

Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Başkan
Rekabet Kurumu
Ankara

İstanbul, 26 Şubat 2014
Ref: MY/gu /14-395

Sayın KALDIRIMCI,

4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (4054 sayılı Kanun) 4., 6. ve 7. Maddeleri uyarınca beş yılı aşkın bir süredir uygulanmakta olan "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik" in gözden geçirilmesini ve bu doğrultuda "Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun İhlali Halinde Verilecek İdari Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik Taslağı"nın (Taslak Yönetmelik) hazırlanmasını memnuniyetle karşılamaktayız. Bu doğrultuda, Taslak Yönetmelik'te önem arz ettiğine inandığımız bazı hususlara ilişkin görüşlerimiz aşağıda sunulmaktadır.

Hukuki belirlilik ile suç ve cezaların kanuniliği ilkeleri gereği, rekabeti ihlal eden teşebbüsün alabileceği azami cezayı baştan bilmesi önem arz etmektedir. Temel para cezasına esas olacak tutarın belirlenmesine ilişkin Taslak Yönetmeliğin 5. Maddesinde yer alan "*karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan... net satışlar*" hükmü, ihlalin gerçekleştiği yıl ile kararın arasında ihlalin etkisinden bağımsız olarak önemli bir farklılık ortaya çıkması durumunda teşebbüsler açısından iflasa yol açabilecek derecede ağır bir ceza riski taşımaktadır. Bu nedenle ciro hesaplamasında ihlalin gerçekleştiği mali yılın temel alınması önerilmektedir. Bununla birlikte, verilecek idari para cezası hesaplanırken, Rekabet Kanunu'nun 2. Maddesine paralel şekilde, teşebbüslerin Türkiye dışındaki faaliyetleri ile ilgili cirolarının etki doktrini çerçevesinde kapsam dışında bırakılması uygun olacaktır.

Taslak Yönetmeliğin 6. Maddesi kapsamında, temel para cezasının yıl sayısı ile çarpılarak cironun %30'una kadar tespit edilmesi, ceza miktarlarının önemli ölçüde artmasına yol açabilecektir. Zira yüksek cirosu olan teşebbüsler için temel oranın %30'a kadar tespit edilerek yıl sayısı ile çarpılması, üst sınır olan teşebbüsün toplam cirosunun %10'una yaklaşabilecektir. Bu nedenle, %30 oranının %10 olarak değiştirilmesi ve ceza miktarının ihlalin gerçekleştiği yıl ile çarpılmasına ilişkin hükmün çıkarılması önerilmektedir.

7. Madde kapsamında Rekabet Kuruluna tanınan para cezasını her bir bentteki ağırlaştırıcı unsur için %50 oranında artırma yetkisinin oldukça geniş olduğu düşünülmektedir. Söz konusu maddenin 2. fıkrasında yer alan tekerrür hükümlerinin uygulanması için yargısal kesinliğin sağlanmasının ve 4054 Sayılı Kanun'un aynı maddesinin aynı teşebbüs tarafından ihlal edilmiş olması şartının aranması gerektiği düşünülmektedir. Bunun yanı sıra, teşebbüslerin birbirinden tamamen bağımsız ilgili pazarlarda gerçekleştirdiği ihlallerin tekerrüre konu olmaması sağlanmalıdır.

Madde 9 kapsamında teşebbüslere uygulanan cezanın teşebbüslerin cirosuna kıyasen düşük kaldığı durumlarda Kurulun cezayı artırabileceğine yönelik hüküm, Taslak Yönetmelikte yer alan “Kurulun ilgili ürün pazarına denk gelen ciro üzerinden ceza vermesi” prensibine aykırıdır. Söz konusu maddede önerilen düzenleme Kurulun takdir yetkisini sınırsız olarak genişletmekte ve cezayı öngörülemez bir hale getirmektedir. Piyasada faaliyet gösteren pek çok şirket için idari para cezasının yol açtığı itibar kaybı dahi tek başına caydırıcı bir etkiye sahipken, para cezalarını arttırmak yerine pişmanlık mekanizmasının teşvik edilmesi gibi yöntemlerin tercih edilmesinin piyasada etkili rekabetin tesisi açısından daha yararlı olacağına inanmaktayız.

Yukarıda yer verdiğimiz hususları ve Taslak Yönetmeliğe ilişkin diğer önem verdiğimiz konuları içeren detaylı TÜSİAD Görüşü ekte dikkatinize sunulmaktadır.

Saygılarımla,

(Orijinali imzalıdır.)

Muharrem Yılmaz
Yönetim Kurulu Başkanı

EK-1: “Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun İhlali Halinde Verilecek İdari Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik Taslağı”na ilişkin TÜSİAD Görüşü

**Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun İhlali Halinde
Verilecek İdari Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik Taslağı'na Dair TÜSİAD Görüşü
TS/ŞİB/14-23**

YÖNETMELİK TASLAĞI	TÜSİAD ÖNERİSİ
<p>Amaç ve kapsam MADDE 1– (1) Bu Yönetmeliğin amacı, 7/12/1994 tarihli ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 4 üncü ve 6 ncı maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunan teşebbüs ve teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyeleri ile bunların yönetici ve çalışanlarına, aynı Kanunun 16 ncı maddesi uyarınca verilecek idari para cezasının tespitine ilişkin usul ve esasları düzenlemektir.</p> <p>(2) Bu Yönetmelik hükümleri uygun olduğu ölçüde 4054 sayılı Kanunun 7 nci maddesinde yasaklanan davranışlarda bulunanlar bakımından da uygulanır.</p>	<p>Amaç ve kapsam MADDE 1– (1) Bu Yönetmeliğin amacı, 7/12/1994 tarihli ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 4 üncü 6 ncı ve <u>16 ncı</u> maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunan teşebbüs ve teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyeleri ile bunların <u>ihlalde belirleyici etkisi saptanan</u> yönetici ve çalışanlarına, aynı Kanunun 16 ncı maddesi uyarınca verilecek idari para cezasının tespitine ilişkin usul ve esasları düzenlemektir.</p> <p>(2) Bu Yönetmelik hükümleri uygun olduğu ölçüde 4054 sayılı Kanunun 7 nci maddesinde yasaklanan davranışlarda bulunanlar bakımından da uygulanır.</p>

Gerekçe: Türkiye’de rekabet hukukunun gelişmesinde 4054 sayılı Kanun’un usule ilişkin detaylı kurallar içermesi ve savunma hakkının bu anlamda detaylı düzenlenmesi büyük etkindir. 4. ve 6. maddeye yönelik incelemelerde usule ilişkin para cezalarının uygulanmasındaki şeffaflık ve savunma alma hususlarının 16. madde kapsamındaki cezaları da içermesi önerilmektedir.

