



REKABET FORUMU

HUKUK-EKONOMİ-POLİTİKA

Nisan 2021, Sayı: 143

Rekabet Derneği, 20 Mayıs 2004 tarihinde kurulmuş bir sivil toplum örgütüdür. Derneğin amacı Türkiye’de rekabet ortamının ve rekabet kültürünün gelişmesine katkıda bulunmaktır.

Bu dergide ileri sürülen görüşler yazarlarına ait olup Rekabet Derneği’ni bağlayıcı değildir.

Web: www.rekabetderneği.org

İçindekiler:

Anonim Şirketlerde Rekabet Hukuku Uyum (Compliance) Programı-

Dr. Damla Songur ,Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Uygulaması Bakımındans.1
Dr.Tuğçe Nimet Yaşar,Uyum Sistemi Ve Taahhüt, Uzlaşma, Tedbirler İle Cezada İndirim Açısından s 7

ANONİM ŞİRKETLERDE REKABET HUKUKU UYUM

(COMPLIANCE) PROGRAMI¹ -Rekabetin Korunması Hakkında

Kanun ve Uygulaması Bakımından-

Dr. Öğr. Üyesi Damla Songur²

Rekabet hukukunun amacı, mal ve hizmet piyasalarının serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içinde teşekkülünün ve gelişmesinin teminiyle toplumsal refahın tesisidir (RKHK md. 20/1). Bu amaçla rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamalar ile piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmaları önlenir ve bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeler yapılarak rekabetin korunması sağlanır (RKHK md. 1).

¹ Bu çalışma, 16.03.2021 tarihinde Rekabet Derneği Mart ayı toplantısında Dr. Öğr. Üyesi Tuğçe Nimet Yaşar ile birlikte yapılan sunum kapsamında hazırlanmıştır. Bu çalışmada yer verilen hususlara ilişkin daha kapsamlı açıklamalar ve bilgi için bkz. **Yaşar, Tuğçe Nimet/ Songur, Damla:** Anonim Şirketlerde Rekabet Hukuku Uyum (Compliance) Programının Oluşturulması ve İşlevleri -7246 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişikliklerle Birlikte-, Batider 2020, C. 36, S. 4, s. 87-129.

² Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk (Ticaret Hukuku) Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, damla.songur@atilim.edu.tr

Bu bağlamda rekabetin korunması ve Rekabet hukukunun uygulanması bakımından konunun üç tarafı bulunur: teşebbüsler, rekabet otoritesi ve tüketiciler.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (RKHK) yürürlüğü ve uygulamasının 20 yılı aşkın geçmişine rağmen halen rekabet ihlali nedeniyle ceza alan birçok teşebbüs, rekabeti ihlal ettiğinin farkında değildir³. Nitekim ülkemizde açıkça yazıya dökülmüş veya kendi kendini ihbar etmiş bulunan kartel örnekleri görülmektedir⁴. Rekabet hukuku konusundaki bilgi ve bilinç eksikliğine bağlı bu durum, çoğu zaman rekabeti bozma veya ortadan kaldırma amacının tam aksine teşebbüslerin dayanıklılığını ve rekabet gücünü artırma niyetiyle başvuru yoluyla yapılan ve yöntemlerden kaynaklanmaktadır. Ancak rekabet ihlallerinde cezai yaptırımlar için kusur aranmamakta; dolayısıyla iyiniyet de korunmamaktadır. Böylece cezai yaptırımların yanı sıra ihlaller sonucu ortaya çıkabilecek olan itibar kaybı ve tazminatlar da düşünüldüğünde; teşebbüsler, Rekabet hukuku bilgi ve bilincini çoğu zaman oldukça ağır bir şekilde geç edinmekte veya bu konuda temel bir bilgi ve bilince sahip olduğu hallerde dahi uygulama ve usul konusundaki eksikleri, öngöremediği sonuçlarla karşılaşmasına neden olmaktadır.

Rekabet otoritesi ve tüketiciler açısından bakıldığında da durum çok farklı değildir. Rekabet Kurulu rekabet hukuku uygulamasının büyük kısmını oluşturan *ex post* denetimlerde zaten gerçekleşmiş olan ihlallere yaptırımlarla müdahalede bulunulabilse bile piyasada yine de telafisi mümkün olmayan veya yüksek maliyetli zararlar gerçekleşebilmekte; tüketiciler, girişimciler ve teşebbüsler bakımından piyasaya yönelik ciddi güven kaybı doğabilmektedir. Üstelik bu müdahaleler de sadece tespit edilebilen ihlaller için gündeme gelmektedir⁵. Buna iş yükü ve fırsat

³ Nitekim Rekabet Kurumu'nun 2013 yılında yayımladığı "*Rekabet Hukuku Uyum Programı*" kitapçığında da ceza alan birçok teşebbüs veya birliğin rekabeti ihlal ettiğinin farkında olmadığı hususuna yer verilmiştir. *RK Uyum Programı*, <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Rekabet-savunuculugu/uyum-Programi>, s. 2 (11.05.2020).

⁴ Bkz. RK 09.07.2020 tarih ve 20-33/439-196 sayılı, 23.02.2017 tarih ve 17-08/94-41 sayılı ve 14.02.2013 tarih ve 13-10/152-75 sayılı kararları.

