

ISSN 1302 - 552X

REKABET DERGİSİ COMPETITION JOURNAL

Cilt/Volume: 16 Sayı/Number: 4 Ekim/October 2015

- ◆ **Revisiting The Conflict Between The European Trade Mark Rights And Parallel Importation**
Dr. Özgür ARIKAN
- ◆ **Uzlaşma: Belirsizliğe Yolculuk**
Ebru İNCE
Neyzar ÜNÜBOL

16. YIL
16th YEAR
2000'den beri yayında
Published since 2000

ISSN 1302 -552X

REKABET DERGİSİ

COMPETITION JOURNAL

Cilt/Volume: 16

Sayı/Number: 4

Ekim/October 2015

Üç ayda bir yayımlanan hakemli dergi
Refereed journal published quarterly

**Rekabet Dergisi, EBSCO, Tübitak Ulakbim
ve Asos Index veri tabanlarında
dizinlenmektedir.**

*Competition Journal is indexed in the
EBSCO, Tubitak Ulakbim and Asos Index
databases.*

YAYINCI REKABET KURUMU ADINA SAHİBİ
OWNER ON BEHALF OF PUBLISHER TURKISH COMPETITION AUTHORITY
Prof. Dr. Ömer TORLAK

SORUMLU MÜDÜR
MANAGING DIRECTOR
Abdullah KÜTÜK

YAYIN KOMİSYONU
EDITORIAL BOARD
Kürşat ÜNLÜSOY
Abdulgani GÜNGÖRDÜ
Ali ARIÖZ
Hakan Deniz KARAKOÇ
Ümit GÖRGÜLÜ
Ebru ÖZTÜRK
Yalçın YALÇIN

EDİTÖRLER
EDITORS
Ümit GÖRGÜLÜ
Ebru ÖZTÜRK
Yalçın YALÇIN

YAYIN SEKRETERİ
PUBLISHING SECRETARY
Özlem ERDOĞAN

DANIŞMA KURULU
ADVISORY BOARD
Prof. Dr. İzak ATIYAS
Prof. Dr. Mehmet BARCA
Prof. Dr. Lale DAVUT
Prof. Dr. Ercüment ERDEM
Prof. Dr. Celal GÖLE
Prof. Dr. Nihat IŞIK
Prof. Dr. İsmail KIRCA
Prof. Dr. Fuat OĞUZ
Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY
Prof. Dr. Turgut TAN
Prof. Dr. Erol TAYMAZ
Prof. Dr. Metin TOPRAK
Prof. Dr. Ünal ZENGİNOBUZ
Doç. Dr. Mahmut YAVAŞI
Yrd. Doç. Dr. Fatih Cemil ÖZBUĞDAY
Yrd. Doç. Dr. Hamdi PINAR
Yrd. Doç. Dr. Murat ŞAHİN

Rekabet Dergisi, Rekabet Kurumu tarafından üç ayda bir yayımlanan hakemli bir dergidir. EBSCO, Tübitak Ulakbim ve Asos Index veri tabanlarında dizinlenen Rekabet Dergisi'nde, rekabet hukuku, politikası ve sanayi iktisadı alanlarındaki Türkçe veya İngilizce özgün makalelere, vaka yorumları ve benzeri görüşler ile haberlere yer verilmektedir. Yazılarda belirtilen düşünce ve görüşlerden yazarlar sorumludur; bu düşünce ve görüşler Rekabet Kurumu açısından bağlayıcılık teşkil etmez.

Competition Journal is a refereed journal published quarterly by the Turkish Competition Authority. Competition Journal, indexed in the EBSCO, Tubitak Ulakbim and Asos Index databases, publishes original articles, case comments and news in Turkish and English in the field of competition law, policy and industrial organization. Any opinions expressed in the Competition Journal represent solely the views of contributing writers and not necessarily those of the Turkish Competition Authority.

Yönetim Yeri / Managing Office:

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

Telefon-Faks / Telephone-Fax: (90) 312 291 44 44 - (90) 312 291 40 00

E-posta / E-mail: rekabetdergisi@rekabet.gov.tr

Web Adresi / Web Address:

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

Basımcı / Printer:

Pelin Ofset Matbaacılık San. Tic. Ltd. Şti.
İvedik Organize Sanayi Bölgesi
Matbaacılar Sitesi 1514. Sok. No: 28
06378 Yenimahalle / Ankara
www.pelinofset.com.tr

Basım Tarihi / Publication Date: **Kasım / November 2016**

REKABET DERGİSİ
COMPETITION JOURNAL

Cilt/Volume: 16

Sayı/Number: 4

Ekim/October 2015

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

1 MAKALELER / ARTICLES

- 3 Revisiting The Conflict Between The European Trade Mark Rights And Parallel Importation / Avrupa Marka Hakları ile Paralel Ticaret Arasındaki Çatışmanın Yeniden Değerlendirilmesi**
Dr. Özgür ARIKAN

- 27 Uzlaşma: Belirsizliğe Yolculuk / Settlement: A Journey To Uncertainty**
Ebru İNCE - Neyzar ÜNÜBOL

MAKALELER
ARTICLES

REVISITING THE CONFLICT BETWEEN THE EUROPEAN TRADE MARK RIGHTS AND PARALLEL IMPORTATION

AVRUPA MARKA HAKLARI İLE PARALEL TİCARET ARASINDAKİ ÇATIŞMANIN YENİDEN DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Özgür ARIKAN*

Abstract

There are two crucial on-going developments regarding the European trade mark law. These are; the expansion of trade mark protection under the double identity clause by the case law of the CJEU and entry into force of the Trade Marks Directive (EU) 2015/2436 of the European Parliament and of the Council of to approximate the laws of the Member States relating to trade marks. This article aims to revisit the long-recognized conflict between the trade mark laws of the Member States, which provides exclusive rights for trade mark owners at a national level to prevent the unauthorized use of trade marks by third parties, and the free movements of goods principle of the EU, which creates intra-brand competition through allowing the parallel importation within the European Economic Area, in order to view the impact of the recent developments on the European exhaustion doctrine.

Key words: Trade Mark Protection, Parallel Importation, Intra-brand Competition, European Exhaustion, the Court of Justice of the European Union.

Özet

Avrupa marka hukuku alanında devam eden iki önemli gelişme bulunmaktadır. Bunlar; çifte aynıyet kuralı altında marka haklarının ABAD kararları ile genişletilmesi ve üye ülkelerin markalara ilişkin kanunlarını yakınlaştırma amacı taşıyan Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi'nin 2015/2436 Avrupa Marka Direktifi'nin yürürlüğe girmesidir. Bu makale, söz konusu gelişmelerin Avrupa marka haklarının tükenmesi doktrinine olan etkilerini incelemek için, marka sahiplerine üçüncü kişilerin markalarını izinsiz kullanmasını önlemek için ayrıcalıklı haklar tanıyan üye ülkelerin marka hukukları ile Avrupa Ekonomik Alanı içerisinde paralel ticareti meşru kılarak marka içi rekabet yaratan Avrupa Birliği'nin malların serbest dolaşımı ilkesi arasındaki uzun süredir tanınan çatışmanın yeniden değerlendirilmesini amaçlamaktadır.

Anahtar kelimeler: Markanın Korunması, Paralel Ticaret, Marka İçi Rekabet, Avrupa Marka Haklarının Tükenmesi, Avrupa Birliği Adalet Divanı.

* Ar. Gör. Dr. , İstanbul Medeniyet Üniversitesi.

INTRODUCTION

The European Union (EU) regulated a directive to approximate the laws of Member States relating to trade marks, which is known as the Trade Mark Directive (TMD).¹ According to Article 2 of the TMD, any sign which is capable of being represented graphically and of distinguishing the goods and services of one undertaking from those of other undertakings can be registered as trade mark.² Once, a sign has been registered as a trade mark by the authorised institutions, the exclusive rights are granted to the owner of trade mark.