Yönetmelik Taslağı’nın bu maddesinde 4054 sayılı Kanun’un 16. maddesinin 4. fıkrasındaki “...*ihlalde belirleyici etkisi saptanan teşebbüs veya teşebbüs birliği yöneticilerine ya da çalışanlarına teşebbüs veya teşebbüs birliğine verilen cezanın...*” ifadesinde yer alan “*ihlalde belirleyici etkisi saptanan*” ifadesinin göz ardı edildiği görülmektedir. Bu çerçevede ikincil mevzuat düzenlemesi, birincil mevzuatta düzenlenen ve teşebbüs yöneticisi ve çalışanlarına yönelik para cezası rejiminin kapsamını genişletmektedir. Yönetmelik Taslağı’nın bu haliyle düzenlenmesi durumunda, Yönetmelik ile 4054 Sayılı Kanun arasında bir uyumsuzluğun ortaya çıkabileceği düşünülmektedir. Bu değerlendirmeler ışığında, “ihlalde belirleyici etki” kavramının söz konusu maddeye eklenmesi hukuk tekniği açısından uygun olacaktır.

<p>Temel para cezasına esas alınacak tutarın belirlenmesi MADDE 5– (1) Temel para cezasına esas olacak tutar, ihlale katılan teşebbüsün ihlalle doğrudan ya da dolaylı biçimde ilgili bulunan mal ve</p>	<p>Temel para cezasına esas alınacak tutarın belirlenmesi MADDE 5– (1) Temel para cezasına esas olacak tutar, ihlale katılan teşebbüsün ihlalle doğrudan ya da dolaylı biçimde ilgili bulunan mal ve</p>
--	---

<p>hizmetlerine ilişkin ilgili pazar cirosu esas alınarak tespit edilir. Bu ciro, ilgili pazarda nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından hesaplanacak olan yıllık net satışlardan oluşur.</p>	<p>hizmetlerine ilişkin ilgili pazar <u>yurtiçi</u> cirosu esas alınarak tespit edilir. Bu ciro, ilgili pazarda <u>ihlalin gerçekleştiği</u> mali yıl sonunda oluşan veya nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından hesaplanacak olan yıllık <u>yurtiçi</u> net satışlardan <u>dolaylı vergilerin düşülmesi suretiyle</u> oluşur. <u>Temel para cezası tutarı, ceza verilecek teşebbüs, teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin lehlerine olan mali yıl sonunda oluşan gayri safi yurtiçi geliri üzerinden hesaplanır. Ancak finansal kurumlarda ciro, net faiz geliri, net ücret komisyon geliri, net ticari kâr /zarar, diğer faaliyet gelirleri, temettü gelirleri toplamından oluşur.</u></p>
<p>(2) Teşebbüslerin ilgili pazar cirolarının hesaplanmasında, 2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in cironun hesaplanmasına ilişkin hükümleri dikkate alınır.</p>	<p>(2) Teşebbüslerin ilgili pazar cirolarının hesaplanmasında, 2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in cironun hesaplanmasına ilişkin hükümleri dikkate alınır.</p>
<p>(3) Teşebbüs birlikleri tarafından gerçekleştirilen ihlal üyelerin faaliyetleriyle ilgiliyse, kural olarak üye teşebbüslerin ilgili pazar ciroları toplamı esas alınır.</p>	<p><i>(3) Teşebbüs birlikleri tarafından gerçekleştirilen ihlal üyelerin faaliyetleriyle ilgiliyse, kural olarak üye teşebbüslerin ilgili pazar ciroları toplamı esas alınır.</i></p>
<p>(4) İhlalin gerçekleştiği pazarda faaliyeti olmamasına rağmen ihlale iştirak eden teşebbüslere Kabahatler Kanununun 14 üncü maddesi uyarınca idari para cezası verilir. Bu teşebbüsler bakımından, iştiraki oluşturan davranışın ilgili bulunduğu pazardaki ciro esas alınır.</p>	<p>(4) İhlalin gerçekleştiği pazarda faaliyeti olmamasına rağmen ihlale iştirak eden teşebbüslere Kabahatler Kanununun 14 üncü maddesi uyarınca idari para cezası verilir. Bu teşebbüsler bakımından, iştiraki oluşturan davranışın ilgili bulunduğu pazardaki ciro esas alınır.</p>

Gerekçe: Hukuki belirlilik ve suç ve cezaların kanuniliği ilkeleri gereği rekabeti ihlal edecek teşebbüsün alabileceği azami cezayı baştan bilmesi gerekmektedir. Zamanaşımının 8 yıl olduğu göz önüne alındığında, ihlal ile Kurulun ihlali tespit eden kararı arasına, oldukça uzun süre girebilmektedir. Dolayısıyla, ihlalin gerçekleştiği tarihteki ciro ile karar tarihindeki ciro arasında ihlalin etkisinden bağımsız olarak önemli bir farklılık ortaya çıkabilmektedir. Ceza üst sınırının toplam ciro olduğu da dikkate alınırsa teşebbüsler açısından iflasa yol açabilecek derecede ağır bir ceza riski öngörülmektedir. Bununla birlikte, bu risk tümüyle Kurulun takdirine bırakılmış ve cezalandırma bakımından bir kademelendirme veya sektörel yapıları dikkate alan bir ayrıma gidilmemiştir. Rekabet Kanunu'nun 2 nci maddesinde "Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde... her türlü hukukî işlem ve davranışlar, rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetlemeye ilişkin işlemler bu Kanun kapsamına girer." ifadesi yer almaktadır. Bu nedenle, verilecek idari para cezası hesaplanırken, teşebbüslerin Türkiye dışındaki faaliyetleri ile ilgili cirolarının etki doktrini çerçevesinde kapsam dışında bırakılması gerekmektedir.

Bunun yanı sıra, ceza tutarı belirlenirken ihlali gerçekleştiren teşebbüsün lehine olduğu durumlarda ihlalin gerçekleştiği dönemdeki cironun dikkate alınması, Türkiye'nin iç hukukunu AB rekabet hukukunun genel prensipleri ile "uyumlaştırması" ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir. AB üyesi ülkelerin kendi iç/yerel rekabet hukuklarını oluştururken, Topluluk metinlerinde yer almayan ve Topluluk metinleri ile birebir olmayan çok sayıda değişiklik yaptıkları bilinmektedir. AB ile "uyumlaştırma" ilkesi, ülkelerin iç hukuklarını düzenlerken AB tarafından konulan temel prensipleri takip etmeleri anlamına gelmektedir. AB, üye ülkelerden dahi prensipleri birebir şekilde kendi iç hukukuna geçirmesini beklememektedir. Önemli olan belirli bir takım ihlaller için AB prensiplerine uygun cezaların belirlenmiş olmasıdır.

Finansal kurumlara ilişkin ciro hesaplama yönteminde sadece brüt gelirlerin toplamı ele alınmaktadır. Bu durum; görevi sadece fon fazlası olanlarla, fon talebi olanlar arasında aracılık görevi olan bankaların yaptıkları brüt işlemlerdeki rakamların sanki kendi gelirleriymiş gibi gözükmesine neden olmaktadır. Dolayısıyla bankalar, gelirlerinin ve karlılıklarının kat ve kat üzerinde ciro hesaplamaları sonucunda astronomik cezalar ödemek durumunda kalmaktadırlar. Bu sebeple, bankaların gerçek gelirlerini göstermesi açısından, giderlerin gelirlerden düşülmesi ve cironun net faiz geliri, net ücret komisyon geliri, net ticari kar /zarar, diğer faaliyet gelirleri, temettü gelirleri şeklinde hesaplanması gerektiği düşünülmektedir.