⁵ "*Rekabet Kurumunun 2019-2020 dönemi faaliyetlerinin tüketici faydası üzerindeki etkilerinin tahminine yönelik olarak yapılan çalışma sonucunda, oldukça muhafazakâr varsayımlar altında dahi Kurumun faaliyetlerinin tüketicilerin yıllık ortalama 1,89 milyar TL düzeyinde tasarruf etmelerini sağladığı; OECD metodolojisine göre ise bu faydanın yıllık ortalama 5,27 milyar*

maliyeti açısından önaraştırma/soruşturmanın maliyeti de eklendiğinde ex post denetim ve yaptırımların rekabetin tesisi ve toplumsal refahın ençoklaştırılması amacı bakımından en elverişli yol olduğunu söylemek olanaklı değildir.

Dolayısıyla hem teşebbüsler hem de Rekabet otoritesi açısından Rekabet hukukunun amacına ulaşılmasında cezalar ancak araç olabilir. Bir diğer ifadeyle rekabetin tesisi ve toplumsal refahın temini bakımından ihlalleri oluşmadan önlemek ve sorunları ex ante çözmek; yaptırımlarla rekabeti ex post tesis etmeye çalışmaktan daha verimli ve önceliklidir⁶. Öyle ki, önleyici çalışmalar, hukuka aykırılıkları oluşmadan engellemenin yanında ihlallerin ortaya çıktığı hallerde dahi ihlalin sürdürülmemesi ve zararlı sonuçlarının artmadan kaldırılması şeklinde ex post süreçle de ilişkili olup; gerek rekabet otoritesi gerek teşebbüsler gerekse tüketicilerin lehinedir.

Bu bağlamda önleyici yaklaşımla Rekabet hukuku bilgi ve bilinç seviyesinin yükseltilmesi teşebbüsler bakımından hukuki sorumluluklarının ve ekonomik amaçlarının; rekabet otoritesi bakımından ise görev ve yetkilerinin yerine getirilmesinin gereğidir. Nitekim rekabet savunuculuğu kapsamında önleyici çalışmaların, rekabeti herkes için koruyarak toplumsal refahın tesisine hizmet etmesi nedeniyle rekabet otoritesinin görevleri kapsamında olduğu görülür⁷. Öte yandan rekabet ihlallerinin doğrudan etkilediği tüketicilerin korunması bakımından

seviyesine ulaştığı tahmin edilmektedir.” Rekabet Kurumu Etki Analizi Raporu 2021, <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/geneldosya/etki-analizi-ea-rapor-pdf>, s. 15, prg. 53 (20.04.2021).

⁶ Bu husus Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 1. maddesinde Kanun’un amaçları arasında “önlemek” ve 20. maddesinde Rekabet Kurumu’nun varlık nedeni olarak “*serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içinde teşekkülünün ve gelişmesinin temini*” sayılarak işaret edilmiştir.

⁷ Nitekim 24.06.2020 tarihinde yürürlüğe giren 7246 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un (7246 sK) Genel Gerekçesi’nde de rekabet otoritelerinin asli görevleri arasında “*rekabet savunuculuğu yoluyla serbest piyasanın ve ekonomik özgürlüğün önündeki engellerin kaldırılmasını sağlama*”ya yer verilerek vurgulanmıştır. Ayrıca rekabetin tesisi için dünyada da rekabet otoritelerinin rekabet savunuculuğundan bahsedilmektedir. Rekabet savunuculuğu, “*rekabet otoritelerinin rekabet kurallarını uygulamasının yanı sıra, esasen diğer kamu kuruluşları ile ilişkiler yoluyla ve rekabetin faydaları konusunda kamuoyunu bilinçlendirerek rekabet ortamının tesisi ve rekabetin artırılması ile ilgili girişimleridir.*” Bkz. Rekabet Terimleri Sözlüğü, <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/geneldosya/rk-terimleri-sozlu-gu-2018-pdf>, 2019, s. 129 (20.04.2021).

ise, hem teşebbüslerin hem rekabet otoritesinin bu önleyici çalışmaları, hukuki olduğu kadar etik bir zorunluluk teşkil etmektedir.

Dolayısıyla Uyum rekabet savunuculuğu kapsamında etkin bir mekanizma olarak öne çıkmakta ve Rekabet Kurulu (Kurul) için olduğu kadar başta anonim şirketler olmak üzere teşebbüsler⁸ ve toplum bakımından da önem taşımaktadır. Bu önemin ortaya konulabilmesi için uyum programlarını önleme (prevent), mevcut hukuka aykırılıkları zamanında ortaya çıkarma (detect), ortaya çıkarılan hukuka aykırılıklara karşı tepki gösterme (respond) şeklindeki üç temel işlevini Rekabet hukuku bakımından somutlaştırmak gereklidir.

Önleme işlevi bakımından değerlendirildiğinde şirketlerin yaptırımlarla karşılaşabileceği hukuka aykırı davranışları, rekabet ihlali niteliğindeki yasaklı davranışlarda bulunmaları (RKHK md. 4, 6 ve 7) veya Kurul'un çalışmasını engellemeleri ya da zorlaştırmaları (RKHK md. 16/1) şeklinde olabilir.