The exclusive rights granted to trade mark owners are set out in Article 5 of the TMD.³ It defines what will amount to an infringement whereby the scope of the exclusive rights given to trade mark owners is outlined. According to Article 5(1)(a) of the TMD⁴, a registered trade mark will be infringed if a mark which is *identical* with the registered trade mark is used for products which are *identical* with those for which the trade mark has been registered. This rule is known as “double identity rule.”

This article aims to revisit the conflict between the trade mark rights and parallel importation within the European Economic Area (EEA). The exclusive right that a trade mark owner would apply in the case of parallel importation is likely to be the one given them under Article 5(1)(a); since parallel imports are the same products of the same registered trade mark imported from a different market. Therefore, this article will focus on the trade mark right provided under the double identity clause rather than the ones provided under the other subsections of Article 5.

¹ The DIRECTIVE 2008/95/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 22 October 2008 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks. (It is repealed with effect from 15 January 2019). This Directive is referred as the “TMD” in this article. The DIRECTIVE (EU) 2015/2436 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 16 December 2015 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks. (It came into force on 23 March 2016). This Directive is referred as the “new TMD” in this article.

² Article 2 of the TMD corresponds to Article 3 of the new TMD. It is important to note that “capable of being represented graphically” criterion for a sign to be registered as a trade mark removed from the new TMD. Instead, Article 3 of the new TMD requires a sign to be represented on the register in a manner which enables the competent authorities and the public to determine the clear and precise subject matter of the protection afforded to its proprietor. Recital 13 to the new TMD indicates that sign should be permitted to be represented in any appropriate form using generally available technology, and thus not necessarily by graphic means, as long as the representation offers satisfactory guarantees to that effect.

³ Article 5 of the TMD corresponds to Article 10 of the new TMD.

⁴ Article 5(1)(a) of the TMD corresponds to Article 10(2)(c) of the new TMD.

1. DOUBLE IDENTITY CLAUSE AND FUNCTION THEORY

The protection provided to a trade mark owner under the double identity clause is limited to cases in which the use of an identical mark in relation to the identical products by third parties is incompatible with the exclusive right which was granted to the trade mark owner through registration. This exclusive right was applicable for trade mark owners to prevent the use of the identical mark by third parties in cases where one of the functions that the trade mark is supposed to perform is adversely affected.⁵ Therefore, identifying the functions performed by trade mark plays a crucial role in drawing the scope of the protection provided under Article 5(1)(a) of the TMD.

The functions that a trade mark performs may be divided into three.⁶ The first one is the essential function of indicating origin (origin function) which identifies the commercial source of products bearing the trade mark. The second one is the quality guarantee function of trade mark which enables the owner to convey information about the unobservable quality features of the products bearing the trade mark. The third one is the communication, investment or advertising functions.⁷ However, we will use an umbrella definition, which is the “additional functions”⁸, for the quality guarantee function and the communication, investment or advertising functions of trade mark at some points of this article.

Prior to adoption of the function theory, the Court of Justice European Union (CJEU) had applied the essential function theory in determining the scope of the rights given to trade mark owners under Article 5(1)(a) of TMD. The essential function of trade mark can be defined as the ability of the trade mark to guarantee

⁵ This is referred as the “function theory” or the “functions doctrine.” SENFTLEBEN, M. (2014), “Function theory and international exhaustion-why it is wise to confine the double identity rule to cases affecting the origin function”, *European Intellectual Property Review*, No: 36(8), p. 518-524; KUR, A. (2014), “Trade marks function, don’t they? CJEU jurisprudence and unfair practices”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, No: 45(4), p. 434-454.

⁶ This scheme of classification was mentioned in *Christian Dior v. Evora* (C-337/95) by AG Jacobs who drew it from CORNISH W.R. (1999), *Cases and Materials on Intellectual Property*, Third Edition, Sweet & Maxwell, London, UK before being picked up by CJEU in *L’Oreal v. Bellure* (C-487/07) [2009] E.T.M.R.55. For more information about the functions of trade mark see: ARIKAN, Ö. (2016), *Trade Mark Rights and Parallel Importation in the European Union*, Onikilevha, Istanbul, Turkey, p.21-65.

⁷ It is necessary here to note that the CJEU addressed the investment and advertising functions separately in the recent cases such as *Google France* (C-236/08 to C-238/08) and *Interflora v. Marks & Spencer* (C-323/09) although they have been mentioned all together in *L’Oreal v. Bellure* (C-487/07). In this article, they will be considered all together unless it needs to be considered separately.

⁸ For more information about the additional functions of trade mark see: GRIFFITHS, A. (2011), *An Economic Perspective on Trade Mark Law*, Edward Elgar, Cheltenham, UK.

the identity of the origin of the marked product to the consumers or end users by enabling them, without any possibility of confusion, to distinguish the products from others which have another origin.⁹ In order for a trade mark to be able to fulfil its essential function, it must offer a guarantee that all products bearing it have originated *under the control of a single undertaking that is responsible for their quality*.¹⁰ However, the CJEU case by case introduced the function theory and therefore expanded the scope of the protection provided under Article 5(1) (a) of the TMD.

The idea of providing protection to the functions of trade mark other the essential function of indicating origin was first suggested in *Arsenal Football Club v. Reed*.¹¹ In his opinion to the CJEU, AG Colomer raised an argument as to the traditional determination of the scope of trade mark rights by saying that “it seems to me to be simplistic reductionism to limit the function of the trade mark to an indication of trade origin” because a trade mark can indicate at the same time origin of the products, the quality of the products it represents and also the reputation of the firm. Thus, there is “...no reason whatever not to protect those other functions of the trade mark and to safeguard only the function of indicating the trade origin of goods and services.”¹²

As a result, the CJEU in its ruling hinted at the functions of trade mark by stating as follows:

“The exercise of that right (the exclusive right under Art.5(1)(a) of the Trade Mark Directive) must therefore be reserved to cases in which a third party’s use of the sign affects or is liable to affect *the functions of the trade mark*, in particular its essential function of guaranteeing to consumers the origin of the goods.[Emphasis Added]”¹³

The identification of those functions came with its judgment in *L’Oréal v. Bellure*¹⁴ where *quality guarantee* and *communication, investment or advertising functions* of a trade mark in addition to its origin function are found to merit protection under the provision of Article 5(1)(a) of TMD.¹⁵ However, the judgment of the CJEU, which expands the scope of exclusive trade mark rights to

⁹ *Hoffmann La Roche v. Centrafarm* (C-102/77) [1978] E.C.R. 1139 at [7].

¹⁰ *Hag II* (C-10/89) [1990] 3 C.M.L.R. 571 at [13]; *Arsenal v. Reed* (C-206/01) [2003] 1 C.M.L.R. 12 at [48].

¹¹ *Arsenal v. Reed* (C-206/01) [2002] E.T.M.R. 82.

¹² *Ibid.* at [46]- [47].

¹³ *Ibid.* at [54].

¹⁴ *L’Oréal v. Bellure* (C-487/07) [2009] E.T.M.R. 55.

