



REKABET DERNEĞİ

REKABET FORUMU

HUKUK-EKONOMİ-POLİTİKA

Mart 2013

Sayı: 72

Sahibi: Rekabet
Derneği adına
Prof. Dr. Erdal Türkkan
Ayda Bir Yayınlanır.

Editörler: Erdal Türkkan,
İbrahim Gül, Gönenç
Gürkaynak, Kemal Erol,
Nurkut İnan, Tamer
Müftüoğlu

Yazı Kurulu: Aydın
Ayaydın, Uğur Emek, Ercan
Kumcu, Ercüment Erdem,
Gamze Öz, Hamdi
Pınar, Nejdet
Karacehennem, Kubilay
Atasayar, Mümin Erkunt,
Müfit Sonbay, Nahit Töre,
Nurkut İnan, Osman
Sevaioğlu, Şevket
Özügergin, Tuna Yurtseven,
Uğur Özgöker, Yavuz Ege,
Yılmaz Aslan.

GENEL MERKEZ:

Yazışma Adresi: Farabi
Sokak 32/1 Çankaya
ANKARA

Telefon:0532 7433996;

0532 3410739 İrtibat

Tel:0312 4272538

0312 2992507

Faks:0 312 4272539

e-posta:

rd@rekabetderneği.org
erdalturkkan@hotmail.com

WEB:

www.rekabetderneği.org

Banka:TC Ziraat Bankası

0795 Necatibey Şubesi

Hesap No: 647 654

VERGİ No:Ankara

Başkent Vergi

Dairesi:7340430101

İSTANBUL ŞUBESİ:

Adres: Süleyman Seba

Caddesi, Spor Apt. No

62/4 Akaretler/

Valideçeşme -BEŞİKTAŞ

34357 İSTANBUL

Telefon:212- 236 53 00

İLK YAZI

Prof. Dr. Erdal Türkkan
Kamuda Rekabetçi Bakış Açısını Geliştirme
İhtiyacı..... 2

SÖYLEŞİ

Nejdet Karacehennem
Rekabet Kurulu Kararlarının Sağlıklı Olabilmesi İçin
Gözetilmesi Gereken Hususlar II.....4

MAKALELER

Doç.Dr. Uğur Emek

Bankacılık Sisteminde Rekabet ve İstikrar
İkilemi.....9

Av. Gönenç Gürkaynak ; Av. Murat Hakan Özgökçen
Av. Zeynep Ortaç; Sinan Diniz

Rekabet Hukuku Soruşturmalarda Şikayetçinin
Konumu:Taraf Menfaatleri İle Hakikati Bulma Arasındaki
Denge Üzerine Düşünceler.....15

Rekabet Derneği Hakkında Kısa Bilgi

Rekabet Derneği 20 Mayıs 2004 tarihinde kuruluşunu tamamlamış bir sivil toplum örgütüdür. Derneğin amacı Türkiye'de rekabet ortamının ve rekabet kültürünün gelişmesine katkıda bulunmaktadır. Derneğin Genel Merkezi Ankara'da olup İstanbul Şubesi 10 Mart 2005'ten itibaren faaliyete geçmiştir. Demek Rekabet Kurumu'nun eski başkan ve üyeleri, rekabet ve regülasyon üzerine çalışan üniversite öğretim üyeleri, bazı gazeteci, sanayici, bankacı ve hukukçular tarafından kurulmuştur. Tüm düzenleyici kurumların eski başkanları Derneğin tabii üyesidir.

Derneğin Yönetim Kurulu: Prof. Dr. Erdal Türkkan (Başkan), Av. Müfit Sonbay (İl.Başkan), Av. Mertaş Kılıçlar, Yard. Doç Dr. Gül Efem, Dr. Nurkut İnan, Yard. Doç. Dr. Gamze Aşçıoğlu Öz, Yard. Doç. Dr. Hamdi Pınar, Av. Ömür Kasımay ve Özge İçöz'den oluşmaktadır.

Derneğin İstanbul Şubesi Av. Dr. Kemal Erol Başkanlığında faaliyetini sürdürmektedir.

Demek aylık Rekabet Forumu'nu elektronik olarak yayınlamakta ve düzenli aylık bilimsel toplantılar düzenlemektedir.

KAMUDA REKABETÇİ BAKIŞ AÇISINI GELİŞTİRME İHTİYACI

Prof. Dr. Erdal TÜRKKAN

Rekabet Kurumu'nun 15 ve 16. kuruluş yıldönümlerinde yayınlanan 2012 ve 2013 Rekabet Raporları'nın ana teması kamuda rekabetçi bakış açısını geliştirme ihtiyacı olmuştur. 2012 Rekabet Raporu'nda özellikle sektörel düzeyde kamunun rekabetçi olmayan düzenleme ve davranışları ön plana çıkarılırken 2013 Raporu'nda (1) genel olarak kamu müdahaleleri açısından rekabetçi bakış açısını geliştirme gereği ortaya konulmuştur. Bu konuda karşımıza çıkan iki önemli soru vardır. Bunlardan birincisi Türkiye'de kamu müdahalelerinin ne ölçüde rekabetle uyumlu olduğu ve bu alanda Türkiye'nin küresel düzeydeki konumunun ne olduğu, ikincisi de şayet bu alanda önemli bir gerilik söz konusu ise bunun nasıl bir mekanizma oluşturularak giderileceğidir.

Burada yapılması gereken ilk tespit, 1980'lerden bu yana Türkiye'de kamu müdahalelerini rekabetle uyumlu hale getirmek açısından önemli mesafeler alındığıdır. Bu çerçevede Türkiye'de dışa açılma ve AB ile Gümrük Birliği, Rekabet Kurumu'nun oluşturulması, özelleştirmeler, sektörel düzeydeki serbestleşmeler, bağımsız düzenleyici kurumların oluşturulması ve enflasyonun tek haneli düzeyler çekilmesi önemli kilometre taşlarını oluşturmaktadır.

Burada yapılması gereken ikinci tespit kamu müdahalelerinin rekabet ortamını çok yönlü ve çok boyutlu olarak etkilediği ve sadece özel sektörün rekabetçi davranışlara zorlanması ile sonuca ulaşamayacağıdır. Gerçekten kamu işletmeleri, sektörel ve mesleki düzeyde yapılan çeşitli düzenlemeler, kamu alımları, kamu destekleri ve vergiler ve pazar oluşturma yoluyla rekabet süreçleri pozitif veya negatif yönde etkilenebilmektedir. Rekabet Kurumu ve diğer bağımsız düzenleyici kurumların faaliyetleri başta olmak üzere kamunun bazı müdahalelerinin rekabet ortamını iyileştirici veya rekabet ortamının toplumsal refaha katkısını artırıcı nitelikte olduğu da muhakkaktır. Aynı şekilde kamunun bazı müdahaleleri de rekabet ortamını olumsuz etkilemekle birlikte bazı piyasa yetersizliklerini, gelir dağılımındaki istenmeyen bozuklukları ve küresel rekabet gücündeki giderilebilir zafiyetleri azaltmaya yönelik olabilmektedir. Bu çerçevede kamu müdahalelerinin tam olarak ve her alanda rekabetle uyumlu olması söz konusu değildir. Ancak belli bir amaçla yapılan müdahalelerin rekabetle daha uyumlu olarak gerçekleştirilmesinin yolları mutlaka araştırılmalıdır.

Bugüne kadar yapılan tüm iyileştirmelere rağmen, diğer ülkelerde daha hızlı mesafe alınması nedeniyle kamu müdahalelerinin rekabete uygunluğu açısından Türkiye'nin OECD ülkeleri arasında en geri sıralarda kaldığı görülmektedir. Örneğin kamu işletmelerinin ekonomideki ağırlığı itibarıyla Türkiye hala ön sıralarda yer almaktadır. (2013 Rekabet Raporu, s. 24) Düzenleme seviyesine ait göstergeler açısından da Türkiye en çok sınırlayıcı düzenlemeye sahip üç ülke arasında yer almaktadır. (2013 R.R. s. 33). Mesleki hizmetlere ilişkin düzenlemelerde de durum aynıdır. (2013 R.R. s.38). Türkiye'de kamu müdahalelerinin rekabete uygunluğu konusunda değerlendirme yapılması açısından bazı önemli güçlükler varlığını korumaktadır. Örneğin Türkiye hala kamu yardımlarının miktarının ve yapısının tam olarak şeffaflaşmadığı bir ülke konumundadır. Kamu alımları açısından da benzer bir durum söz konusudur. Ayrıca kamu alımlarında rekabete açılan alan gün geçtikçe daraltılmaktadır. Kamu teşebbüsleri açısından rekabetçi tarafsızlık ilkesinin tam olarak uygulandığını söylemek mümkün değildir. Türkiye bazı stratejik mal ve hizmetlerden (akaryakıt, haberleşme) alınan vergiler itibarıyla dünya liginde en ön sıralarda koşmaktadır. Yüksek enerji bağımlılığı yaşayan bir ülke olunmasına rağmen temiz enerji piyasalarına giriş konusunda kamunun yarattığı giriş engelleri şaşkınlık yaratacak düzeydedir.

Kamuda rekabetçi bakış açısının nasıl geliştirileceği konusu uzun yıllar tartışılmış çok boyutlu ve çetrefil bir konudur. Kısa vadeli mülahazalar ve politik rekabet genellikle rekabetçi bakış açısı yerine halkçı bakış açısının ön plana çıkmasına yol açabilmektedir. Özellikle siyasal istikrarsızlık dönemlerinde rekabetçi bakış açısı geri plana itilebilmektedir. Bürokrasi de kendi hâkimiyetini ve önemini koruyabilmek ve genişletebilmek için rekabetçi olmayan çözümlere daha fazla itibar edebilmektedir. Kamuoyunun ve sivil toplum örgütlerinin rekabet konusundaki hassasiyetlerinin yetersizliği yani güçlü bir rekabet kültürünün olmaması hükümetleri rekabetçi çözümlere yönlendirecek düzeyde değildir. Bu çerçevede kamuda rekabetçi bakış açısını zorlayan iki temel unsur kalmaktadır. Bunlardan birincisi dış dünyadan gelen baskılar ve telkinlerdir. Dış dünyadan gelen baskılar genellikle dış dünyanın menfaatlerini ilgilendiren konularda ortaya çıkmaktadır. Bu açıdan yeterli ve genel bir dinamizm yaratmamaktadır. İkinci yöntem ise anayasal ve yasal düzenlemelerdir.

Bu çerçevede yeni anayasada kamunun ekonomik yükümlülükleri bağlamında rekabet hukukunun uygulanması, piyasaların rekabete açılması için gerekli düzenlemelerin yapılması, kamu düzenlemelerinde rekabetçi yaklaşımın benimsenmesi ve devlet desteklerinde ve vergi sisteminin oluşturulmasında rekabetin gözetilmesi hususlarına muhakkak yer verilmelidir. Böylece kamunun rekabetçi bakış açısını geliştirmesi tesadüflere, politik ve ekonomik konjonktüre bağımlı olmaktan çıkarılmış olacaktır.

Rekabet politikalarının etkin ve kapsamlı biçimde uygulanabilmesi için Anayasal güvence yanında etkin mekanizmaların oluşturulması da büyük önem kazanmaktadır. Bu açıdan gerek rekabet hukukunun daha etkin uygulanması, gerek rekabetle daha uyumlu düzenlemelerin yapılması, gerekse kamu desteklemeleri sisteminde bazı ek tedbirlerin alınması ve ek mekanizmaların yaratılması büyük önem kazanmaktadır.

2013 Rekabet Raporu'nda düzenlemeler açısından "rekabet kurumunun da içinde bulunduğu resmi bir danışma mekanizmasının" yaratılması (R.R. s. 58) önerilmiştir. Dr. Ercan Kumcu Rekabet Kurulu'na yeni düzenlemeler taslak aşamasındayken tartışmalara zemin oluşturacak şekilde görüş bildirme misyonu verilmesi modelini önermiştir. Aslında bu konularda adı konulmamış bazı adhoc mekanizmalar da söz konusu olmaktadır. Düzenlemeler yapıldıktan sonra ortaya çıkan aksaklıkların ex post değerlendirilmesi de yapılacak iyileştirmeler açısından yol gösterici olabilmektedir.