Hali hazırda devlet adına tüketiciden alınan ve devlete ödenen vergilerin satış geliri olarak değerlendirilip, cezaya esas alınacak tutarda yer alması hakkaniyetle bağdaşmayacaktır. Nitekim, AB'de yürürlükte olan Rekabetin İhlali Durumunda Uygulanacak Cezalara İlişkin Kılavuzun¹ "Satış Değerinin Hesaplanması" başlığı altındaki 17. paragrafında, satış değerinin hesaplanması açısından KDV vb. satışla ilgili vergiler öncesindeki tutarın dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir. Bu nedenle, hem AB düzenlemesine uyum hem de hakkaniyetin sağlanması açısından, dolaylı vergilerin ciro/net satış tutarına dahil edilmemesi gerekmektedir. Bununla birlikte, 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu'nun kabulü ile birlikte, Türkiye Muhasebe Standartları'nın geçerli olduğu dikkate alınması gerekmektedir. Bu çerçevede hem kayıt aşamasında, hem de finansal tablo düzenlemelerinde, firma ölçeğine göre "TMS – TFRS" veya "KOBİ-TFRS" standartları uygulanacaktır. Söz konusu standartlara ilişkin sürekli olarak güncelleme yapılması öngörülmektedir. Bu nedenle, dolaylı vergilerin finansal tablolara ne şekilde yansıtılacağına dair hukuki belirsizlikleri ortadan kaldırmak amacıyla maddeye "dolaylı vergilerin düşülmesi suretiyle" ibaresinin eklenmesi önerilmektedir.

2010/4 No'lu Tebliğ'de yer alan ciro hesaplama usulünün, ticari işletmelere zarar verme ihtimalinin olması ve ihlali gerçekleştiren teşebbüsten farklı ve herhangi bir ihlalde bulunmamış tüzel kişiliklerin cezalandırılması anlamına gelmesi sebebiyle, hali hazırda suç ve cezanın orantılı olması (ölçülülük) ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Bu sebeple teşebbüslerin ilgili pazar cirolarının hesaplanmasında 2010/4 No'lu Tebliğ'e atıf yapılmaması, sadece ihlali gerçekleştiren teşebbüsün, ihlalle doğrudan ilgili bulunan mal ve hizmetlerine ilişkin ilgili pazar cirosu hesaplanmasının esas alınması önerilmektedir.

Teşebbüs birlikleri ile bağlantılı olarak gerçekleşen ihlallerde, Taslak Yönetmelik kapsamında cironun nasıl hesaplanacağına ilişkin yeterli bilgi mevcut değildir. Dolayısıyla, Taslak Yönetmelik'in 5. maddesinin 3. fıkrasına, bir teşebbüs birliğiyle bağlantılı olarak gerçekleşen ihlallerde, söz konusu teşebbüs birliğinin üyelerinin ne zaman ve hangi koşullar altında sorumlu tutulacağı; teşebbüs birliği üyelerinin ne zaman ve hangi koşullar altında sorumlu tutulmayarak teşebbüs birliği aleyhine ceza tesis edileceği veya ne zaman ve hangi koşullar altında hem teşebbüs birliğinin, hem de üyeleri aleyhine ceza tesis

¹ Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003 (Text with EEA relevance), Official Journal C 210 , 01/09/2006 P. 0002 – 0005.
[http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52006XC0901\(01\):EN:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52006XC0901(01):EN:HTML)

edileceği konularının son derece açık ve net bir şekilde kaleme alınmasının yerinde olacağı düşünülmektedir. Üye teşebbüslerin ilgili pazar ciroları toplamının dikkate alınması halinde her bir üyeye verilecek idari para cezası miktarının nasıl belirleneceği açık değildir. Cezanın kişiselliği ilkesi gereği bu noktanın Taslak Yönetmelik’te daha açık ifade edilmesi gerektiği düşünülmektedir.

İhlalin gerçekleştiği pazarda faaliyeti olmayan bir teşebbüsün, soruşturma konusu olacak pazarda rekabeti bozması veya kısıtlaması mümkün olmadığından, maddenin dördüncü fıkrasının madde metninden çıkarılmasının uygun olduğu düşünülmektedir.

Temel para cezasının belirlenmesi

MADDE 6- (1) Temel para cezası ihlalin ağırlığı ve süresi esas alınarak belirlenir. Bu çerçevede Kurul, her bir teşebbüs veya teşebbüs birliği için ilgili teşebbüsün veya teşebbüs birliğinin piyasa gücünü, ihlalin niteliğini, ihlal neticesinde gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zarar gibi unsurları dikkate alarak, 5 inci maddede belirtilen cironun % 30’una kadar belirleyeceği miktarı ihlalin gerçekleştiği yıl sayısı ile çarparak temel para cezasını tespit eder. Bu hesaplamada ihlalin 12 aydan kısa bölümleri bir yıl, altı aydan kısa süren müteakip her bir bölümü ise altı ay olarak kabul edilir.

(2) Rakipler arasında fiyat tespiti, müşteri veya pazar paylaşımı, ihalelerde danışıklı teklif verme, arz miktarının kısılması, her türlü alım ve satım koşullarının belirlenmesi gibi ağır ihlaller için birinci fıkarda belirtilen temel para cezası oranının üst hadde yakın tespit edilmesi esastır.

(...)

Temel para cezasının belirlenmesi

MADDE 6- (1) Temel para cezası ihlalin ağırlığı ve süresi esas alınarak belirlenir. Bu çerçevede Kurul, her bir teşebbüs veya teşebbüs birliği için ilgili teşebbüsün veya teşebbüs birliğinin piyasa gücünü, ihlalin niteliğini, ihlal neticesinde gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zarar gibi unsurları dikkate alarak, 5 inci maddede belirtilen cironun % ~~30~~¹⁰’una kadar belirleyeceği miktarı ~~ihlalin gerçekleştiği yıl sayısı ile çarparak~~ temel para cezasını ~~olarak~~ tespit eder. ~~Bu hesaplamada ihlalin 12 aydan kısa bölümleri bir yıl, altı aydan kısa süren müteakip her bir bölümü ise altı ay olarak kabul edilir.~~ Temel para cezasının belirlenmesindeki uygulamaların detayları çıkarılacak tebliğ ile belirlenir.

(2) Rakipler arasında anlaşma sonucu ortaya çıkan fiyat tespiti, müşteri veya pazar paylaşımı, ihalelerde danışıklı teklif verme, arz miktarının kısılması, her türlü alım ve satım koşullarının belirlenmesi gibi ağır ihlaller için birinci fıkarda belirtilen temel para cezası oranının üst hadde yakın tespit edilmesi esastır. Bu tip ağır ihlaller haricinde kalan her türlü ihlal için temel para cezasının 5 inci maddede belirtilen cironun %5’ine kadar belirlenmesi esastır.

(...)

Gerekeçe: İkincil mevzuatın düzenlenmesi aşamasında 4054 sayılı Kanun ile dil, anlam ve amaç açısından paralelliğin sağlanması gerektiği düşünülmektedir. Dolayısıyla, 4054 sayılı Kanun kapsamında bir amaç doğrultusunda yer verilmeyen bazı unsurların, yönetmelik kapsamında düzenlenmesi, kanun ile yönetmelik arasında ciddi çelişkilerin doğmasına sebebiyet verebileceği düşünülmektedir. Zira Taslak Yönetmelik kapsamında öngörülen 6. madde ceza miktarlarını oldukça artırmak ve Rekabet Kurulu’nun takdirini önemli ölçüde sınırlamak suretiyle 4054 Sayılı Kanunun amaçları ile çelişmektedir.