¹⁵ *Ibid.*

protect the communication, investment or advertising functions that a trade mark performs, has been criticized on the ground that neither a clear explanation as to the concepts of them nor a detailed justification for their protection was given.¹⁶

The other judgment of the CJEU regarding to the protection of the additional functions under Article 5(1)(a) of TMD was in *Google France*.¹⁷ In relation to those functions, Advocate General Poiares Maduro, in his opinion to the CJEU, stated that the CJEU made an important clarification in *L'Oreal v. Bellure* which is that alongside the aim of preventing consumers from being misled, trade marks also serve to promote innovation and commercial investment. A trade mark protects the investment that the trade mark owner has made in the product associated with it and, in so doing, creates economic incentives for further innovation and investment. Advertising, investment and communication functions that a trade mark performs relate to that promotion of innovation and investment.¹⁸

However, the CJEU found only the origin function and the advertising function as the relevant functions to be examined under Article 5(1)(a) of the TMD in *Google France*. As regards the function of advertising, the CJEU held that use of a sign which is identical with another person's trade mark in a referencing service such as Ad Words is not liable to have an adverse effect on the advertising function of the trade mark although it acknowledged that trade mark owners do experience repercussions from that use.¹⁹

The explanation as to the investment function of trade mark in addition to its advertising function came later with judgment in *Interflora v. Marks & Spencer*²⁰. In *Interflora v. Marks & Spencer*, *Interflora* had brought trade mark infringement proceedings against a competitor company *Marks & Spencer* which used *Interflora* as a keyword in Google Ad Words referencing service to advertise its own flower delivery service, meaning that when internet users entered *Interflora* as a search term in the Google search engine an advertisement for *Marks & Spencer's* flower delivery service would appear.

In this case, the CJEU, for the first time, gave the definition of the investment function of trade mark in this case in order to explain the difference of it from

¹⁶ GANGJEE, D. and BURRELL, R. (2010), "Because You're Worth It: *L'Oreal* and the Prohibition on Free Riding", *The Modern Law Review*, No: 73(2), p. 282; HORTON, A. (2011), "The implications of *L'Oreal v Bellure*- a retrospective and a looking forward: the essential functions of a trade mark and when is an advantage fair?", *E.I.P.R.*, No:33(9), p. 555.

¹⁷ *Google France* (C-236/08 to C-238/08) [2010] E.T.M.R. 30.

¹⁸ *Ibid.* at AG [96].

¹⁹ *Ibid.* at [95]-[98]; Case Comment (2010), "Use of trade mark in internet search keywords examined", *EU Focus*, No: 274, p.28.

²⁰ *Interflora v. Marks & Spencer* (C-323/09) [2012] E.T.M.R. 1.

the advertising function. According to the CJEU, the investment function of trade mark can be defined as “to acquire or preserve a reputation capable of attracting consumers and retaining their loyalty.”²¹ However, a trade mark can be used to acquire or preserve reputation, not only through advertising, but also through various commercial techniques. Therefore, the investment function of a trade mark differs from its advertising function although it may overlap with the latter.²² The CJEU found in this case that the use by a competitor of a keyword, which is identical to the trade mark in relation to the identical goods and services, has an adverse effect on the investment function of the trade mark but it has no adverse effect on its advertising function.

The most crucial outcome of the CJEU’s judgment in this case was probably explanation of the difference between the general concepts of investment function and advertising function. The difference between the notions of those functions had not been clarified by the CJEU since they were identified in *L’Oréal v. Bellure*. Having said that, the concept of communication function and its difference from the concepts of the advertising and investment functions have not been clarified since it was found to merit protection under the provision of Article 5(1)(a) of the TMD.

To sum up, the idea that there might be functions, other than the origin function, which merit protection under Article 5(1)(a) of the TMD was first suggested in the rulings of the CJEU in *Arsenal Football Club v. Reed*. The most important development in relation to the functions theory came with the identification of those functions, named as the quality guarantee function and the advertising, investment or communication functions, in *L’Oréal v. Bellure*. However, the CJEU did not provide any ruling illustrating the differences between the advertising, investment or communication functions that a trade mark performs in the relevant cases until *Interflora v. Marks & Spencer*. In that case, the CJEU provided a ruling noting the difference between the investment function and the advertising function that a trade mark performs.

On one hand, it is possible to say that there has been a consistent improvement as to the clarification of the additional functions since the adoption of the function theory. The difference between the notions of the advertising and investment functions was clarified by the CJEU in *Interflora v. Marks & Spencer*.²³

On the other hand, I think it is not yet completely settled matter of the European Trade Mark Law. Since, the concept of the communication function

²¹ *Ibid.* at [60].

²² *Ibid.* at [61].

²³ *Ibid.*

and its difference from the notions of advertising and investment functions remain obscure.²⁴ Furthermore, the quality guarantee is identified as a distinct function in the CJEU's recent judgments. However, the quality guarantee was linked to the essential function of indicating origin, as it can be clearly understood from the definition of the essential function, which the CJEU applied in the interpretation of the scope of protection under the double identity rule prior to its *Arsenal* decision.²⁵

In my opinion, the fundamental issue with the expansion of the scope of the protection to cover the additional functions of trade mark is the uncertainty as to the scope of the absolute protection provided under the double identity clause. More specifically, the double identity clause was specially designated to provide trade mark owners an exclusive right so as to safeguard their marks against confusion. In other words, the protection provided under the double identity clause was designated to protect the origin function of trade mark. Therefore, Recitals to the TMD describes this type of protection as absolute. This means that the protection afforded by the registered trade mark should be absolute in the case of identity between the marks and the goods or services.

Nevertheless, the lack of clarity and certainty as to the concepts of additional functions creates difficulties to draw the scope of the absolute protection provided under the double identity clause. Hence, there was a negative view as to the function theory which expands the scope of the protection under the double identity clause.²⁶ As a result, the European Commission, in its proposed Directive, which was carried out in the light of the Max Planck Institute's report, sought to limit the protection under the double identity clause to cases affecting merely the essential function of indicating origin.²⁷ It is pointed out in the preamble that the provision shall serve legal certainty and clarity. This means that the Commission aimed to clarify the scope of the absolute protection by limiting the double identity clause to the origin function.

²⁴ KUR, A. (2015), "The EU Trademark Reform Package—(Too) Bold a Step Ahead or Back to Status Quo?", *Marquette Intellectual Property Law Review*, No:19(1), p. 32.

²⁵ *Hoffmann La Roche v Centrafarm* (C-102/77) [1978] E.C.R. 1139; *Hag II* (C-10/89) [1990] 3 C.M.L.R. 571 at [14] and [13], *Scandecor v Scandecor* (HL 4 APR 2001) [2001] E.T.M.R. 74 at [17].

²⁶ Kur 2014, p. 438; Senftleben 2014, p. 518.

²⁷ The European Commission commissioned a study to evaluate the current functioning of the European trade marks system to identify any needed improvements and to assess the need for further harmonization. The review was carried out by the Max Planck Institute and was published in 2011. In March 2013, the European Commission formally adopted its proposals to review the European trade marks Regulation and the Directive. The new TMD is currently in force.

However, the reasoning of the Commission was not satisfying for Trade Mark Associations and this proposal was met with some antagonistic reactions from them.²⁸ Undoubtedly, the expansion of the absolute protection under the double identity clause to cover the additional functions strengthens the hands of trade mark owners, in particular against parallel traders which we will consider in detail below.

Thus, Trade Mark Associations opposed the limitation of the double identity clause into the origin function in the proposed Directive on the ground that it could cause uncertainty in a situation where there is contrary statements avoiding confusion as to commercial origin of products.²⁹ This is the case occurred in aforementioned *Arsenal v Reed*.³⁰

In this case, *Reed* contested the infringement argument of Arsenal by claiming that there was no use in the course of trade because the products were not official were prominently displayed on the signpost and signs, which are the registered trademarks of Arsenal, were only used as badges of support, loyalty or affiliation to the Arsenal football club. Therefore, the CJEU expanded the scope of the protection to safeguard the further functions of trade mark. It can be argued whether the expansion of trade mark protection to safeguard the further functions of trade mark can be a solution to prevent defences on the ground that there was a contrary statement avoiding confusion as to commercial origin of products. However, it is possible to say that limiting the scope of the protection to the origin function of trade mark does not provide a solution to the cases where it is obvious that there is no likelihood of confusion as to the origin of goods or services.³¹ This can be because of a contrary statement avoiding confusion like the *Arsenal* case or significant price differences between the luxury products and their counterfeits.