Her halde işlerliği olan mekanizmaların iyileştirilmesine ve kurulu mekanizmaların işler hale getirilmesine öncelik verilmelidir. Örneğin 2010 yılında kabul edilen Devlet Desteklerini İzleme ve Denetleme Kurulu'nun çalışabilmesi için gerekli yönetmeliklerin 30-6 2013 tarihine kadar yürürlüğe konulması önem kazanmaktadır. Ayrıca kamu ihale kanununun işleyişindeki eksiklik ve aksaklıkların bütüncül bir yaklaşımla ele alınması yararlı olacaktır. Nihayet düzenlemelerde etki analizi yapılması ile ilgili 2006 yılında yayınlanan yönetmeliğin daha etkin uygulanması da önemli bir husustur.

(1) 2013 Rekabet Raporu, Rekabet Politikası Perspektifinden Kamu Müdahaleleri. Rekabet Kurumu, Yayın No. 303. Ankara.

REKABET KURULU KARARLARININ SAĞLIKLI OLABİLMESİ İÇİN GÖZETİLMESİ GEREKEN HUSUSLAR(II)

Nejdet Karacehennem (Rekabet Kurulu Eski Üyesi)
ile yapılan görüşme

Rekabet Forumu: Bundan önceki söyleşimizde soruşturma raporlarının daha da sağlıklı düzenlenebilmesi için dikkat edilmesi gereken hususlar meyanında özellikle delillerin değerlendirilmesi ve savunmaların tüm boyutları ile cevaplandırılması konularına değinmiştik. Konuya devam edecek olursak şu soruyu sormam gerekmektedir.

Geçen söyleşimizde soruşturmayı yönetecek raportörlerin “yansız” olmalarına değinmiştiniz. Bu konuda bir kuşkunuz mu var?

Nejdet Karacehennem: Soruşturmaları yürüten raportörler soruşturmaya muhatap teşebbüsler bakımından elbette tarafsızlardır. Siyasi baskı veya herhangi bir nedenle yanı olabilmeleri asla söz konusu değildir. Çünkü bu mikrop Kurum kültürüne bulaşmamıştır. Bu konuda en ufak bir şüpheye mahal yoktur.

Ancak “yansızlık” konusunda başka bir sorun mevcut olup o’nu açıklamaya çalışacağım.

Yukarıda da değindiğimiz üzere teşebbüslere dört aşamada savunma hakkı verilmiştir. İlk savunmaya kapsamlı cevap verildiği takdirde savunma makamı savunmasının neden kabul edilip edilmediğini anlayarak yeni argümanlarla müteakip savunmasını hazırlayabilecektir. Eğer savunmanın neden kabul edilmediği gerekçeleri ile açıklanmamışsa savunma makamının müteakip savunmasını geliştirebilmesi mümkün olmayacaktır.

Soruşturma heyeti bir yılı aşkın bir süre konu üzerinde çalışmakta ve kendisince doğru ve yansız olduğuna inandığı bir sonuca ulaşarak soruşturma raporunu düzenlemektedir. Bu aşamada ulaşılan “doğru” gerçekten doğru mudur?

(Konuyu biraz dağıtmak bakımında ve mevzu ile de mutabık olduğu için bir hususu hikâye etme isteğine kapıldım. Bir gün tasavvuf büyüklerimizden birine öğrencisi bir soru sorar: Hocam, biraz önce şu konu hakkında verdiğiniz fetvanın doğru olduğundan emin misiniz? Hacı'nın cevabı şu olur: “Doğru olduğundan değil ama doğru olmadığından eminim”. Hocanın bu cevabı günümüz felsefesinde yer alan “dünün doğrusu bu günün yanlışıdır. Bu günün doğrusu yarının yanlışıdır” deyişine denk gelmektedir, çünkü o an mevcut olan bilgilere göre ulaşılan doğru sonra ele edilecek bilgilerle ulaşılan doğru farklı olacaktır.)

Eğer soruşturma raporu ile ulaşılan sonuç gerçekten doğru olsaydı takip eden ikinci, üçüncü yazılı savunmalar ile sözlü savunma aşamalarının ihdas edilmesine gerek kalmazdı. Demek ki soruşturma raporunun düzenlenmesinden sonraki aşamalarda da “doğru” nun araştırılmasına devam edilecektir. Soruşturma raportörlerinin görevi soruşturma raporunun düzenlenmesinden sonra da devam etmektedir. Savunmalara cevap verecekler ve bu cevaplarını ilgili teşebbüslere ve Kurul üyelerine bildireceklerdir. İşte bu aşamada raportörlerin yansız olmaları önem taşımaktadır. Neden önem taşımaktadır? Çünkü bir yılı aşan yoğun bir emek sonucu ulaştıkları

görüŖe bağlanmaları işin tabiatı gereğidir. Kendi görüşlerine “bağlanmaları” halinde artık okusalar bile savunmaları anlamaları, savunmaları objektif olarak değerlendirmeleri mümkün olamayacaktır.

Bu hususta dikkat edilmesi gereken husus soruşturma ekibinin kendi görüşlerinde ısrarlı olması ancak bu ısrarı aksini ortaya koyan görüş ve delillere kadar sürdürmesi yani gerektiğinde görüşünü düzeltmesidir.

Unutulmamalıdır ki soruşturma heyetinin başarısı, doğru sonuca ulaşan bir soruşturma raporu düzenlemekten çok karar toplantısı öncesi Kurula bildireceği görüşün doğru olmasıdır.

Rekabet Forumu:Soruşturma Raporlarının yeterli olabilmesi için ne gibi önlemler alınabilir?

Nejdet Karacehennem: Soruşturma Raporlarının yeterli olabilmesi için;

- Soruşturma Heyeti'ne,
- Rekabet Kurumu'na,
- Rekabet Kurulu'na,
- İdare Mahkemesine düşen görevler olduğu gibi
- Bu konuda kamuoyunun denetimi de önem taşımaktadır.

a) Soruşturma Heyeti'ne düşen görevlere yukarıda değindiğimiz için ayrıca bir şey söylemeye gerek görülmemiştir. Rekabet uzmanlarının soruşturma raporlarını en mükemmel hale getirebilmeleri için Rekabet Kurumu'nun, Rekabet Kurulu'nun, temyiz merciinin ve kamuoyu denetiminin baskısını üzerlerinde hissetmeleri gerekmektedir. Şunu açıkça söyleyebiliriz ki, kuruluştan bugüne kadar rekabet uzmanları üzerlerinde böyle bir baskı görmeden soruşturma raporlarının düzenlenmesinde çok büyük ve olumlu gelişmeler kaydetmişlerdir. Bunun daha da geliştirilmesi gerektiği açıktır ve bu söyleşinin amacı da budur.

b)Rekabet Kurumu'na düşen görevlere gelince bu konuda Türk denetim sisteminde yılların deneyimleri ile geliştirilmiş bir sistemden bahsetmekte yarar vardır. Memuriyete müfettiş olarak başladım. Mensup olduğum Teftiş Kurulu'nda soruşturma raporları şu aşmalar izlenerek sonuçlandırılmaktaydı.

- “Tahkik müfettişleri” tarafından düzenlenen soruşturma raporları Başkanlık tarafından merkezde tesis edilen kıdemli müfettişlerden oluşan “tetkik müfettişlerine inceletirilirdi. Tetkik müfettişleri, delillerin vakıayı ispat kabiliyetinde olup olmadığı, delillerin işaret ettiği suçun doğru tespit edilip edilmediği (fiil görevi kötüye kullanma mı, evrakta sahtecilik mi, zimmet mi yoksa ihtilas en zimmet mi gibi), suçun unsurlarının tespit edilip edilmediği (Örnek zimmet fiilinde zimmete geçirilen malın devlete ait olması, bunun failin mal varlığına dahil edilmesi, işlemde kast olması .. gibi) hususları inceler, Soruşturma raporunda bir hata ve yetersizlik gördüğü takdirde konuyu Başkanlığa intikal ettirir, Başkanlık da tetkik müfettişinin görüşüne katıldığı takdirde durum tahkik müfettişine yazılı olarak bildirilir, gerekirse rapor iade edilerek noksanlıkların tamamlanması istenirdi. Tahkik müfettişi noksanlık ve yanlışlığı kabul etmesi halinde bunları ikmal edebileceği gibi, noksanlık ve yanlışlık olmadığı düşüncesiyle kendi görüşünde ısrar da edebilirdi. Netice itibariyle Başkanlık soruşturma raporunu tahkik ve tetkik müfettişlerinin birbirine uygun görüşlerine

katılarak veya katılmayarak, tahkik ve tetkik müfettişlerinin görüşleri farklı ise bunlardan hangisine katıldığını açıklayarak ilgili mercie sevk ederdi.

Bu sistem hem soruşturma raporlarının daha sağlıklı ve noksansız düzenlenmesini hem de karar merciinin görüşler arasındaki farkları da dikkate alarak daha sağlıklı karar vermesini sağlamaktaydı.

Bu sistem yılların deneyimleri sonucu hemen hemen tüm teftiş heyetleri tarafından uygulanmaktadır.

Soruşturma raporunun yeterli incelemeden geçmeden Kurula sevki halinde varsa noksanlık ve yanlışlıkların giderilmesi mümkün olmadığından Kurul noksan veya yanlış rapora dayanarak karar vermek zorunda kalmaktadır.

RKHK'un 43.Maddesine göre Kurul ilgili daire başkanlığının gözetiminde soruşturmayı yürütecek raportör veya raportörleri belirlediğine göre, ilgili daire başkanlığı yukarıda değindiğimiz şekilde bir yol izleyerek raporların daha sağlıklı olmasını sağlamalıdır.

Soruşturma Raporları'nın daha yetkin ve kapsamlı olabilmesi için Kurula büyük görevler düşmektedir. Kurul'un gözetmesi gereken hususlar çok kapsamlı olduğu için buna ayrı bir bölümde değinmek gerekecektir.

İdare Mahkemelerine de görev düşmektedir. Bunun için idare mahkemelerinin esasları da inceleme yapması gerekmektedir. Şeklen yapılan incelemelerde dahi gerekçeli kararda savunmalara gereği kadar yer verilmemesi ve bu savunmaların kabul edilmeme gerekçelerinin açıklanmaması, delillerin olayı kanıtlamaması iptal nedeni olarak kabul edilmelidir.

Rekabet Forumu: Kamuoyunun denetimi konusuna da değinebilir misiniz?

Nejdet Karacehennem: Alenilik ve şeffaflık prensibi esas itibarıyla kamuoyuna açık olmayı gerektirir. Rekabet Kurulu kararları kamuoyunca denetlenebiliyorsa açıklık prensibi söz konusudur. Kamuoyunun denetimi gelişme ve ilerleme bakımından çok önemlidir. Kamuoyunun denetimi hem rapor ve kararların iyileşmesini sağlayacak hem de rekabet kültürünün gelişmesine katkıda bulunacaktır.

Rekabet Kurulu'nun ilk soruşturması BİAK soruşturmasıdır. Prof.Dr.Yılmaz Aslan Kurul'un BİAK kararını, Kurum'un yayın organı olan Rekabet Dergisinde değerlendirmiştir. Aslan'ın, Kurul'un bu ilk kararında birçok doğru tespitle bulunduğu hakkında açıkladığı düşünceler kararda emeği geçenlerde moral ve motivasyon yaratmıştır. Eleştirdiği hususlar ise konu üzerinde daha kapsamlı düşünmeyi gerektirerek faydalı olmuştur. Bu tür kapsamlı eleştirilere ihtiyaç vardır.

Rekabet Kurulu eski Başkanı Prof. Dr.Tamer Müftüoğlu Almanya'da Rekabet Otoritesinin kararlarını inceleme ve eleştirme amacıyla kurulan bir derneğin mevcut olduğunu, bu derneğin işveren temsilcileri ve öğretim üyelerinden oluşturduğu bir heyet marifetiyle rekabet kararlarını incelediğini ve inceleme sonuçlarını kamuya duyurduğunu ifade etmişti.

Kararların sadece bu tür sivil toplum kuruluşları tarafından değil, teşebbüsler ve ilgilenen diğer şahıslar tarafından da incelenebilmesi rekabet kültürünün yayılması bakımından önem taşımaktadır.

Rekabet kararlarının incelenmesinden yani kamuoyu tarafından denetlenebilmesinden gözetilen faydanın doğabilmesi için kararlarda savunmalara yeteri derecede yer verilmesi gerekmektedir. Ancak Rekabet Kurulu kararlarının hemen hemen tamamen iddia makamının görüşlerini yansıtabilecek şekilde düzenlendiği görülmekte ve bu durum kararların kamuoyu tarafından yeterince denetlenmesi imkânını ortadan kaldırmaktadır. Bu durum da kararlarda iddia makamı raporörlerin görüşleri kadar savunma makamının yaptığı savunmaların içeriğini de tam yansıtabilecek şekilde yer alması gerektiğini ortaya koymaktadır. Aksi durum, iddia makamını birincil, savunma makamını ikincil hatta yok saymak demektir. Böyle bir durumda adil karar alınması kesinlikle mümkün değildir.