Orantısallık ilkesi gereğince, Türkiye’de faaliyet gösteren şirketlerin ortalama kar marjı dikkate alınmalıdır. Buna göre %30 oranı, ceza miktarlarını ciddi biçimde teşebbüsler aleyhine artıran bir düzenleme olması ve Kurula geniş takdir hakkı sağlaması nedeniyle uygulamada farklı kararların çıkmasına yol açacak niteliktedir. Temel cezanın ilgili ürün pazarı cirosunun %30’una kadar yüksek bir seviyede belirlenmesi, bazı durumlarda çok yüksek cezalara sebep olabilir. Örneğin, tek ürünle çalışan bir teşebbüs için veya ilgili ürün pazarının teşebbüs faaliyetleri içinde payının çok yüksek olması durumunda, belirlenecek temel ceza mevcut Yönetmelik’e göre çok daha yüksek oranlara tekabül edebilecektir. Zira yüksek cirosu olan teşebbüsler için %1 gibi düşük oranlı cezalar dahi çok yüksek tutarlara tekabül ederken, baz oranının %30’a kadar tespit edilmesi ve bu temel cezanın yıl sayısı ile çarpılması, üst sınır olan teşebbüsün toplam cirosunun %10’una yaklaşabilecektir. Bu nedenle, taslak düzenlemenin 5. maddesinde getirdiğimiz öneriler doğrultusunda, %30 oranının %10 olarak değiştirilmesi uygun olacaktır.

Söz konusu maddenin ilk fıkrasında yer verilen ve belirlenen ceza miktarının ihlalin gerçekleştiği yıl ile çarpılmasına ilişkin hüküm, 4054 sayılı Kanun kapsamında yer almazken, yönetmelik kapsamında temel para cezasının belirlenmesi hususunda kullanılmasının yerinde olmadığı düşünülmektedir. Temel cezanın ihlalin sürdüğü yıl sayısı ile çarpılması rekabet ihlallerinin uzun sürmesini caydırıcı etki yaratmaktadır. Ancak söz konusu düzenleme, mevcut Yönetmelik’teki yıl sayısı kuralına göre yükseltilmiş bir kuraldır. Zira bilindiği üzere mevcut Yönetmelikte 1 yıla kadar süren ihlallerin ceza üzerinde etkisi yok iken, 1-5 yıl arası süren ihlallerde temel ceza sadece %50 oranında artırılmaktadır. Sadece 5 yıldan uzun süren ihlaller için %100 oranında artış öngörülmektedir. Oysa Yönetmelik Taslağı’nda 2 yıl süren ihlaller dahi mevcut 5 yıldan daha uzun sürmüş gibi değerlendirilmektedir. Mevcut Yönetmelik’te 5 yıldan daha uzun süren ihlaller kaç yıl sürerse sürsün bir katına kadar artış öngörmektedir. Ancak Taslağa göre 5 yıl süren ihlallerde temel ceza 5 misli artırılmaktadır. Zira teşebbüsün ilgili pazar cirosunun belirlenmesinden sonra bu cironun %30’una kadar olan miktarın bir de ihlalin gerçekleştiği sene ile çarpılması (örneğin 8 sene süre gelen bir ihlal) ceza miktarının oldukça artmasına vesile olacaktır.

İhlalin süresi Yönetmelik’in mevcut halinde bir ağırlaştırıcı unsurken, Taslak ile temel para cezasının hesaplanmasında bir unsura dönüşmektedir. Bu durum kararlarda ihlalin süresinin tespitini son derece kritik bir hale getirmektedir. Sürenin eksik veya yanlış tespiti kararın iptali sonucunu doğuracaktır. Buna karşılık sürenin doğru tespit edilmesi delil durumu nedeniyle son derece güçtür. Bu sebeple, “hesaplamada ihlalin 12 aydan kısa bölümleri bir yıl, altı aydan kısa süren müteakip her bir bölümü ise altı ay olarak kabul edilir.” ifadesinin çıkarılması önerilmektedir.

Söz konusu maddenin ikinci fıkrasında, fıkra kapsamında yer alan bazı ihlaller için para cezasının üst hadde yakın tespit edilmesinin esas olduğu hükme bağlanmıştır. Bu fıkra da yer alan “*üst hadden ceza verme*” ibaresinin yeterince belirli olmadığı ve üst hadde eşit bir şekilde ceza vermeyi esas alır şekilde yorumlanması durumunda ise yorumlama biçimine göre Kurul’un ceza miktarını az tutma yönünde takdir yetkisini sınırlayabilecek nitelikte olduğu düşünülmektedir. Zira ibarenin kendisinden üst hadde ne kadar yaklaşılması gerektiği tamamen belirsizdir.

İlgili ürün pazarı cirosunun %30’una kadar verilen temel cezanın belirlenmesinde teşebbüsün piyasadaki gücünün, ihlalin niteliğinin ve ihlalin verdiği muhtemel zararın dikkate alınacağı hükme bağlanmıştır. Ancak bu faktörlerin hangi seviyede ve ne şekilde oranın belirlenmesinde etkili olacağı belirsizdir. Dolayısıyla, %30’una kadar verilen temel cezanın belirlenmesinde Kurulu yönlendirecek herhangi bir kriter bulunmamaktadır. Bu nedenle, yukarıda sayılan belirleyici faktörlerin belirlenecek oranı ne şekilde etkileyeceği konusunda kriter çıkarılacak bir tebliğ ile belirlenmesine ihtiyaç vardır.

Ceza oranının üst haddten belirlenebileceği ihlal türleri arasında “fiyat tespiti, müşteri veya pazar paylaşımı, ihalelerde danışıklı teklif verme, arz miktarının kısılması, her türlü alım ve satım koşullarının belirlenmesi” gibi ihlaller öngörülmektedir. Klasik anlamdaki kartel yapılanmalarına işaret etmeye çalıştığı düşünülen bu ihlallerin “ağır ihlal” olarak değerlendirilebilmesi için “bir anlaşma sonucunda ortaya çıkması” unsurunun eklenmesi gerektiği düşünülmektedir. Bu şekilde, herhangi bir pratik işbirliği ve/veya anlaşmaya yol açmayan tek veya çift taraflı bilgi değişimlerinin kartel yapılanmalarından ayrılması sağlanabilecektir.

Bunun yanı sıra, ağır ihlaller haricinde kalan her türlü ihlal için temel para cezasının 5 inci maddede belirtilen cironun %5’ine kadar belirlenmesinin esas olması önerilmektedir.