Bu bakımdan şirketler için önleyici çalışmaları maddi hukuka ve usul hukukuna ilişkin olmak üzere ikiye ayırabiliriz. Maddi hukuk bakımından dikkat edilmesi gereken temel husus ihlaller- sorumluluklar- yaptırımlar üçgeninde şirketler için gri alanların netleştirilmesi ve hukuki öngörülebilirliğin sağlanmasıdır. Bunun için ilk olarak pazar, tüketici gibi bazı kavramlar ile etkinlik ve fayda gibi hususlar yönünden Rekabet hukuku temel kavram ve düzenlemelerine ilişkin bilgi ve bilincin oluşturulması gereklidir. Öte yandan genel norm niteliğini taşıyan soyut Rekabet hukuku kuralları nedeniyle somut bir durumda hukuka uygunluğun veya hukuka aykırılığın anlaşılabilmesi için, rekabet otoritelerinin kararlarıyla belirginleşen uygulamaya yönelik ilke ve yaklaşımların bilinmesi lazımdır. Ayrıca RKHK

⁸ Her teşebbüs ve bütün şirket türlerinin tüm davranışlarının hukuka uygun olması gerektiği açıktır. Ancak ekonominin en önemli aktörlerinden olan anonim şirketlerin gerek sahip olduğu kurumsal yapı ve sermaye düzeni gerek faaliyet gösterdiği alanlar gerekse yabancı malvarlığının yönetilmesi ilkesi kapsamında yöneticilerinin tabi olduğu sorumluluk rejimi gereğince (TTK md. 365, 369 ve 375/1, a ve e) özellikle Uyum'u sağlaması, Uyum programı oluşturması gerektiği öğretilmektedir. Bkz. **Pınar, H.:** "Yönetim Kurulu Üyelerinin Şirketler Hukuku Açısından Rekabet İhlallerinden Dolayı Hukuki Sorumluluğu", "Reha Poroy Anısına Armağan, Batider 2009, C. XXV, S. 4, s. 390; **Pulaşlı, H.:** Compliance Kavramı ve Yönetim Organının Compliance Sorumluluğu, Batider 2019, C. XXXV, S. 2, s. 59; **Yaşar, T.N.:** Anonim Şirketler Hukukunda "Uyum" (Compliance), İstanbul 2020, s. 344.

kapsamında iktisadi rekabet korunduğu için, içe ve dışa dönük iktisadi değerlendirmeler de yapılabilirdir. Nitekim şeklen suçları belirleyerek cezalarını gösteren RKHK ile getirilen düzenlemelerde, suçu oluşturan, çoğu zaman davranışın kendisinden ziyade iktisadi değerlendirmelerle tespit edilebilecek olan koşulları ve etkileridir.

Usul hukuku bakımından Uyum programının öne çıktığı konular ise, Kurul'un yetkilerinin kapsamı ve şirketlerin bu kapsamdaki yükümlülüklerinin şirket içerisinde bilinmesinin sağlanmasıdır⁹.

Rekabet hukuku Uyum programının hukuka aykırılıkları zamanında ortaya çıkarma işlevi bakımından değerlendirildiğinde, şirketlerin RKHK 16/2 maddesiyle birlikte "*Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik*" (Ceza Yönetmeliği) düzenlemesine hâkim olması gerektiği belirtilmelidir. Zira Yönetmelik ile cezaların takdirinde süre ve tekerrür, ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmektedir (md. 5/3 ve md. 6/1).

Rekabet hukuku Uyum programı, hukuka aykırılıklara karşı tepki gösterme işlevi bakımından değerlendirildiğinde ise, şirketlerin özellikle *Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik (Pişmanlık Yönetmeliği)* kapsamında aktif işbirliği olanağını bilmesi gerektiği söylenebilir. Zira Pişmanlık Yönetmeliği ile RKHK 4. madde kapsamındaki karteller bakımından şirketlere, yöneticilere ve çalışanlara RKHK 16. maddesindeki cezalarda bağışıklık

⁹ Zira çok sayıda şirket rekabet ihlali olmamasına rağmen sadece usule ilişkin bilgi ve bilinç eksikliği nedeniyle cezalarla karşılaşmıştır. Örneğin, yerinde incelemeyi bir buçuk saat geciktirme nedeniyle bkz. *RK 03.07.2017 tarih ve 17- 20/318-140 sayılı ÇEKOK kararı*; başka bir şirket hakkında yürütülen ön araştırma kapsamında *yerinde inceleme yapılabilmesi için mahkeme kararı istemesi nedeniyle bkz. RK 18.01.2018 tarih ve 18- 03/34-21 sayılı Medyacızade A.Ş. Kararı*; kişisel e-postaların varlığı nedeniyle bilgisayarların incelenmesine izin verilmemesi nedeniyle bkz. *RK 21.12.2017 tarih ve 17- 42/669-297 sayılı Nuhoğlu kararı. (Benzer diğer kararlar için bkz. Rekabet Kurulu'nun 07.02.2019 tarih ve 19-06/51-18 sayılı Ege Gübre Kararı; 07.11.2019 tarihli ve 19-38/583-248 sayılı TEB Kararı; 07.11.2019 tarih ve 19-38/584-250 sayılı Unilever Kararı.)*. Ayrıca süreli para cezasının asıl para cezasını aşması ile ilgili bkz. *RK 21.06.2018 gün ve 18-20/356-176 sayılı Mosaş kararı*.

veya indirim olanağı sunulmaktadır¹⁰. Bununla birlikte yine Ceza Yönetmeliği ile düzenlenen aktif işbirliği düzenlemesi ise kartellerle sınırlı olmaksızın RKHK md. 4, 6, 7 için aktif işbirliğine şirketler için cezalarda indirim, yöneticiler ve çalışanlar için ise cezalarda indirim veya yaptırımlardan bağışıklık olanağı sunmaktadır.

Son olarak Rekabet hukuku Uyum programı için 7246 sayılı Kanun ile getirilen son düzenlemeler kapsamında bir inceleme yapmak gerekirse, kanaatimizce şöyle bir tasnifle niteleme yapmak olanaklıdır:

Muafiyete ilişkin RKHK 5. maddede netleştirilen “*kendi kendine değerlendirme sistemi*” ve “*isteğe bağlı bildirim*” ile 41. maddeyle ilk defa açıkça düzenlemeye kavuşturulan “*de minimis kuralı*”, Rekabet hukuku tarafından izin verilmek suretiyle yaptırımlarla karşılaşmadan bazı davranışların gerçekleştirilebileceği *şirketin kendisine bırakılan alan* olarak nitelendirilebilir.

