PDF>; <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:167:0001:0006:EN:PDF> Son Erişim Tarihi: 08.12.2015

⁴⁵ Commission Notice on the conduct of settlement procedures in view of the adoption of Decisions pursuant to Article 7 and Article 23 of Council Regulation (EC) No 1/2003 in cartel cases, (2008/C 167/01); <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:167:0001:0006:EN:PDF>

⁴⁶ Laina ve Laurinen (2013), s. 302.

incelenebilmesini ve ihlal içindeki teşebbüslerin zamanlı ve etkili bir şekilde cezalandırılmasını sağlamasıdır⁴⁷. Dolayısıyla Komisyon bakımından uzlaşma kurumu; dosya tarafı teşebbüslerin ihlali ve ihlaldeki sorumluluğunu kabul etmesi ve bazı prosedürel haklarından feragat etmesi neticesinde, dosyanın karara bağlanma sürecini kısaltarak etkinlik sağlayan ve teşebbüslerin süreci kısaltmaya yönelik bu işbirliğinden dolayı cezada indirim ile ödüllendirildiği⁴⁸ bir usul olarak tanımlanabilecektir.

Uzlaşma kurumunun, hangi dosyalarda işletilmeye uygun olduğu Komisyon tarafından belirlenmektedir. Bu anlamda Komisyon'a uzlaşma prosedürünün işletilmesine başlanması, uzlaşma sürecinin devam ettirilmesi ve devam eden bir uzlaşma sürecinin sonlandırılması konusunda geniş yetki tanınmıştır⁴⁹. Uzlaşma prosedürünün işletilebileceği dosyaları Komisyon belirlemekte ve İtiraz Bildirimini⁵⁰ hazırlanmasından önce taraflara uzlaşma çağrısında bulunmaktadır. Komisyon taraflara, uzlaşma görüşmelerine başlamayı kabul ettiklerini yazılı olarak beyan etmeleri için belirli bir süre tanıyabilmekte ve Komisyon bu sürenin bitiminden sonra gelen uzlaşma başvurularını dikkate almayabilmektedir⁵¹.

Komisyon'un teşebbüslere uzlaşma çağrısı yapması ve soruşturmanın tarafı teşebbüslerin bu çağrıyı olumlu yanıtlaması sonrasındaki süreç üç temel aşamadan oluşmaktadır. Bu aşamalar; Komisyon ve taraflar arasında uzlaşma görüşmelerinin yapılması, taraf teşebbüsler tarafından Komisyon'a Uzlaşma Beyanının sunulması ve İtiraz Bildirimini hazırlanıp nihai kararın verilmesidir.

2.1.1. Uzlaşma Görüşmeleri

Uzlaşma görüşmeleri ancak tarafların uzlaşma görüşmelerine başlamayı kabul ettiğini yazılı olarak bildirmesi ile başlamaktadır⁵². Uzlaşma görüşmeleri, soruşturma tarafı teşebbüsler ile Komisyon arasında gerçekleşen ve tarafların ihlal konusunda ortak bir anlayışa varmak amacıyla gerçekleştirdiği görüşmelerdir⁵³. Hakkında soruşturma yürütülen teşebbüslerin uzlaşma görüşmelerine katılması ihlalin kabulü anlamına gelmemekte; uzlaşma görüşmeleri sonucunda uzlaşmaya

⁴⁷ 2008/C 167/01 sayılı Komisyon Duyurusu, para. 1

⁴⁸ 2008/C 167/01 sayılı Komisyon Duyurusu, para. 2

⁴⁹ 622/2008 sayılı Tüzük, para. 4

⁵⁰ “*Statement of Objections*”, İtiraz Bildirimi ya da Soruşturma Raporu Komisyon'un iddialarını ve tespitlerini içeren yazılı metindir.

⁵¹ 773/2004 sayılı Tüzük, Article 10(a) 2

⁵² 2008/C 167/01 sayılı Komisyon Duyurusu, para. 5

⁵³ 2008/C 167/01 sayılı Komisyon Duyurusu, para. 17

varılmayarak uzlaşma görüşmelerinin sonlandırılması ve dosyanın standart prosedür uyarınca devam etmesi mümkün olmaktadır⁵⁴. Uzlaşma görüşmelerine başlanmadan önce Komisyon ihlale ilişkin delilleri elde etmiş ve incelemesini yapmış olmaktadır. Dolayısıyla uzlaşma süreci olumsuz sonuçlanır ve Komisyon ya da teşebbüs uzlaşmadan vazgeçerse standart prosedür aksamadan devam edebilecektir⁵⁵. Dolayısıyla uzlaşma görüşmelerinin içeriği, soruşturma dosyasında delil olarak kullanılamamakta ve uzlaşmaya varılmayıp standart prosedüre devam edilmesi halinde soruşturmayı etkilememektedir. Uzlaşma görüşmeleri esas olarak sözlü yürütülmekle birlikte, teşebbüsler uzlaşma görüşmelerine katkı sağlamak üzere dosyaya ilişkin yazılı dokümanlar (*non-papers*) sunabilmekte ancak bu dokümanlar delil olarak kullanılmamaktadır⁵⁶.

Uzlaşma görüşmelerinde, taraflara haklarındaki iddiaları anlamaları ve değerlendirmeleri için yeterli bilginin verilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda uzlaşma görüşmelerinde Komisyon'un taraflara;

- Taraf teşebbüsler hakkında ileri sürülecek iddiaların içeriğini,
- Dosyada yer alan belgelerin gizli olmayan versiyonunu,
- Teşebbüse verilecek olası idari para cezasının hangi aralıkta olacağını

açıklaması gerekmektedir⁵⁷. Bu aşamada amaçlanan uzlaşma teşebbüslerin kendileri hakkındaki iddiaları ve soruşturma konusu kartelde kendilerinin konumunu anlamalarıdır. Komisyon tarafından verilen bu bilgiler uzlaşma görüşmelerinin temelini oluşturmakta olup taraflarca gizli tutulması esastır.

Komisyon uygulamasında uzlaşma görüşmeleri, tarafların her biriyle ikili olarak yapılan üç resmi görüşmeden oluşmaktadır⁵⁸. İlk ikili uzlaşma görüşmesinde, teşebbüse hakkındaki iddialar ve iddialara temel teşkil eden deliller sunulmakta ve teşebbüsün talebi halinde diğer dokümanlara erişim sağlanabilmektedir⁵⁹. İkinci ikili görüşme, Komisyon ve teşebbüsün ihlalin

⁵⁴ Laina ve Laurinen (2013), s. 304.

⁵⁵ Laina ve Laurinen (2013), s. 303.

⁵⁶ LAINA F. ve BOGDANOV A. (2014), "The EU Cartel Settlement Procedure: Latest Developments", *Journal of European Competition Law & Practice*, No: 5(10), s. 721.

⁵⁷ 773/2004 sayılı Tüzük, Article 10(a) 2

⁵⁸ Laina ve Laurinen (2013), s. 304.

⁵⁹ Uzlaşma görüşmelerinde teşebbüse iddiaların ve iddialara temel teşkil eden delillerin sunulması aşaması "Dosyaya Giriş" ile karıştırılmamalıdır. Zira uzlaşmayı seçen taraf dosyaya giriş hakkından feragat etmektedir. Nitekim bu da uzlaşma prosedüründen beklenen etkinliğin bir unsurudur.

kapsamı konusunda ortak bir anlayışa varıp varmadıklarını ortaya koymayı amaçlamaktadır. Bu görüşmede ihlalin varlığı ve kapsamı konusunda ortak bir anlayışa varılması halinde üçüncü ikili görüşme gerçekleşmektedir. Üçüncü ikili görüşmenin amacı ise uzlaşma sağlanırsa verilebilecek en fazla ceza miktarının teşebbüse açıklanması ile “Uzlaşma Beyanı”nın nasıl ve ne zaman yapılacağıının görüşülmesidir.

Bu görüşmeler ile teşebbüsler kendileri hakkında ileri sürülmesi planlanan iddiaların temel unsurları ve bu iddiaları destekleyen delillerin içeriğine dair bilgi sahibi olacak, teşebbüsler kendileri hakkında ileri sürülmesi planlanan iddialara ilişkin kendilerini savunabilecek ve sonuç olarak uzlaşmak ya da uzlaşmamak konusunda karar verebilecektir⁶⁰. İkili görüşmelerin tamamlanması ve soruşturma tarafı teşebbüsler ihlal iddiaları ve verilebilecek olası en yüksek ceza miktarı hakkında bilgi sahibi olduktan sonra, uzlaşma sürecine son vererek standart soruşturma sürecine devam etmeyi veya uzlaşma sürecine devam ederek uzlaşma başvurusu yapmayı seçebilmektedir. Diğer yandan, uzlaşma görüşmelerinin herhangi bir aşamasında Komisyon’un, şayet uzlaşmadan beklenen prosedürel etkinliğin ortaya çıkma ihtimalinin düşük olduğu sonucuna varması halinde, bir veya birden fazla taraf için uzlaşma prosedürüne son verme yetkisi bulunmaktadır.

2.1.2. Uzlaşma Beyanının Komisyona Sunulması

Uzlaşma görüşmelerinin tamamlanmasından sonra taraflar, uzlaşma görüşmelerinin sonucunu yansıtan ve ihlalin varlığını ve ihlalden doğan sorumluluklarını kabul ettiklerini açıkça ifade eden “Uzlaşma Beyanı”nı (*Settlement Submission*) Komisyon’a yazılı olarak sunmaktadır⁶¹. Komisyon, teşebbüsün talebi üzerine Uzlaşma Beyanının sözlü olarak yapılmasını da kabul edebilmektedir. Bu durumda, sözlü uzlaşma başvurusu Komisyon tarafından kaydedilecek ve yazılı bir kopyası hazırlanacaktır⁶².

Teşebbüs tarafından Komisyon’a sunulacak Uzlaşma Beyanının aşağıdaki hususları içermesi beklenmektedir⁶³:

- a. Teşebbüsün ihlalin (ihlalin amacı, uygulanışı, temel unsurları ve ihlalin hukuki niteliği ve bu ihlalin içinde teşebbüsün rolü ve ihlale katıldığı

⁶⁰ 2008/C 167/01 sayılı Duyuru, para. 16

⁶¹ Uzlaşma görüşmelerinin tamamlanmasından sonra Komisyon tarafların Uzlaşma Beyanı sunmaları için 15 işgününden az olmamak kaydıyla bir süre belirleyebilir.

⁶² 2008/C 167/01 sayılı Duyuru, para. 38

⁶³ 2008/C 167/01 sayılı Duyuru, para. 20

- sürenin) ve bu ihlalden doğan sorumluluğun ve sonuçlarının kabul edildiğine ilişkin açık ve net beyanı,
- b. Komisyon'un taraflara ihlal nedeniyle verebileceği maksimum para cezası miktarı ve tarafların uzlaşma prosedürü çerçevesindeki bu ceza miktarını kabul ettiklerine ilişkin beyanı,
 - c. Teşebbüsün, Komisyon tarafından hakkındaki iddialar konusunda yeterli derecede bilgilendirildiği ve kendi görüşlerini Komisyon'a aktarmak için yeterli imkan tanındığına ilişkin beyanı,
 - d. Tarafların, Komisyon'un İtiraz Bildirimi ve kararın Uzlaşma Beyanına paralel olduğu sürece, dosyaya giriş ya da sözlü savunma toplantısı yapılmasını talep etmeyeceklerine ilişkin beyanı,
 - e. Tarafların, 1/2003 sayılı Tüzüğün 7. ve 23. Maddeleri uyarınca İtiraz Bildirimi ve Nihai Kararı teslim almayı kabul ettiklerine ilişkin beyanı.