<p>Ağırlaştırıcı unsurlar MADDE 7- (1) Aşağıdaki koşulların varlığı halinde, ilgili teşebbüs bakımından temel para cezası, her bir bentteki ağırlaştırıcı unsur için %50’yi, toplamda ise bir katını aşmamak üzere Kurul tarafından artırılır.</p> <p>(...)</p> <p>(2) Kurul tarafından bir teşebbüsün rekabet ihlali yaptığının tespit edilmesinden sonra, gerekçeli kararın tebliğ edilmesinden itibaren sekiz yıl içerisinde Kanunun aynı teşebbüs tarafından tekrar ihlali halinde her bir ihlal için temel para cezası bir katına kadar artırılır. Bu fıkra hükmünün uygulanması bakımından gerçekleşen ihlallerin Kanunun aynı maddesine ilişkin olması gerekmez.</p>	<p>Ağırlaştırıcı unsurlar MADDE 7- (1) Aşağıdaki koşulların varlığı halinde, ilgili teşebbüs bakımından temel para cezası, her bir bentteki ağırlaştırıcı unsur için %50’yi toplamda ise bir katını aşmamak üzere Kurul tarafından artırılabilir.</p> <p>(...)</p> <p>(2) Kurul tarafından bir teşebbüsün rekabet ihlali yaptığının tespit edilmesinden sonra, <u>kararın yargısal kesinlik kazanmasından gerekçeli kararın tebliğ edilmesinden</u> itibaren sekiz yıl içerisinde, Kanunun aynı hükmünün aynı teşebbüs tarafından <u>önceki ihlalle doğrudan ya da dolaylı biçimde ilgili bulunan mal ve hizmetlere ilişkin ilgili pazarlardaki faaliyetleri ile</u> tekrar ihlali halinde her bir ihlal için temel para cezası bir katına kadar artırılır. <u>Bu fıkra hükmünün uygulanması bakımından gerçekleşen ihlallerin Kanunun aynı maddesine ilişkin olması gerekmez. Aynı maddenin farklı biçimlerde ihlal edilmesi hallerinde bu fıkra hükmü uygulanır.</u></p>
---	--

Gerekçe: Yönetmeliğin mevcut halinde Rekabet Kuruluna tanınmış olan ağırlaştırıcı sebebi somut olayın koşullarına göre ceza hesabında dikkate alıp almama konusundaki takdir yetkisinin Taslak ile kaldırılması isabetli bulunmamıştır. Mevzuat hukuk niteliğinde AB Komisyonunun 2006 tarihli Ceza Rehberinde de ağırlaştırıcı ve hafifletici unsurlar konusunda takdir yetkisi Komisyona bırakılmıştır. Her bir bent için %50 ağırlaştırıcı unsur uygulanması ise Kurul’un ceza yetkisinin orantısız olarak artmasına sebep olmaktadır. Bu düzenleme ile Kurulun daha yüksek ceza verebilme yetkisinin artırılması için uygulamada herhangi bir hukuki veya ekonomik gerekçe bulunmamaktadır.

Söz konusu maddenin 2. fıkrasına göre, tekerrür hükümleri, gerekçeli kararın tebliğinden itibaren hesaplanmak suretiyle uygulanacaktır. Fakat gerekçeli

kararın tebliği ile o kararın yargısal kesinlik kazanmadığı ve kesinleşmeyen bir karar ile bir teşebbüsün cezasını artırmanın yerinde olmadığı düşünülmektedir. Nitekim aleyhinde cezaya hükmedilen bir teşebbüsün, bu karara karşı idari yargı yoluna başvurusu halinde ve henüz karar kesinleşmemişken, ikinci bir ihlal dolayısı ile tekerrür hükümlerinin uygulanması suretiyle cezasında artırma gidilmesi mümkündür. Fakat bu noktada, ilk kararın idari yargı mercii tarafından iptal edilmesi ve Kurulun da bu karara uyması durumunda ikinci ihlal için yapılan artırımın yasal olmayacağı ortaya çıkabilecektir. Dolayısıyla, bu tür sorunlar ile karşılaşmamak adına, tekerrür hükümlerinin uygulanması için yargısal kesinliğin aranması, eş deyişle idari yargı süreçlerinin tüketilmesi ve dolayısıyla kararın kesinleşmiş olması şartının aranmasının yerinde olacağı düşünülmektedir. Ayrıca, 4054 sayılı Kanun'un farklı maddelerinin ihlali durumunda da tekerrür hükümlerinin uygulanmasının tekerrür kurumunun mantığıyla çeliştiği düşünülmektedir. Dolayısıyla, tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için 4054 sayılı Kanun'un aynı maddesinin aynı teşebbüs tarafından ihlal edilmiş olması şartının aranması gerektiği düşünülmektedir. Bu kapsamda aynı teşebbüs ifadesinin de açık bir şekilde ifade edilmesinde fayda olduğu düşünülmektedir. Nitekim aynı gruba bağlı farklı şirketlerin ihlalleri için tekerrür hükümlerinin uygulanmasının yerinde olmadığı düşünülmektedir.

Maddenin ikinci fıkrasında Kanun ve Yönetmeliğin kalan kısmı ile uyumlu olarak teşebbüs kavramı kullanılmıştır. Ancak tekerrüre konu olabilecek ihlallerin kapsamının belirlenmesi açısından, söz konusu maddede teşebbüs kavramının somutlaştırılması gerekmektedir. Zira günümüzde birbiri ile tamamen bağımsız çok sayıda farklı pazarda faaliyet gösteren ancak tek bir ana şirket tarafından kontrol edilen teşebbüslerin sayısı oldukça fazladır. Bu gibi teşebbüslerin birbirinden tamamen bağımsız ilgili pazarlarda gerçekleştirdiği ihlallerin tekerrüre konu olabilmesi tekerrürün amacı ile bağdaşmayacaktır. Bu sebepten ötürü madde metninde yer alan teşebbüs kavramının kapsamı açıklığa kavuşturularak hukuki belirlilik sağlanmalıdır.

Aynı tekerrürün farklı maddelerin ihlali halinde de uygulanacağı dile getirilmektedir. Ancak bu tutum esasen bir ceza hukuku kurumu olan tekerrürün doğası ile açık çelişki yaratmaktadır. Zira ceza hukukunda kural ancak tamamen aynı hukuki düzenlemenin ihlali halinde tekerrürün söz konusu olmasıdır. Rekabet hukuku ihlallerinin çeşitliliği göz önünde bulundurulduğunda ve yeni içtihatlar ile farklı davranış kalıplarının yeni ihlal türleri olarak ortaya çıkmasının muhtemel olduğu dikkate alındığında, ihlalin tekerrüre konu edilmesi için tamamen aynı nitelikte olmasının aranmasının yanlış olacağı görülmektedir. Ancak yine de Kanun'un farklı maddelerinin tamamen farklı nitelikteki ihlallerini tekerrür konusu yapmak da doğru değildir. Aynı madde ihlallerinin, niteliklerinden bağımsız olarak tekerrüre konu edilebilmesinin, ancak farklı madde ihlallerinde tekerrürün söz konusu olmamasının en doğru yaklaşım olacağı düşünülmektedir.