Rekabet Forumu: Rekabetin ilgili piyasalarda fiilen bozulmaması esastır. Bunun için de sağlıklı piyasa analizleri ile piyasada rekabetin ihlal edilip edilmediğinin tespiti gerekmektedir. Bu bağlamda soruşturma raporlarında piyasa analizlerine yeteri kadar yer verilmekte midir?

Nejdet Karacehennem: Bu konu çok önemli olup birkaç boyuttan ele alınması gerekmektedir.

Birinci husus şudur: RKHK'nun 4. Maddesi rekabeti bozan teşebbüsler arası anlaşmalar ile teşebbüs birliği kararlarını yasaklamıştır. Bu hükümden hareketle, ihlalin yapıldığı (Mesela anlaşmanın varlığı) ispat edilebildiği takdirde “artık piyasa analizi ile ihlalin fiilen yapıp yapılmadığını araştırmaya gerek yoktur.” kuralı getirilmiştir. Bu kural şu anlamda doğrudur: RKHK'un 4. Maddesi gereğince Rekabeti ihlal eden anlaşmanın varlığı ceza tatbiki için yeterlidir. Ceza tatbiki için ayrıca piyasa analizine gerek yoktur. Bu tarz düşünmenin yetersiz olduğuna aşağıda değineceğiz. Şimdilik bu bağlamda şunu söyleyebiliriz: Şayet ihlalin mevcudiyeti asli deliller ile ispatlanamamışsa çok sayıdaki ihlal ihtimalini ortaya koyan ikincil derce delillere dayanılarak ihlal yapıldığı sonucuna varılmamalı, piyasa analizi ile ihlalin gerçekten mevcut olup olmadığı hususunda asli delile ulaşılmalıdır.

İkinci hususu şu şekilde açıklayabiliriz: RKHK esas itibariyle piyasalarda fiili rekabetin korunmasını amaçlamıştır. O halde rekabeti bozan bir anlaşmanın varlığından daha önemli olan piyasada fiilen rekabetin bozulup bozulmadığıdır. Bu bağlamda Ceza Yönetmeliği'nin rekabeti bozan anlaşma ve teşebbüs birliği kararlarına daha az, bu anlaşma ve kararlar doğrultusunda işlem yapılarak piyasada fiili rekabetin bozulması halinde daha yüksek ceza verilmesini öngörecektir. Bu takdirde sadece ihlali ispat eden belgelerin mevcudiyetiyle yetinilmeyerek piyasada fiili rekabetin bozulup bozulmadığının da piyasa analizleri ile saptanması gerekecektir.

Üçüncü ve daha da önemli husus ise ihlalin “niteliği” ve “niceliği” hususlarının tespitidir. İhlalin niteliği ile “rule of reason” analizine, ihlalin niceliği ile de “De Minimis” analizine atıf yamaktayım.

“Rule of Reason) doktrini rekabeti sınırlayıcı her anlaşmanın Rekabet Kanunu’na aykırılık teşkil etmeyeceğine dayanmaktadır. Dolayısıyla, bu doktrin çerçevesinde, rekabeti sınırlandırdığı iddia edilen anlaşmanın piyasa üzerindeki olumlu ve olumsuz etkilerinin birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir.

“De Minimis” doktrini ise, rekabeti sınırladığı iddia edilen anlaşmanın rekabet düzenine etkinin hissedilebilir derecede olup olmadığı farklı bir deyişle rekabet düzenini olumsuz etkileyebilecek öneme haiz olup olmadığının tespitini gerektirmektedir.

Tüm bunların tespiti için de soruşturma raporlarında piyasa analizlerine ağırlıklı olarak yer verilmesi gerektiği açıktır.

Soruşturmaların biri elde edilen kayda dayalı veya sözel nitelikteki delillerin değerlendirilmesine ilişkin hukuki boyutu, diğeri piyasa analizlerine dayanan iktisadi boyutu olduğunu düşünebiliriz. Bu bağlamda, raporların düzenlenmesinde çok ilerlemeler kaydedilmesine rağmen; “iktisadi boyut”taki ilerlemenin “hukuki boyut” taki ilerlemenin gerisinde kaldığını söyleyebiliriz

Bu geri kalışın, iktisadi analizlerin yapılabilmesindeki güçlüklerden de kaynaklandığı bir vakıadır. Sebep ne olursa olsun, etkin iktisadi analizlere yer verilmesi konusunda yoğun bir gayret gösterilmesi gerektiği açıktır.

Devam edecek: Rekabet Forumu’nun gelecek sayısında Kurul kararlarının daha sağlıklı olabilmesi için Rekabet Kurumu’nca gözetilmesi gereken konulara değinilecektir.

BANKACILIK SİSTEMİNDE REKABET VE İSTİKRAR İKİLEMİ¹

Doç. Dr. Uğur Emek

1. Giriş

Rekabet Kurulu'nun 12 bankaya verdiği –Türkiye standartlarında- tarihi cezalardan (toplam 1,1 milyar TL) sonra eski bir tartışma yeniden gündeme geldi. Rekabet kuralları bankacılık sektöründe de uygulanmalı mıdır? Diğer bir deyişle bankalar faaliyet gösterdikleri piyasalarda rekabet etmeli midir? Yoksa mevduat, kredi, döviz ve kredi kartları gibi farklı piyasalarda fiyat belirlerken kendi aralarında 1980'lerin istikrar terminolojisi ile centilmenlik anlaşması², 2000'lerin antitröst terminolojisiyle kartel anlaşması veya uyumlu eylem yapabilmeli midir? Türkiye'de Kurul'un verdiği cezalardan sonra tartışılmaya başlayan konu iktisat literatüründe öteden beri tartışılıyor.

Rekabet Forumu'nun 67'nci sayısında Kurul'un "maaş promosyon kararında vermiş olduğu ceza nedeniyle AB Komisyonu'nun Euro bölgesi döviz kurlarını sabitleye beş Alman bankasına vermiş olduğu para cezasına gönderme yaparak "Türk Bankalarına rekabet soruşturması yapıl(a)maz mı?" diye sormuştum. Bu yazıda öncelikle bankacılık sektöründe istikrar(sız)lık ve rekabet ilişkisini iktisat literatürü çerçevesinde değerlendireceğim Sonra da uluslararası uygulamalardan örnekler aktaracağım.

2. İkilem³

Rekabet ve istikrar birbirlerinden bağımsız alanlar olsa da bazı durumlarda rekabet mali istikrarı -olumlu veya olumsuz- bir biçimde etkilemektedir. Geleneksek bankacılık literatüründe, bankacılık sisteminde kaçınılmaz olan asimetrik bilginin

¹ Doç Dr. Uğur Emek. Çalışma Kalkınma Bakanlığı'nın görüşlerini yansıtmaz. Sorumluluğu yazarına aittir.

² Bülent Şenver Hamit Belli'nin vefatından sonra yazdığı duygusal bir yazıda (<http://www.turklider.org/TR/EditModule.aspx?TabId=166&mid=999&ItemId=16164>, erişim, 20.03.2013) bankacıların geçmişte mevduat faizlerini belirlerken centilmenlik anlaşmalarını nasıl uyguladıkları açık biçimde anlatır. Aslında bu açıklama antitröst uygulamalarında kartel anlaşmasının açık bir delilidir. Değişik platformlarda dinlediğim çimentocuların kartel anlaşması ile suçlandıklarında kendilerini savunurlarken "biz monopolistik bir yapıdan (aileden) geliyoruz., hepimiz arkadaşız, bu nedenle kendi aramızda çimento ile ilgili bazı şeyleri konuşmamız son derece normaldir" derlerdi. Bankacıların durumu da çimentoculardan farklı değil aslında. Ama 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun tüketicilerin lehine artık bu tür iletişimi yasaklıyor.

³ Bu alt bölümde önemli ölçüde şu kaynaktan yararlanılmıştır: Emek, U. (2007). Bankacılık Sisteminde Rekabet ve İstikrar İkileminin Analizi: Türkiye Örneği. gözden geçirilmiş ve genişletilmiş doktora tezi, Mülkiyeliler Birliği Yayınları: Ankara,

neden olduğu koordinasyon aksaklıkları ve mevduat hücumunun mali istikrarsızlığı tetikleyeceği ileri sürülmektedir. Bunun yanı sıra, mali istikrarsızlığın üstesinden gelmek için uygulanan mevduat güvence sistemleri de ahlaki tehlike sorununu kötüleştirmekte ve bankaları aşırı risk almaya özendirilmektedir.

Diğer yandan bankacılık sisteminde artan rekabetin (mevduat faizini artırıp, kredi faizlerini düşürerek) bankaların kâr marjlarını aşındırıp, lisans bedellerini⁴ düşüreceğini ve bunun da riskli portföy tercihlerini cazip hale getireceğini ileri süren çalışmalar da bulunmaktadır. Monopolistik kârlar üretebilmeleri durumunda, bankaların lisans/piyasa değerini artıracak, piyasa değeri artınca da bankalar ilave risk üstlenmeyeceklerdir. Ayrıca, kâr marjı yüksek monopolistik banka daha fazla gözetim maliyetine katlanarak kredi müşterileri ile ilişkilerini geliştirecek ve gözetim avantajı nedeniyle kredi kalitesini artıracaktır. Bankaların artan kârları ödeme güçlerini artırarak, sistemde istikrara katkı sağlayacaktır.

İstikrar literatüründe ileri sürülen bu görüşlere karşın, rekabet literatüründen gelen çalışmalar monopolistik bankacılık piyasalarında kredi faizlerinin yükseleceğini ve yüksek faiz düzeyinde daha riskli proje sahiplerine kredi tahsis edileceğini belirtmektedir. Bu da sistemdeki ters seçim ve ahlaki tehlike sorunlarını daha da artıracaktır. Oysa rekabetçi piyasalarda kredi faizleri daha düşük seviyelerde gerçekleşecek ve bankalar geri dönüşü düşük ama daha az riskli projelere kredi aktarabilecektir. Böylece bankaların kredi kaliteleri ve gelirleri artacaktır. Ayrıca, artan rekabetin getirdiği etkinlik kazanımı bankaların sermaye yapılarını ve ödeme güçlerini artırarak istikrara katkı sağlayacaktır.

Mali istikrar açısından bankacılık sisteminin özel bir statüsünün olduğu geniş ölçüde kabul görmüş ve özellikle de enformasyon iktisadı literatüründe bankacılık sistemine yönelik kamu müdahaleleri ayrıntılı olarak incelenmiştir. Endüstriyel iktisat literatüründe ise rekabet tahsisat ve üretim etkinliğinin artırılmasının en önemli aracıdır. Birinci yaklaşımda yer alan çalışmalarda, bankacılık sisteminde kaçınılmaz olan piyasa aksaklıkları nedeniyle, artan rekabetin sosyal refaha zarar vereceği ileri sürülmektedir. Sistemin işleyişinde mevcut olan piyasa aksaklıkları, bankacılığın temel ürünü olan mali sözleşmelerin doğasından kaynaklanmaktadır. Bankacılık sektöründe piyasa aksaklıkları, aksak piyasalar ve eksik sözleşmelerin (imperfect markets and incomplete contracts) özünde var olan asimetrik bilgi, riskin aktarımı,

⁴ Lisans bedeli (charter value) gelecekteki kârların net bugünkü değeri olarak hesaplanmaktadır.

dışsallıklar ve bulaşma etkisi gibi unsurlar nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Eksik sözleşmeli ve rekabetli piyasalarda artan rekabet nedeniyle daralan kâr marjlarını telafi etmek için bankalar daha riskli faaliyetlere girişebilecektir. Risklerin yükselmesi ise bankaların ödeme güçlüğü içerisine girme ihtimalini ve mali piyasaların kırılganlığını artıracaktır. Bu nedenlerle, bu yaklaşım çerçevesinde yoğunlaşmanın yüksek olduğu bir piyasa yapısı (az sayıda büyük banka) ve makul düzeyde bir rekabetin sistemik istikrarsızlığa karşı koruyucu bir işlev görmesi beklenmektedir.