Uzlaşma Beyanının taraflarca Komisyona sunulmasının ardından Komisyon tarafından İtiraz Bildiriminin Hazırlanması aşamasına geçilmektedir.

2.1.3. İtiraz Bildiriminin Hazırlanması ve Karara Bağlanması

Komisyon nihai karar vermeden önce, ihlale ilişkin kanıt ve iddiaları içeren İtiraz Bildirimi hazırlanması ve bunun tüm taraflara sunulması zorunludur⁶⁴. Bir kartel soruşturmasının uzlaşma prosedürü ile neticelendirilmesi sürecinde de Komisyon tarafından standart prosedürde olduğu gibi "İtiraz Bildirimi" hazırlanmakta ve taraflara gönderilmektedir. Bu süreçte "İtiraz Bildirimi", Uzlaşma Beyanının Komisyona sunulmasının ardından hazırlanır. Bu aşamada uzlaşma prosedürüne devam edilebilmesi için tarafların, İtiraz Bildiriminin içeriğinin, Uzlaşma Beyanını yansıttığını onaylamaları gerekmektedir. Komisyon tarafından belirlenen süre içinde İtiraz Bildiriminin içeriğinin Uzlaşma Beyanını yansıttığı taraflarca onaylanmadığı ya da belirlenen süre bittikten sonra onaylandığı takdirde Komisyon'un uzlaşma süreci sonlandırma yetkisi bulunmaktadır⁶⁵.

Komisyon tarafından hazırlanan İtiraz Bildirimi, taraflarca sunulan Uzlaşma Beyanı ile aynı içerikte olmak zorunda değildir. Komisyon'un Uzlaşma Beyanından ayrılan bir İtiraz Bildirimi hazırlaması halinde, standart soruşturma prosedürüne ilişkin genel hükümler uygulanacak ve taraflar sözlü savunma

⁶⁴ 773/2004 Sayılı Tüzük Madde 10(1)

⁶⁵ 2008/C 167/01 sayılı Duyuru, para. 26

ve dosyaya giriş hakkının kullanılmasını talep edebilecektir. Bu durum aynı zamanda uzlaşma prosedürüne Komisyon tarafından son verildiği anlamını taşımaktadır. Bu noktada önemli olan husus uzlaşma prosedürüne Komisyonca son verildiği takdirde taraflarca sunulan Uzlaşma Beyanının taraflara karşı delil olarak kullanılamamasıdır⁶⁶. Bu şekilde tarafların savunma haklarının korunması amaçlanmakta⁶⁷ ve ayrıca Komisyon'un herhangi bir aşamada süreci sonlandırabilme yetkisi nedeniyle tarafların uzlaşma prosedürünü tehdit olarak görmesi engellenmektedir.

Komisyon uzlaşma prosedürü sonunda Uzlaşma Beyanına ve buna paralel olarak hazırlanan İtiraz Bildirimine uygun şekilde, diğer bir deyişle üzerinde mutabakata varılan ihlal ve maksimum ceza oranı doğrultusunda karar verebileceği gibi karar aşamasında da uzlaşmadan farklı bir yaklaşımı benimseyebilir.

Komisyon karar alma konusunda bağımsızdır ve bu aşamada da uzlaşmadan vazgeçmesi mümkündür⁶⁸. Komisyon Uzlaşma Beyanı ve İtiraz Bildiriminden farklı bir karar alma eğiliminde olursa, bu durumda yeni bir İtiraz Bildirimi hazırlanarak taraflara gönderilmesi gerekmektedir⁶⁹. Yeni İtiraz Bildirimi ile birlikte taraflar, standart prosedüre uygun olarak dosyaya giriş ve sözlü savunma haklarını kullanabileceklerdir.

Sonuç olarak, uzlaşma kurumu ile teşebbüsler Komisyon tarafından iddia edilen kartelin bir parçası olduklarını ve bu nedenden ötürü doğacak cezai sorumluluğu kabul etmeleri ve ihlal iddialarına ilişkin dosyaya giriş hakkı ve sözlü savunma hakkından feragat etmeleri karşılığında para cezasında %10 indirim almaktadır. Aşağıdaki şekilde, Komisyon'da uzlaşma kurumunun uygulamadaki aşamalarına genel hatlarıyla yer verilmektedir.

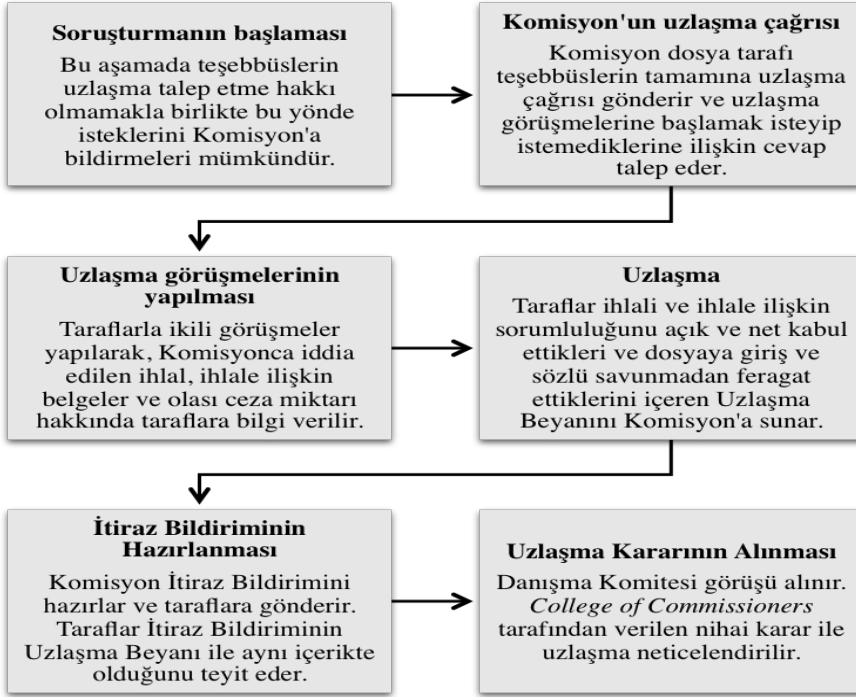
⁶⁶ 2008/C 167/01 sayılı Duyuru, para. 27

⁶⁷ Taraflar, uzlaşma sürecinde çıkabilecek sorunlar hakkında, tarafların savunma haklarının etkin kullanılmasını gözetmekle yükümlü olan "*Hearing Officer*"e başvurabilmektedir. 2008/C 167/01 sayılı Duyuru, para. 18

⁶⁸ Uzlaşma Beyanına paralel olarak hazırlanan İtiraz Bildirimi öncelikle, üye ülke rekabet otoritelerinin temsilcilerinden oluşan "*Advisory Committee*" tarafından incelenerek görüş oluşturulur. Komisyon'un nihai karar organı olan "*College of Commissioners*" bu aşamada "*Advisory Committee*"nin görüşünü de dikkate alarak dosyaya ilişkin nihai kararını vermektedir. Dolayısıyla Komisyon uygulamasında, uzlaşma sürecini Komisyon'a bağlı Rekabet Genel Müdürlüğü yürütürken, nihai kararı "*College of Commissioners*" vermektedir.

⁶⁹ 2008/C 167/01 sayılı Duyuru, para. 29

Şekil 1- Komisyon'da Uzlaşmanın Aşamaları



Uzlaşmanın pişmanlık programı ile benzeşen yönü iki süreç sonunda da teşebbüse ceza indirimini sağlanmasıdır. Ancak teşebbüslerin ceza indirimine hak kazanmak için pişmanlık programı ve uzlaşma kurumu bağlamında üstlendikleri yükümlülükler birbirinden oldukça farklıdır. Komisyon'da pişmanlık programından farklı olarak uzlaşmada teşebbüslerden ihlale ilişkin yeni bir bilgi veya belge sunması değil, Komisyon'un elindeki bilgi ve belgelere dayanarak iddia ettiği ihlali kabul ederek sürecin kısılmasını sağlaması beklenmektedir. Bir teşebbüsün hem pişmanlık başvurusunda bulunması hem de uzlaşmayı kabul etmesi halinde ise, teşebbüs pişmanlıktan kaynaklanan ceza indirimine üzerine uzlaşmadan kaynaklanan ceza indiriminden de yararlanacaktır⁷⁰.

2.2. Uzlaşmaya Uygun Dosyaların Seçimi ve Karar Örnekleri

Komisyon'da uzlaşma usul ekonomisi sağlamak ve karar alma sürecini kısaltmak amacıyla uygulanan bir usuldür ve daha önce belirtildiği üzere, Komisyon'un

⁷⁰ 2008/C 167/01 sayılı Duyuru, para. 33

hangi dosyaların uzlaşmaya uygun olduğunun belirlenmesi konusunda oldukça geniş yetkisi bulunmaktadır. Bu doğrultuda, uzlaşma teşebbüslere sunulan bir hak olarak değil, Komisyon'a tanınan bir yetki olarak ortaya çıkmaktadır. Komisyon, uzlaşmaya uygun olabilecek dosyaların seçiminde taraflarla makul bir sürede ortak bir anlayışa varılması ihtimalini; tarafların sayısı, potansiyel itirazların kapsamı, ihlale ilişkin olgular üzerinde ortaya çıkabilecek ihtilafların boyutu gibi unsurlar ışığında dikkate alacaktır⁷¹. Uzlaşma neticesinde prosedürel etkinlik elde edilme olasılığı ve ilgili dosyanın emsal teşkil etme ihtimali dikkate alınacak diğer hususlardır.

Dolayısıyla Komisyon uygulamasında, dosyanın uzlaşmaya uygun olup olmadığı konusunda vaka bazında bir değerlendirme yapılmaktadır. Dosyadaki taraf teşebbüslerin sayısı, teşebbüslerin Komisyon'la işbirliği düzeyi ve dosyanın esası ile delillerin niteliği uzlaşma kurumunun işletilmesinde belirleyici unsur olmakta ve az sayıda tarafı olan, kısa ve kapsamı dar bir ihlale ilişkin ve tarafların tamamının Komisyon'la hâlihazırda işbirliği içinde olduğu bir dosya, uzlaşma için en uygun dosya olarak görülmektedir⁷². Bu noktada, Komisyon'un elindeki delillerin ihlali ortaya koymaktaki gücü de önemli bir unsurdur. Komisyon'un ihlalin varlığına ilişkin kuvvetli delilleri olmaması halinde uzlaşma için teşebbüslerle masaya oturmak konusunda da isteksiz olacaktır⁷³. Delillerin ihlali ortaya koymaktaki gücü, teşebbüslerin uzlaşmaya istekli olup olmaması konusunda da belirleyicidir. Zira teşebbüsler Komisyon'un ihlalin varlığına ilişkin kuvvetli delilleri olmadığı kanaatine varırlarsa, %10 ceza indirimini karşılığında ihlali kabul etmek yerinde Komisyon'un iddiaları karşısında savunma haklarının tamamını kullanmayı tercih etmeleri daha olasıdır.