²⁸ For more information, see Kur 2014, p. 434; GRUR (2013), “Opinion of the German Association for the Protection of Intellectual Property regarding the European Commission proposal for a recast of the Trade Mark Directive”,

<http://www.grur.org/uploads/tx_gstatement/2013-07-01_GRUR_Opinion_Recast_TM_Directive-summary_01.pdf>, Data Accessed:15.06.2016;

INTA (2013), “International Trademark Association Comments on the Proposed Revisions to the EU Community Trade Mark Regulation and Trade Marks Directive”,

<<http://www.inta.org/advocacy/documents/june2013intacommentseutmsystemsreview.pdf>>, Data Accessed:15.06.2016.

²⁹ INTA (2013), p. 15.

³⁰ *Arsenal v. Reed* (C-206/01) [2001] 2 C.M.L.R. 23.

³¹ SENFTLEBEN, M. (2011), “Trade Mark Protection – A Black Hole in the Intellectual Property Galaxy?”, *International Review of Industrial Property and Competition Law*, No: 42(4), p. 387.

Moreover, imitation of the luxury branded products which could not be confused with the actual brand due to massive price difference between them.³² For instance, if a *Louis Vuitton* handbag is on sale at 10\$, it is so obvious for consumers that the handbag is counterfeit product. Therefore, it is unlikely for consumers to be confused as to the commercial origin of product.

Similarly, Adword and keyword cases which would often be reduced to trade mark with a reputation.³³ This is the case occurred in *Interflora v. Marks & Spencer*.³⁴ In this case, *Interflora*, which is not a well-known trade mark, had brought trade mark infringement proceedings against a competitor company *Marks & Spencer* which used *Interflora* as a keyword in Google Ad Words referencing service to advertise its own flower delivery service, meaning that when internet users entered *Interflora* as a search term in the Google search engine an advertisement for *Marks & Spencer's* flower delivery service would appear.

Also, parallel import cases where original products have been sold with the consent of the trademark owner only outside the EU. In the case of limiting the double identity protection into the origin function, it could not be justified why the importation of original products into the EU is an infringement. This is because; the origin function in these cases is not affected as the products originated from the trademark owner.³⁵

As a result those criticisms, the European Parliament as well as the Council suggest deleting the restriction.³⁶ There is no mention as to the limitation of the scope of trade mark protection to origin function under the double identity clause in the new legislation. In other words, “detriment to origin function” requirement has been removed from double identity clause of the proposed Directive and it has been approved and published by the European Council and Parliament without this requirement.

However, the recital 16 of the new TMD clearly states that the origin function of a trade mark is absolute in cases of double identity. This means that detriment to origin function under the double identity clause of the new TMD is absolute but the double identity clause is not limited to the protection of the origin function. Therefore, the case law of the CJEU regarding the expansion of protection under the double identity clause remained as a crucial guidance under the new TMD.

³² INTA (2013), p. 15.

³³ *Ibid.* p. 15.

³⁴ *Interflora v. Marks & Spencer* (C-323-09) [2012] E.T.M.R. 1.

³⁵ GRUR (2013), p. 6.

³⁶ Kur 2014, p. 32.

Undoubtedly, this last minute revision change prior to the entry into force of the new TMD strengthened the hands of trade mark owners against the parallel importers which we will consider below. Firstly, the protection provided under the double identity clause remains absolute. This means that trade mark owners do not have to prove the likelihood of confusion under the double identity clause as it is presumed. Secondly, the trade mark owners may seek to protect the additional functions of their trade mark under the double identity rule. We will consider the impact of those developments on the exhaustion principle below.

2. PARALLEL IMPORTATION AND INTRA-BRAND COMPETITION

Parallel importation occurs when a trade mark owner or his licensee sells protected products in one national market under such circumstances that those products can be purchased there for export and imported into another country for sale against the wishes of the trade mark owner and in competition with identical products enjoying equivalent protection in the country of import.³⁷

Parallel importing occurs in practice only if it is an economically logical activity for firms to engage in. The parallel traders have an incentive to do this only if they can import and sell trade marked products at a lower price in the country of import and still make a profit after paying all the costs, tariffs and other charges. However, the trade mark owners in the country of import would not like the idea of the parallel importation; because parallel imports will create intra-brand competition, competitive situation between identical products, in the country of import.

There might be several reasons why same products of a particular trade mark may be sold at different prices in different countries.³⁸ The most obvious reason for price difference is currency fluctuations between countries.³⁹ However, monetary unions such as Euro-zone sometimes might not be enough to eliminate the price differences of the same trade marked products between the countries. In other words, the price difference and parallel importation between Germany and Greece cannot be explained by currency fluctuations.

Having said this, price discrimination might be the reason for different prices of the same trade mark products on different markets. Firms may charge different prices for the identical products that have same costs of production, based solely on different consumers' willingness to pay in different markets. In

³⁷ HAYS, T. (2004), *Parallel Importation under European Union Law*, Sweet & Maxwell, London, UK, p. 1.

³⁸ For more information about the reasons of parallel importing see: Arıkan 2016, p. 171.

³⁹ CORNISH, W. R. (1998), "Trade marks: portcullis for the EEA?", *European Intellectual Property Law*, No: 20(5), p. 173.

other words, the difference between consumers' willingness to pay for the same product might let firms to divide their customers into two or more separate groups and charge whatever the market bears. This is known in economic literature as price discrimination.⁴⁰ Therefore, the reason of the price difference between the Germany and Greece, despite using the same currency, might be the result of this marketing policy of firms. Moreover, some national markets may have strict government price controls on specific products such as drugs. For instance, Greece and Spain have lower prices in the pharmaceutical products due to the legislative power of health authorities while the wealthier countries of the EU such as Germany may have higher prices in the pharmaceutical products of the same brand.⁴¹

As a result, consumers can find the same branded products which have come from different channels on the market at different prices. Resale of parallel imports on a national market, where they have already been marketed by the normal distribution channels at a higher price, can create some pressure on the retail price of the product. More specifically, the existence of parallel imports stimulates the competition between the same trademarked products supplied by different distribution channels. This is known as "intra-brand competition" in economics.⁴²

Intra-brand price competition between the suppliers might play a role in preventing the normal distributors from charging unnecessary high prices. In other words, parallel importers benefit consumers by providing them the same trademarked products at prices which are lower than the retail price set by the normal distribution system. Hence, it can be said that parallel importing encourages economic efficiency by stimulating the "intra-brand competition" between normal distributors and parallel traders.⁴³

However, trade mark right holders struggle with parallel importing to prevent traders to jeopardise their profits and set obstacles on their effort to control their

⁴⁰ PIGOU, A.C. (1952), *The Economics of Welfare*, Fourth Edition, Macmillan & Co, London, UK, p. 279; HIRSHLEIFER, J. (1998), *Price Theory and Applications*, Fourth Edition, Prentice-Hall, New Jersey, US, p. 240; SCHMALENSEE, R. (1988), 'Output and welfare implications of monopolistic third-degree price discrimination', *The American Economic Review*, No: 71(1), p. 242; CHARD J.S. and MELLOR C.J. (2007), 'Intellectual property rights and parallel imports', *The World Economy*, No: 19890 12 (1), p. 76.

⁴¹ FEROS, A. (2010), "Free movement of pharmaceuticals within the EU-should rights be exhausted regionally?", *European Intellectual Property Law*, No: 32(10), p. 489; Cornish 1998, p. 173.

⁴² OECD (1990), "Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law", <http://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf>, Data Accessed: 08.06.2016.

⁴³ HORNER, S. (1987), *Parallel Imports*, Collins Professional Books, London, UK, p.4.

distribution channels. They argued that parallel traders often maintain significantly higher gross profit margins because they not only take away market share of the authorised retail channels, but also free-ride on the marketing communication performed and customer services provided by them.⁴⁴ The recent developments under the European trade mark law seem to strengthen the hands of the trade mark owners against to the parallel traders within the EEA. We will detail it below.