Mali istikrarsızlığın büyük ölçekli maliyetleri göz önünde bulundurulduğunda, karar alıcıların mali krizlerden kaçınmaya öncelik vermesi doğal karşılanabilir. Yoğunlaşmadan kaynaklanan etkinlik kaybının maliyetini ölçmenin güçlüğü nedeniyle, mali istikrar ve rekabet politikaları arasındaki önceliğin birincisine tanınması ilk planda mazur görülebilir. Gerçekten de rekabet ve mali istikrarsızlık arasında algılanan negatif etkileşim ile yoğunlaşmanın maliyetindeki belirsizlikler, karar alıcıları rekabet politikaları karşısında, yüksek yoğunlaşma oranlarını desteklemek yönünde cesaretlendirmektedir. **Ancak, mali istikrarsızlık ile karşılaştırıldığında, bankacılık sektöründe rekabet politikalarını ikinci dereceye koymanın, mutlak doğruluğu bulunmamaktadır.** Birinci olarak, mali istikrar ile rekabet arasındaki negatif ilişkinin varlığının gerçekten sorgulanması gerekmektedir. Çünkü mali istikrarsızlık rekabet dışında, özellikle gelişen ülkelerde daha çok yüksek enflasyon, kamu açıkları, döviz kıtlığı gibi nedenlerle de ortaya çıkabilmektedir. İkincisi, endüstriyel iktisat literatüründe rekabet (yoğunlaşma) ve etkinlik kazanımı (kayı) arasında doğrudan bir ilişkinin varlığını kabul etmektedir ve bu nedenle rekabetin getirdiği bu etkinlik kazanımlarından baştan vazgeçmenin anlamı bulunmamaktadır. Son olarak, mali istikrarsızlığın maliyeti düzensiz olarak ortaya çıkmakta (on yılda bir ya da bir kaç on yılda bir), oysa yoğunlaşmadan kaynaklanan etkinlik kaybının maliyeti ise süreklilik taşımaktadır. Bu nedenle de etkinlik kaybının maliyetlerinin, finansal krizlerinkinden daha yüksek olma ihtimali de yabana atılmamalıdır.

Rekabet ve istikrar ikilemi konusunda kuramsal ve görgül literatürde varılan bir uzlaşma bulunmamaktadır. Diğer bir deyişle rekabetin istikrara olumlu veya olumsuz katkısı hala yoğun biçimde tartışılmaktadır. **Ancak, şurası bir gerçek ki bankacılık sektöründe istikrarı sağlamaya yönelik kamu düzenlemeleri piyasalarda fiilen rekabeti kısıtlamaktadır.** Asgari sermaye koşulu, lisans yeterliliği ve lisans tahsisat süreci gibi mali istikrarı korumaya yönelik pazara giriş

düzenlemeleri aynı zamanda piyasadaki rekabet seviyesini de doğrudan (olumsuz) etkilemektedir. Bu tür pazara giriş engelleri sadece rekabeti olumsuz etkilememekte, rant kovalama faaliyetlerine neden olmakta ve verimlilik ile teknolojik yenilik çabalarını da sınırlandırmaktadır. **Yani diğer sektörlerle karşılaştırıldığında bankacılık sektöründe rekabet kamu düzenlemeleri aracılığı ile zaten sınırlandırılmaktadır.** Bu nedenle bankacılık sisteminde mali risk açısından çok da şikayet edilecek rekabetçi bir piyasa yapısı bulunmamaktadır.

3. Uluslararası Uygulamalar

Çoğu ülkede birleşme ve devralmalar ile gizli anlaşmaların denetiminden rekabet kurumları sorumlu iken, merkez bankaları veya sektörel düzenleyici kurumlar da mali istikrarın sağlanmasından sorumludur. Özellikle OECD ülkelerinde bankacılık sektöründe istikrar endişeleri, rekabeti geliştirme amacıyla başa baş gitmektedir. Bazı OECD ülkelerinde bankacılık sektöründe meydana gelen birleşme ve devralma gibi önemli yapısal değişiklikler hem sektörel düzenleyici kurumların hem de rekabet kurumunun yetkisinde bulunmaktadır⁵. **Ancak, -benim bildiğim kadarıyla- hiçbir ülkede bankacılık sistemine rekabet kuralları uygulanmasın denilmemektedir.** Çünkü rekabetin bankacılık sisteminde istikrara zarar verdiği hususunda ne kuramsal ne de görgül olarak genel kabul görmüş bir kanıt üretilememiştir.

Konunun tartışmaya bir hayli açık olması nedeniyle, Economist dergisi kendi internet sitesinde bankacılık sisteminde rekabet ve istikrar ikilemini tartışan bir forum oluşturdu⁶. Bu tartışma çerçevesinde, Pennsylvania Üniversitesinden Prof. Frank Allen bankacılıkta artan rekabetin istikrarsızlığı tetikleyeceğini ileri sürdü. Tilburg üniversitesinden Prof. Thorsten Beck ise rekabetin istikrarsızlığı tetikleyeceği tezine karşı çıktı. Derginin aynı internet sitesinde yaptığı bir anketin bugünkü sonuçlarına göre, ankete katılanların % 70'i Prof. Beck gibi düşünmekte ve rekabetin istikrarsızlığı tetikleyeceği görüşüne katılmamaktadır. Allen görüşünü savunurken, bankacılıkta yoğunlaşma oranının (rekabetin) yüksek (düşük) olduğu Kanada bankacılık sisteminin daha istikrarlı olduğunu, buna karşın çok sayıda küçük bankanın faaliyet gösterdiği (rekabetin gelişmiş olduğu) ABD bankacılık sektöründe son küresel krizde

⁵ Türkiye’de sektör içerisindeki aktif büyüklükleri % 20’ye kadar olan banka birleşmeleri Rekabet Kurulu’nun denetiminden muaftır.

⁶ <http://www.economist.com/debate/overview/205/Banking>

olduğu gibi önemli krizlerin yaşandığını ileri sürmektedir⁷. Buna karşılık Beck rekabetin istikrar için açık bir tehdit oluşturmadığını, aksine bankacılık düzenlemelerinin bizatihi kendilerinin arbitraja neden olarak kırılabilirlik veya istikrar yönünde bankalara özendirimler sağladığını belirtmektedir.

Bankacılık sisteminde rekabet kurallarının istikrara tehdit oluşturmayacağı gerektiği sadece Economist dergisinin tespiti değildir. Örneğin son günlerde gelişmiş ülkeler rekabeti ihlal eden Libor karteli nedeniyle bankalara para cezaları yağdırmaktadır. Hatırlarsanız, uluslararası düzeyde oluşturulan kartel çerçevesinde bankalar Libor oranlarını yapay olarak düşük tutarak rekabeti ihlal ettiler, swap anlaşmaları ile kendilerine haksız kazanç sağladılar, kriz dönemlerinde kendilerini olduklarından daha sağlıklı gösterdiler, finansal piyasalarda olması gereken güveni dinamitlediler ve Libor üzerine future işlem yapan yatırımcıların tahminlerini ve pozisyonlarını allak bullak ettiler⁸.

Sonuçta Libor karteli için uluslararası düzeyde bir çok ülkede soruşturma başlatıldı. **Soruşturma devam ederken bazı bankalar ilgili rekabet kurumları ile pişmanlık anlaşması imzaladı.** Diğer bir deyişle bankacılık sektörü farklıdır diyerek baskın çıkmak yerine, suçlarını kabul ederek cezalarını düşürmeyi amaçladılar. İsveç kökenli UBS Aralık/2012'de ABD ve Birleşik Krallık (BK) ve İsveç'te toplam \$1,5 milyar ceza ödedi. İngiliz Barclays ABD ve BK soruşturmalarında \$ 450 milyon ödemeyi kabul etti. Benzer biçimde İngiliz Royal Bank of Scotland (RBS) ABD ve BK otoritelerine \$610 milyon para cezası ödemeyi kabul etti⁹. Financial Times'ın haberine göre AB Komisyonu, ABD ve BK otoriteleri gibi her bir bankayla ayrı ayrı anlaşmayı benimsemedi. Komisyon birkaç yıl sürse de bankaların bütün faaliyetlerini incelemeyi hedefliyor. Kulis bilgilerine göre AB Komisyonu Yen ve Euro interbank faiz

⁷Aslında piyasalarda rekabetin seviyesini hesaplamak için yapısal bir ölçüm tekniği olan yoğunlaşma oranları yetersiz kalmakta ve az sayıda firmanın bulunduğu pazarlarda da (örneğin 3 firmalı Türk cep telefonu piyasası) yoğun rekabet yaşanabilmektedir. Piyasalarda rekabet seviyesinin belirlenmesinde yoğunlaşma oranlarının büyüklüğü (firma sayısı) yegane gösterge değildir. Bu nedenle rekabet ölçümlerinde yoğunlaşma gibi yapısal tekniklerin yanı sıra, Panzar-Rosse ve Bresnahan gibi yapısal olmayan teknikler de uygulanmaktadır. Yeni Görgül Endüstriyel Organizasyon (New Empirical Industrial Organization) literatüründe rekabet ölçümü için geliştirilen yapısal ve yapısal olmayan tekniklerin ayrıntıları için bkz. Bikker, J.A. (2004). Competition and Efficiency in a Unified European Banking Market, Edward Elgar, Cheltenham.

⁸ Libor karteli konusunda ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. <http://uemek.blogspot.com/2012/05/libordarekabet-ihlali-ve-manipulasyon.html#more> [erişim, 20.03.2013]

⁹ BBC'nin haberine göre İngiltere Maliye bakanı **George Osborne % 81'i devlete ait olan RSB'nin cezasını vergi mükelleflerine yüklemeyeceklerini, bu cezayı suça bulaşan banka yöneticilerinin ücretlerinden keseceklerini belirtti** (<http://www.bbc.co.uk/news/business-21348719>, erişim, 20.03.2013). **Rekabet Kurulu'nun ceza verdiği kamu bankalarının (Ziraat Bankası, Halkbank ve Vakıfbank) yöneticileri de bu cezaları ödeyecek mi acaba? Ayrıca, bankalara bireysel olarak verilen bu cezaların karşısında Rekabet Kurulu'nun 12 bankaya verdiği 1,1 milyar TL'lik (yaklaşık \$600 milyon) cezanın çerez olduğunu da gözden kaçırmayalım.**

piyasaları ile İsveç frangı üzerinden yapılan swap piyasalarının her birisi için ayrı ayrı % 10 olmak üzere bankaların toplam gelirleri üzerinden % 30 para cezası verebilecek¹⁰.

Uluslararası rekabet kurumlarının bankacılık sektöründeki rekabet incelemesi sadece Libor piyasaları ile de sınırlı değil. Guardian'ın haberine¹¹ göre ABD (Commodity Futures Trading Commission) Londra'da altın ve gümüş piyasalarında fiyat karteli konusunda bir araştırma başlatmayı düşünüyor. Altın piyasasında fiyatlar beş bankanın (Barclays, Deutsche Bank, HSBC, Bank of Nova Scotia and Société Générale) günde iki kez belirlediği telefon görüşmeleriyle belirleniyor.

4. Genel Değerlendirme

Finansal krizlerin neden olduğu yüksek maliyet, karar alıcıların gözünde bankacılık sektöründe istikrar endişesi karşısında rekabet politikalarını ikincil konuma düşürebilmektedir. Ancak, istikrar kaygısı nedeniyle getirilen kamu müdahalelerinin neden olduğu rekabet kısıtı nedeniyle ortaya çıkabilecek etkinlik kayıplarının da göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Türk bankacılık sistemindeki potansiyel etkinlik kayıpları tüketici refahı dahil toplam refahı olumsuz yönde etkileyecektir.

Uluslararası uygulamalarda bankaların faaliyetleri, rekabet denetimine tabi tutulmakta ve bankaları rekabeti ihlal eden davranışlarına yaptırım uygulanmaktadır. Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu (BDDK), Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu (TMSF) ve Merkez Bankası (MB) lisanslama, sermaye yeterlilik rasyosu, aktif kalitesi ve büyümesi, zorunlu karşılıklar ve raporlama standartları gibi araçlarla bankaların faaliyetlerini, sistemin istikrarı adına sıkı biçimde denetlenmektedir. Bu kurumlar sistemik krizden kaçınmak adına bankaların ödeme gücünü tehdit eden faaliyetlerini –rekabetin sınırlandırılması pahasına- tabii ki denetleyecekler. Ancak, bu kurumların öncelikleri arasında bulunmayan ve tüketici refahına zarar veren banka rekabet ihlalleri de Rekabet Kurulu tarafından düzenlenecek ve denetlenecektir.

¹⁰ <http://www.ft.com/intl/cms/s/0/8e9b61a4-7c47-11e2-91d2-00144feabdc0.html#axzz2O5kEN6Wn>, [erişim, 20.03.2013].

¹¹ <http://www.guardian.co.uk/business/2013/mar/13/london-financial-sector-gold-market>, [erişim, 20.03.2013].