RKHK 43. maddeyle düzenlenen taahhüt ve uzlaşma olanağı, ihlalde bulunan şirketlerin *telafi edebileceği alan* olarak nitelendirilebilir.

RKHK 9. madde ile getirilen tedbirlere ilişkin hükümlerle, 7. maddedeki değişiklikle yoğunlaşmalarda “*etkin rekabetin önemli ölçüde azaltılması*”nın ölçüt olarak benimsenmesi ve 15. maddede Kurul’un bilişim sistemlerinde inceleme yapma yetkisinin açıklığa kavuşturulması ise *şirketlerin dikkat etmesi gereken alan* olarak nitelenerek ele alınabilir.

¹⁰ Düzenleme, şirketler arasında olduğu kadar yönetici ve çalışanların kendi aralarında ya da şirketlerle yönetici ve çalışanları arasında üçlü bir yarış oluşturmaktadır. Buna göre ceza bağışıklığından sadece ilk pişmanlık başvurusunda bulunanın yararlanabileceği için yönetici ve çalışanların şirketten bağımsız olarak pişmanlık başvurusunda bulunması gündeme gelebilir. Ancak Pişmanlık Yönetmeliği’nde başvuruyu şirketin yapması halinde yönetici ve çalışanların da bu başvurudan yararlanabileceği için (md. 4/3 ve md. 5) Uyum programını oluşturmuş ve bu konuda duruşunu net olarak ortaya koymuş şirketlerde, çalışan ve yöneticiler şirketle birlikte hareket edebilir. Bkz. Yaşar/Songur, s. 111.

ANONİM ŞİRKETLERDE REKABET HUKUKU UYUM (COMPLIANCE) PROGRAMI¹¹:Uyum Sistemi ve Taahhüt, Uzlaşma, Tedbirler ile Cezada İndirim Açısından Değerlendirilmesi

Dr. Öğr. Üyesi Tuğçe Nimet Yaşar¹²

Ticaret şirketleri daha fazla kâr ve güç elde etmek amacıyla hukuk kurallarına aykırı davranabilmektedir. Şirketlerin hukuka uygun davranmalarını sağlamak amacıyla şirket dışında yapılan denetimlerin yeterli olmadığı ve şirket içerisinde de gözetimin yapılması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Bu kapsamda kökenleri Amerika Birleşik Devletleri'ne dayanan ve *Uyum* şeklinde Türkçeleştirdiğimiz *Compliance* kavramı şirketler hukukunda önem kazanmıştır.

Hukuk literatüründe *Uyum*, kısaca hukuka uygunluk anlamına gelmektedir. *Uyum*, hukuka uygunluk yanında hukuka uygun hareket edilmesini sağlama ve gözetme anlamı da taşımaktadır. Bu bağlamda şirketler hukuku açısından *Uyum*, şirketin organlarının, organ üyelerinin ve şirketin tüm kademelerinde çalışan ve görevlilerin tüm iş ve işlemlerinin hukuka uygun olması ve bu iş ve işlemlerinin hukuka uygunluğunun sağlanmasına yönelik alınan önlemlerin tümüdür¹³. Şirketler hukukuna ilişkin olarak *Uyumu* vurgulamak amacıyla *Kurumsal Uyum (Corporate Compliance)* kavramı da kullanılmaktadır. Önlemlerin devamlı nitelikte olması ve şirket bünyesinde şirket yapısına uygun bir düzene yerleştirilmesi için *Uyum sistemi* kurulması gerekmektedir¹⁴.

¹¹ Bu çalışma, Rekabet Derneği'nin 16.03.2021 tarihli toplantısında Dr. Öğr. Üyesi Damla Songur ile birlikte yapılan sunum kapsamında hazırlanmıştır. Bu çalışmada yer verilen hususlara ilişkin daha kapsamlı açıklamalar ve bilgi için bkz. **Yaşar, Tuğçe Nimet/Songur, Damla:** "Anonim Şirketlerde Rekabet Hukuku Uyum (Compliance) Programının Oluşturulması ve İşlevleri -7246 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişikliklerle Birlikte", *Batider* 2020, C. 36, S. 4, s. 87-129.

¹² Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku ABD Öğretim Üyesi, tnyasar@ybu.edu.tr.

¹³ *Uyum* kavramı hakkında **Yaşar, Tuğçe Nimet:** Anonim Şirketler Hukukunda Uyum, (Compliance) İstanbul 2020, s. 9 vd.

¹⁴ *Uyum sistemlerinin* sadece sermaye şirketlerinde değil, tüm ticaret şirketlerinde oluşturulması gerektiği yönünde bkz. **Vitorino Clarindo dos Santos, Jorge:** Rechtsfragen der Compliance in der internationalen Unternehmensgruppe, Köln 2013, s. 86.