3. THE EUROPEAN EXHAUSTION DOCTRINE

According to the “free movement of goods” principle of the EU, trademarked products which has been put on a national market by the trade mark right owner or with his consent within the EEA (the European Union member states plus Iceland, Liechtenstein and Norway) can be imported and resold by traders without the authorisation of the right holder on another national market within the EEA.⁴⁵ Article 34 and 35 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) prohibit both quantitative restrictions on imports and exports and measures having equivalent effect to quantitative restrictions. In other words, parallel trade became an entirely lawful channel of trade within the EEA with these provisions of the TFEU.

However, the following provision of the TFEU constitutes an exception to the general “free movements of goods” principle. Article 36 of the TFEU states that the provisions of Article 34-35 shall not preclude prohibitions or restrictions on imports, exports or goods in transit where they may be justified on the grounds of the protection of industrial and commercial property. This is on the proviso that such prohibitions or restrictions do not constitute a means of arbitrary discrimination or disguised restriction on trade between the member states of the EEA. In other words, a trade mark owner can apply to his exclusive rights for prohibiting parallel importation of his protected products if the enforcement of those rights is justifiable within the meaning of Article 36.

However, which prohibitions or restrictions constitute a means of arbitrary discrimination or disguised restriction on trade between the member states of

⁴⁴ AVGOUSTIS, I. (2012), “Parallel imports and exhaustion of trade mark rights: should steps be taken towards an international exhaustion regime?”, *European Intellectual Property Law*, No: 34(2), p. 110; CHEN, H. (2009), “Gray Marketing: Does It Hurt the Manufacturers?”, *Atlantic Economic Journal*, No: 37(1), p. 24.

⁴⁵ BARNARD, C. (2010), *The Substantive Law of the EU: the four freedoms*, Oxford, UK, p. 33; EC (2014), “History of the Single Market”, http://ec.europa.eu/internal_market/20years/singlemarket20/facts-figures/history_en.htm, Data Accessed: 06.05.2014; UK GOVERNMENT (2013), “Review of the Balance of Competences between the United Kingdom and the European Union The Single Market”, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/227069/2901084_SingleMarket_acc.pdf, Data Accessed: 06.06.2016.

the EEA was not detailed in the provision. In other words, the boundaries of the derogation from the principle of free movements of goods were not very clear under Article 36 of the TFEU. Therefore, the conflict between the enforcement of exclusive rights granted to the trade mark holders and the principle of the free movement of goods became the main dispute in many cases. The CJEU had, in its role as interpreter of the TFEU, developed a jurisprudence relating to the conflict between the enforcement of trade mark rights and free movements of goods principle.⁴⁶

The rule that the CJEU developed in an attempt to resolve the conflict between the free movement of goods principle and trade mark protection was that of there being a distinction between the existence and the exercise of the intellectual property rights.⁴⁷ The origin of this rule appeared the CJEU's judgment in *Consten and Grundig v. EEC Commission*.⁴⁸

However, this rule was criticised on the ground that it is impossible in legal theory to draw the line between existence and exercise of rights, except to extremes. The existence of a right consists of all the ways in which it may be exercised. With the adoption of the principle of the existence and exercise rights, the CJEU created a very flexible instrument enabling it to develop the law and reduce the possibilities of dividing the single market through the use of trade mark rights. Since, the differentiation between the existence and exercise of rights is ambiguous and contributes little to resolving the conflict between the principle of free movement of goods and the protection of intellectual property.⁴⁹

The CJEU elaborated on the general concept of European exhaustion doctrine in *Centrafarm v. Winthrop*⁵⁰ as follows:

“the specific object of commercial property is *inter alia* to ensure to the holder the exclusive right to utilise the mark for the first putting into circulation of a product, and to protect him thus against competitors who would take advantage of the position and reputation of the mark by selling goods improperly bearing the mark.”⁵¹

⁴⁶ GROSS, N. (2001), “Trade mark exhaustion: the U.K. perspective”, *European Intellectual Property Law*, No: 23(5), p. 227.

⁴⁷ Hays 2004, p. 19.

⁴⁸ *Etablissements Consten S.A. and Grundigverkaufs –GmbH. v. E.E.C. Commission (C-54/64)* [1966] C.M.L.R. 418.

⁴⁹ KORAH, V. (2007), *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Ninth Edition, Hart Publishing, Oxford, UK, p. 337; BEIBER, F. (1990), “Industrial Property and the free movements of goods in the internal European market”, *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, No: 2 (131) , p. 147.

⁵⁰ *Centrafarm v. Winthrop (C-16-74)* [1974] 2 C.M.L.R. 480.

⁵¹ *Ibid.* at [8].

The exercise of trade mark rights to prohibit the parallel importation of the protected products between member states is allowed only if the exercise is part of the specific object of trade mark itself. It is important to note that the CJEU amended the terminology that it used. The “specific subject-matter of trade mark” took the place of the “specific object of trade mark” in the subsequent cases.⁵²

According to the definition of the CJEU, the specific subject-matter of a trade mark has got two elements. First, the specific subject-matter of trade mark gives the holder an exclusive right to put his protected products into circulation for the first time. However, the right of trade mark holder on the products are exhausted within the all member states after putting them into circulation in one of the member states. Second, the specific subject-matter of trade mark involves the exclusive right that provides the holder a defence against traders wishing to take advantage of the status and reputation of the mark by selling products illegally bearing that trade mark.⁵³

However, the CJEU generated another rule, which is the “essential function of a trade mark”, to illustrate the scope of the specific subject-matter of trade mark in *Hoffmann-la Roche v. Centrafarm*,⁵⁴ which was the leading case in the field of European Exhaustion doctrine before the adoption of the Trade Mark Directive.⁵⁵

In this case, *Centrafarm* imported pharmaceutical products from the United Kingdom into Germany via Holland. Prior to putting the products on the market in Germany, *Centrafarm* changed the containers of the products but affixed the same British version of the trade mark to the new containers with a note saying that they are marketed by *Centrafarm*. However, German *Roche* claimed that the repackaging of products by *Centrafarm* is an infringement of the trade mark rights of the undertaking from which it has obtained a licence. Upon the appealing of *Centrafarm*, the German High Court (Oberlandesgericht Karlsruhe) referred questions to the CJEU for preliminary rulings regarding to this issue.

The CJEU held that the right attributed to the trade mark owner of preventing any use of the trade mark which is likely to impair *the guarantee of origin is part of the specific subject-matter of the trade mark right*. It is accordingly justified under the first sentence of Article 36 to recognise that the trade mark owner is entitled to prevent an importer of a trade-marked product, following repackaging of that product, from affixing the trade mark to the new packaging without the

⁵² *Hoffmann-La Roche v. Centrafarm* (C-102/77) [1978] 3 C.M.L.R. 217; *Centafarm, BV v. American Home Products* [1979] 1 C.M.L.R. 326.

⁵³ *Centafarm, BV v. American Home Products* [1979] 1 C.M.L.R. 326.

⁵⁴ *Hoffmann-La Roche v. Centrafarm* (C-102/77) [1978] 3 C.M.L.R. 217.

⁵⁵ For more information about the essential function of trade mark see: Arkan 2016, p. 21.

authorisation of the owner. However, it is necessary to consider whether the exercise of such a right may constitute a disguised restriction on trade between member states within the meaning of the second sentence of Article 36.⁵⁶

The CJEU emphasised the role of *the essential function* of origin indicating, which was related back to *the specific subject-matter of trade mark*, in justifying the exercise of trade mark rights against the parallel traders who has repackaged the protected products before marketing them in the country of import.