Komisyon uygulamasında uzlaşma ile neticelendirilen kartel dosyalarının sayısı Nisan 2014 itibarıyla 11'e ulaşmıştır. Uzlaşma ile neticelendirilen ilk karar 2010'da, dinamik rasgele erişimli bellek (*Dynamic Random Access Memory-DRAM*) karteline ilişkin alınmıştır. 2002 yılında Micron tarafından yapılan pişmanlık başvurusu ile başlayan soruşturma kapsamında 2009 yılında uzlaşma görüşmelerine başlanmış ve dosya tarafların tümü ile uzlaşarak neticelendirilmiştir. Komisyon uygulamasında tarafların tümüyle uzlaşmayan

⁷¹ 2008/C 167/01 sayılı Duyuru, para. 5

⁷² Laina ve Bogdanov (2014), s. 718

⁷³ OLSEN, G. ve JEPHCOTT M. (2010), ""Sharing the Benefits of Procedural Economy: The European Commission's Settlement Procedure", *American Bar Association- Antitrust*, No:25(1), s.77

ve “hibrit uzlaşma” olarak tanımlanan dosya örnekleri de mevcuttur. Euro faiz oranı türevleri (*Euro Interest Rate Derivatives- EIRD*) ve Yen faiz oranı türevleri (*YIRD*) kartellerine ilişkin Komisyon kararları da “hibrit” uzlaşma örneklerindedir. Söz konusu kararlarda, uzlaşmaya varılan taraflar hakkında nihai karar verilmiş ve ceza indirimi uygulanmış olmakla birlikte uzlaşmaya varılmayan taraflar⁷⁴ hakkındaki soruşturma süreci halen devam etmektedir. Bununla birlikte, Komisyon uygulamasında tüm taraflarla uzlaşılan dosyalar, hibrit uzlaşma dosyalarına kıyasla sayıca daha fazladır.

Aşağıdaki tabloda Komisyon’un uzlaşma ile neticelendirdiği kararları, kararlara ilişkin özet bilgilerle birlikte görülmektedir.

Tablo 1- Komisyon Uzlaşma Kararları

Karar Yılı	Karar Konusu	Taraf Sayısı	Uzlaşmanın Kapsamı	Pişmanlık İlişkisi
2010	DRAM Karteli ⁷⁵	10	Tüm taraflarla uzlaşma	Pişmanlık Başvurusu Var
2010	Hayvan Yemi Fosfatı Karteli ⁷⁶	6	Hibrit uzlaşma	Pişmanlık Başvurusu Var
2011	Deterjan Karteli ⁷⁷	5	Tüm taraflarla uzlaşma	Pişmanlık Başvurusu Var
2011	Katot Işın Tüpü Camı Karteli ⁷⁸	4	Tüm taraflarla uzlaşma	Pişmanlık Başvurusu Var
2011	Soğutma Kompresörü Karteli ⁷⁹	5	Tüm taraflarla uzlaşma	Pişmanlık Başvurusu Var
2012	Su Yönetim Sistemleri Ürünleri Karteli ⁸⁰	3	Tüm taraflarla uzlaşma	Pişmanlık Başvurusu Var
2013	Araç Kablo Donanımı Karteli ⁸¹	5	Tüm taraflarla uzlaşma	Pişmanlık Başvurusu Var

⁷⁴ EIRD karteli soruşturmasında Crédit Agricole, HSBC ve JPMorgan, YIRD karteli soruşturmasında ise ICAB ile Komisyon uzlaşmamıştır.

⁷⁵ Case COMP/38511

⁷⁶ Case COMP/38866

⁷⁷ Case COMP/39579

⁷⁸ Case COMP/39605

⁷⁹ Case COMP/39600

⁸⁰ Case COMP/39611

⁸¹ Case AT. 39748

2013	EIRD Karteli ⁸²	6	Hibrit uzlaşma	Pişmanlık Başvurusu Var
2013	YIRD Karteli ⁸³	7	Hibrit uzlaşma	Pişmanlık Başvurusu Var
2014	Poliüretan Sünger Karteli ⁸⁴	3	Tüm taraflarla uzlaşma	Pişmanlık Başvurusu Var
2014	Spot Elektrik Ticareti Karteli ⁸⁵	2	Tüm taraflarla uzlaşma	Pişmanlık Başvurusu Yok

Komisyon'un bugüne kadar uzlaşma ile neticelendirdiği kararlar incelendiğinde, öne çıkan unsur bu kararların biri hariç tamamının pişmanlık başvuruları içerdiği'dir. Dolayısıyla bu dosyalar bağlamında ihlal, kartel katılımcılarının Komisyon'a sunduğu deliller aracılığıyla ortaya çıkarılmıştır. Pişmanlık programı kapsamında elde edilen delillerin ihlali ortaya koyma gücünün yüksek olduğu değerlendirildiğinde, pişmanlık programı kapsamındaki dosyaların uzlaşma için zemin hazırladığı ve uzlaşma kurumunun işletilmesi için uygun olduğu söylenebilecektir.

3. TÜRK REKABET HUKUKUNDA UZLAŞMA KURUMU: DURUM TESPİTİ VE DEĞERLENDİRME

3.1. Tasarı ile Çizilen Uzlaşma Çerçevesi ve AB Mevzuatı ile Karşılaştırma

Türk Rekabet Hukuku mevzuatının mehz AB mevzuatı ile uyumlaştırılması, RKHK'da değişiklik ihtiyacı doğmasının gerekçelerinden biri olarak sayılmakta⁸⁶ ve rekabet mevzuatının AB mevzuatına uyumu sağlayacak şekilde modernize edilmesi Kurumun önümüzdeki dönemdeki öncelikleri⁸⁷ arasında yer almaktadır. Nitekim uzlaşma kurumuna ilişkin Tasarı hükmünün AB mevzuatında da geçerli olan bir usulü Türk Rekabet Hukukuna taşınması işlevi olduğu ifade edilebilecek olsa da, mehz mevzuat ve Tasarı'da öngörülen uzlaşma kurumunun temel noktalarda dahi AB mevzuatından farklılaştığı görülmektedir. Bu farklılıkların kaynakları ve olası sonuçlarının tartışılması kanaatimizce uygulamanın amacının anlaşılması ve işlevselliğinin sağlanması bakımından önemli bir hareket noktası teşkil etmektedir.

⁸² http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-1208_en.htm, Euro Interest Rates Derivatives

⁸³ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-1208_en.htm, Yen Interest Rates Derivatives

⁸⁴ Case AT.39801

⁸⁵ Case AT.39952

⁸⁶ Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı, Genel Gerekeç

⁸⁷ Rekabet Kurumu 15. Yıllık Rapor (2013), s. 15

Uzlaşma kurumuna ilişkin düzenlemenin yasal çerçevesini oluşturan Tasarı'nın 6. maddesi

“Kurul, hakkında soruşturma başlatılan ve ihlalin varlığını kabul eden teşebbüs veya teşebbüs birlikleri ile soruşturma raporunun tebliği tarihine kadar uzlaşabilir.

Kurul, uzlaşma kararlarında; ihlalin niteliği ve ağırlığı, ilgili pazarın ve teşebbüslerin büyüklüğü, soruşturma ve dava süreçlerinin neden olacağı maliyetler ile ihlalin ve sürecin hızlı ve kesin bir şekilde sonlandırılması sayesinde elde edilecek faydalar, ihlalin kapsamında ilişkin görüş ve değerlendirme farklılıklarının boyutu gibi hususları dikkate alır.

Sürecin uzlaşma ile neticelenmesi halinde, üzerinde uzlaşılan idari para cezası ve uzlaşma metninde yer alan hususlar dava konusu yapılamaz.

Uzlaşmaya ilişkin diğer usul ve esaslar Kurul tarafından çıkarılan yönetmelik ile belirlenir.”

hükmünü amirdir. Bu genel çerçeve dâhilinde uzlaşma kurumunun RKHK'da düzenlenen soruşturma süreçlerine alternatif bir usul oluşturacağı görülmekte, uzlaşmanın temel olarak, bütün ihlal türlerine yönelik soruşturmalar için, soruşturmanın başlamasından sonra ve soruşturma raporunun tebliği tarihinden önce öngörüldüğü ve soruşturma tarafı teşebbüsün üzerinde uzlaşılan idari para cezası ve uzlaşma metninde yer alan hususları dava konusu yapmaması koşulunu içereceği anlaşılmaktadır. Tasarı ile çizilen genel çerçevenin AB mevzuatı ile karşılaştırmasına aşağıda yer verilmektedir.

AB mevzuatında uzlaşma kurumu, pişmanlık programları ile yakın ilişkili olarak ele alınmakta, yalnızca kartel dosyaları için öngörülmekte ve salt etkinlik amacı taşımaktadır. 622/2008 sayılı Tüzük uzlaşmanın, Komisyon'un kartel dosyalarını daha hızlı ve etkin bir şekilde sonuçlandırmasını sağlamak üzere oluşturulmuş bir yöntem olduğunu belirtmektedir⁸⁸. Bu bağlamda, mevzuatta uzlaşma kurumu sadece kartel dosyalarına özgü olarak tanımlanmış iken, Tasarı'da önerilen uzlaşma kurumunun RKHK'da tanımlanan tüm ihlal türlerini içerecek şekilde tasarlandığı görülmektedir. Tasarıya göre, RKHK'nın 4. maddesi ve 6. maddesi kapsamında yürütülen tüm soruşturmalar uzlaşma ile neticelendirilebilecektir.

⁸⁸ 622/2008 sayılı Tüzük, para. 4

Bir diğer öne çıkan farklılık ise mehz mevzuat uzlaşmayı kabul eden teşebbüse üzerinde uzlaşılan para cezası üzerinden %10 indirim uygulanmasını öngörürken; Tasarı’da herhangi bir indirim oranının yer almaması ve sadece teşebbüsle idari para cezası üzerinde *uzlaşılacığının* ifade edilmesidir. Yukarıda açıklandığı üzere, uzlaşma kurumunun temel unsurları ihlalin kabulü ve ceza indirimidir. Etkin bir uzlaşma kurumu için, tasarlanan uzlaşma mekanizmasının teşebbüslere uzlaşmayı tercih etmeleri için yeterli fayda ve teşviği sağlaması gerekmektedir. Bununla birlikte, Tasarı uyarınca Kurul ile uzlaşan teşebbüslerin uzlaşma karşılığında ne gibi bir fayda sağlayacağı, diğer bir deyişle ceza indirimi sağlanıp sağlanmayacağı belirsizlik taşımaktadır. Söz konusu belirsizliğin ikincil düzenlemelerle netleştirilmesi mümkün görülmekle birlikte, uzlaşmanın en temel unsurlarından biri olan ceza indiriminin RKHK’da açık bir şekilde düzenlenmemesinin uygulamaya dönük sıkıntılar doğurabileceği düşünülmektedir. Zira RKHK’nın “İdari Para Cezası” başlıklı 16. maddesinin 5. fıkrası, Kanun’un 4. ve 6. maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara verilecek idari para cezasına karar verirken dikkate alınacak hususlara yer vermekte ve aynı maddenin 6. fıkrasında ise Kurum ile aktif işbirliği yapanlara ceza verilmeyebileceği ya da cezada indirim yapılabileceğini düzenlemektedir. Kurul’un idari para cezasının takdirine ilişkin hususlar ve idari para cezasında indirim yapılabilecek haller RKHK’da sayılırken, uzlaşma kurumu teşebbüslere Kurul ile uzlaşmaları karşılığında ceza indirimi verilebileceğinin de Kanun’un ilgili maddesinde yapılacak bir değişiklik ile düzenlenmesi gerektiği düşünülmektedir.