REKABET HUKUKU SORUŞTURMALARINDA ŐİKAYETŐİNİN KONUMU:TARAF MENFAATLERİ İLE HAKİKATI BULMA ARASINDAKİ DENGE ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

Av. Gönenç Gürkaynak

Av. Murat Hakan Özgökçen

Av. Zeynep Ortaç

Sinan Diniz

Giriş

Taraf kavramı hukuk usulünün yapı taşlarından birini oluőturmakta ve ilgili mevzuat hükümleri ile düzenlenen hak ve yükümlülüklerin uygulanabilmesini mümkün kılmaktadır.

Diğer tüm hukuk rejimlerinde olduğu gibi rekabet hukuku mevzuatının birçok yerinde “tarafklar” kavramı yer almaktadır. Diğer yandan, önemle belirtilmesi gerekmektedir ki, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (“4054 Sayılı Kanun”)’da kullanılan taraf terimi hukuk davalarında kullanılan taraf kavramından farklı bir anlam taşımaktadır. Nitekim, Rekabet Kurulu bir yargı makamı niteliğini haiz olmamasından dolayı Rekabet Kurulu’nun işlemlerinin niteliği de hukuki bir terim olarak dava olarak adlandırılmamaktadır.

Dolayısıyla 4054 sayılı Kanun’da yer alan taraf kavramı, esas olarak hakkında soruőturma baőlatılan kiői ve kiőileri, söz konusu rekabet ihlali dolayısıyla ihlalin son bulmasında meőru menfaati olan (őikayetçi) kiői ve kiőileri ve baővuruda bulunmamıő olmakla birlikte ihlalle ilgili meőru bir menfaate sahip olan őikayetçi ve hakkında soruőturma ačılanların dıőındaki kiői ve kiőileri (üçüncü kiőiler) kapsamaktadır¹². Dolayısıyla, bu yazıda öncelikle Türk Rekabet Hukukundaki soruőturma usulüne değinilecek, őikayet kavramına ve őikayetçinin rolüne yer verilecek ve akabinde rekabet soruőturmalarında őikayetçinin hakları değerlendirilecektir. Ayrıca, konunun

¹² ÜNLÜ, H., Rekabet Hukuku Soruşturmalarında Taraf Kavramı ve Tarafların Hakları, Uzmanlık Tezi, 2003, s. 5

Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletleri'ndeki görünümüne de bir karşılaştırma sağlama amacı ile yer verilecektir.

1)Türk Rekabet Hukuku

a) Soruşturma Usulü

4054 sayılı Kanun'un 40. maddesinde "Kurul, re'sen veya kendisine intikal eden başvurular üzerine soruşturma açılmasına ya da önaraştırma yapılmasına karar verir" ibaresi yer almaktadır. Madde hükmünden de anlaşılacağı üzere, Rekabet Kurulu tarafından her olayda önaraştırma yapılmasına gerek bulunmamakla birlikte önaraştırma açılmasına karar verildiği takdirde ise önaraştırma raporu 30 gün içinde tamamlanarak soruşturma açılmasına veya açılmasına gerek olmadığına karar verilmek üzere Rekabet Kurulu'na sunulmaktadır. Rekabet Kurulu tarafından ise ihbar veya şikayet başvurusu üzere soruşturma açılmasına karar verilmesi durumunda 4054 sayılı Kanun'un 42. maddesine göre, ihbar veya şikayet edenlere ileri sürülen iddiaların ciddi bulunduğu ve araştırmaya başlandığı yazılı olarak bildirmektedir. Öte yandan, aynı madde hükmüne göre, Rekabet Kurulu'nun, gerek başvuruları açıkça reddetmesi, gerekse süresi içinde bildirimde bulunmayarak reddetmiş sayılması durumlarında, doğrudan ya da dolaylı menfaati olduğunu belgeleyen herkes Kurulun red kararına karşı yargı yoluna başvurabilmektedir. Soruşturma açıldıktan sonra altı ay içerisinde yahut gerektiği hallerde bir defaya mahsus olmak üzere altı ay daha uzatılmak suretiyle en geç on iki ay içerisinde tamamlanmaktadır. Soruşturma safhası boyunca, ilgili soruşturma ile görevlendirilen soruşturma heyeti 4054 sayılı Kanun'un 14. maddesinde düzenlenmekte olan bilgi isteme ve 15.maddede düzenlenmekte olan yerinde inceleme yetkilerini kullanarak rekabet ihlali iddiasıyla ilgili bilgi toplamakta ve herhangi bir ihlalin söz konusu olup olmadığını araştırmaktadır. İlgili tarafların ilk yazılı savunmalarını sunmalarının akabinde, soruşturma raporu tamamlanarak taraflara tebliğ edilmekte ve 30 gün içerisinde yazılı savunmalarını sunmaları istenmektedir. Soruşturma heyeti tarafından söz konusu savunmaya karşı görüş hazırlanmasından sonra taraflar tebliğ tarihinden itibaren 30 gün içerisinde bu ek görüşe cevap verebilmektedirler. Soruşturma safhasının ardından tarafların talebi üzerine veya Rekabet Kurulu tarafından kendiliğinden sözlü savunma toplantısı düzenlenebilmektedir. 4054 sayılı Kanun'un

47. maddesinin 5. fıkrasına göre sözlü savunma toplantılarına “*bu Kanunu ihlal ettiği iddia edilen taraflar veya bunların temsilcileri ile doğrudan ya da dolaylı menfaati olduğunu oturumdan önce Kurula ispatlayanlar ya da onların temsilcileri*” katılabilmektedir. Sözlü savunma ile aynı gün ya da mümkün olmaması halinde en geç 15 gün içerisinde nihai karar tefhim edilmektedir. 4054 sayılı Kanun’un 55. maddesine göre ise, Rekabet Kurulu tarafından nihai kararın verilmesinin akabinde, taraflar gerekçeli kararı tebellüğ etmeleriyle birlikte nihai kararı idari yargıya götürebilecekleri yargısal denetim sürecini başlatabilmektedirler.

b) Şikayetçilerin Konumu Ve Rolü

4054 sayılı Kanun kapsamında “şikayetçi” ifadesinin bulunduğu herhangi bir hükme yer verilmemektedir. Bununla birlikte 4054 sayılı Kanun’un 9. maddesindeki “*Kurul, ihbar, şikâyet ya da Bakanlığın talebi üzerine*” “*Meşru bir menfaati olan gerçek ve tüzel kişiler şikâyette bulunabilir*” ibareleri ile özellikle 42. maddesindeki “*Kurulun, ihbar veya şikayet başvurularında ileri sürülen iddiaları ciddi ve yeterli bulması durumunda, ihbar veya şikayet edenlere ileri sürülen iddiaların ciddi bulunduğunu ve araştırmaya başladığını yazılı olarak bildirilir*” hükmü, şikayetçinin soruşturma sürecindeki mevcudiyetinin görünümünü teşkil etmektedir. Diğer yandan, 4054 Sayılı Kanun’un sistematığına bakıldığında ise, “taraflar” ve ilgili taraflar” gibi ibarelerin soruşturmanın taraflarından hangisini ifade ettiği hususunda kesin bir sonuca ulaşılamamaktadır. Nitekim, rekabet hukuku yazınındaki farklı görüşler de bu durumu doğrular niteliktedir.

Aslan, şikayetçinin taraf olarak görülmesinden dolayı yargı denetimi yolunun şikayetçi için de açık olduğunu ve Rekabet Kurulu’nun yanında yer aldığını belirtmektedir. Ayrıca, Aslan “taraf” teriminin 4054 sayılı Kanun kapsamında salt hakkında soruşturma açılan ya da şikayetçi olarak kullanılmadığını ifade etmekte ve taraf sözcüğünün ilgili içerik ile anlam kazandığına değinmektedir¹³. Öte yandan, Yılmaz ise, Rekabet Kurulu’na kanunen tanınmış bir yetki olan kendi kendine harekete geçme ilkesine dayanmakta ve şikayetçinin rolünü yalnızca kamu ile ilgili bir ihlalin Rekabet Kurulu’nun bilgisine sunulmasına indirgemektedir. Bu bağlamda, Yılmaz, şikayetçiyi bir taraf olarak adlandırmanın mümkün olmadığını zira

¹³ ASLAN, İ. Y. (2001) Rekabet Hukuku, Ekin Kitabevi, s. 426

soruşturmanın taraflarını yalnız Rekabet Kurulu ve hakkında soruşturma başlatılan kişi olduğunu belirtmektedir. İlâveten, şikâyetçinin taraf olarak kabul edilmesi ile şikâyet eden ile şikâyet edilen arasındaki kişisel menfaatlerin ön plana çıkarılması dolayısıyla rekabet hukukunun kamu yararını merkeze alan amacının çelişeceğini ifade etmektedir¹⁴. Öte yandan, belirli bir olayda Soruşturma Kuruluyla, Rekabet Kurulu arasındaki ilişki bakımından rekabet ihlalinin ispatının son derece büyük önem kazandığının da vurgulanması gerekmektedir. Burada Rekabet Kurulu'nun adeta bir yargıç gibi davranması ve objektif olarak soruşturma kurulunu taraf olarak görmesi ve ondan gelen raporları böyle değerlendirmesi gerekir. Bunun yanında, Soruşturma Kurulu'nun da, bir kamu kuruluşunun parçası olması ve adeta ceza hukuku sistemimdeki savcı gibi davranması ve tarafsız olabilmesi gerektiğinden, belirli bir rekabet hukuku ihlaline ilişkin ithamın, Soruşturma Kurulu tarafından değil ancak şikâyetçi tarafından yapılabileceği vurgulanmaktadır¹⁵.

Bu bağlamda, çekişmeli yargı ve çekişmesiz yargı ayrımının da gündeme geldiği düşünölebilecektir. Nitekim, hukuk yazınında davalar çekişmeli yargı işlerinden sayılmakta iken, tek tarafın bulunduğu işlerin çekişmesiz yargının konusunu oluşturduğu kabul edilmektedir¹⁶. 4054 sayılı Kanun kapsamında "taraflar" sözcüğü kullanılmaktadır¹⁷. Taraflar sözcüğünün ise, 4054 Sayılı Kanun'un 4. veya 6. maddesi çerçevesinde hakkında soruşturma başlatılmış olan birden çok teşebbüsü mü yoksa şikâyetinde bulunan taraf ile hakkında soruşturma yürütölen tarafı mı ifade ettiğii konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Güven de, 4054 sayılı Kanun hükümlerinde yer alan taraf kavramı ile kastedilenin şikâyetçi değil, hakkında soruşturma başlatılan kişiler olduğunu belirtmektedir. Hatta, şikâyetçi ile ilgili konularda açıkça "şikâyetçi" ifadesi kullanılmaktadır demektir¹⁸. Öte yandan, bu görüşün kabulü "şikâyetçi"

¹⁴ YILMAZ, E. (1999), "Rekabet Kanunu Uygulamasında Usul Ve İspat Sorunları", Perşembe Konferansları-2, Rekabet Kurumu Yayınları, Yayın no: 40, Ankara, s. 93

¹⁵ İNAN, N., (1999), Rekabet Hukukunun Diğer Disiplinlerle İlişkisi, Perşembe Konferansları-I, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, Ekim, s.15

¹⁶ KURU, B., BUDAK, C., Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiğii Başlıca Yenilikler, İstanbul Barosu Dergisi, Erişim:

<http://www.istanbulbarosu.org.tr/makaleler/hmk/bakikuru-alicembudak.pdf>

¹⁷ "Taraf" ibaresinin tekil olarak kullanılmakta olduğu tek hüküm, bildirimde bulunan tarafın, diğer ilgili tarafı durumdan haberdar etmesi gerektiğinin düzenlendiğidir.

¹⁸ GÜVEN, P., (2008), Rekabet Hukuku, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara, s. 585

ibaresine 4054 sayılı Kanun kapsamındaki hiçbir hükümde yer verilmemiş olduğu dikkate alındığında mümkün gözükmemektedir¹⁹.