Hafifletici unsurlar MADDE 8– (1) Kurul, aşağıdaki gibi koşulların varlığı halinde idari para cezasında her bir unsur için 1/3 oranına kadar indirim uygular: a) Rakipler arasında fiyat tespiti, müşteri veya pazar paylaşımı, ihalelerde danışıklı teklif verme, arz miktarının kısılması, her türlü alım ve satım koşullarının belirlenmesi gibi ağır ihlaller hariç olmak üzere, Kurul tarafından incelemeye başlanıldığından haberdar olunması üzerine ihlale son verildiğinin ilgililer tarafından ispat edilmesi,	Hafifletici unsurlar MADDE 8– (1) Kurul, aşağıdaki gibi koşulların varlığı halinde idari para cezasında her bir unsur için 1/3 oranına <u>yüzde 50'ye</u> kadar indirim uygular: a) Rakipler arasında fiyat tespiti, müşteri veya pazar paylaşımı, ihalelerde danışıklı teklif verme, arz miktarının kısılması, her türlü alım ve satım koşullarının belirlenmesi gibi ağır ihlaller hariç olmak üzere, Kurul tarafından incelemeye başlanıldığından haberdar olunması üzerine <u>önaraştırmadan önce</u> ihlale son verildiğinin ilgililer tarafından ispat edilmesi,
--	--

<p>b) İhlal neticesinde ortaya çıkan zararın kısmen veya tamamen tazmin edilmiş olmasının ispat edilmesi,</p> <p>c) Pişmanlık Yönetmeliği kapsamı dışında ve yasal yükümlülüğün ötesinde Kurul ile işbirliği yapılması,</p> <p>(...)</p> <p>d) Teşebbüsün kayda değer ölçüde rekabetçi davranışlar da sergilemek suretiyle ihlale katılımının sınırlı olduğunu ispatlaması. Bir teşebbüsün anılan ihlale diğer teşebbüslere göre daha kısa süreli katılması hali temel para cezasının tespitinde dikkate alındığından bu kapsamda ayrıca indirim nedeni olarak değerlendirilmez.</p> <p>(2) Kurul tarafından bu madde uyarınca idari para cezasında yapılacak indirim oranı toplamda $\frac{3}{4}$ ü aşamaz.</p>	<p>b) İhlal neticesinde ortaya çıkan zararın kısmen veya tamamen tazmin edilmiş olmasının ispat edilmesi,</p> <p>(c) Pişmanlık Yönetmeliği kapsamı dışında ve yasal yükümlülüğün ötesinde Kurul ile işbirliği yapılması <u>ve genel esasları Rekabet Kurulu tarafından ortaya konulmuş bir rekabet uyum programı uygulanmaya başlanması ya da hâlihazırda böyle bir programa sahip olunması durumunda onun etkinliğini artırılacağına yönelik taahhütlerin verilmesi</u></p> <p>(...)</p> <p>d) Teşebbüsün kayda değer ölçüde rekabetçi davranışlar da sergilemek suretiyle ihlale katılımının sınırlı <u>ve kısa süreli</u> olduğunu ispatlaması. Bir teşebbüsün anılan ihlale diğer teşebbüslere göre daha kısa süreli katılması hali temel para cezasının tespitinde dikkate alındığından bu kapsamda ayrıca indirim nedeni olarak değerlendirilmez.</p> <p>e) Teşebbüsün kasıtlı olmadığını veya ihlalin ihmal neticesinde oluştuğunu ispat etmesi,</p> <p>f) Teşebbüsün faaliyet gösterdiği sektörün ekonomik krizde olması,</p> <p>(2) Kurul tarafından bu madde uyarınca idari para cezasında yapılacak indirim oranı toplamda $\frac{3}{4}$ ü aşamaz.</p>
---	--

Gerekçe: Maddede belirtilen hafifletici sebepler tüketicilerin rekabet ihlalinin ötürü gördükleri zararın ortadan kalkmasını sağlayıcı hükümlerdir. Dolayısıyla, zararın ortadan kalktığı durumda hafifletici unsurların indirim oranının da daha yüksek olması gerektiği düşünülmektedir.

Maddenin (b) bendinde yer verilen zararın tazmin edildiğinin ispatı hususunun daha net ifade edilmesi önerilmektedir. Kanunun 4. maddesinin ihlali nedeniyle zincirleme olarak nihai tüketiciye kadar zarar verilmesi muhtemel sonuçlardan biridir. Dolayısıyla ortaya çıkan zararın hesaplanması tüm dünyada tartışılan bir konu olmakla beraber, ortaya çıkan zararın tazmini gibi taraf sayısı belli olmayan bir tazmin mekanizması ile indirim alınmasının uygulanabilir olmadığı düşünülmektedir. Bu nedenle, her ne kadar her dosya bazında ortaya çıkan zarar değişebilecek nitelikte de olsa, zararın hesaplanmasında en azında Avrupa Komisyonu’nun “*Quantifying Harm In Actions For Damages Based On Breaches Of Article 101 Or 102 Of The Treaty On The Functioning Of The European Union*” benzeri bir yol gösterici tebliğ yapılması elzemdir.

Maddenin (c) bendinde Rekabet Kurumu’nun rekabet uyum programlarının yaygınlaşmasına katkı yapacak değişiklikler önerilmiştir. Söz konusu öneri ile rekabet uyum programlarına sahip olan ya da taahhüt vererek sahip olacak şirketlere ceza indirimi yapılabilmesinin önü açılacaktır.

Söz konusu maddede bahsedilen Pişmanlık Yönetmeliği kapsamı dışında olan ve yasal yükümlülük ötesinde Kurul ile işbirliği yapılması durumunda uygulanacak indirimle ilişkin açıklayıcı bir kılavuzun çıkartılmasının faydalı olacağı düşünülmektedir. Bu maddenin (c) bendinde yer alan ifadeden kartel dışındaki ihlal türleri için de pişmanlık başvurusu yapısına yakın nitelikte bir işbirliği sonucunda Rekabet Kurulu’nun ilgili ceza oranını 3/4’e kadar indirebileceği izlenimi doğmaktadır. Bu madde ile hedeflenenin kartel ihlalleri dışındaki ihlaller için de Rekabet Kurumu ile pişmanlık başvurusu benzeri bir işbirliği kurulması ise bu konuda bir hukuki belirlilik sağlamak ve teşebbüslerin mağduriyetine mahal vermeyecek şekilde Rekabet Kurumu’nun beklediği bilgilerin çerçevesinin gerekir ise bir kılavuz ile çizilmesi gerekmektedir.

Teşebbüslerin ihlal yönünde bir kasıtlı iradeye sahip olmadıkları durumlarda bunun bir hafifletici unsur olarak dikkate alınması önerilmektedir. Rekabet hukukunun ülkemizde yaklaşık 15 yıllık bir geçmişi olduğu ve özellikle KOBİ’ler arasında bu hukuk alanının bilinmediği ve ihlal bilinci olmadan rekabet ihlaline sebebiyet verildiği yaygın olarak görülmektedir. Ayrıca bu unsura AB Komisyonunun 2006 tarihli Ceza Rehberinde yer verilmiş olması da görüşümüzü desteklemektedir. Daha adil bir ceza için ihlale katılımın kısa süreli olması, teşebbüsün faaliyet gösterdiği sektörün ekonomik krizde olması gibi diğer hafifletici unsurlara da yer verilmesi önerilmektedir.

Maddenin ikinci fıkrasına ilişkin, hafifletici unsurlar tüketicilerin rekabet ihlalinin ötürü gördükleri zararı tamamen ortadan kaldırıyorsa, cezanın da ortadan kalkması gerektiği düşünülmektedir. Dolayısıyla, maddede ikinci fıkranın çıkarılması önerilmektedir.