Bu konuda, Tasarı’da yer alan “*üzerinde uzlaşılan idari para cezası*” ifadesinden teşebbüs ile belirli bir idari para cezası miktarı üzerinde uzlaşılacığının anlaşılacağı ve dolayısıyla doğrudan ceza indirimi düzenlenmese de bu aşamada yapılan pazarlık neticesinde belirlenen cezanın uzlaşma olmasaydı verilecek olan cezadan daha düşük olacağı gibi bir argüman ortaya atılabilecektir. Bu noktada, ceza indirimi ile ilgili olarak, Komisyon uygulamasında uzlaşma görüşmelerinde teşebbüslerle ceza miktarı konusunda pazarlık yapılmadığının açıkça belirtildiği, ihlale ilişkin olarak AB’de cezalara ilişkin düzenlemeler uyarınca verilebilecek cezanın alt ve üst sınırının hesaplanarak teşebbüse sunulduğu ve teşebbüsün uzlaşma beyanında verilecek maksimum ceza miktarını kabul ettiklerine ilişkin beyanın bulunmasının zorunlu olduğu belirtilmelidir⁸⁹. Burada önemli olan husus, karar mercii olan *College of Commisioners*’ın takdir yetkisini kullanarak

⁸⁹ Laina ve Laurinen (2013), s. 304

uzlaşılan ceza alt ve üst sınırı içinde bir ceza miktarına karar verdiği ve bu ceza miktarı üzerinden %10 indirim uygulandığıdır. Tasarı'da yer alan “*üzerinde uzlaşılan idari para cezası*” ifadesinden ise Komisyon uygulamasının aksine idari para cezasının pazarlık konusu edilebileceği anlaşılmaktadır. Her ne kadar Tasarı'da teşebbüsle uzlaşacak olan Kurul olarak tanımlansa da, uygulamada Kurul'un soruşturma tarafları ile bir araya gelerek uzlaşma görüşmelerini yapması beklenmeyeceğinden, Komisyon uygulamasına benzer şekilde uzlaşma sürecinin Kurumun ilgili birimlerince yürütülmesi ve nihai karar aşamasında Kurul'un üzerinde uzlaşılan hususları dikkate alarak karar vermesi beklenmektedir. Bu doğrultuda, teşebbüs ile belirli bir idari para cezası üzerinde anlaşılmasının Kurul'un takdir yetkisini sınırlayacağı belirtilmelidir.

Komisyon uygulamasında uzlaşma kurumunun temel amacı soruşturma sürecine ilişkin standart prosedürde yer alan bazı adımların ortadan kaldırılması ve bu bağlamda etkinlik sağlanmasıdır. Kartel soruşturmalarının uzlaşma sayesinde daha kısa sürede neticelendirilmesi ile sağlanan kaynak tasarrufu ise başka kartellerin ortaya çıkarılmasında kullanılacak ve bu durum caydırıcılığı artıracaktır. Tasarı hükmünde, uzlaşmanın soruşturma kararından soruşturma raporunun tebliğine kadarki dönemde kararlaştırılması öngörülmekle birlikte, teşebbüslerin soruşturma sürecinde RKHK'nın teşebbüslere tanıdığı yazılı savunma ve sözlü savunma haklarından ya da dosyaya giriş hakkından feragat etmelerine ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Uzlaşma kurumu ile standart prosedüre ilişkin süreç adımlarının bazılarının ortadan kaldırılmasının, bazılarının ise kısaltılıp hızlandırılmasının ve bu suretle soruşturma açılması kararı ile nihai karara kadarki süreçte etkinlik yaratılmasının önünün açılması gerekmektedir. Tasarı uyarınca teşebbüslerin feragat etmeleri öngörülen tek hak nihai karara karşı yargı yoludur ki bu hak soruşturma sürecinde değil, nihai karar alındıktan sonra kullanılabilir bir haktır. Dolayısıyla, uzlaşma kurumunun soruşturma sürecine ilişkin herhangi bir değişiklik öngörmemesi, soruşturma sürecinin kısılması ve prosedürel etkinlik sağlanması konusunda soru işareti oluşturmakta ve AB mevzuatından ayrılmaktadır.

Uzlaşmanın zamanlaması ve yasal süre sınırlamaları da tartışılması gereken bir diğer husustur. Soruşturmanın süresine ilişkin düzenlemeler uzlaşmanın soruşturma başlamasından nihai karar alınmasına kadar geçen sürede tamamlanması gerektiğinden, uzlaşma için yasal süre sınırını oluşturmaktadır. Bu doğrultuda uzlaşmanın omurgasını ve en uzun aşamasını oluşturan uzlaşma

görüşmelerinin ve tüm diğer aşamaların en fazla soruşturma süresi içinde bitirilmesi gerekmektedir⁹⁰. RKHK'daki mevcut düzenleme uyarınca bu döneme ilişkin süre, gerekli görülmesi halinde 6 ay kadar daha uzatılabilecek 6 aylık bir döneme denk gelmektedir. Tasarı'da ise bu süre bir katına kadar uzatılabilmek üzere 4 aya indirilmektedir. Soruşturma süresine ilişkin yasal sınırların kısılması, süreler etkin bir uzlaşmanın gerçekleştirilebilmesi için ne denli yeterlidir sorusunu gündeme taşımaktadır. Komisyon uygulaması incelendiğinde uzlaşma görüşmelerinin süresinin dosya bazında değişmekle birlikte 8 ila 13 ay arasında değiştiği görülmektedir. Aşağıdaki tabloda gösterilen sürelerin, RKHK'da sınırlanan soruşturma süresinin oldukça üzerinde olduğu görülmektedir.

Tablo 2- Komisyon Uzlaşma Kararlarında Görüşme Süreleri

<i>Uzlaşma Konusu</i>	<i>Uzlaşma Görüşmelerinin Süresi</i>
DRAM Karteli	10 ay
Deterjan Karteli	8 ay
Katot Işın Tüpü Camı Karteli	12 ay
Soğutma Kompresörü Karteli	11 ay
Su Yönetim Sistemleri Ürünleri Karteli	13 ay

Tasarı'da uzlaşmanın açık ihlaller dışındaki ihlaller bakımından da öngörüldüğü dikkate alındığında, süre kısıtının elzem bir unsur olarak karşımıza çıkması beklenmektedir. Nihayetinde uzlaşmaya ilişkin bu dönemde, ihlale ilişkin iddiaların ve zarar teorilerinin teşebbüslerin ihlali kabul etmeleri sonucunu yaratacak ölçüde ortaya konulması gerekmekte ve sonrasında teşebbüslerle iletişime geçilip uzlaşma görüşmelerinin yapılması için makul sürelerle ihtiyaç duyulmaktadır. Açık ihlal niteliği taşımayan dosyalar bakımından her ne kadar taraf sayısının düşük olması ve bununla bağlantılı olarak uzlaşma görüşmelerinin daha kısa sürede tamamlanması beklenecek olsa da, dosyaya ilişkin olgusal gerçeklerin ve analizlerinin ortaya konulması bakımından gerekli olacak sürenin önemli bir baskı yaratmaya devam edeceği değerlendirilmektedir. Mevcut ve planlanan süre kısıtları altında başta etki analizi öngören ihlaller olmak üzere tüm ihlaller için uzlaşmanın etkin bir şekilde nasıl işletileceği ve yönetileceği tartışmalara gebe önemli bir diğer belirsizlik alanını oluşturmaktadır.

Mehaz mevzuatta Komisyon'a uzlaşma sürecinin işletilmesine başlanması, uzlaşma sürecinin devam ettirilmesi ve devam eden bir uzlaşma sürecinin

⁹⁰ Zira uzlaşmadan etkinlik ve süreçleri kısılması amaçlanıyor ise uzlaşma ile neticelendirilen dosyaların standart soruşturma prosedüründen kısa sürede tamamlanması beklenecektir.

sonlandırılması konusunda geniş yetki tanınmıştır. Bu doğrultuda uzlaşma sürecinin işletilebileceği dosyaları Komisyon belirlemekte ve İtiraz Bildirimini⁹¹ hazırlanmasından önce taraflara uzlaşma çağrısında bulunmaktadır. Teşebbüslerin uzlaşma yönünde isteklerini sürecin erken aşamalarında Komisyon'a iletmeleri mümkün olmakla birlikte, dosyada uzlaşma sürecine başlanması kararı Komisyon'a aittir. Tasarı'da ise “*Kurul, hakkında soruşturma başlatılan ve ihlalin varlığını kabul eden teşebbüs veya teşebbüs birlikleri ile soruşturma raporunun tebliği tarihine kadar uzlaşabilir*” denilmektedir. Madde lafzından uzlaşma için resmi süreci başlatma yetkisinin sadece Kurul'a tanınmadığı ve soruşturma tarafı teşebbüslerin de uzlaşma için başvurma hakkı olduğu yorumunun yapılması mümkündür. Bu husus da mehzaz mevzuat ile Tasarı'nın öngördüğü uzlaşma kurumunun ayrıştığı bir diğer noktadır. Uzlaşmanın teşebbüsler için bir hak değil, Kurul'un bir yetkisi olarak tanımlanması, caydırıcılık bakımından önemli bir unsurdur. Zira rekabet ihlali içinde olan teşebbüsler, haklarında bir soruşturma açılması halinde nasılsa uzlaşmayı seçerek daha düşük bir ceza ile süreci sonlandırabileceklerini düşünmeleri cezaların caydırıcılığı ile bağdaşmayacaktır.

3.2. Türkiye Uygulaması Hakkında Değerlendirme

3.2.1. Uzlaşma Kurgusundaki Temel Unsurlar Bakımından Değerlendirme

3.2.1.1. Yargı Yolu Hakkından Feragat

Tasarı, teşebbüslerin yargı yolu hakkından feragat etmesini koşulunu uzlaşma kurumunun temel unsurlarından biri olarak saymaktadır. Teşebbüsün yargı yolu hakkından vazgeçmesi koşulu, literatürde uzlaşma kurguları bakımından uygunluğu tartışmalı bir hak feragati alanını oluşturmaktadır. Zira uzlaşma kurguları bakımından kural olarak feragat edilebileceği kabul edilen sözlü savunma, dosyaya giriş gibi prosedürel haklar otorite nezdinde devam eden süreçlere ilişkin iken; yargı yolu hakkından feragat, mahkemelerin karar verici olduğu sürece ilişkin olup, bu alanda bir hak feragatini öngörmektedir. Bu yolla rekabet otoritesinin uzlaşma kararlarının yargı denetiminden muaf olması sonucu doğacaktır.

Rekabet otoritelerinin ülkemizde de olduğu gibi gerek soruşturmayı yürüten gerekse karar alan idari bir merci konumunda olduğu yarı-yargısal yapısı, yargı denetiminin ortadan kaldırılması konusunu daha da önemli kılmaktadır. İdari

⁹¹ “*Statement of Objections*”, İtiraz Bildirimi ya da Soruşturma Raporu Komisyon'un iddialarını ve tespitlerini içeren yazılı metindir.

rejimler bakımından soruşturmanın muhatabı teşebbüsün uzlaşma kurgusu dâhilinde karar üzerinde yargısal denetimi ortadan kaldıracak nitelikte olan yargı yolu hakkında vazgeçip geçemeyeceği bu alandaki tartışmanın temelini oluşturmaktadır⁹².