Yılmaz ve Ünlü 'ye göre rekabet hukukunun amacının toplumsal yararın sağlanması olduğu düşünüldüğünde ve şikayetçinin bir bilgi kaynağı olmasının ötesinde usul içerisindeki yeri ve hakları teminat altına alındığı takdirde şikayetçinin bireysel menfaatlerinin ön plana geçmesi ve rekabet soruşturmaları bakımından gerçekleşmesi beklenen faydaların aksine bir durumun ortaya çıkması söz konusu olacaktır.²⁰

Diğer yandan, bizim de katılmakta olduğumuz görüş mehzaz hukuk olan Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda da kabul edilen görüştür. Buna göre, şikayetçinin usulün başından sonuna kadar sürece dahil olması, tebligatların kendisine de yapılması, şikayetçilerin de konuya ilişkin bilgi ve değerlendirmelerinin alınarak usulün zenginleştirilmesi gereklidir²¹. Ceza yargısında ve idari yargıda da egemen prensip olan maddi gerçekliğin aranması rekabet hukukundan kaynaklanan soruşturmaların en önemli şiyarı olarak kolaylıkla değerlendirilebilecektir. İddia konusu ihlale ilişkin en somut ve etkin bilgi ve belgeyi şikayetçinin sağlama potansiyeli düşünüldüğünde soruşturulan tarafın haklarına hanel gelmeksizin ve ek bir iddia makamı rolü yaratmadan şikayetçinin soruşturma süreçlerinde karanlıkta bırakılmaktan ziyade mümkün olduğunca süreçlerden haberdar edilmesinin maddi gerçeğe ulaşılması amacına maksimum düzeyde hizmet edeceği açıktır.

Şikayetçinin sürece dahil edilmesinin somut yararları tamamen yadsınamadığından rekabet hukuku yazınında her soruşturmanın özelinde ve niteliğine bağlı olarak şikayetçiden yararlanılabileceği ifade edilmektedir. Yine de, bizim görüşümüzden farklı olarak bu görüşte şikayetçinin usul içinde teminat altına alınan ve kanunen tanınan bir hakkının olmadığı ancak Rekabet Kurulu'nun gerekli gördüğü durumlarda takdiren şikayetçiden yararlanılabileceği düşünülmektedir²².

¹⁹ Kanunda "şikayetçi" ile eş değer görülebilecek bir terim olarak "şikayet eden" yukarıda da belirtildiği üzere yalnızca 46.maddede kullanılmaktadır.

²⁰ YILMAZ,E., s.105, ÜNLÜ, H., s. 26

²¹ Nitekim, Aslan'da bu görüşe katılmaktadır (s. 456)

²² ÜNLÜ, H. s. 27

c) Şikayet ve Şikayet Hakkına Sahip Olanlar

4054 sayılı Kanun'un 9. Maddesi, "*ihbar, şikayet, ya da Bakanlığın talebi üzerine veya resen*" olmak üzere Rekabet Kurulu'nun bir ihlali tespit etmek için harekete geçebileceğinden bahsetmektedir. Yine, aynı maddenin devamında meşru menfaat sahibi olmanın şikayet hakkının mevcudiyeti için zorunlu kılındığı "meşru bir menfaati olan gerçek ve tüzel kişiler şikayette bulunabilir" ibaresi yer almaktadır. Buna göre, "meşru bir menfaati olan gerçek ve tüzel kişiler şikayette bulunabilmektedir. Şikayet edenin meşru bir menfaatinin olmasının aranması ise şikayeti ihbardan ayırmaktadır. Nitekim, ceza muhakemesinde olduğu gibi herhangi bir menfaatin varlığı aranmaksızın rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlerden haberdar olan herkesin Rekabet Kurulu'ndan yasak faaliyetlerin durdurulmasını isteme hakkı bulunmaktadır.²³ İhbar ve şikayet arasındaki temel fark ise, kendisini 4054 sayılı Kanun'un 42. maddesinde göstermektedir. Nitekim madde hükmüne göre, ihbar veya şikayette bulunanın red kararına karşı idari yargı yoluna başvurma hakkı varken, ihbarda bulunanın böyle bir hakkı bulunmamaktadır. Diğer yandan İdari Yargılama Usulü Kanunu gereğince de menfaatleri ihlâl edilenler tarafından hukuka aykırı idari işlemin iptal için dava açma hakkı bulunduğundan şikayetçinin yanısıra ihbarda bulunanın da sonraki gelişmeler dolayısıyla menfaatinin ihlal edilmesi dolayısıyla idari yargı yolunun açık olduğunun kabulü gerekmektedir²⁴. Bununla birlikte 4054 sayılı Kanun'un 42. maddesinin 1. fıkrasında menfaatin varlığından bağımsız olarak hem şikayet edene hem de ihbarda bulunana soruşturma başlatılacağına bildirilmesi rekabet hukuku yazınında eleştirilmekte ve bir hata olarak görülmektedir²⁵.

Kimlerin şikayet hakkına sahip olduğunun yanıtının şüphesiz ki yukarıda da belirtildiği üzere meşru menfaat şartına bağlı olarak verilmesi gerekmektedir. 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinde "meşru menfaat" ibaresi yer almakta iken, 47. maddede sözlü savunma toplantısına katılım için "doğrudan ya da dolaylı menfaat" şart koşulmaktadır. İdari yargıda menfaat kavramı Danıştay tarafından da belirtildiği üzere

²³ TOPÇUOĞLU, M. (2001), Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Rekabet Kurumu Yayınları, Yayın No.64, Ankara

²⁴ KOÇ, E., (2012) 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Düzenlenen İdari Para Cezaları İçin Öngörülen İdari Usul, TBB Dergisi, Sayı: 98,s. 248

²⁵ ASLAN Y., s. 425

“hak ihlali anlamında değil, ciddi ve makul alaka” anlamına gelmektedir²⁶. Nitekim, Topçuoğlu tarafından 4054 sayılı Kanun’daki menfaat kavramının bir zarara neden olan hak ihlali olarak yorumlanmaması gerektiği belirtilmekte ve menfaat ihlalinden anlaşılması gerekenin söz konusu kişilerin rekabet ihlalleriyle ciddi ve makul bir ilgisi olduğu ifade edilmektedir²⁷. Ayrıca, halihazırda menfaatleri ihlal olmuş kişiler dışında yakın bir süre içerisinde menfaatleri ihlal olabilecek kimselerin de şikayet hakkını kullanabileceklerinin kabulü gerekmektedir.

d) Şikayetçinin Hakları

1) Soruşturma Usulünün Başlatılmasında Şikayetçinin Hakları

Yukarıdaki bölümlerde de yer verildiği üzere, 4054 sayılı Kanun’un 9. maddesi gereğince, şikayetçi Rekabet Kurulu’na herhangi bir rekabet ihlali ile ilgili olarak şikayette bulunma hakkına sahiptir. Bu hak karşısında ise, Rekabet Kurulu’nun her bir şikayete ilgili olarak soruşturma açmak yahut şikayetçinin görüşünü almak gibi zorunluluğu bulunmamaktadır. Diğer yandan, kanunen şikayetçiye Rekabet Kurulu tarafından verilen red kararlarına karşı yargı yoluna gidebilme hakkı tanınmış olduğundan, idare hukuku prensipleri doğrultusunda bu red kararının gerekçelendirilmesi gerektiğinde herhangi bir beis bulunmamaktadır. Diğer yandan, 4054 sayılı Kanun’un 42. maddesinde Rekabet Kurulu’nun şikayetçi tarafından kendisine iletilen şikayete ilişkin olarak herhangi bir işlem yapmaması veya benzer şekilde söz konusu ihlal iddiasına ilişkin olarak herhangi bir bildirimde bulunmaması durumunda Rekabet Kurulu’nun “*gerek başvuruları açıkça reddetmesi, gerekse süresi içinde bildirimde bulunmayarak reddetmiş sayılması durumlarında, doğrudan ya da dolaylı menfaati olduğunu belgeleyen herkes Kurulun red kararına karşı yargı yoluna*” başvurabilmesi düzenlenmekle birlikte, hükmün içeriğine bakıldığında zımni red süresinin ne olduğuna dair herhangi bir açıklamaya yer verilmediği görülmektedir. Bununla birlikte rekabet hukuku yazınındaki genel kanı, bu sürenin 60 gün olması gerektiği yönündedir²⁸.

²⁶ Danıştay idari Dava Daireleri Genel Kurulu E. 1990/670, K. 1990/101, T. 02.02.1990, DD. 80, s. 111

²⁷ TOPÇUĞLU, M., s. 284

²⁸ Bu görüşler için lütfen bakınız: İNAN, N., (1999), “Rekabet Kurulu Kararlarının Yargısal Denetimi”, Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu, Rekabet Kurumu Yayınları, Yayın no: 30, Ankara, s. 54 ve Aslan (2001), s. 455

Soruşturma safhası başlangıcına kadarki süreçte şikayetçinin hakları bakımından önem taşıyan diğer bir husus ise, şikayetçinin şikayet konusunun bir kısmı için soruşturma açılma kararı verilirken diğer kısmının ise reddedilmesi halinde şikayetinin reddedilen kısmı için dava açabilmesidir.

2) Soruşturma Safhasında Şikayetçinin Hakları

4054 sayılı Kanun'un 42/1. maddesine göre Rekabet Kurulu tarafından *"ihbar veya şikayet başvurularında ileri sürülen iddiaları ciddi ve yeterli bulması durumunda, ihbar veya şikayet edenlere ileri sürülen iddiaların ciddi bulunduğu ve araştırmaya başlandığı yazılı olarak* bildirilmektedir. Öte yandan, hükmün lafzından Rekabet Kurulu tarafından bildirilecek olan hususun soruşturma açma kararı olup olmadığı anlaşılmadığından bildirilecek hususun önaraştırma yapma kararı mı olduğu yönündeki tereddütlere neden olmaktadır. Bununla birlikte hükmün önaraştırma raporunun görüşülerek soruşturma açılmasına karar verilmesinden sonraki bir hüküm olduğu, önaraştırma açma kararının bir ara karar olduğu ve önaraştırmanın bizatihi iddianın ciddi ve yeterli bulunması için başlatıldığı düşünüldüğünde bildirim soruşturma açma kararıyla ilgili olduğu kanaatine ulaşılmaktadır²⁹. Söz konusu hükmünden de görüleceği üzere, maddede öngörülen bildirim salt bilgilendirme amacını taşıyan bir bildirim olma özelliğini taşımaktadır. Öte yandan, bu hüküm doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir. Nitekim, Aslan'a göre *"...şikayet edenin şikayet konusu yaptığı hususlara göre soruşturma konusu yapılan hususlar daha dar veya daha farklı ise 42. maddeye göre şikayetçiye yapılacak bildirim, birincisi şikayetçiyi yanıltacak ve onun tüm iddiaları hakkında soruşturma açıldığını zannetmesine sebep olacak ikincisi ve daha da önemlisi, kısmen reddedilmiş olan şikayet konuları ya da değiştirilmiş olan soruşturma konusu hakkında şikayetçinin bilgisi olmayacağından bu konularda söyleyebileceği görüşlerden ve ileri sürebileceği ek delillerden Kurul kendisini mahrum bırakmış olacaktır."*³⁰

4054 sayılı Kanun'un 42/1. maddesindeki bildirim aksine, 43/2. maddesinde düzenlenmekte olan bildirim içeriği kanunen belirlenmiştir. Söz konusu maddeye göre; *"Kurul, başlattığı soruşturmaları, soruşturmaya başlanması kararının verildiği*

²⁹ ÜNLÜ, H. s. 35

³⁰ ASLAN Y., s. 445

tarihten itibaren 15 gün içinde ilgili taraflara bildirir (...) Kurulun bu bildirim yazısı ile birlikte, iddiaların türü ve niteliği hakkında yeterli bilgiyi ilgili taraflara göndermesi gerekir". Madde hükmünde yer alan taraflar ibaresinin yalnız hakkında soruşturma başlatılan teşebbüsleri mi yoksa şikayetçileri de mi kapsadığı hususu belirgin değildir. Aslan'a göre hem savunma hem de şikayetçi taraflarının görüşleri aranmakta iken Ünlü ise, öncelikle, rekabet hukukunun amacının bireysel çıkarları korumak olmadığından hareketle, Rekabet Kurulu'nun gerekli gördüğünde şikayetçiden yararlanmasını engelleyen herhangi bir hüküm olmamakla birlikte bu durumun 43/2. madde hükmünde açıkça öngörülmediği halde şikayetçiye de bildirim yapılmasını gerektirmediğini belirtmektedir³¹.