It is said that the specific subject-matter of trade mark defines the exclusive rights given to trade mark owners while the essential function of a trade mark covers the role that those rights play from the consumers' point of view. Although the CJEU seems to regard the proprietor-focused specific subject-matter and the consumer-focused essential function doctrines as two different concepts, Advocate General Jacobs in his opinion to the CJEU in *Bristol-Myers v. Paranova* views them as two sides of the same coin.⁵⁷

However, it was argued that, this approach is a traditional one, with both the specific subject-matter and the essential function focusing on the trade mark as an indicator of origin, and as such, preventing consumers from being confused and allowing the trade mark owner to maintain control over the physical properties of the products.⁵⁸ The specific subject-matter rule focuses on safeguarding the origin function of trade mark and disregards the protection of additional functions so long as its scope illustrated by the essential function theory. With the introduction of legitimacy by the TMD, the CJEU commenced to consider the protection of the additional functions of trade mark as well as the protection of the essential function in the relevant disputes.

4. LEGITIMACY

The CJEU has developed case law in relation to the European exhaustion after the TMD came into force, in which the legitimacy was introduced.⁵⁹ The doctrine that the CJEU developed before the adoption of the TMD⁶⁰ was carried forward

⁵⁶ *Hoffmann-La Roche v. Centrafarm* (C-102/77) [1978] 3 C.M.L.R. 217, at [7]-[9].

⁵⁷ *Bristol-Myers v Paranova* (C-427/93) [1996] F.S.R. 225 at [72]; SIMON, I. (2005), "How does "essential function" doctrine drive European trade mark law?", *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, No: 36(4), p. 404; KEELING, D.T. (2003), *Intellectual Property Rights in EU Law-Volume 1*, Oxford University Press, p. 156.

⁵⁸ FHIMA, I.S. (2012), "The role of legitimacy in trade mark law", *Current Legal Problems*, No: 65, p. 494.

⁵⁹ For more information about the legitimacy rule see: Arıkan 2016, p. 196.

⁶⁰ The DIRECTIVE 2008/95/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 22 October 2008 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks.

to Article 7 of the TMD.⁶¹ Article 7(1) of TMD limits the exercise of the exclusive rights given to the trade mark owners if their protected products put in the circulation within the EEA with their consent due to the free movements of goods principle. However, the trade mark owner does not completely lose the right to control further commercialisation of his protected products. In the following paragraph of Article 7, it is stated that “paragraph 1 shall not apply where there exist legitimate reasons for the proprietor to oppose further commercialisation of the goods, especially where the condition of the goods is changed or impaired after they have been put on the market.”

There might be a legitimate reason for trade mark owners to oppose the further commercialisation of their protected products if the condition of the products have been changed or impaired. However, the use of word “especially” in Article 7(2) of TMD indicates that legitimate reasons to oppose the further commercialisation of protected products are not limited to situations “where the condition of the goods has been changed or impaired after they have been put on the market.” Therefore, Article 7(2) of TMD led the CJEU to develop case law as to the legitimacy in order to balance free movement of goods principle and the trade mark owner’s interest in the protection of the position and reputation of his/her trade mark.⁶²

On one hand, it was argued that the legitimacy rule does not itself provide any objective criterion for determining what is legitimate or abusive. Classification of some use of trade mark as legitimate or abusive may be result of an analysis but it cannot be the instrument of the analysis.⁶³ On the other hand, it was argued that the term “legitimate” does not provide the acceptable extent of the trade mark rights that the owner can exercise against parallel importing. However, it is also the fact for the concepts of the “specific-subject matter” and the “essential function of trade mark.” the CJEU has guided us as through the more complicated concepts of the “specific-subject matter” and the “essential function of trade mark.” Therefore, there is increasing willingness of the CJEU to talk in terms of the legitimate interests of trade mark owners and the decline in the use of “specific-subject matter” terminology.⁶⁴

After the adoption of the Trade Mark Directive, the CJEU took its ruling in *Hoffmann-la Roche v. Centrafarm*, which solely considers the essential function

⁶¹ Article 7 of the current TMD corresponds to Article 15 of the new TMD.

⁶² OHLY, A. (1999), “Trade marks and parallel importation-recent developments in European law”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, No: 30 (5), p. 515.

⁶³ JULIET, R. (1991), “Trade mark law and the free movements of goods: the overruling of the judgment in Hag”, *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, No: 22, p. 315.

⁶⁴ Fhima 2012, p. 495.

of trade mark, a step further and established detailed guidelines in its judgment in *Bristol-Myers v. Paranova*⁶⁵, which takes into account the reputation of trade mark as well as its essential function. Another important development regarding the legitimacy doctrine came with the judgment of the CJEU in *Christian Dior v. Evora*.⁶⁶ In this case, the CJEU went one step further and expanded the European exhaustion doctrine to the uses of a trade mark by parallel trader in advertising.⁶⁷

The CJEU held in *Christian Dior v. Evora* that where a parallel trader makes use of a trade mark in order to bring the public's attention to further commercialisation of products, a balance must be struck between the legitimate interest of the trade mark owner in being protected against traders using his trade mark for advertising in a manner which could damage the reputation of the trade mark and the traders' legitimate interest in being able to resell the products in question by using advertising methods which are customary in his sector of trade. In the case of the prestigious, luxury products, the parallel trader must not act unfairly in relation to the legitimate interests of the trade mark owner. Hence, the parallel trader must endeavour to prevent his advertising from affecting the value of the trade mark by detracting from the allure and prestigious image of the products and from their aura of luxury.⁶⁸

The CJEU, in its judgments in *Christian Dior v. Evora*, indicated that the trade mark owners may exercise their exclusive rights to oppose the use of their trade mark by parallel traders in advertising when such action is justified by the need to safeguard the brand image of trade mark. In *O2 v. Hutchinson*, the English High Court viewed this judgment of the CJEU as follows:

“ It seems to me that the CJEU is recognizing that a trade mark may have functions beyond simply guaranteeing a trade origin ... As the CJEU recognized ... the ‘ image’ of a trade mark is something that the proprietor is entitled to protect.”⁶⁹

In fact, the CJEU identified the additional functions of trade mark so as to apply them in the interpretation of the scope of the rights under Article 5(1)(a) of the TMD in *L'Oréal v. Bellure*.⁷⁰ It was argued that the process of determining the scope of the legitimacy has been used to expand trade mark rights.⁷¹ I agree

⁶⁵ *Bristol-Myers Squibb v. Paranova* (C-427/93) [1996] E.T.M.R. 1.

⁶⁶ *Christian Dior v. Evora* (C-337/95) [1998] E.T.M.R. 26.

⁶⁷ Ohly 1999, p. 518.

⁶⁸ *Christian Dior v. Evora* (C-337/95) [1998] E.T.M.R. 26, at [44].

⁶⁹ *O2 v. Hutchinson* (C-16-74) [2006] EWCA Civ 1656 at [101].

⁷⁰ *L'Oreal v. Bellure* (C-487/07) [2009] E.T.M.R. 987.

⁷¹ Fhima 2012, p. 495.

with this argument. The legitimacy doctrine let the CJEU to interpret the interests of trade mark owners broadly and allow them to seek protection not only for the origin function but also the additional functions of their trade mark.

Moreover, the expanded protection under the double identity clause created confidence for trade mark owners to seek protection for their interests relating to the additional functions under the legitimacy rule. With the judgments which came after *L'Oréal v. Bellure*, such as *L'Oréal v. eBay*, *Portakabin v. Primakabin* and *Viking Gas v. Kosan Gas*, the CJEU consistently ruled that there is a legitimate interest of the trade mark owner in being protected against the removal of packaging of parallel imports where the consequence of that removal is that essential information, such as information relating to the identity of the manufacturer or the person responsible for marketing the cosmetic product, is missing. Since, the missing of essential information could adversely affect *the essential function of trade mark*. The CJEU also ruled that there is a legitimate interest of the trade mark owner in being protected against the removal of the packaging by trader if it is established that the removal of the packaging has damaged the image and reputation of trade mark. Since, damage to the image and reputation of trade mark could adversely affect *the additional functions of trade mark*.⁷² This means that the legitimate interests of trade mark owner have become concrete with the identification of the additional functions in the CJEU relating to the double identity rule. Hence, it may be said that there is a “cycle impact” between the double identity and legitimacy rules. However, the lack of clarity and certainty as to the additional functions of trade mark under the double identity clause may cause difficulties to determine the scope of the legitimate interests of trade mark owners against parallel traders. The uncertainty as to the scope of protection given to trade mark owners may undermine the intra-brand competition with the EEA as it will give undefinable and uncontrolled power to trade mark owners.