Rekabet hukuku uygulamasının idari kurumlar eliyle gerçekleştirildiği rejimlerde söz konusu olan yarı yargısal yapının, teşebbüsün adil yargılanma hakkını zedelediği yönüyle sıklıkla eleştirilmesi karşısında kullanılan temel argüman idari bir organ olan rekabet otoritesinin kararlarının bütün yönleriyle yargı denetimine tabi olmasıdır⁹³. Dolayısıyla idari kurumların kararlarının yargısal denetimi, rekabet otoritelerinin hem savcı hem de hakim gibi davranması neticesinde zedelenebilecek olan adil yargılanma hakkını dengeleyecek mekanizma olarak görülmektedir. Uzlaşma kurgusunda, teşebbüsün kararı dava konusu yapma hakkından vazgeçmesinin şart koşulması ise bu dengeleyici mekanizmanın ortadan kalkması sonucunu doğuracaktır. Rekabet otoritesinin öngördüğü hak feragati ile ortadan kalkan söz konusu dengeleyici mekanizmanın, mahkemeler nezdinde devam eden ve rekabet otoritesinin karar verici olmadığı sürece ilişkin olmasının da tartışmaları beslediği ifade edilebilecektir. Nitekim kartellerin ceza yargısı yetkisinde olduğu ABD’de, itiraf pazarlığı (*plea bargaining*)⁹⁴ olarak nitelendirilen uzlaşma süreci sonucunda nihai karar görevli mahkemeler tarafından verildiğinden ve yargı yolu hakkında feragat de mahkeme önünde gerçekleştiğinden, konu idari yargı kapsamındaki ülkelere kıyasla daha az noktada eleştiri almakla birlikte⁹⁵, yargı yolu hakkının her hâlükârda adil yargılanma hakkının vazgeçilmez bileşeni olduğu tartışmaları devam etmektedir. Bu tartışmaların uygulama üzerinde etkili olduğu, ABD Adalet Bakanlığı’nın 2014 yılında itiraf pazarlığında davalının savunmanın yetersizliğine ilişkin itirazını konu alan yargı yolu hakkında vazgeçemeyeceğini hüküm altına almış olmasıyla da görülmektedir⁹⁶.

⁹² OECD (2008), s.11-12.

⁹³ SLATHER, D., S. THOMAS, D. WAELBROECK (2008), “Competition law proceedings before the European Commission and the right to a fair trial: no need for reform?” *Research Papers in Law 5/2008, College of Europe European Legal Studies*, https://www.coleurope.eu/system/files_force/research-paper/researchpaper5_2008.pdf?download=1 , Erişim Tarihi: 25.12.2014, s.2-3.

⁹⁴ Dava pazarlığı, iddia pazarlığı, savcı-sanık pazarlığı gibi çeşitli kullanımları olmakla birlikte *plea bargaining* teriminin yerleşmiş bir Türkçe karşılığı bulunmamaktadır. Çalışmada itiraf pazarlığı terimi *plea bargaining*’i ifade edecek şekilde kullanılmaktadır.

⁹⁵ OECD (2008), s.44.

⁹⁶ AARON, J (2014), “DOJ Waives the White Flag on Waivers”, *Conrad O’Brien*, 30 Aralık 2014, <http://www.trendingwhitecollar.com/doj-waves-the-white-flag-on-waivers/> Erişim Tarihi: 25.12.2014

İdari rejimler bakımından ise konu rekabet otoritesinin bu alanda bir takdir yetkisi olup olmadığında yoğunlaşmaktadır⁹⁷. Yargı yolu hakkından feragat koşulunun adil yargılanma hakkını zedelediği yönündeki eleştirilerin, özellikle yarı yargısal nitelikteki rekabet otoritelerini uzlaşma kurgularında bu alanda top yekûn bir hak feragati unsuruna yer vermemeye yönlendirmekte olduğu ifade edilebilecektir. Örneğin Komisyon uygulamasında uzlaşmalar bakımından teşebbüslerin yargı yolu hakkından vazgeçmeleri şartı aranmamakta, teşebbüslerin uzlaşma kararlarını da tıpkı diğer ihlal kararları gibi yargı yolu hakkı korunmaktadır. Diğer taraftan uzlaşma tarafı teşebbüslerin dava hakkını fiili durumun sonucu olarak kullanmadıkları görülmektedir⁹⁸. Benzer şekilde, Almanya’da da uzlaşma sürecinde tarafların yargı yolu hakkı korunmakta, bu yöndeki uygulamanın temelinde ise Federal Yüksek Mahkeme’nin uzlaşma anlaşmalarında yargı yolu hakkından feragat edilmesi şartının asla yer alamayacağı şeklindeki kararı yatmaktadır⁹⁹. Yüksek Mahkeme bu kararı, yargısal denetimin yokluğu halinde karar vericilerin olgusal gerçeklerin ortaya koyulması, hukuki değerlendirmenin yapılması ve uygun cezanın verilmesi konularında daha az dikkatli davranabileceklerine dayandırmıştır¹⁰⁰.

Ancak bu noktada, kartellerin idari rejime tabi olduğu tüm rekabet hukuku düzenlerinde Komisyon ve Almanya’da olduğu gibi yargı yolu hakkının bütün unsurlarıyla şartsız korunmadığı da belirtilmelidir. Bu konuda yargı yolu hakkı esas olarak korunmakla birlikte, kullanımının caydırılmasına veya yargı yolu hakkının uzlaşmanın birtakım bileşenlerine karşı kullanılmamasına yönelik kısıtlamaların benimsenebildiği görülmektedir. Bu bağlamda örneğin İngiltere Rekabet ve Pazar Otoritesi (CMA) erken karar anlaşması (*early resolution agreement*) olarak adlandırdığı uzlaşma sürecinde teşebbüsün yargı yolu hakkını korumakta, ancak uzlaşma tarafı ile imzalanan anlaşmada teşebbüsün dosyayı yargı yolu etmesi durumunda, otoritenin mahkemeye başvurarak cezanın artırılmasını ve davanın sonucundan bağımsız olarak dava masrafının teşebbüs tarafından ödemesini talep etme hakkını saklı tutmaktadır¹⁰¹. Fransa’da ise yargı yolu hakkı tamamen

⁹⁷ Lachnit (2013), s.9.

⁹⁸ PARR, N. ve BURROWS, E. (2013), “European Union”, *Global Legal Insight-Cartels Enforcement, Appeals & Damages Actions*, s.81.

⁹⁹ SCHNELLE, U. ve SOYEZ, V. (2014), “Germany: Cartels”, *European Antitrust Review 2015*, <http://globalcompetitionreview.com/reviews/62/sections/210/chapters/2487/germany-cartels/>, Erişim Tarihi: 15.1.2014

¹⁰⁰ OECD (2007), s.40.

¹⁰¹ Bkz. *Reckitt Benckiser Case*, CE/8931/08, 13.04.2011, s. 342.

kısıtlanmamakla birlikte, uzlaşma kararının tartışılmaz olarak nitelendirilen bileşenlerinin yargı yolu edilmemesi unsuruna uzlaşma kurgusunda yer verildiği görülmektedir. Uzlaşma kararının tartışılmaz bileşenlerinin ise ekseriyetle “ihlalin kabulü”ne dayanak teşkil eden olgusal gerçekler ve bunlara ilişkin hukuki analiz yer almakta, diğer bileşenlere yönelik yargı yolu hakkı korunmaktadır. Fransa mahkemelerinin ise şu ana kadar, yargı yolu hakkının kısıtlandığına ilişkin gelen itirazları, uzlaşmanın temelinde yer alan bileşenlerin rekabet otoritesinin takdir yetkisinde olduğu değerlendirmesiyle reddettiği görülmektedir. Ancak bu alandaki takdir yetkisi yorumunun bu haliyle korunup korunmayacağı tartışmalar nedeniyle belirsizliğini korumaktadır¹⁰².

Bu konudaki bir diğer görüş ise, yargı yolu hakkının da, prosedürel haklar için söz konusu olan prensipler çerçevesinde feragat edilebilir olduğu ve yargı yolu sürecinin rekabet otoritesi dışında yürüten bir aşaması olsa da teşebbüsün özgür iradesi söz konusu olduğundan rekabet otoritesinin bu alanda takdir yetkisi olduğu yönündedir¹⁰³. Bu görüş karşısında yer alan soruşturmanın tarafı teşebbüslerin rekabet otoritesinin sahip olduğu kamu gücü karşısında özgür iradeleri hilafına yargı yolu hakkından feragat rıza gösterebilecekleri argümanının ise özellikle karşılıklı mutabakatla şekillenen unsurlar bakımından zayıfladığı ifade edilebilecektir. Zira bu unsurlar bakımından uzlaşma sürecinde, rekabet otoritesi ve soruşturma tarafları eşit konuma gelmekte, bu unsurlar rekabet otoritesinin tek taraflı dayatması ile değil karşılıklı mutabakat ile kararlaştırılmaktadır. Bu durumun, hak feragati bakımından gerekli görülen, teşebbüsün özgür iradesinin olması gereği koşulunu desteklediği ifade edilebilecektir. Bununla birlikte, yargı yolu hakkından feragat konusunun, adil yargılanma hakkının korunması ekseninde, ülkede geçerli yargı rejimi dâhilinde anayasal hükümler gözetilerek dikkatli şekilde ele alınması gerekmektedir¹⁰⁴.

İdare hukukuna tabi rejimlere ilişkin yukarıda yer verilen tartışmalar ışığında, rekabet otoritelerinin uzlaşma kurgularında ya yargı yolu hakkını bütünüyle muhafaza ettiklerini ya da yargı yolu hakkından feragat edilmesi konusunda top yekûn bir sınırlamadan ziyade, kararın kurulmasına esas tartışmasız unsurlar bakımından bu yönde bir sınırlamayı tercih ettikleri görülmektedir. Tartışmasız unsurların ise ekseriyetle uzlaşma sürecinde rekabet otoritesi ile tarafın üzerinde görüşüldüğü, dolayısıyla her iki tarafın ortak dahliyle kararlaştırıldığı görülmektedir.

¹⁰² Lachnit (2013), s. 9.

¹⁰³ OECD (2007), s.37.

¹⁰⁴ OECD (2007), s. 44.

Konu Türkiye bakımından değerlendirildiğinde ise, RKHK'nın "Kurul'un İnceleme ve Araştırmalarında Usul" başlıklı dördüncü kısmında detaylı olarak düzenlenen soruşturma süreçlerinde takip edilmesi gereken usule ilişkin bir hak feragati öngörülmemekte ve soruşturma sürecinin tamamlanması ile Kurul'un nihai kararını alması sonrasındaki aşama olan ve denetim ve denge sisteminin esasını oluşturan kararı dava konusu yapma hakkından feragat uzlaşmanın temel bir unsuru olarak sayılmaktadır. Uzlaşma kurumu dâhilinde dava hakkından feragat koşulunun temel bir unsur olarak ortaya çıkması, ihlal kararları bakımından dava sürecinin ortadan kalkması suretiyle etkinlik yaratma amacına işaret etmektedir. Daha önce de ifade edildiği üzere, ihlal kararının kesinleşmesi bakımından mahkeme nezdindeki süreç gerek kaynak gerekse süre bakımından önemli bir adımı teşkil etmektedir ve bu sürecin ortadan kalkması ile önemli bir kaynak tasarrufu yaratılabilecektir.

Ancak bunun karşısında, dava hakkından feragat koşulu aranmasa da uzlaşma sonucunda fiili olarak dava açma oranının azalacağı, dolayısıyla yargısal denetimi ortadan kaldırma yönünde bir sınırlamaya ihtiyaç olup olmadığı tartışmalarının önümüzdeki dönemde de devam edeceği değerlendirilmektedir. Yukarıda yer verilen tartışmalar çerçevesinde, yargı yolu hakkından feragat unsurunun ikincil düzenlemeler ayağında üzerinde önemle durulan bir alan olacağı düşünülmektedir. Bu bağlamda, prosedürel haklardan feragat şartında dahi temel hakların ihlali tartışmalarına mahal vermemek adına birtakım önlemlerle dengelenen uzlaşma kurgusunun, otoritenin kararının yargısal denetimi gibi önemli bir işlevin tamamen ortadan kaldırılması konusunda son derece hassas bir yaklaşımla ele alınması gerektiği düşünülmektedir.