Soruşturma safhası bakımından önem taşıyan diğer bir husus ise, sözlü savunma toplantılarına yalnız şikayetçilerin değil "*...doğrudan ya da dolaylı menfaati olduğunu oturumdan önce Kurula ispatlayan...*" herkesin katılabilmesi imkanındır. Bu bağlamda, yasa koyucu tarafından bilinçli bir politika tercihi yapılmakta ve kamu yararının gerçekleşmesi için ilgili soruşturmaya ilişkin menfaati olan kişilerin katkısı benimsenmektedir. Dolayısıyla, 4054 sayılı Kanun'un 46. maddesinde düzenlenmekte olan hüküm soruşturma raporunun ticari sırlardan arındırılmış bir kopyasının şikayetçiye de tebliğ edilmesini gerektirmektedir. Zira aksi halde sözlü savunma toplantısına katılacak olan şikayetçi cephanesiz bırakılmaktadır. Bu nedenle, 4054 sayılı Kanun'un 45.maddesinin 1. fıkrasındaki "Soruşturma safhası sonunda hazırlanan rapor, tüm Kurul üyeleri ile ilgili taraflara tebliğ olunur" hükmü ile 46/1. madde birbirini uygulama bakımından tamamlar niteliktedir. Nitekim, rekabet hukuku yazınında 4054 sayılı Kanun'da taraf sözcüğünün dar olarak ve taraflardan yalnız birisini ifade edecek şekilde kullanılırken 45. maddede ise geniş olarak hem şikayetçiyi hem de hakkında soruşturma yürütülen tarafı içerecek şekilde kullanıldığı ve dolayısıyla soruşturma raporunun şikayetçiye de tebliğinin kanuni bir zorunluluk olduğu ileri sürülmektedir³².

³¹ ÜNLÜ, H., s. 37

³² EĞERCİ, A., Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi, No:12, s.138

Nitekim, Rekabet Kurulu'nun soruşturma raporunun ve ek görüşün şikayetçiye bildirilmesine karar verdiği *BİAK* kararı³³ da bu gerekliliği doğrular niteliktedir. *BİAK* kararına konu soruşturmada Rekabet Kurulu tarafından soruşturma raporunun, soruşturulan tarafların ticari sır niteliğini haiz bilgileri ve Kurum içi yazışmalar çıkarıldıktan sonra şikayetçiye gönderilmesine ve ek görüşün ilgili tüm taraflara bildirilmesi gerektiğine karar vermiştir³⁴. Rekabet Kurulu'nun söz konusu kararı üzerine, soruşturma raporu ve ek görüş şikayetçiye bildirilmiş ve şikayetçinin bunlara karşı yazılı görüşü alınmıştır. Her ne kadar doktrinde bu kararın istisnai olduğu ve Rekabet Kurulu'nun takdiren ilgili dosyanın niteliğine bağlı olarak şikayetçiden yararlanması gerektiği düşünülse de, soruşturma raporunun şikayetçiye tebliğ edilmesi ve ihlal ile doğrudan ilgili bir kişinin görüşünün alınmasının soruşturma süreci üzerinde yaratacağı herhangi bir olumsuz etki düşünülemez. Buna ek olarak Rekabet Kurumu tarafından yürütülen yakın tarihli soruşturmalarda soruşturma raporunun operatif kısımlarının (yani soruşturma heyetinin bir ihlalin var olup olmadığına yönelik tespitlerini içeren sonuç kısmının) şikayetçi tarafların 2010/3 Sayılı Dosyaya Giriş Hakkının Düzenlenmesine ve Ticari Sırların Korunmasına İlişkin Tebliğ ("2010/3 sayılı Tebliğ") kapsamında yapmış oldukları başvurular üzerine şikayetçi taraf ile paylaşılıyor olduğu bilinen bir husustur.

Ayrıca, rekabet soruşturmalarında söz konusu olan re'sen araştırma ilkesi gereğince, şikayetçi bile olmayan ancak ihlale ilişkin bilgi sahibi olan ve soruşturmanın akıbetini etkileyecek üçüncü kişiler tarafından sunulan bilgi ve belgelerin Rekabet Kurulu tarafından değerlendirilmesi gerekeceği şüphesizdir. 2010/3 Sayılı Tebliğ'in 5. maddesinin 3. fıkrası soruşturma süreçlerinde şikayetçi tarafın arz ettiği öneme vurgu yaparcasına şikayetçi ve üçüncü kişilerin dosyaya giriş hakkı çerçevesindeki taleplerinin genel hükümler çerçevesinde değerlendirilmeye alınabileceğini açıkça zikretmektedir. 4054 Sayılı Kanun'un 44. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "*Kurulun soruşturma safhasında, bu Kanunu ihlal ettiği iddia edilen kişi veya kişiler, kararı etkileyebilecek her türlü bilgi ve delili her zaman Kurula sunabilirler.*" hükmünün ruhu 2010/3 Sayılı Tebliğ'in ilgili 5. maddesinin üçüncü fıkrası ile birlikte değerlendirildiğinde tam anlamıyla bir bütünlük arz etmektedir. Zira, dosyaya giriş hakkı çerçevesinde elde edilecek olan bir soruşturma raporuna yönelik olarak

³³ Rekabet Kurulu'nun 04.03.1999 tarihli ve 99-13/99-40 sayılı kararı

³⁴ Rekabet Kurulu'nun 24.11.1998 tarihli ve 92/747-158 sayılı kararı

şikayetçi tarafın yapabileceği değerlendirmelerin kararı etkileyebilecek “her türlü bilgi ve delil” olarak fonksiyon göstermesi oldukça olasıdır.

Yine, rekabet soruşturmalarında şikayetçinin hakları bakımından önem taşıyan başka bir husus da şikayetçinin soruşturma konusunu teşkil eden dosyayı inceleme hakkının bulunup bulunmadığıdır. 4054 sayılı Kanun’un 44/2. maddesinde “*Haklarında soruşturmaya başlandığı bildirilen taraflar sözlü savunma hakkını kullanma taleplerine kadar Kurum bünyesinde kendileri ile ilgili düzenlenmiş her türlü evrakın ve mümkünse elde edilmiş olan her türlü delilin bir nüshasının kendilerine verilmesini isteyebilir*” hükmü yer almaktadır. Buna göre, şikayetçinin kanunen kendisine verilmiş ve korunan bir dosyaya erişim hakkının bulunup bulunmadığı tartışmalıdır³⁵. Öncelikle belirtilmesi gerekmektedir ki, şikayetçinin soruşturma konusu dosyayı inceleyebileceği Rekabet Kurulu kararları ile sabittir. Nitekim, Rekabet Kurulu’nun 02.11.2000 tarihli ve 00-42/453-247 sayılı Renault Mais kararında şikayetçi temsilcisinin soruşturmaya aktif olarak katılabilmek ve delil sunabilmek için dosyayı inceleme talebi, Kurul’un 09.05.2000 tarihli toplantısında görüşülmüş ve gizlilik derecesi olan bilgi ve belgelerin çıkartılması suretiyle şikayetçi vekilinin dosyayı inceleme talebi kabul edilmiştir.

Yine 4054 sayılı Kanun’un 44. maddesinin 3. fıkrasına göre “*Kurul tarafları bilgilendirmediği ve savunma hakkı vermediği konuları kararlarına dayanak yapamaz*”. Görüleceği üzere, bu fıkrada, 2. fıkradan farklı olarak sadece taraflar sözcüğü kullanılmış ve fıkrada sadece taraflara savunma hakkı verilmesinden değil aynı zamanda bilgilendirmesinden de söz etmiştir. Savunma hakkı, hakkında soruşturma başlatılan teşebbüsler için iken, bilgi verilmesi ise şikayetçi taraf içindir. Bu durumun pratik sonucu ise Rekabet Kurulu şikayetin reddine karar verecekse, kararda dayanacağı hususları şikayetçiye bildirmesi ve bu konuda görüşlerini açıklama fırsatı vermesi olarak ortaya çıkmaktadır. Nitekim, şikayetçinin vereceği ek deliller ve bilgiler Rekabet Kurulu’nun kanaatini değiştirebilecek ya da en azından bu görüşleri kararında tartışarak bunların ileride iptal sebebi olmasını³⁶ önleme fırsatı

³⁵ Aslan’a göre 4054 sayılı Kanun’un 44/3. maddesinin şikayetçinin de dosyaya erişimini içerecek şekilde düzenlendiğini belirtmektedir (ASLAN, Y. s. 448). Öte yandan, Ünlü tarafından ise, şikayetçiye kanunen tanınmış olan bir erişim hakkı bulunmadığı ileri sürülmektedir (ÜNLÜ, H., s.41)

³⁶ Eğer ki, karar şikayetçi aleyhine olup ret kararında şikayetçiye bilgi verilmemiş konulara dayanılmışsa şikayetçinin açacağı davada bu husus kararın iptaline sebep olabilecektir.

doğacaktır. Dolayısıyla, Eğerci, bilgi edinme ve belgelere ulaşma özgürlüğünün şikayet edilen tarafa tanındığı gibi şikayetçi tarafa da tanındığını belirtmektedir³⁷.

Bu bilgiler ışığında, şikayetçinin rekabet soruşturmalarında, soruşturma safhasındaki hakları; 42/1. madde uyarınca şikayetle ilgili olarak başlatılan soruşturmanın kendisine bildirilmesinden ve yapılmasına karar verilen sözlü savunma toplantılarına katılmaktan ibaret olduğunun kabulü mümkün gözükmemektedir.

3) Nihai Kararın Akabinde Şikayetçinin Hakları

4054 sayılı Kanun'un "Kurul Kararlarına Karşı Yargı Yolu" başlıklı 55. maddesinin 1. fıkrasında, "*İdari yaptırım kararlarına karşı yetkili idare mahkemesinde dava açılabilir*" hükmü yer almaktadır. Rekabet soruşturmaları sonucunda idari yargıda dava açabilecekler hakkında soruşturma açılanlar ve şikayetçilerle Rekabet Kurulu kararı ile menfaatleri zedelenenlerdir. İlaveten, Rekabet Kurulu kararlarından yalnızca nihai karar niteliğini haiz olanlara karşı idari yargı yoluna başvurulabilmektedir. Hazırlık işlemleri, bilgi isteme veya önaraştırma açma gibi kararlar kesin ve nihai bir işlem niteliğinde olmadıklarından dolayı bunların tek başlarına idari davaya konu edilme imkanları bulunmamaktadır. Dolayısıyla, özetlemek gerekirse, Rekabet Kurulu'nun herhangi bir nihai kararı neticesinde menfaati zedelenen tüm kişilerin karar aleyhine idari dava tesis etmeleri mümkündür.

Bu hakkın kullanılmasını teminen 4054 sayılı Kanun'un 53/2. maddesinde "Kurul kararları tarafların ticarî nitelikli sırlarını ifşa etmeyecek şekilde *Kurum internet sayfasında* yayınlanır" ibaresi yer almaktadır. İdari yargıda dava açma süresi ise, Rekabet Kurulu kararının ilgili teşebbüslere tebliğ edildiği tarihten itibaren işlemeye başlamaktadır.

İlaveten, 4054 sayılı Kanun'un 57. Maddesi uyarınca 4054 sayılı Kanun'a aykırı olan eylem, karar, sözleşme veya anlaşma ile rekabetin engellenmesi, bozulması ya da kısıtlanması yahut belirli bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumun kötüye kullanılması sonucunda bundan zarar gören kişilerin adliye mahkemelerinde açılacak

³⁷ EĞERCİ, A., Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi, No:12, s.142

özel hukuk davaları yoluyla zararlarını tazmin etme hakkı bulunmaktadır. Öte yandan, bu konudaki Yargıtay içtihadı altında tazminata hükmedilebilmesi için Rekabet Kurulu'nun ihlal kararı vermesi bir ön mesele olarak görülmektedir.³⁸ Dolayısıyla, Rekabet Kurulu'nun bir ihlal yönünde karar vermemesi durumunda şikâyetçinin zararını özel hukuk yoluyla tazmin etme hakkı da kullanılamaz hale gelmektedir.

2) A.B Rekabet Hukuku

A.B rekabet hukukunda şikâyetçilerin gerek rekabet hukuku ihlallerine rekabet otoritelerinin dikkatini çekmeleri gerekse de soruşturmanın sonraki safhalarda oynadıkları rol bakımından önemli bir yeri bulunmaktadır. Özellikle, A.B. rekabet uygulamasında ihbar yoluyla idari kurumları harekete geçirmenin yanı sıra, şikâyetçi idari sürecin bir parçası olma hakkına sahip olabilmektedir. Öte yandan, şikâyetçi sıfatına haiz olabilmek için kişilerin şikâyetçi olmakta meşru menfaatlerinin bulunduğunu göstermeleri gerekmektedir.³⁹ Bu doğrultuda, şikâyetçi bulunacaklar için meşru menfaatin bulunması koşulunun ciddi bir engel teşkil etmediği kolaylıkla söylenebilecektir.⁴⁰ Nitekim ihlalden olumsuz olarak ve doğrudan etkilenmiş olan herhangi bir kimse şikâyetçi olma hakkını haizdir. Örneğin *BEMIM v. Commission* kararında, birinci derece mahkemesi tarafından bir teşebbüs birliğinin ilgili pazarda faaliyet gösteren bir teşebbüs olarak doğrudan etkilenmese de, üyelerini etkileyen davranışlara ilişkin olarak, üyelerinin menfaatlerini temsil etme yetkisi bulunması ve şikâyete konu davranışların üyelerinin menfaatlerini menfi olarak etkileme ihtimalinin bulunması şartıyla, şikâyetçi bulunabileceğine hükmedilmiştir.⁴¹ Öte yandan, *IECC v. Commission*⁴² kararında, üyeleri şikâyete konu işlemlere yönelik olarak faaliyet göstermeyen bir teşebbüs birliğinin şikâyetinin Komisyon tarafından kabul edilmeyebileceği belirtilmiştir.