Uyum sisteminin özellikle şirkette hukuka aykırılıkları önleme (*prevent*), varsa şirketteki hukuka aykırılıkları zamanında ortaya çıkarma (*detect*) ve tespit edilen hukuka aykırılıklara karşı tepki gösterme (*respond*) işlevlerini haiz olması gerekmektedir¹⁵. Belirtilen bu işlevleri yerine getirebilecek bir *Uyum sisteminin* oluşturulması, başka bir ifade ile şirkette hukuka uygunluğu sağlama yükümlülüğü anlamında kullandığımız *Uyum yükümlülüğü* Türk Ticaret Kanunu'nda açıkça düzenlenmemiştir. Buna rağmen anonim şirketlerde *Uyum yükümlülüğünün* yönetim kurulunun TTK'da düzenlenen şirketi tedbirli bir yöneticinin özeniyle yönetme yükümlülüğü kapsamında yer aldığı kabul edilmektedir (TTK m. 365, 369 ve 375/l, a ve e)¹⁶. *Uyum yükümlülüğünü* yerine getirmeyen yönetim kurulu üyeleri TTK m. 553 gereğince doğabilecek zararlardan sorumlu olacaklardır¹⁷.

Hukuka aykırılıkları tamamen önlemek olanaklı olmamakla birlikte etkin bir *Uyum sistemi* ile meydana gelebilecek hukuka aykırılıklar nedeniyle şirketin ve yöneticilerinin sorumluluğunun doğması en aza indirilebilecek ve şirket itibarı korunabilecektir. *Uyum sisteminin* her şirkete özgü, bu itibarla şirket büyüklüğü, faaliyet alanı ile yapısı gibi çeşitli faktörlere bağlı olarak yapılandırılması gerekmektedir. Dolayısıyla ideal tek tip bir *Uyum sistemi* modeli (*one-size-fits-all*) bulunmamaktadır¹⁸. Ancak özel önemi haiz olmaları nedeniyle borsa şirketlerinde *Uyum yönetim sistemi* olarak adlandırılan kapsamlı bir *Uyum sisteminin* kurulması gerektiği kabul edilmektedir. *Uyum yönetim sisteminin* en az yedi unsuru içinde barındırması gerektiği belirtilebilir. Bu unsurlar *Uyum kültürü*, *Uyum riski*, *Uyum*

¹⁵ Yaşar, s. 28-29; Yaşar/Songur, s. 92.

¹⁶ Konu hakkında bkz. Yaşar, s. 344 vd; Yaşar, Tuğçe Nimet: “Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Uyum (*Compliance*) Yükümlülüğü”, Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklık Sempozyumu (MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi 20-22 Temmuz 2020), İstanbul 2021, s. 247 vd; Pınar, Hamdi: “Yönetim Kurulu Üyelerinin Şirketler Hukuku Açısından Rekabet İhlallerinden Dolayı Hukuki Sorumluluğu”, Reha Poroy Anısına Armağan, Batider 2009, C. XXV, S. 4, s. 390; Pulash, Hasan: Compliance Kavramı ve Yönetim Organının Compliance Sorumluluğu, Batider 2019, C. XXXV, S. 2, s. 53 vd.

¹⁷ Pash, Ali: ‘Compliance’ Kavramının Anonim Ortaklıklar Hukukundaki Anlamı ve Sorumluluk Sistemine Etkisi, Türk-Alman Hukuk Sempozyumu – Teori ve Uygulama Açısından İşletmelerde Hukuk Kurallarına Uygun Hareket Etme (Compliance) Tartışmaları 1 Temmuz 2011, Ankara 2013, s. 23; Yaşar, s. 437.

¹⁸ Öz, Gamze: Rekabet Hukuku Uyum Programları ve Bankacılık Alanında Uygulanması, Batider 2013, C. XXIX, S. 3, s. 137.

amacı, *Uyum* programı, *Uyum* organizasyonu, *Uyum* iletişimi ve *Uyum* gözetimidir. Tüm bu unsurlar kendi içinde etkileşim ve kesişim içindedir¹⁹.

Uyum sisteminin en temel unsuru, şirket kültürü içinde yer alan *Uyum kültürüdür*. Şirkette *Uyum kültürünün* var sayılabilmesi için şirkete hakim olan değerlerde ve inançlarda hukuka uygunluk her zaman ön planda olmalıdır. Bunun için de şirket üst ve orta kademedeki yönetimi ile şirketin tüm kademelerindeki çalışanları hukuk kurallarına uymaları gerektiği konusunda bilinç sahibi ve bu gerekliliği içselleştirmiş olmalıdır. *Uyum kültürü* yönetim kurulu tarafından anonim şirketin üst düzeyde yönetimi görevi (TTK m. 375/l, a) kapsamında şirketin stratejisi ile politikalarının bir parçası olarak oluşturulmalıdır. Bu kültürü öncelikle şirketin en tepesindeki yöneticiler içselleştirmeli ve bu konuda kararlılık göstermelidirler (*tone at and from the top*). Yönetim kurulunun kararlılığını aktif bir şekilde şirket çalışanlarına göstermesi ve ayrıca hem yönetim kurulunun hem de orta kademedeki yönetimin bizzat *Uyum kültürüne* uygun ve örnek olacak şekilde davranmaları gerekmektedir (*walk the talk*). Bu kararlılığın gösterilebilmesi için *Uyum iletişimi* kapsamında çalışanlarla gerekli iletişim kurulmalıdır.

Uyum sistemi ile kural olarak tüm hukuk kurallarına uygunluk amaçlanmaktadır. Ancak *etkin* bir sistemin kurulabilmesi için ilgili anonim şirkette özel olarak meydana gelebilecek hukuka aykırılıkların, başka bir anlatımla *Uyum risklerinin* tanımlanması, tespit edilmesi, önemine göre sıralandırılması ve şirketin risk profilinin çıkarılması (risk analizinin yapılması) gerekmektedir. Şirkete özgü *Uyum sistemi* de belirlenen bu risk profiline göre oluşturulmalıdır. Bu bağlamda şirkette hukuka aykırılık risklerini sürekli tespit edip değerlendirecek ayrı bir *Uyum risk yönetimi* oluşturulabileceği gibi şirketin genel risk yönetimi kapsamında da bu tespit ve değerlendirmeler yapılabilecektir.