3.2.1.2. Uygulama Alanı ve Zamanlama

Tasarı'da uzlaşmanın tüm rekabet ihlali türleri için uygulanabilecek bir usul olduğu belirtilmektedir. Bu husus Türk rekabet mevzuatına dâhil olacak uzlaşma kurgusunun Komisyon da dâhil olmak üzere birçok ülke uygulamasından farklılaştığı ve tartışmaya açık bir alanı oluşturmaktadır. Etkinlik hedefi doğrultusunda, uzlaşmanın her ne kadar birtakım ülke rekabet hukuku mevzuatında bütün ihlal türlerinde kullanılabilmesi öngörülmüyor olsa da, ağırlıklı olarak kartel dosyalarında kullanılmak üzere kurgulandığı, diğer dosyalar bakımından uygulamanın çok sınırlı kaldığı görülmektedir¹⁰⁵. Uzlaşmanın pek çok ülkede

¹⁰⁵ LASSERE, B. ve FABIEN Z. (2008), "A Principled Approach to Settlements: A Few Open Issues", C.D. Ehlerman ve M. Marquis (der), *European Competition Law Annual 2008: Antitrust Settlements under EC Competition Law* içinde, s.149.

sadece kartel dosyaları ile sınırlı olmasında kartel dosyalarında ihlal sonucuna ulaşmak için gerekli ispat standardının etkili olduğu düşünülmektedir. Nitekim kartel dosyalarında genel kabul gören *per se* kuralı sayesinde, yani doğası gereği zararlı olduğu varsayımından hareketle, kartelin rekabet karşıtı etki yaratıp yaratmadığı incelemesine ihtiyaç duyulmamakta, varlığının ispatlanması ihlal sonucuna ulaşılması bakımından yeterli görülmektedir¹⁰⁶.

Kartelin varlığının ispat edilmesinin ihlal için yeterli olması, bu bağlamda etki boyutuyla tartışmaya açık olmaması nedeniyle, bu dosyalar bakımından kartelin varlığına ilişkin bulguların elde edilmesiyle teşebbüslere yönelik iddialar büyük ölçüde tamam olmaktadır. Etki temelli yaklaşımın esas olduğu dosyalar bakımından ise ihlal tespitinin netleşmesi bu bulguların etki analizine tabi tutulması akabinde söz konusu olabilmektedir. Etki değerlendirmesi soruşturmalarda, rekabet otoritesinin ihlale ilişkin değerlendirmesinin netleşmesi bakımından süreci uzatan aynı zamanda teşebbüsün dosyaya yönelik itiraz alanını genişleten bir adımı teşkil etmektedir. Bu nedenledir ki, etki temelli dosyalar bakımından teşebbüslerin uzlaşmaya yanaşması, aynı zamanda etkinlik amacıyla hareket eden rekabet otoritesi bakımından da bu dosyaların uzlaşmaya uygun dosyalar olarak değerlendirilmesini zorlaştırmaktadır.

Tasarı hükmünde yer alan, uzlaşmanın soruşturma raporunun tebliğinden önce kurulması esasının, etki temelli değerlendirmeye esas dosyaları fiili olarak uygulamanın kapsamı dışında bırakabileceği değerlendirilmektedir. Bu çıkarımın iki dayanağı bulunmaktadır. Bunlardan ilki, uzlaşma kararları süreçte standart soruşturmadan farklı bir usul benimsenmekle birlikte ihlal kararları olup, teşebbüs tarafından ihlalin kabul edilebilmesi bakımından rekabet otoritesinin ihlale ilişkin değerlendirmesini net bir şekilde ortaya koyması gerekmektedir. Etki temelli değerlendirmenin esas olduğu dosyalar bakımından ihlal tespiti çoğu durumda önemli süre gerektiren etki analizinin tamamlanmasını gerektirmekte ve soruşturma raporunda netleşmektedir. Nitekim Fransa'da kartel dışındaki ihlaller bakımından da uzlaşma öngörülmekte ancak uzlaşmanın kurulması bakımından soruşturma raporunun tebliğinden sonraki dönem işaret edilmektedir¹⁰⁷. Bu noktada, Fransa'da hâkim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin içtihadın

¹⁰⁶ KEKEVİ, G.H. (2008), *ABD, AB ve Türk Rekabet Hukukunda Kartellerle Mücadele*, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi, No. 15, Ankara, s.72-73.

¹⁰⁷ GENEVAZ, S. (2013), "Specific Issues in Horizontal and Vertical Agreement Cases", <http://www.euchinacomp.org/attachments/article/353/6.0-EN-Leniency%20and%20Settlement-Simon.pdf>, Erişim tarihi: 25.12.2014

oldukça güçlü olduğu, buna bağlı olarak birçok davranışın niteliğinin ortaya konulması bakımından zarar teorileri ve etkinlik savunmalarına ilişkin iktisadi nitelikte köklü ve istikrarlı bir yaklaşımın olduğu da belirtilmelidir¹⁰⁸. Anılan yaklaşımın, uzlaşmanın soruşturma raporunun tebliğinden sonra öngörülmesi ile birlikte hâkim durum dosyalarını uzlaşma için uygun kıldığı ifade edilebilecektir. İngiltere’de “erken karar anlaşması” olarak adlandırılan uzlaşma bakımından hâlihazırda hukuki bir düzenleme, bir kılavuz bulunmamakta; süreç kurgusu uygulamada dosyalar üzerinden geliştirilmektedir. İngiltere’de de uzlaşma kartel dışındaki ihlalleri de kapsayacak şekilde uygulanmakta ve soruşturma raporunun tebliğinden önce veya sonra başlayabilmektedir¹⁰⁹. Uygulama incelendiğinde ise uzlaşma sürecinin, kartel niteliğindeki *Royal Bank of Scotland&Barclays*¹¹⁰ ve *British Airways&Virgin Atlantic*¹¹¹ kararlarında soruşturma raporu tebliğinden önce, hâkim durumun kötüye kullanılması dosyası olan *Reckitt Benkiser*¹¹²’de ise soruşturma raporunun tebliğinden sonra başlatıldığı görülmektedir. Kartel dosyaları bakımından sürecin diğer ihlallere nazaran erken başlamasında kartellere yönelik ihlal tespitinde *per se kuralın*ın kullanılmasının yanı sıra uzlaşmaya genellikle pişmanlık programının eşlik ediyor olmasının da etkisi bulunmaktadır. İngiltere örneğinden devam edilecek olursa, yukarıda yer verilen her iki karar bakımından da soruşturmaların taraflarının pişmanlık başvuruları bulunmakta, bu başvuru da esasen kartele taraf olunduğunun kabulü anlamını taşıması yönüyle uzlaşma bakımından gerekli zemini oluşturmaktadır.

Yukarıda yer verilen açıklamalar çerçevesinde, uzlaşmanın soruşturma raporundan önce kurulmasının öngörülmesi halinde, öncelikli uygulama alanının pişmanlık programı ile bağlantılı kartel dosyaları olduğu görülmektedir. Kartel dosyaları dışındaki kullanımın ise ancak *per se kuralın*ın işletildiği veya bu kural işletilmese de unsurlarının varlığı halinde ihlal sonucuna ulaşılmış güçlü içtihadın olduğu dosyalara genişleyebileceği ifade edilebilecektir. Bu yönüyle uzlaşmanın soruşturma raporunun tebliğinden önce öngörülmesinin, mevcut ve planlanan süre soruşturma süre kısıtları altında ancak rekabet otoritesi nezdinde

¹⁰⁸ Lassere ve Fabien (2008), s. 151.

¹⁰⁹ OFT (2012), “Review of the OFT’s investigation procedures in competition cases”, http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http://www.of.gov.uk/shared_of/policy/OFT1263con2, Erişim tarihi: 25.12.2014,s.38.

¹¹⁰ CE/8950-08, 20.01.2011

¹¹¹ CE/7691-06,19.04.2012

¹¹² CE/8931-08, 12.04.2011

açık ihlal niteliği taşıyan dosyalarda kullanılabilceği düşünölmektedir. Açık ihlal niteliği taşımayan dosyalar bakımından ise uzlaşmanın inceleme aracı olma işlevi gözetilmemek kaydıyla¹¹³, soruşturma raporunun tebliğinden sonra kovuşturma sürecinin kısaltılması ekseninde gündeme alınabileceği değerlendirilmektedir. Uzlaşmanın, pişmanlık programı gibi alternatif inceleme aracının olmadığı hâkim durumun kötüye kullanılması gibi ihlal türlerinde inceleme aracı olarak kullanılması planlanıyorsa da; bu amaca, anılan dosyalar bakımından kartele göre yüksek olan ihlalin kabulü standardının karşılanması gereği karşısında, mevcut ve planlanan soruşturma süre kısıtları altında fiili olarak ulaşılmasının mümkün olmayacağı değerlendirilmektedir.

Tasarı hükmü, yukarıda yer verilen değerlendirmeler çerçevesinde ele alındığında, uzlaşmanın soruşturma raporunun tebliğinden önce öngörölmesi ile uygulama alanının büyük oranda kartel dosyaları ile sınırlı olacağı, açık ihlal özellikle etki temelli değerlendirme gerektiren dosyalarda uygulanamayacağı düşünölmektedir. Uzlaşmanın kartel dosyalarında – bu kapsamda da büyük ölçüde pişmanlık başvurusu olan dosyalarda- uygulama alanı bulabileceği değerlendirmesinin, soruşturma raporunun hazırlanması için öngörölülen sürenin RKHK’da mevcut durumda 6 ay, Tasarı ile 4 ay ile sınırlı olmasıyla daha da güçleneceği düşünölmektedir.

3.2.2. Pişmanlık ve Ceza Yönetmeliği İlişkisi Bakımından Değerlendirme

Çalışmanın “1.3. Uzlaşma ve Pişmanlık İlişkisi” başlıklı bölümünde yer verildiği üzere, rekabet hukuku uygulamalarında uzlaşma kurumu ile pişmanlık programları arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır. Her iki kurum da teşebbüslerin sağladığı bir nevi işbirliği karşılığında ceza indirimini öngörmektedir. Pişmanlık programı istisnasız kartellere yönelikken, uzlaşma kurumu da uygulamada ekseriyetle kartel dosyalarına yönelmektedir. Bazı rekabet hukuku uygulamalarında bu iki kurumun da aktif işbirliği şartı aracılığıyla inceleme aracı işlevi üstlendiği görölmekle birlikte, bu durumun büyük ölçüde pişmanlık programının yalnızca tam bağışıklığı kapsadığı uygulamalarda sınırlı kaldığı, pişmanlık programının tam bağışıklık dışında diğer teşebbüsler bakımından da indirim öngören yapıda olması hallerinde inceleme aracı işlevi pişmanlık programına bırakılmakta, uzlaşma ise salt etkinlik amacına yönelmektedir¹¹⁴.

¹¹³ Çalışmanın 1.2.3.2 nolu başlığı altında belirtildiği üzere uzlaşmanın delillere ulaşmada araç olarak kullanılması ancak soruşturma raporu tebliğinden önce anlamlıdır.

¹¹⁴ OECD (2008),s.4-5.