<p>Caydırıcılık</p> <p>MADDE 9 - (1) Cirounun kayda değer bir kısmını ihlalle ilişkili mal ve hizmetlerin satışları dışındaki satışlardan elde eden teşebbüslere uygulanacak idari para cezası, caydırıcılığın sağlanması amacıyla Kurul tarafından artırılabilir.</p> <p>(2) Teşebbüslerin ilgili pazar cirolarının ihlaldeki ağırlıklarını gereği gibi yansıtmadığı ya da verilen idari para cezasının ihlal nedeniyle elde edilen kazancın üzerinde olması için gerektiği hallerde cezada artırım yapılabilir.</p>	<p>Caydırıcılık</p> <p>MADDE 9 - (1) Cirounun kayda değer bir kısmını ihlalle ilişkili mal ve hizmetlerin satışları dışındaki satışlardan elde eden teşebbüslere uygulanacak idari para cezası, caydırıcılığın sağlanması amacıyla Kurul tarafından artırılabilir.</p> <p>(2) Teşebbüslerin ilgili pazar cirolarının ihlaldeki ağırlıklarını gereği gibi yansıtmadığı ya da verilen idari para cezasının ihlal nedeniyle elde edilen kazancın üzerinde olması için gerektiği hallerde cezada artırım yapılabilir.</p>
---	---

Gerekçe: Maddede teşebbüslere uygulanan cezanın teşebbüslerin cirosuna kıyasen düşük kaldığı durumlarda, Kurulun cezayı artırtabileceği hükme bağlanmıştır. Söz konusu Madde, Yönetmeliğin getirdiği “Kurulun ilgili ürün pazarına denk gelen ciro üzerinden ceza vermesi” prensibine aykırıdır. Bu

maddede önerilen düzenleme Kurulun takdir yetkisini sınırsız olarak genişletmekte ve cezayı öngörülemez bir hale getirmektedir. Toplam cezanın ne kadar artırılacağı konusunda hiçbir kriter veya alt/üst sınır mevcut değildir. Halihazırda koyulmuş kurallara göre verilmiş bir cezanın yeterli olmayacağı görüşünün her halükarda adil olmadığı düşünülmektedir. Öte yandan caydırıcı olmayan durumlarda cezanın daha da artırılacağı hükme bağlamak, yönetmelik kapsamında belirlenen cezanın belirlenme yöntemine ilişkin kafalarda soru işaretleri bırakabilecektir. Başka bir deyişle, cezanın caydırıcı olup olmadığının somut bir ölçütü bu madde ile sağlanmamaktadır. Piyasada faaliyet gösteren pek çok şirket için idari para cezası uygulanması nedeniyle uğrayabilecekleri itibar kaybı dahi tek başına oldukça caydırıcı bir etkiye sahip olabilmektedir. Cezaların caydırıcı olduğu sistemde sadece para cezalarını arttırmakla sağlıklı sonuca ulaşamayacağı, bunun yerine rekabet savunuculuğunun daha sık ve etkin kullanılmasının ve eğitim gibi yollarla bilincin artırılmasının uygun olacağı değerlendirilmektedir. Zira Kurul ilgili pazar yurtiçi cirosunun yüzde onuna kadar bir oran belirlerken caydırıcılık açısından ele aldığı dosyalarda bu takdir yetkisini üst sınır yönünde kullanabilecektir.

Söz konusu maddenin uygulanabilmesi için teşebbüslerin ihlalden elde ettiği karın hesaplanması gerekmektedir. Ancak, mevcut hukuk düzeninde bu görev Rekabet Kurumuna değil, özel hukuk mahkemelerine verilmiştir. İkinci fıkrada bahsi geçen uygulamanın hakkıyla yerine getirilebilmesi ancak her bir soruşturma özelinde teşebbüsün ihlalden elde ettiği karın hesaplanmasıyla mümkün olabilecektir. Bu hesaplama ise ciddi maliyet artışı yaratacaktır. Ayrıca cezanın ilgili pazardaki cirosu üzerinden mi, yoksa genel ciro üzerinden mi hesaplanacağı soruları teşebbüsler açısından belirsizliğe yol açacaktır. Teşebbüsün ilgili pazar cirosunun ihlaldeki ağırlığını gereği gibi yansıtmamasının uygulamada nasıl karşılık bulacağı belirsizdir.

Ödeme gücü

MADDE 10- (1) Verilen idari para cezasının teşebbüsün iktisadi faaliyetini sürdürebilmesini ciddi şekilde tehlikeye atacağının objektif delillerle ispat edilmesi halinde Kurul, istisnai olarak ve teşebbüsün talebi üzerine, ödeme gücü nedeniyle idari para cezasında indirim yapabilir.

Ödeme gücü

MADDE 10- (1) Verilen idari para cezasının ve özel hukuk alanındaki gerçekleşmesi muhtemel tazminatların ve ayrıca hisse senedi piyasasındaki muhtemel değer kayıplarının teşebbüsün iktisadi faaliyetini sürdürebilmesini ciddi şekilde tehlikeye atacağının objektif delillerle ispat edilmesi halinde Kurul, istisnai olarak ve teşebbüsün talebi üzerine, ödeme gücü nedeniyle idari para cezasında asgari 2/4 oranında olmak üzere 3/4 oranına kadar indirim yapabilir.

Gerekçe: Ödeme gücü yaratan diğer hususlara da metinde yer verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Taslakta cezanın ödenmesinin teşebbüs faaliyetini tehlikeye atacağının ispatı halinde cezada indirim yapılacağı öngörülmektedir. Bu indirimin ne kadar olabileceği konusunda herhangi bir kriter ve alt/üst sınırlar belirlenmemiştir. Bu nedenle toplam cezanın ne kadar indirilebileceği konusunda kriterler ve alt/üst sınırlar belirlenmesi ihtiyacı vardır.

Yasal üst sınır

Yasal Üst Sınır

<p>MADDE 11– (1) Bu Yönetmelik hükümleri gereğince belirlenecek idari para cezası miktarı, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onunu aşamaz. Bu sınırı aşan idari para cezaları, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna indirilir. Bu oranın belirlenmesinde, ihlali gerçekleştiren birim ile Kanunun 3 üncü maddesi çerçevesinde ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimlerden meydana gelen teşebbüslerde, yurt içi ve yurt dışı toplam yıllık gayri safi gelirleri dikkate alınır.</p>	<p>MADDE 11– (1) Bu Yönetmelik hükümleri gereğince belirlenecek idari para cezası miktarı, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin ihlalin gerçekleştiği mali yıl sonunda oluşan veya nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi <u>yurtiçi</u> gelirlerinin yüzde onunu aşamaz. Bu sınırı aşan idari para cezaları, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin yıllık gayri safi <u>yurtiçi</u> gelirlerinin yüzde onuna indirilir. Bu oranın belirlenmesinde, ihlali gerçekleştiren birim ile Kanunun 3 üncü maddesi çerçevesinde ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimlerden meydana gelen teşebbüslerde, yurt içi ve yurt dışı toplam yıllık gayri safi gelirleri dikkate alınır.</p>
--	--

Gerekçe: Madde 5 çerçevesinde verilen görüşlere paralel olarak madde metnine ilgili eklemelerin yapılması önerilmektedir.