Uyum risk analizi sonucu *Uyum sisteminin* kapsamı ve ağırlık verilmesi gereken noktalar tespit edilmek suretiyle şirketin *Uyum amacı* belirlenmelidir. Müteakiben *Uyum amacına* uygun temel önlemleri içeren bir *Uyum programı* hazırlanmalı ve şirket işleyişine entegre edilmelidir. Yapılan risk analizi sonucu örneğin rekabet hukukuna önem verilmesi gerektiği ortaya çıkıyor ise, bu amaca yönelik özel bir

¹⁹ Unsurlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Yaşar**, s. 371 vd.

rekabet hukuku Uyum programı hazırlanması mümkündür. Şirkette oluşturulacak *Uyum programı* yukarıda belirttiğimiz önleme, ortaya çıkarma ve tepki gösterme işlevlerine hizmet etmeli ve bu işlevleri yerine getirmek için gerekli önlemleri açıkça planlamalıdır. Programın içeriğini örneğin risk analizlerinin yapılışı, çalışanların faaliyetlerinin nasıl kontrol edileceği, hukuka aykırılık şüphesinde şirket içi soruşturmaların nasıl yürütüleceği ile *Uyum* iletişiminin nasıl ve hangi sıklıkta sağlanacağı gibi hususlar oluşturmalıdır.

Uyum sisteminin diğer bir unsuru olan *Uyum organizasyonu*, *Uyum programının etkin* bir şekilde yürütülebilmesi için gerekli personel dahil tüm kaynaklar tahsis edilerek tesis edilmelidir. Yukarıda belirttiğimiz üzere *Uyumun* sağlanması yükümlülüğü anonim şirketlerde yönetim kurulundadır. Ancak anonim şirketin büyüklüğü, çalışanlarının sayısı, faaliyet gösterdiği sektör gibi çeşitli faktörlere göre yönetim kurulu *Uyum programının* uygulanmasına yönelik görevlerini devredebilmektedir. Bu doğrultuda şirkette *Uyum görevlisi* veya *görevlilerinin* atanması olanak dahilindedir²⁰. *Uyum görevlisi/lerinin* bağımsız olması, başka bir anlatımla talimata tabi olmaması ancak kural olarak yönetim kuruluna rapor sunması gerekmektedir. Bu kapsamda *Uyum görevlisi/leri* şirket içinde edinilen bilgileri ve *Uyum sistemine* ilişkin önerilerini ve kendi faaliyetleri hakkındaki bilgileri önem sırasına göre periyodik olarak ve ayrıca gerektiğinde yönetim kuruluna sunmalıdır. Bu şekilde şirket yönetiminin de *Uyum sistemine* katılması sağlanmalıdır.

Uyum kültürünün ve bu doğrultuda şirkette genel olarak *Uyumun* sağlanabilmesi için şirket içinde hem yönetim kurulundan çalışanlara doğru hem de çalışanlardan yönetim kuruluna doğru çift yönlü bir bilgi iletişim ağı, başka bir ifade ile *Uyum iletişimi* kurulmalıdır. *Uyum iletişimi* ile çalışanlar hukuk kuralları, kendilerine yüklenen görevler ve *Uyum programı* ile belirlenen önlemler hakkında bilgilendirilmeli ve hukuka uygunluk konusunda çalışanların duyarlılığı artırılmaya çalışılmalıdır. Bu kapsamda *Uyum el kitapları* hazırlanarak davranış ilkeleri belirlenmeli ve ayrıca hukuk kuralları hakkında eğitimler verilmelidir. Eğitimler şirketteki *Uyum risklerine* yönelik olmalıdır. Ayrıca genel eğitimler yanında belirli çalışan gruplarına yönelik, o çalışanların faaliyetleri ile ilgili özel eğitimlerin de

²⁰ Farklı *Uyum organizasyonu* modelleri için bkz. Yaşar, s. 387 vd.

verilmesi yararlı olmaktadır. Aynı zamanda belirli alanlara ilişkin örneğin rekabet hukukuna ilişkin özel eğitimlerin veya el kitapçıklarının da hazırlanması mümkündür. Eğitimler örneklerle anlatım şeklinde, uygulamaya dönük, açık ve anlaşılır olmalıdır. Eğitim yanında çalışanların hukuki konularda *Uyum görevlisi/lerine* danışmalarını sağlayacak ve görevlilerin de ilgili konuya ilişkin bilgi verebileceği yardım hattının (*helpline, help desk*) da şirket içinde yer alması önemlidir. Şirket içinde ihbar hattının (*whistleblower-hotline*) oluşturulması da önerilmektedir. İhbar hatlarının şirket içindeki hukuka aykırılıkların ortaya çıkarılmasında önemli rol oynadıkları tespit edilmiştir²¹. Bu nedenle ihbar hatları oluşturulurken ihbar yapan çalışanın gizli tutulması ve korunması gibi önlemler de belirlenmelidir.

Uyumu sağlama yükümlülüğü devamlı bir yükümlülüktür. Bu nedenle sistemin sağlıklı bir şekilde işleyip işlemediği devamlı gözetilmeli ve eksiklerin tespiti durumunda *Uyum sisteminde* gerekli iyileştirmeler ve güncellemeler yapılmalıdır. *Uyum gözetimi ve iyileştirilmesi* unsuru ile sistemin kâğıt üzerinde kalmaması, kesintisiz ve etkin kullanılması sağlanabilecektir.