CONCLUSION

The recent developments in relation to the European trade mark protection are examined above. The CJEU had applied to “the essential function” theory in determining the scope of the protection under the double identity clause. According to the essential function theory, trade mark owner could apply to protection provided under the double identity clause in cases only where the origin function of trade mark has been damaged. With its judgment in *Arsenal v. Reed*, the scope of the protection under the double identity clause has been expanded to cover the additional functions of trade mark which was later on identified in

⁷² *L'Oréal v. eBay* (C-324/09) [2011] E.T.M.R. 52 at [83]; *Portakabin v. Primakabin* (C-558/08) [2010] E.T.M.R. 52; *Viking Gas v. Kosan Gas* (C-46/10) [2011] E.T.M.R. 58 at [37].

L’Oreal v. Bellure as the quality guarantee and the advertising, investment or communication functions. The issue with these judgments of the CJEU was that there was not a clear explanation of those functions. The subsequent judgments of the CJEU regarding the scope of the protection under the double identity clause defined the general concept of the advertising and investment functions and pointed out the difference between them. However, it is still unclear what the CJEU means with the communication function and the quality guarantee function and how the communication function differs from the investment or advertising functions and how the quality guarantee function differs from the essential function of indicating origin. Identifying the general concepts of the additional functions plays a crucial role in determining the scope of the protection under the double identity clause.

Therefore, the proposed TMD of the European Commission aimed to narrow the protection under the double identity clause down to the origin function, the idea did not see acceptance by the European Parliament and Council and the TMD came into force without restriction. As a result, the double identity clause under the new TMD safeguards the additional functions of trade mark and the CJEU’s case law remained as an important guidance in the interpretation of the scope of the protection under the double identity rule. One of the areas which had a direct impact with these developments under the double identity rule was the European exhaustion doctrine. With the introduction of legitimacy rule by the TMD, the CJEU commenced to consider the protection of the additional functions of trade mark as well as the protection of the essential function in the relevant disputes. It was argued that the process of determining the scope of the legitimacy under exhaustion of the rights, regulated under Article 7 of the current TMD, has been used to expand the scope of trade mark protection under the double identity clause.⁷³

If we pay a closer attention to the CJEU’s case law after the adoption of the function theory in determining the scope of the protection under the double identity clause, it can be clearly seen that there is an increasing importance to safeguard the trade mark owners’ interest on the additional functions of their trade marks. In the cases of *Portakabin v. Primakabin*, *L’Oréal v. eBay* and *Viking Gas v. Kosan Gas*, the CJEU interpreted the trade mark owner’s legitimate interests to include not only the protection of the trade mark’s guarantee of the origin but also the trade mark owner’s ability to protect the trade mark’s reputation which is usually acquired through the additional functions that the trade mark perform. In my opinion, there is a kind of “cycle impact” between the trade mark protection and European exhaustion doctrine. While the legitimacy rule was used to expand

⁷³ Fhima 2012, p. 495.

the scope of trade mark protection under the double identity rule, the expansion of the trade mark protection might be used to determine the legitimate interests of the trade mark owners against parallel traders broadly. This means that trade mark owners strengthen their hands against parallel traders within the EEA.

The issue is that the uncertainty and lack of clarity as to the concepts of additional functions creates difficulties about the scope of the protection under the double identity clause. Owing to the direct impact of it on the legitimacy rule, the protected interests of trade mark owners against parallel traders are defined broadly but unclearly. The uncertainty as to the scope of protection given to trade mark owners under the legitimacy rule may undermine the free movements of goods principles of the EU and in turn the intra-brand competition with the EEA as it may give undefinable and uncontrolled power to trade mark owners.

BIBLIOGRAPHY

ARIKAN, Ö. (2016), *Trade Mark Rights and Parallel Importation in the European Union*, Onikilevha, Istanbul, Turkey.

AVGOUSTIS, I. (2012), "Parallel imports and exhaustion of trade mark rights: should steps be taken towards an international exhaustion regime?", *European Intellectual Property Law*, No: 34(2), p. 108-121.

BARNARD, C. (2010), *The Substantive Law of the EU: the four freedoms*, Oxford, UK.

BEIBER, F. (1990), "Industrial Property and the free movements of goods in the internal European market", *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, No: 2 (131), p. 381-436.

BONADIO, E. (2011), "Parallel imports in a global market: should a generalised international exhaustion be the next step?", *European Intellectual Property Law*, No: 33(3), p. 151-163.

CASE COMMENT (2010), "Use of trade mark in internet search keywords examined", *EU Focus*, No: 274, p. 28.

CHARD J.S. and MELLOR C.J. (2007), "Intellectual property rights and parallel imports", *The World Economy*, No: 19890 12 (1), p. 69-82.

CHEN, H. (2009), "Gray Marketing: Does It Hurt the Manufacturers?", *Atlantic Economic Journal*, No: 37(1), p. 23-35.

CORNISH, W.R. (1999), *Cases and Materials on Intellectual Property*, Third Edition, Sweet & Maxwell, London, UK.

CORNISH, W. R. (1998), "Trade marks: portcullis for the EEA?", *European Intellectual Property Law*, No: 20(5), p. 172-177.

FEROS, A. (2010), "Free movement of pharmaceuticals within the EU-should rights be exhausted regionally?", *European Intellectual Property Law*, No: 32(10), p.486-487.

FHIMA, I.S. (2012), "The role of legitimacy in trade mark law", *Current Legal Problems*, No: 65, p. 489-527.

GANGJEE, D. and BURRELL R. (2010), "Because You're Worth It: L'Oreal and the Prohibition on Free Riding", *The Modern Law Review*, No: 73(2), p. 282-304.

GRIFFITHS, A. (2011), *An Economic Perspective on Trade Mark Law*, Edward Elgar, Cheltenham, UK.

GROSS, N. (2001), “Trade mark exhaustion: the U.K. perspective”, *European Intellectual Property Law*, No: 23(5), p. 224-237.

HAYS, T. (2004), *Parallel Importation under European Union Law*, Sweet & Maxwell, London, UK.

HIRSHLEIFER, J. (1998), *Price Theory and Applications*, Fourth Edition, Prentice –Hall, New Jersey, US.

HORNER, S. (1987), *Parallel Imports*, Collins Professional Books, London, UK.

HORTON, A. (2011), “The implications of L’Oreal v Bellure- a retrospective and a looking forward: the essential functions of a trade mark and when is an advantage fair?”, *European Intellectual Property Law*, No:33(9), p. 550-558.

JULIET, R. (1991), “Trade mark law and the free movements of goods: the overruling of the judgment in Hag” , *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, No: 22, p. 303-327.

KEELING, D.T. (2003), *Intellectual Property Rights in EU Law-Volume 1*, Oxford University Press, UK.

KORAH, V. (2007), *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Ninth Edition, Hart Publishing, Oxford, UK.

KUR, A. (2015), “The EU Trademark Reform Package—(Too) Bold a Step Ahead or Back to Status Quo?”, *Marquette Intellectual Property Law Review*, No:19(1), p. 19-37.

KUR, A. (2014), “Trade marks function, don’t they? CJEU jurisprudence and unfair practices”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, No: 45(4), p. 434-454.