Rekabet Kanunu’nun 2. Maddesi “*Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde... her türlü hukukî işlem ve davranışlar, rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetlemeye ilişkin işlemler bu Kanun kapsamına girer.*” demektedir. Bu nedenle verilecek idari para cezası hesaplanırken teşebbüslerin Türkiye dışındaki faaliyetleri ile ilgili cirolarının kapsam dışında bırakılması gerekmektedir. Bu nedenle ilgili maddenin son cümlesinin çıkarılması önerilmektedir. Zira cezanın belirli bir pazarda faaliyet gösteren bir teşebbüse kesilen cezanın farklı pazarlarda faaliyet gösteren diğer teşebbüslere tek ekonomik birim çerçevesinde yansması ihtimali doğmaktadır.

<p>Yöneticilere ve çalışanlara verilecek idari para cezası MADDE 12– (1) Koordinasyon, organizasyon, teşvik ve ikna gibi eylemlerle ihlalin oluşmasında veya uygulanmasında aktif rol oynayan teşebbüs yöneticileri ve çalışanlarının her birine ayrı ayrı, ihlaldeki rolü ve mali durumu gibi hususlar dikkate alınarak, teşebbüse verilen cezanın yüzde beşine kadar idari para cezası verilir.</p>	<p>Yöneticilere ve çalışanlara verilecek idari para cezası MADDE 12– (1) Koordinasyon, organizasyon, teşvik ve ikna gibi eylemlerle ihlalin oluşmasında veya uygulanmasında aktif rol oynayan <u>belirleyici etkisi saptanan</u> teşebbüs veya teşebbüs birliği yöneticileri ve çalışanlarının her birine ayrı ayrı, ihlaldeki rolü ve mali durumu gibi hususlar dikkate alınarak, teşebbüse <u>veya teşebbüs birliğine</u> verilen cezanın yüzde beşine kadar idari para cezası verilir.</p>
--	---

Gerekçe: Normlar hiyerarşisi prensibi gereğince ikincil mevzuat birincil mevzuatın uygulanmasına ve birincil mevzuatın yoruma açık noktalarının açıklığa kavuşmasını sağlamaktadır. Öte yandan, birincil mevzuatta yer alan daraltıcı bir ifade olan belirleyici etki kavramının daha net hale getirilmesi adına, ikincil mevzuatta “aktif rol oynama” sıfatı ile düzenlenmesi genişletici sonuçlar doğuracaktır. Bu durumun, Rekabet Kurulu’nun kartellerin yürütümünde yer alan

bireyleri sürekli cezalandırarak, şahsi para cezalarının artmasına zemin hazırlayabilir. Bu noktada ispat standardını daha yüksek bir eşiğe taşıyan ve Rekabet Kurulu kararları ile de sabit olan “ihlalde belirleyici etki” kavramının kullanılmasının önem arz ettiği düşünülmektedir. Zira, “İhlalde aktif rol oynamak” unsurunun gerektirdiği ispat standardı ile “ihlalde belirleyici etkide bulunmak” kavramının gerektirdiği ispat standardı arasında büyük fark vardır. “Aktif rol oynamak” kavramının salt ihlale dahil olunması üzerinden yorumlanması ve tespiti Rekabet Kurulu’na takdir yetkisi anlamında oldukça geniş bir alana sahiptir. Bu geniş alanı sağlayan durum ise aktif rol oynamak unsurunun ispatının oldukça düşük bir standarda sahip olmasıdır. İspat eşliğini niteliksel olarak aşağıya çekerek, salt dahil olma üzerinden yürütülecek bir yaklaşım, bireyleri cezalandırmada bireyin görünür olduğu delil adedine bakılarak sonuca varılmasına yol açabilir. Dolayısıyla, “aktif rol oynamak” kavramının Taslak’ta yer aldığı şekliyle uygulanması subjektif olarak belirlenecek adette belgenin salt alıcısı konumunda bulunan teşebbüs yetkilisinin/çalışanının ihlalde aktif rolü varmış gibi algılanmasına ve bu doğrultuda idari para cezası tesis edilmesine zemin hazırlayabilecektir.

Söz konusu maddede sadece “teşebbüs” yönetici ve çalışanları için getirildiği ve “teşebbüs birlikleri”nden hiç söz edilmediği görülmektedir. Kanaatimizce bu alanda bilinçli bir tercih yapma imkanı Rekabet Kurulu’na verilmemiştir. Zira Kanun’un 16. maddesinde açıkça “teşebbüs veya teşebbüs birliği” yönetici ve çalışanları denmiş olup, Kurul’a bir takdir hakkı tanınmamıştır. Madde metnindeki “...teşebbüse verilen cezanın yüzde beşine kadar idari para cezası verilir.” ifadesinin, teşebbüs birliklerini de kapsayacak şekilde “...teşebbüs veya teşebbüs birliğine verilen cezanın yüzde beşine kadar idari para cezası verilir.” olarak değiştirilmesi önerilmektedir.

GEÇİCİ MADDE 1- (1) Bu Yönetmelik, yürürlüğe girmesinden önce başlatılan ancak soruşturma raporu tebliğ edilmemiş olan soruşturmalar hakkında da uygulanır.

GEÇİCİ MADDE 1- (1) Bu Yönetmelik’in ihlali gerçekleştirdiği iddia edilen teşebbüs lehine olan hükümleri soruşturma raporu yürürlüğe girmesinden önce başlatılan ancak soruşturma raporu tebliğ edilmemiş olan hallerde derhal, aleyhine olan hükümleri ise yürürlüğe girmesinden sonra işlenen ihlallere ilişkin olarak soruşturmalar hakkında da uygulanır

Gerekçe: Taslak Yönetmelik’te yer alan birçok unsur ceza miktarını ciddi miktarda artırabilecek niteliktedir. Bir ihlale ilişkin ceza miktarının ihlal sonrasında artırılarak geriye dönük uygulanması ise “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesine, bir başka deyişle geriye dönük ceza uygulamama prensibine aykırı olacaktır. Bu yolla, ilgili ceza miktarını bilseler ihlali gerçekleştirmeyecek olan teşebbüslere de ceza verilmesine imkan verilmekte olup, bu durum ceza hukukunun temel ilkeleri ile bağdaşmamaktadır. Aynı zamanda, ceza hukukunda geçerli olan failin lehine olan kanunun uygulanması ilkesinin burada da gözetilmesi gerekmektedir. Ayrım yapılırken soruşturma açılma, soruşturma raporunun tebliğ edilmesi veya kararın kesinleşmesi gibi usuli işlemlere dayanan tarihler yerine ise, ihlalin gerçekleştiği tarihin esas alınması daha doğru olacaktır. Ayrıca, zaman yayılan ve Taslak Yönetmeliğin yürürlüğünden önce başlayıp yürürlüğe girmesinden sonra da devam eden ihlallerde de ihlal ikiye ayrılıp, yürürlük tarihinden önceki bölüm için her iki Yönetmeliğe (mevcut ve taslak) göre ceza hesaplanması, hangisi teşebbüs lehine olacaksa ona hükmedilmesi uygun olacaktır.