Uyum sistemi rekabet hukuku bakımından da önem arz etmektedir. Yukarıda belirtilen unsurları taşıyan bir *Uyum sisteminde* sahip anonim şirketin diğer hukuk kuralları yanında rekabet hukukunu ihlal etme riski de minimize edilmektedir. *Uyum sistemi* sayesinde şirkette rekabet hukukunu ihlal riski ortaya çıkmış ise, 7246 sayılı Kanun ile Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'a getirilen taahhüt veya uzlaşma (m. 43) usulüne başvurulup başvurulmayacağı şirket tarafından çok daha seri ve emin bir şekilde değerlendirilebilecektir. Nitekim şirkette *Uyum sistemi* varsa, o halde şirketin kural olarak olası ihlal hakkında daha fazla bilgiye sahip olması gerekir. Bu şekilde taahhüt veya uzlaşma yoluna başvurma şirketin menfaatine olup olmadığını şirket *Uyum risk yönetimi* kapsamında değerlendirebilecektir. Şirket bu yollardan birine başvurma kararı alırsa da yine *Uyum sistemi* kapsamında zaten ihlalin tekrar ortaya çıkmaması için alması gereken önlemleri, taahhüt olarak

²¹ Bkz. örn. Almanya'da *Wirecard* skandalı ortaya çıkmadan önce çalışanlar tarafından bağımsız denetim şirketine ihbarlar yapılmıştır: <https://www.ft.com/content/3b9afceb-eaeb-4dc6-8a5e-b9bc0b16959d> (28.04.2021).

Rekabet Kurumu'na sunabilecek (2021/2 sayılı Taahhüt Tebliği²² m. 5) veya uzlaşma metni kapsamına dahil edebilecektir. Şirkette *Uyum sistemi* oluşturulmadığı hallerde ise *Uyum sistemi* kapsamında *rekabet hukuku Uyum programı* oluşturulması taahhüt olarak şirket tarafından sunulabilecek veya uzlaşma metnine bu yönde bir madde eklenebilecektir²³. Öte yandan şirket tarafından sunulan taahhütlere uyumların da izlenmesi gerekmektedir (2021/2 sayılı Taahhüt Tebliği m. 15). Şirkette *Uyum sistemi* kurmak suretiyle şirket içinde bu gözetim gerçekleştirilebilecektir.

Ayrıca Rekabet Kurulu tarafından belirlenecek -7246 sayılı Kanun ile Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da düzenlenen- davranışsal tedbirler (RKHK m. 9) arasında *rekabet hukuku Uyum programı* oluşturulmasına da yer verilebilir²⁴. Tek başına *Uyum programının* oluşturulmasına yönelik bir tedbir, ihlal öncesi rekabet koşullarını yeniden sağlayacak nitelikte değildir. Dolayısıyla ihlali ortadan kaldıracak tedbirler yanında onları destekleyecek şekilde *Uyum programı* oluşturulmasına veya şirkette mevcut *Uyum programının* iyileştirilmesine yönelik Kurul tarafından tedbir kararı verilebilir. Bununla birlikte davranışsal tedbirlerin sonuç verip vermediği de Kurul tarafından takip edilmelidir (RKHK m. 9/1). Bu takip için de doğrudan *Uyum programından* yararlanılması mümkündür.

Son olarak *Uyum sistemi* kapsamında *rekabet hukuku Uyum programını* oluşturmuş bir anonim şirkette rekabet ihlali tespit edilmiş ise, bu şirketin cezada indirimden yararlanıp yararlanamayacağı tartışılmalıdır. Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik m. 7/1 gereğince incelemeye yardımcı olma, diğer ihlallere son verilmesi gibi hallerde şirkete verilecek temel para cezası “dörtte bir ile beşte üç arasında indirilebilir”. *Uyum programı* aracılığıyla elde edilen bilgilerin Kurul'a sunulması, incelemeye yardımcı olunması veya diğer ihlallerin tespit edilip

²² Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar İle Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasına Yönelik Önerilerde ve Soruşturmalarda Sunulacak Taahhütlere İlişkin Tebliğ, RG, 16.03.2021, S. 31425.

²³ Bkz. Commission Decision of 22.06.2005 Case COMP/A.39.116/B2 – Coca-Cola; USA v. SK Energy Co., Ltd, 14.11.2018 Case No. 2:18-cv-1456. Konu hakkında ayrıca bkz. **Yaşar/Songur**, s. 112 vd.

²⁴ Konu hakkında bkz. **Yaşar/Songur**, s. 115 vd.

sonlandırılması daha mümkün olacaktır. Bu şekilde şirketin cezada indirim nedenlerinden yararlanma olanağı doğacaktır. Ancak *rekabet hukuku Uyum programının* şirkette sadece var olmasının cezada indirim nedeni olarak kabul edilip edilemeyeceği hususu tartışmalıdır (*Compliance-Defence*)²⁵.