Türkiye uygulaması bakımından ise pişmanlık programı ve uzlaşma ilişkisinin bu açıklanan yapıdan farklılık içerdiği görülmekte, bu farklılık Türkiye rekabet hukuku mevzuatında uzlaşma kurumuna ihtiyaç olmadığı görüşüne¹¹⁵ bir dayanak teşkil etmektedir. Bahsi geçen farklılık Türkiye’de uygulanan pişmanlık programının mehzada öngörülen nitelikte bir aktif işbirliğini öngörmemesine dayanmaktadır. Bu çerçevede Türk rekabet hukuku mevzuatında pişmanlık programını düzenleyen “Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik”¹¹⁶ (Pişmanlık Yönetmeliği) mehzada olduğu gibi tam bağışıklığın yanı sıra indirim de öngören kapsayıcı bir yapı sergilemektedir. Diğer taraftan, Pişmanlık Yönetmeliği’nin 6. maddesi ve 9. maddesinde yer alan “Başvuru konusu kartelin etkilediği ürünler, kartelin süresi, kartele taraf olan teşebbüslerin isimleri, kartelle ilişkili görüşmelerin tarihleri, yerleri, katılımcıları ve kartelle ilgili sahip olunan bilgi ve belgeler sunulur” hükmü pişmanlık programı dâhilinde cezadan bağışıklık sağlanması veya indirim temin edilmesinin bir koşulu olarak yer almakla birlikte, bu bilgi ve belgelerin mehzada olduğu gibi soruşturmaya katma değer sağlayacak nitelikte olması öngörülmemektedir. Nitekim “Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmeliğin Açıklanmasına İlişkin Kılavuz”un¹¹⁷ (Kılavuz) 26. paragrafında, bu konuda uygulanacak yaklaşım “Pişmanlık Yönetmeliğinin 5. veya 8. maddesinden yararlanabilmek için, 6. veya 9. madde çerçevesinde “kartelin etkilediği ürünler, kartelin süresi, kartele taraf olan teşebbüslerin isimleri, kartelle ilişkili görüşmelerin tarihleri, yerleri, katılımcıları ve kartelle ilgili sahip olunan diğer bilgi ve belgeler” sunulmalıdır. Buna karşılık Kurumun elindeki mevcut delillere önemli ölçüde katma değer katacak delil sunmak şeklinde bir yükümlülük getirilmemiştir. Dolayısıyla Yönetmeliğin 6. veya 9. maddesindeki koşulların sağlandığı her durumda para cezalarında indirim yapılacaktır.” ifadeleriyle açık bir şekilde ortaya konulmuştur. Dolayısıyla bu yaklaşım, mehzanın “soruşturmaya katma değer sağlayan bilgi ve belgenin sunulması” şeklinde öngördüğü aktif işbirliği şartından farklılaşmakta, aktif işbirliğinden kasıt fiili olarak ihlalin kabulüne indirgenmektedir. Böylelikle işbirliği standardı uzlaşmada öngörülen yapıya dönüşmekte, aktif işbirliği

¹¹⁵ Arı H., E. Aygün, H.G. Kekevi (2011), s.289

¹¹⁶ <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2fDocuments%2fY%25c3%25b6netmelik%2fyo netmelik8.pdf> , Erişim Tarihi: 25.12.2014

¹¹⁷ <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2fDocuments%2fKilavuz%2fpismanlikkilavuz.pdf> , Erişim Tarihi: 25.12.2014

bakımından öngörülen bu düşük eşik, pişmanlık programının inceleme aracı olma işlevini zayıflatmaktadır. Pişmanlık programının bu yapısı Türkiye bakımından uzlaşma kurumuna ihtiyaç olmadığı, pişmanlık programının karteller bakımından uzlaşma benzeri bir uygulama olduğu görüşünü¹¹⁸ beslemektedir. Bu görüş, RKHK'nın 16. maddesinde yer alan, *Kanuna aykırılığın ortaya çıkarılması amacıyla Kurumla aktif işbirliği yapanlara ceza verilmeyebileceği veya verilecek cezalarda indirim yapılabileceğine* dair hükme dayanmaktadır. Bu hüküm Pişmanlık Yönetmeliği'nin yanı sıra *“Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik”*e (Ceza Yönetmeliği) de dayanak teşkil etmekte olup, karteller dışındaki ihlaller bakımından ise Ceza Yönetmeliği'nin *“Hafifletici Unsurlar”* başlıklı 7. maddesinde yer alan *“Diğer ihlalleri gerçekleştiren teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin ihlallerini kabul ederek, aktif işbirliğinde bulunmaları halinde, para cezası altında bir ile dörtte bir arasında indirilir”* hükmü ile uzlaşmanın işlevinin önemli ölçüde karşılandığı ifade edilmektedir¹¹⁹. Ceza Yönetmeliğini değiştirmeye yönelik taslakta¹²⁰ ise bu hükmün *“Pişmanlık Yönetmeliği kapsamı dışında ve yasal yükümlülüğün ötesinde Kurul ile işbirliği yapılması”* olarak değiştirildiği ve bu hafifletici nedenin sağlanması halinde cezada 1/3 oranında indirim uygulanacağı öngörülmektedir. Ceza Yönetmeliği Taslağında bu hükmün mevcut düzenlemeye göre kapsamının daha az öngörülebilir olduğu düşünülmekte, ihlalin kabulü koşulunu doğrudan içermemesi yönüyle de, *ceza yönetmeliği düzenlemesinin uzlaşmayı ikame ettiği bu nedenle özel bir uzlaşma müessesesine ihtiyaç olmadığı* değerlendirmesinin de zayıflayabileceğine işaret etmektedir.

Pişmanlık ve Ceza Yönetmeliği'nin uzlaşmaya imkân veren yapıda olduğu görüşünün, uzlaşma kurumunun etkinlik bakımından, “ihlalin kabulünün” tek başına sonucu olarak ortaya çıkan süreç adımlarının hızlanması ve yargı yolu aşamasının ise fiili olarak ortadan kalkması unsurlarını dikkate aldığı görülmektedir. Ancak uzlaşma kurumları çoğunlukla daha fazla süreç adımını kapsayacak şekilde kurgulanmakta, standart soruşturma prosedürü farklılaştırılarak sürecin daha basit ve teşebbüsün bir takım haklardan vazgeçmesi suretiyle kısa kılınması

¹¹⁸ Bkz. ARI H., E. AYGÜN, H.G. KEKEVİ (2011), “Rekabet Hukukunda Taahhüt ve Uzlaşma”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu VII, 16-17 Nisan 2019, Kayseri, s.229-294

¹¹⁹ A.g.e..s.281

¹²⁰ <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2f1%2fDocuments%2fG%C3%BCncel%2fk%C4%B1lavuzlar%2fcezaaa.pdf>

söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla pişmanlık programı veya ceza indirimi ile sağlanabilecek etkinlik soruşturma sürecini hızlandırır da süreç aynı usule dayalı olduğu sürece uzlaşma ile elde edilmesi mümkün etkinliğe ulaşılamayabilecektir. Ancak şu da belirtilmelidir ki, pişmanlık programının mevcut hali ile uzlaşma kurumuna başvuru bakımından şartlarda bir farklılık olmadığı sürece, diğer bir ifadeyle iki kurum amaç ve araç bakımından ayrılmadıkça süreç ve sonuçta mükerrerlik oluşma ihtimali doğmaktadır. Bu durum daha önce de ifade edildiği üzere, birbirleriyle bağlantılı ve uyum içerisinde çalışabilecek iki mekanizmanın birbirini bloke etmesi sonucunu doğurabilecektir. Dolayısıyla uzlaşmanın Türk rekabet hukuku mevzuatına dâhil edilmesiyle pişmanlık programının yeniden ele alınması ve iki kurum arasında uyumun ve tamamlayıcılığın sağlanmasına yönelik bir çalışmanın gündeme gelebileceği düşünülmektedir.

3.2.3. Uygulanabilirlik Bakımından Değerlendirme

Uzlaşma kurumunun fiili uygulama alanı bulması bakımından öncelikli konu, teşebbüsleri bu yönde motive edecek bir altyapının bulunmasıdır. Altyapıdan kasıt gerek uzlaşma kurgusunun teşebbüslere sağlıklı öngöründe bulunabilecekleri açıklık, şeffaflık, belirlilik sağlayacak nitelikte düzenlenmesi, gerekse rekabet hukuku uygulamasının ihlallerle mücadele bakımından tutarlı ve güçlü bir yapı sergilemesidir. Bu çerçevede Kurul içtihadı önem kazanmakta, Kurul'un ihlallere karşı güçlü ve tutarlı bir cezalandırma geleneği olması, soruşturma heyeti tarafından dosyalarda ihlale ilişkin ortaya konulan itirazların müsamahasız şekilde Kurul'un ceza takdirinde ağırlığının olması hali teşebbüsleri uzlaşmaya teşvik ederken, aksi durum teşebbüslerin uzlaşma motivasyonunu azaltacaktır. Benzer şekilde teşebbüslerde Kurul kararlarının genellikle yargı yolu sonucunda bozulduğuna dair bir algının olması da uzlaşmayı cazip kılmayacaktır. Türkiye uygulaması değerlendirildiğinde, Kurul kararlarının genellikle ihlalin ağırlığını AB'ye oranla düşük bir profilden cezalandırmayı tercih ettiği görülmekte, bu çerçevede teşebbüslerin, uzlaşmaya olmaması halinde Kurul'un daha az cezaya hükmetmesi ihtimalini dikkate alarak soruşturma heyetinin öngördüğü şartlarda uzlaşmaya yanaşmayabilecekleri düşünülmektedir.

Teşebbüsleri uzlaşma yönünde motive eden bir diğer unsur özel hukuk davalarının varlığıdır. RKHK'da da özel hukuk davaları öngörülmekle birlikte uygulamanın oldukça zayıf olduğu görülmektedir. Dolayısıyla bu unsurunun yokluğunun da uzlaşma kurumunun fiili uygulama alanına olumsuz etki edebileceği değerlendirilmektedir.

SONUÇ

RKHK’da değişiklik yapılmasına ilişkin Tasarı’nın yasalaşması ile birlikte Türk rekabet mevzuatına girecek olan uzlaşma kurumu, gelişmiş rekabet hukuku rejimlerinde karteller başta olmak üzere soruşturma sürecinde teşebbüslerin ihlali kabul etmeleri ve bazı haklarından feragat etmeleri suretiyle süreç adımlarının kısılması ve hızlanması sonucu sağlanan kamu kaynağı tasarrufu karşılığında cezada indirim temin etmelerine ilişkin mekanizmayı ifade etmektedir. Uzlaşmanın kurulması bakımından ihlalin kabulünün yanı sıra teşebbüslerden standart soruşturma prosedüründe öngörülen haklarından feragat talep edilmesi, uzlaşma kurumuna ilişkin öne çıkan amacın, etkinlik yaratılması yani sürecin kısılması ve hızlanması suretiyle kaynak tasarrufu sağlanması olduğunu göstermektedir.

ABD, AB Komisyonu, İngiltere, Kanada, Fransa gibi pek çok ülkede uygulaması olan uzlaşma kurumu, ülke rekabet hukukunun adli veya idari rejime tabi olmasından bağımsız olarak belirli temel unsurları barındıracak şekilde kurgulanmaktadır. Bu bağlamda uzlaşmanın temel unsurları “ihlalin kabulü”, “ceza indirimi”, “teşebbüslerin başta birtakım haklarından vazgeçmek suretiyle olmak üzere sürece ilave katkı sağlamaları” ve “rekabet otoritesinin dosyaya ilişkin iddiaların ve ihlalin kapsamını genişletmeyeceğine dair taahhüdü” oluşturmaktadır.