OHLY, A. (1999), “Trade marks and parallel importation-recent developments in European law”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, No: 30 (5), p.512-530.

PIGOU, A.C. (1952), *The Economics of Welfare*, Fourth Edition, Macmillan & Co, London, UK.

SCHMALENSEE, R. (1988), “Output and welfare implications of monopolistic third-degree price discrimination”, *The American Economic Review*, No: 71(1), p. 242-248.

SENFTLEBEN, M. (2014), “Function theory and international exhaustion-why it is wise to confine the double identity rule to cases affecting the origin function”, *European Intellectual Property Review*, No: 36(8), p. 518-524.

SENFTLEBEN, M. (2011), “Trade Mark Protection – A Black Hole in the Intellectual Property Galaxy?”, *International Review of Industrial Property and Competition Law*, No: 42(4) p. 1-5.

SIMON, I. (2005), “How does “essential function” doctrine drive European trade mark law?”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, No: 36(4), p. 401-420.

Online Sources

EC (2014), “History of the Single Market”, http://ec.europa.eu/internal_market/20years/singlemarket20/facts-figures/history_en.htm , Data Accessed: 06.05.2014.

GRUR (2013), “Opinion of the German Association for the Protection of Intellectual Property regarding the European Commission proposal for a recast of the Trade Mark Directive”, http://www.grur.org/uploads/tx_gstatement/2013-07-01_GRUR_Opinion_Recast_TM_Directive-summary_01.pdf>, Data Accessed:15.06.2016.

INTA (2013), “International Trademark Association Comments on the Proposed Revisions to the EU Community Trade Mark Regulation and Trade Marks Directive”, <http://www.inta.org/advocacy/documents/june2013intacommentseutmsystemsreview.pdf>>,Data Accessed:15.06.2016.

OECD (1990), “Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law”, <http://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf>, Data Accessed: 08.06.2016.

UK GOVERNMENT (2013), “Review of the Balance of Competences between the United Kingdom and the European Union The Single Market”, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/227069/2901084_SingleMarket_acc.pdf , Data Accessed: 06.06.2016.

Legislation

DIRECTIVE 2008/95/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 22 October 2008 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks

DIRECTIVE (EU) 2015/2436 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 16 December 2015 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks

Cases

CJEU

- Adidas-Salomon v. Fitnessworld* [2004] E.T.M.R. 10.
- Arsenal v. Reed* [2001] 2 C.M.L.R. 23.
- Arsenal v. Reed* [2002] E.T.M.R. 82.
- Arsenal v. Reed* [2003] 1 C.M.L.R. 12.
- Bristol-Myers v. Paranova* [1996] F.S.R. 225.
- Centrafarm v. Winthrop* [1974] 2 C.M.L.R. 480.
- Centafarm, BV v. American Home Products* [1979] 1 C.M.L.R. 326.
- Christian Dior v. Evora* [1998] E.T.M.R. 26.
- Copad v Christian Dior* [2009] E.T.M.R. 40.
- Davidoff v. Gofkid* [2003] E.C.R I-389.
- Deutsche Grammophon v. Metro* [1971] C.M. L. R. 63.
- Etablissements Consten S.A. and Grundigverkaufs –GmbH. v. E.E.C. Commission* [1966] C.M.L.R. 418.
- Google France* [2010] E.T.M.R. 30.
- Hag II* [1990] 3 C.M.L.R. 571.
- Hoffmann-La Roche v. Centrafarm* [1978] 3 C.M.L.R. 217.
- Interflora v. Marks & Spencer* [2012] E.T.M.R. 1.
- L’Oreal v. Bellure* [2009] E.T.M.R.55.
- L’Oréal v eBay* [2011] E.T.M.R. 52.
- O2 v. Hutchinson* [2006] EWCA Civ 1656.
- Portakabin v Primakabin* [2010] E.T.M.R. 52.
- Viking Gas v. Kosan Gas* [2011] E.T.M.R. 58.

HL

- Scandecor v Scandecor* (HL 4 APR 2001) [2001] E.T.M.R. 74

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, Avusturalya'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 ilkelere 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 kullanılması 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#{“itemid”:[“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 kullanılabilirliği 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 asimetric 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. Asimetric 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 kullanılabilir 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 götürecek 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 edebileceklerini garanti etmemekte; şeffaflık, öngörülebilirlik, belirlilik gibi prensiplerin sağlanması etkin bir uzlaşma kurumu için elzem görülmektedir³². Uzlaşma kurumun 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 kısalsın, 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 Gerekeçe

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 yapılacağına 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 işgünüden 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.

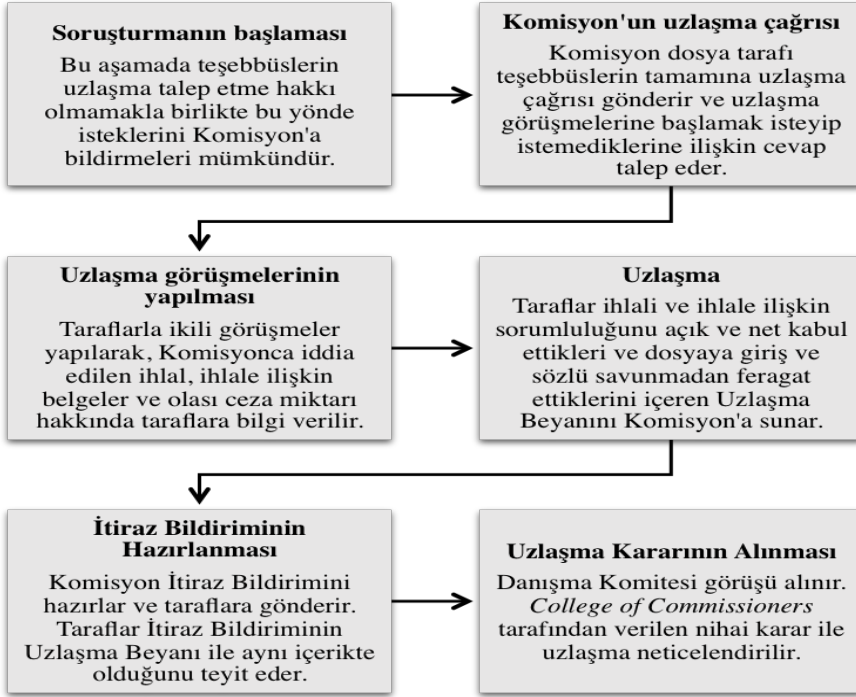
⁶⁶ 2008/C 167/01 sayılı Duyuru, para. 27

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 uzlaşılmayan

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 görülmele 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 kullanılacak bir haktır. Dolayısıyla, uzlaşma kurumunun soruşturma sürecine ilişkin herhangi bir değişiklik öngörmemesi, soruşturma sürecinin kısalması 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 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 olmadığına 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 yürüyen 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 feragate 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 alanını 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 kuralının* 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 kuralının* 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 kullanılabilmesi düşünülmektedir. 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 öngörülmesi ile uygulama alanının büyük oranda kartel dosyaları ile sınırlı olacağı, açık ihlal özellikle etki temelli değerlendirme gerektiren dosyalarda uygulanamayacağı düşünülmektedir. Uzlaşmanın kartel dosyalarında – bu kapsamda da büyük ölçüde pişmanlık başvurusu olan dosyalarda- uygulama alanı bulabileceği değerlendirmesinin, soruşturma raporunun hazırlanması için öngörülen sürenin RKHK’da mevcut durumda 6 ay, Tasarı ile 4 ay ile sınırlı olmasıyla daha da güçleneceği düşünülmektedir.

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 görülmekle birlikte, bu durumun büyük ölçüde pişmanlık programının yalnızca tam bağımsızlığı kapsadığı uygulamalarda sınırlı kaldığı, pişmanlık programının tam bağımsızlık 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 öngörülebilir 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 yasalaşmasının 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. 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.

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