Uyumun ortaya çıktığı Amerika Birleşik Devletleri'nde, Kurumsal Cezalandırma Rehberi²⁶ (*Organizational Sentencing Guidelines*) gereğince şirket çalışanlarının şirkete yarar sağlamak amacıyla suç işlemleri durumunda bu suçlardan dolayı şirketlere de ceza verilmektedir. Ancak şirketin etkin bir *Uyum sistemi* oluşturduğunu ispat etmesi durumunda şirkete verilecek cezada indirimine gidilmektedir. Bu kurallar nedeniyle ABD'de *Uyum sistemi* olmayan anonim şirket yok denecek kadar azdır²⁷. Bununla birlikte ABD'de rekabet hukuku ihlallerinde *rekabet hukuku Uyum programları* dikkate alınmamaktaydı. Ancak rekabet hukuku ihlallerinde bu şekilde farklı bir yöntem izlenilmesi eleştirilmekteydi²⁸. Bu doğrultuda 2015 yılından itibaren Adalet Bakanlığı Antitröst Dairesi'nin *Uyum programını* cezada indirim nedeni olarak değerlendirmeye başladığı belirtilmektedir²⁹. 2019 yılının Temmuz ayında da Antitröst Dairesi tarafından "Kurumsal Uyum Kılavuzu" yayımlanmıştır³⁰. "Kurumsal Uyum Kılavuzu"nda şirketler için talep edilecek ceza değerlendirmesinde *etkin rekabet hukuku Uyum programlarının* da dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir.

Alman hukukunda -ABD de olduğu gibi- rekabet hukuku *Uyum programları* şirketlere verilecek cezalarda indirim nedeni sayılmamaktaydı. Zira programa rağmen rekabet

²⁵ Konu hakkında bkz. **Yaşar/Songur**, s.119 vd. Fransa, İngiltere, Kanada, Brezilya ve İspanya'da şirketlerde *Uyum sisteminin* varlığının bir indirim nedeni olarak kabul edildiğine ilişkin bkz.

Eufinger, Alexander: Berücksichtigung von Compliance-Programmen bei der Bußgeldbemessung – Vorbild USA?", CCZ 5/2016, s. 209.

²⁶ Amerikan Cezalandırma Komisyonu tarafından çıkarılan Rehberler mahkemeler için bağlayıcı niteliktedir.

²⁷ **Beveridge, Norwood P.**: "Does the Corporate Director Have a Duty Always to Obey the Law?", 45 DePaul L. Rev. 1996, Vol. 45, s. 729. Kurumsal Cezalandırma Rehberi hakkında ayrıca bkz. **Yaşar**, s. 40.

²⁸ Bkz. **Eufinger**, s. 211.

²⁹ United States v. Kayaba Industry Co., Ltd (d/b/a KYB Corporation), 05.10.2015, Case No: 1:15-CR-00098.

³⁰ Kılavuz için bkz. *US Department of Justice, Antitrust Division, Evaluation of Corporate Compliance Programs in Criminal Antitrust Investigations* (July 2019) <https://www.justice.gov/atr/page/file/1182001/download> (28.04.2021).

hukuku ihlal edilmiş ve program başarısız olmuş kabul edilmekteydi. Ancak Alman Rekabet Kısıtlamalarına Karşı Kanun'da (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* - GWB) 18 Ocak 2021 tarihinde Alman Resmî Gazetesi'nde yayımlanan GWB-Dijitalleşme Kanunu³¹ ile değişiklik yapılmıştır. Her ne kadar Alman Federal Kartel Kurumu (*Bundeskartellamt*), GWB-Dijitalleşme Kanunu Tasarısı'na ilişkin değerlendirmesinde *Uyum programlarının* cezalarda indirim nedeni olarak kabul edilmemesini önermiş ise de³² yeni değişiklik ile "Alman Rekabet Kısıtlamalarına Karşı Kanun" *Uyum programlarını* cezada indirim nedeni olarak kabul etmektedir (§ 81d GWB). Anılan hükümde açıkça *Uyum programı* terimi kullanılmamakla birlikte teşebbüslerde ihlallerin önlenmesi ve ihlallerin ortaya çıkarılması için önlem alınmış olması ve hatta ihlal oluştuktan sonra dahi gerekli önlemlerin alınmış olması cezada indirim nedeni olarak kabul edilmektedir. Bu hükmün de *Uyum programlarına* işaret ettiği kabul edilmektedir³³.

Türk hukukunda *rekabet hukuku Uyum programları* Kurul tarafından teşvik edilmektedir. Ancak Kurul kararlarında *rekabet hukuku Uyum programlarının* cezada indirim nedeni olarak kabul edilmediği açıkça belirtilmektedir³⁴. Rekabet otoriteleri tarafından verilen cezaların çok yüksek miktarlara ulaşmasına rağmen halen rekabet ihlallerinin sıklıkla ortaya çıkıyor olmasından dolayı "yaptırım"ın rekabet hukukuna uygunluğu sağlamada etkin bir araç olmadığı anlaşılmaktadır. Bu bakımdan hem rekabet hukukuna uygunluğun sağlanması hem de şirketlerde *Uyum programlarının* desteklenmesi için Türk hukukunda da etkin bir *Uyum programının* cezada indirim nedeni olarak kabul edilmesinin yerinde olacağını düşünmekteyiz³⁵. Ancak *Uyum programının* etkinliğinin sağlanmış olması için gereken standartların Kurul tarafından saptanması ve hukuki güvenlik ilkesi çerçevesinde indirim oranının açıkça düzenlenmesi gerektiği görüşündeyiz.

³¹ GWB-Digitalisierungsgesetz, BGBl. 2021 I, s. 2.

³² Bkz. Yaşar/Songur, s. 121.

³³ Eufinger, Alexander, "Die Compliance-Defense im Entwurf zur 10. GWB-Novelle und zum Verbandssanktionengesetz", GWR 2021, Heft 2, s. 27-28; <https://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/258/1925868.pdf> (28.04.2021).

³⁴ Bkz. Yaşar/Songur, s. 121 vd.

³⁵ Bkz. Yaşar/Songur, s. 122-123.

ANONİM ŞİRKETLERDE REKABET HUKUKU UYUM PROGRAMI