Teşebbüslerin uzlaşma sürecine sağlayacakları katkı ülkede geçerli pişmanlık programının kapsamı ile yakından ilişkilidir. ABD uygulamasında olduğu gibi kartel katılımcılarından yalnızca ilk başvuranın cezadan tam bağışıklık sağladığı, diğer teşebbüsleri kapsamayan bir pişmanlık programı, uzlaşma kurumunun bir inceleme aracı olarak kullanılmasına ve uzlaşma kapsamında teşebbüslere sağladıkları ilave katkı oranında ceza indirimi verilmesinin önünü açmaktadır. Bununla birlikte Komisyon uygulamasındaki gibi ilk başvuran olma şansını kaçıran fakat ilave katkı sunan teşebbüslere ceza indirimi sağlanan rekabet hukuku rejimlerinde uzlaşmanın süreçte etkinlik sağlamak amacına odaklandığı görülmektedir. Bu tür uzlaşma kurgularında teşebbüsler ekseriyetle birtakım prosedürel haklarından feragat etmeleri ve soruşturma sürecindeki süreç adımlarının basitleştirilmesi karşılığında cezada indirim temin etmektedir.

Uzlaşma kurumunun rekabet hukuku mevzuatına dâhil edilmesi, uzlaşmanın etkinliğini garantilememekte; uzlaşma kurgusunun ne şekilde yapıldığı ve uygulamasına ilişkin esaslar uzlaşma kurumunun etkinliğinin de belirleyicisi olmaktadır. Pek çok ülkede benimsenmesi ile birlikte ICN ve OECD gibi

uluslararası kuruluşların da gündemine giren uzlaşmanın etkinliği için şeffaflık, öngörülebilirlik ve belirliliği sağlamaya yönelik bir mekanizma tasarlanmasının elzem olduğu ifade edilmektedir. Bu doğrultuda tasarlanan uzlaşma mekanizmasının hem teşebbüslere hem de rekabet otoritesine yeterli fayda ve teşviki sağlaması ve teşebbüslerin uzlaşmadan elde edecekleri faydayı, uzlaşmaya varılmaması halinde karşılaşacakları riskleri ve rekabet otoritesinin takip edeceği usulün ne olduğunu bilmeleri gerekmektedir. Teşebbüsler nezdinde uzlaşmanın tercih edilebilir olması için uzlaşma neticesinde verilen ceza indiriminin seviyesi kadar, rekabet otoritesi tarafından verilen cezaların öngörülebilirliği de önem taşımaktadır.

Komisyon'da uzlaşma kurumu, Türk rekabet mevzuatı bakımından mehzaz olması nedeniyle önemli bir örnek niteliğindedir. Temel unsurlar bakımından incelendiğinde, Komisyon'da uzlaşmanın sadece karteller için öngörüldüğü, teşebbüslerden ihlalin kabulü ve prosedürel haklardan feragat dışında bir talep olmadığı ve uzlaşma neticesinde %10 ceza indiriminin uygulandığı görülmektedir. Tasarı'da yer alan düzenlemenin ise, her ne kadar Tasarı gerekçesinde mehzaz mevzuata uyumun amaçlandığı belirtilse de, Komisyon'da uzlaşma düzenlemesinden temel unsurlar dâhil pek çok alanda farklılaştığı görülmektedir. Bu kapsamda, Tasarı'nın uzlaşmayı tüm rekabet ihlali türleri için öngörmesi, prosedürel haklardan feragate ilişkin bir düzenleme yokken sadece yargı yolu hakkından feragat şartının getirilmesi ve ceza indirimine ilişkin herhangi bir düzenlemenin olmaması temel farklılıklar olarak sayılabilecektir. Tasarı'da yer alan hususlardan özellikle yargı yolu hakkından feragat ve uzlaşmayı karteller dışındaki rekabet ihlallerine genişleten uygulamanın hem literatür hem de ülke uygulamaları bağlamında tartışmalı alanlar barındırdığı ve Tasarı'nın yasallaşmasının ardından uygulamaya dönük önemli soru işaretleri doğurduğu söylenebilecektir. Tasarı'da uzlaşma neticesinde ceza indirimi uygulanıp uygulanmayacağı açık şekilde belirtilmemesi ve bu alandaki belirsizliğin de uygulamanın etkinliğini olumsuz etkileyecek bir unsur olduğu düşünülmektedir.

Türkiye uygulaması bakımından uzlaşmanın ceza yönetmeliği ve pişmanlık yönetmeliği ile ilişkisinin göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Zira yakın ilişkide olan bu mekanizmalardan beklenen faydanın sağlanması bakımından uyumun ve mümkün olduğu ölçüde tamamlayıcılığın sağlanması gerekmektedir. Mevcut durumda pişmanlık programının inceleme aracı olma işlevinin mehzaza kıyasen zayıf olduğu, öngörülen aktif işbirliğinin uzlaşma ile aynı düzeyde

olması nedeniyle uzlaşmaya gerek olup olmadığı gibi tartışmaların beslenildiği düşünülmektedir.

Tasarı'da yer alan uzlaşma düzenlemesi, konuya ilişkin literatür ve ülke uygulamaları eşliğinde değerlendirildiğinde uygulamaya ilişkin belirsizlikleri de beraberinde getirmektedir. Etkin bir uzlaşma kurgusu için elzem kabul edilen güçlü ve istikrarlı cezalandırma geleneği konusunda Rekabet Kurulu içtihadı incelendiğinde, tercih edildiği görülen iddiaların ağırlığının düşük profilden cezalandırma yönteminin süreçte bir engel teşkil edebileceği düşünülmektedir.

Sonuç olarak, Tasarı'da öngörülen çerçeve dâhilinde uzlaşmanın, yargı yolu hakkından feragat koşulu ve tüm rekabet ihlallerine uygulanabilirliği gibi temel unsurlar konusunda tartışmalı olduğu kadar, ceza yönetmeliği ve pişmanlık programı ile ilişkisi ve Rekabet Kurulu içtihadı temelinde de uygulamaya yönelik önemli soru işaretleri barındırdığı düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

AARON, J (2014), “DOJ Waives the White Flag on Waivers”, *Conrad O’Brien*, 30 Aralık 2014, <http://www.trendingwhitecollar.com/doj-waves-the-white-flag-on-waivers/>, Erişim Tarihi: 25.12.2014

ALMUNIA, J. (2013), “Remedies, Commitments and Settlements in Antitrust”, European Commission Press Releases Database- Speech/13/210 08.03.2013, http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-210_en.htm, Erişim tarihi: 25.12.2014.

ARI H., E. AYGÜN, H.G. KEKEVİ (2011), “Rekabet Hukukunda Taahhüt ve Uzlaşma”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu VII, 16-17 Nisan 2019, Kayseri, s.229-294

ASCIONE, A. ve MOTTA, M. (2008), “Settlements in Cartel Cases”, C.D. Ehlerman ve M. Marquis (der), *European Competition Law Annual 2008: Antitrust Settlements under EC Competition Law* içinde, s.67-83.

GAROUPA, N ve STEPHEN, F. H. (2006), “Law and Economics of Plea-Bargaining”, SSRN Working Paper Series, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=917922, Erişim Tarihi: 25.12.2014, Section 4.1.

GENEVAZ, S. (2013), “Specific Issues in Horizontal and Vertical Agreement Cases”, <http://www.euchinacomp.org/attachments/article/353/6.0-EN-Leniency%20and%20Settlement-Simon.pdf> , Erişim tarihi: 25.12.2014

HANSEN, M. ve YOSHIDA D. (2012), “Cartel Settlements & Leniency in the United States and the European Union”, Tokyo, Japan, 21.11.2012, <http://lw.com/presentations/cartel-settlements-and-leniency-us-eu-2012>, Erişim Tarihi: 25.12.2014.

ICN (2008), “Cartel Settlements”, Report to the ICN Annual Conference, Kyoto, Japan, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc347.pdf>, Erişim Tarihi: 25.12.2014.

ITALIANER, A. (2013), “Fighting cartels in Europe and the US: different systems, common goals”, Annual Conference of the International Bar Association (IBA) on 9 October 2013, http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2013_09_en.pdf, Erişim Tarihi:25.12.2014,

KEKEVİ, G.H. (2008), *ABD, AB ve Türk Rekabet Hukukunda Kartellerle Mücadele*, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi, No. 15, Ankara.

LACHNIT, E.S. (2013), “Alternative enforcement of competition law – Balancing legal requirements in practice”, RENFORCE Working Papers, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2362789, Erişim Tarihi: 25.12.2014.

LAINA F. ve BOGDANOV A. (2014), “The EU Cartel Settlement Procedure: Latest Developments”, *Journal of European Competition Law & Practice*, No: 5(10), s. 717-727.

LAINA, F. ve LAURINEN E. (2013), “The EU Cartel Settlement Procedure: Current Status and Challenges”, *Journal of European Competition Law & Practice*, No:4(4), s.302-311.

LASSERE, B. ve FABIEN Z. (2008), “A Principled Approach to Settlements: A Few Open Issues”, C.D. Ehlerman ve M. Marquis (der), *European Competition Law Annual 2008: Antitrust Settlements under EC Competition Law* içinde, s.143-169.

LEVY, M. ve TARDIF N. (2014), “France: Cartel Regulation”, *The European Antitrust Review 2015*, s. 110-115.

O'BRIAN, A. (2008), “Cartel Settlements in the U.S. and EU: Similarities, Differences & Remaining Questions”, 13th Annual EU Competition Law and Policy Workshop, Florence, Italy, <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/235598.pdf>, Erişim tarihi: 25.12.2014.

OECD (2007), “Plea Bargaining and Settlement of Cartel Cases”, Competition Policy Roundtables 2006, DAF/COMP(2007)38, <http://www.oecd.org/competition/cartels/40080239.pdf>, Erişim tarihi: 25.12.2014.

OECD (2008) , “Plea Bargaining and Settlement of Cartel Cases”, Policy Brief, September 2008, <http://www.oecd.org/regreform/sectors/41255395.pdf>, Erişim tarihi: 25.12.2014.

OECD (2012), “Leniency For Subsequent Applicants”, Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement, DAF/COMP/WP3(2012)9, <http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3%282012%299&docLanguage=En>, Erişim Tarihi: 25.12.2014.

OFT (2012), “Review of the OFT’s investigation procedures in competition cases”, http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http://www.of.gov.uk/shared_of/policy/OFT1263con2, Erişim tarihi: 25.12.2014.

OLSEN, G. ve JEPHCOTT M. (2010), “Sharing the Benefits of Procedural Economy: The European Commission’s Settlement Procedure”, *American Bar Association-Antitrust*, No:25(1), s.76-80

PARR, N. ve BURROWS, E. (2013), “European Union”, *Global Legal Insights-Cartels Enforcement, Appeals & Damages Actions*, s.75-83.

SCHNELLE, U. ve SOYEZ, V. (2014), “Germany: Cartels”, *European Antitrust Review 2015*, <http://globalcompetitionreview.com/reviews/62/sections/210/chapters/2487/germany-cartels/>, Erişim Tarihi: 15.1.2014

SLATHER, D., S. THOMAS, D. WELBROECK (2008), “Competition law proceedings before the European Commission and the right to a fair trial: no need for reform?”, *Research Papers in Law 5/2008, College of Europe European Legal Studies*, https://www.coleurope.eu/system/files_force/research-paper/researchpaper5_2008.pdf?download=1, Erişim Tarihi: 25.12.2014.

VASCOTT, D. (2013), “EU cartel settlements: are they working?”, *Global Competition Review News*, 8.4.2013, <http://www.globalcompetitionreview.com/features/article/33348/eu-cartel-settlements-working/>, Erişim Tarihi: 25.12.2014.



Üniversiteler Mahallesi
1597. Cadde No: 9
06800 Bilkent/ANKARA

<http://www.rekabet.gov.tr/tr-TR/Rekabet-Dergileri-Listesi>

ISSN 1302-552X



9 771302 552009