Komisyon Tarafından Şikâyetlerin Değerlendirilmesi Hakkında Duyuru'ya⁴³ ("Duyuru") göre bu içtihatlar Komisyon'un şikâyete konu bir anlaşma veya eylemin taraflarının, ekonomik çıkarları şikâyete konu eylemler nedeniyle zarar görmüş

³⁸ Yargıtay 19. H.D., 1.11.1999, E.1999/3350, K.1999/6364

³⁹ Commission Regulation 773/2004, madde 5(1).

⁴⁰ JONES, A., SUFRİN B., EU Competition Law, Oxford University Press, s. 1170

⁴¹ *BEMIM v. Commission*, T-114/92, [1995] ECR II -147

⁴² Bkz. *IECC v. Commission*, T-133, 204/95 [1995], para. 28; Commission Notice on the Handling of Complaints by the Commission under Article 101 and 102 of the EC Treaty [2004] OJ/C101/65, par. 35

⁴³ Commission Notice on the Handling of Complaints, bkz. Dipnot 30

rakiplerin veya dağıtım ağından dışlanmış teşebbüsler tarafından meşru menfaat iddia edilebileceğine karar verilen geçmiş Komisyon kararlarını doğrular niteliktedir.⁴⁴ Öte yandan, Duyuru'ya göre bir kişi veya birlik tarafından sadece genel menfaate ("pro bono publico") atıf yapan ve kendilerinin veya üyelerinin doğrudan menfi etkilene ihtimali olduğunu göstermeyen şikâyetler, 7/2 madde kapsamında meşru menfaat şartını yerine getirememektedir.⁴⁵

Duyuru'ya göre tüketici birlikleri de şikâyetçi konumunda bulunabilmektedirler.⁴⁶ Komisyon, ayrıca bir ihlale konu ürün veya hizmetlerin alıcısı konumunda olmaları dolayısıyla ekonomik menfaatleri menfi olarak etkilenen bireysel tüketicilerin de meşru menfaat koşulu karşılayabileceklerini belirtmektedir.⁴⁷ Tüketicilerin meşru menfaat gösterip gösteremeyeceği birinci derece mahkemesi tarafından da *Österreichische Postsparkasse v. Commission*⁴⁸ davasında karara bağlanmıştır. Bu davada mahkeme meşru menfaat kavramını geniş olarak yorumlamış ve ekonomik menfaatinin zarar gördüğünü gösteren herhangi bir son kullanıcı tarafından meşru menfaatin mevcudiyetinin iddia edebileceğini belirtmiştir.⁴⁹

A.B uygulamasında, şikâyetlerin 773/2004 sayılı Komisyon Düzenlemesi metnine ek yapılmış olan Form C'ye uygun olarak sunulması gerekmektedir.⁵⁰ Form C kapsamında, (i) şikâyetçi hakkında bilgi, (ii) varlığı iddia edilen ihlal hakkında ayrıntılı bilgi, (iii) meşru menfaat iddiasını destekleyen sebepler, (iv) Komisyon'un kararına dayanak yapabileceği hususlar hakkında açıklamalar ve (v) ulusal bir rekabet otoritesi veya ulusal mahkemeler nezdinde yapılan başvurular hakkında bilgi sağlanması gerekmektedir.⁵¹ Komisyon tarafından, bazı durumlarda Form C'de talep edilen kapsamlı açıklamalarla destekleyici belgelerin sunulmasına gerek görülmemektedir.⁵² Şikâyetçinin, şikâyet metni üç kağıt nüsha ve, mümkün olduğu ölçüde, bir elektronik kopya olarak sunması ve ayrıca şikâyetin gizli bilgi içermeyen bir versiyonunu da Komisyon'a sunması gerekmektedir.⁵³

⁴⁴ Commission Notice on the Handling of Complaints, bkz. Dipnot 30, par. 36

⁴⁵ Commission Notice on the Handling of Complaints, bkz. Dipnot 30, par. 38

⁴⁶ Commission Notice on the Handling of Complaints, bkz. Dipnot 30, par. 37

⁴⁷ Id.

⁴⁸ *Österreichische Postsparkasse v. Commission*, T-213/01 ve 214/01, [2006] ECR II-1601

⁴⁹ Id., par. 114

⁵⁰ Commission Regulation 773/2004, madde 5(1).

⁵¹ JONES, A., bkz. dipnot 29, s. 1173

⁵² Id.

⁵³ Regulation 773/ 2004, bkz. dipnot 28, madde 5(1)

Bir şikayetin usulüne uygun olarak Komisyon'a sunularak Komisyon tarafından tebellüğ edilmesinin akabinde, Komisyon'un soruşturma açılmasının gerekip gerekmediğinin belirlenmesi için bilgi toplama sorumluluğu gündeme gelmektedir.⁵⁴ Bu sürecin ilk safhasında Komisyon şikayetçiden bilgi almakta ve bir ön cevap vererek şikayetçiye iddialarını kuvvetlendirme fırsatı tanımaktadır.⁵⁵ Bu safha Komisyon ve şikayetçi arasında şikayete konu hususların aydınlatılmasına yönelik resmi olmayan görüş alışverişlerini de içerebilmektedir.⁵⁶

İkinci safhada ise, Komisyon şikayetin reddedilmesi veya soruşturma açılması arasında karar vermek üzere araştırma yapmaya devam etmektedir. Herhangi bir şikayeti reddetmeden önce Komisyon şikayetçiye belirli bir süre içinde konu hakkındaki görüşlerini sunma hakkını tanımakla yükümlüdür.⁵⁷ Bu noktada Komisyon'un görüşlerini belirlemek için kullandığı belgelerin gizli-olmayan versiyonları da şikâyetçiye sağlanabilmektedir.⁵⁸ Sürecin üçüncü safhasında Komisyon bir soruşturma açma kararı almakta veya şikâyeti reddetmektedir.⁵⁹

Komisyon tarafından bir soruşturma başlatılması ve şikâyete konu eylemler hakkında bir şikayet bildirimi (Statement of Objections) ("SO") yapılması durumunda, SO'nun gizli olmayan bir versiyonunun şikayetçiye iletilmesi ve şikayetçiye görüşlerini yazılı olarak bildirme şansı tanınması gerekmektedir.⁶⁰ Şikayetçinin sözlü olarak görüş bildirmeyi talep etmesi durumunda, bu hak da kendisine tanınabilmektedir.⁶¹

Uygulamaya bakıldığında ise, Komisyon'un şikayetçileri soruşturma sürecine ilişkin olarak tamamen haberdar tutma yoluna gittiği görülmektedir.⁶² *BAT* ve *Reynolds* kararlarında Avrupa Adalet Divanı şikayetçinin usuli hakları soruşturulan teşebbüslerin hakları kadar geniş olmasa da, şikayetçilere idari soruşturma sürecinde meşru menfaatlerini koruma fırsatı tanınması gerektiğini belirtmiştir.⁶³

Bu doğrultuda, şikayete konu teşebbüslere oranla daha sınırlı olmakla birlikte şikayetçinin soruşturma konusu dosyaya erişim hakkı bulunmaktadır.⁶⁴ Bu durum

⁵⁴ Commission Notice on the Handling of Complaints, bkz. Dipnot 30, par. 37

⁵⁵ JONES, A., bkz. dipnot 29, s. 1173

⁵⁶ Commission Notice on the Handling of Complaints, bkz. Dipnot 30, par. 55

⁵⁷ Commission Notice on the Handling of Complaints, bkz. Dipnot 30, par. 56; Regulation 773/ 2004, bkz. dipnot 28, madde 7(1)

⁵⁸ JONES, A., bkz. dipnot 29, s. 1173

⁵⁹ Commission Notice on the Handling of Complaints, bkz. Dipnot 30, par. 57

⁶⁰ Regulation 773/ 2004, bkz. dipnot 28, madde 7(1)

⁶¹ Regulation 773/ 2004, bkz. dipnot 28, madde 7(2), madde 13(1)

⁶² JONES, A., bkz. dipnot 29, s. 1174

⁶³ *BAT and Reynolds v. Commission*, 142-156/84 [1987] ECR 4487

⁶⁴ *Id.*, par 20.

kendisini özellikle ticari sır niteliğindeki bilgiler bakımından göstermektedir. *AKZO v. Commission* kararında Avrupa Adalet Divanı ticari sırlara özel koruma sağlandığına ve ticari sır özelliğine sahip bilgileri şikayette bulunan kişilerin elde edemeyeceğine hükmetmiştir.⁶⁵ Avrupa Adalet Divanı tarafından alınan bu pozisyon ise, aksinin teşebbüslerin şikâyetinde bulunma yoluyla rakiplerinin ticari sırlarına erişebilmesine imkan tanıyan bir uygulamaya dönüşeceği hususuyla gerekçelendirilmiştir.⁶⁶ *Matra-Hachette v. Commission* kararında da ilk derece mahkemesi tüm bilgilere erişim hakkının sadece soruşturma altında olan ve Komisyon kararı sonucu ceza alabilme riski bulunan taraflara ait olduğuna hükmetmiştir.⁶⁷

Öte yandan, Komisyon'un uygulamalarının tümüne bakıldığında şikayetçilerin genel olarak dosyanın içeriği konusunda bilgilendirildiği, kendisinin gizli olmayan belgelere erişimine imkan tanındığı ve şikayete konu teşebbüslerin cevaplarının kendisine iletildiği görülmektedir.⁶⁸

Komisyon'un şikâyet doğrultusunda soruşturma açmamaya karar vermesi durumunda, bu görüşünü şikayetçiye bu kararın hukuki temellerini içeren bir mektup yoluyla bildirmesi ve şikâyetçiye belirli bir süre zarfı içinde görüşlerini bildirme hakkı tanınması gerekmektedir.⁶⁹ Şikayetçi görüşünün Komisyon'un şikayete bakışını değiştirmemesi durumunda, Komisyon şikayeti resmi bir kararka reddetmektedir.⁷⁰ *Guerin Automobiles v. Commission* davasında ilk derece mahkemesi tarafından şikâyetçinin son görüşünü bildirdikten sonra şikayetine ilişkin nihai bir karar alınmasını isteme hakkına sahip olduğu hususunu açıkça belirtmiştir.⁷¹

Komisyon'un kendisine sunulmuş olan şikayete istinaden vermiş olduğu soruşturma açılmaması kararına veya soruşturma neticesinde vermiş olduğu nihai karara karşı, şikâyetçinin Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma'nın ("TFEU") 263. maddesi uyarınca iptal davası açma hakkı bulunmaktadır.⁷² A.B yasama ve idari işlemlerine karşı genel iptal davası açma hakkını düzenleyen, 263. madde gerçek veya tüzel kişilerin kendilerine "doğrudan ve bireysel olarak etki eden"⁷³ işlemlere karşı iptal süreci başlatabileceğini belirtmektedir. Rekabet uygulaması altında, Mahkeme

⁶⁵ *AKZO v. Commission*, 53/85 [1986] ECR 1965, par. 28

⁶⁶ Id.

⁶⁷ *Matra-Hachette v. Commission*, T-17/93 [1994] ECR II-595, par. 38

⁶⁸ JONES, A., bkz. dipnot 29, s. 1174

⁶⁹ Regulation 773/ 2004, bkz. dipnot 28, madde 7(1)

⁷⁰ Id., madde 7(2)

⁷¹ *Guerin Automobiles v. Commission*, T-186/94 [1995] ECR II-1753, par.34

⁷² JONES, A., bkz. dipnot 29, s. 1180

⁷³ Treaty on the Functioning of the European Union, madde 263.

doğrudan ve bireysel olarak etkilenen kişi kavramını geniş olarak yorumlamıştır. Komisyon nezdinde şikayetçi sıfatına sahip olma şartlarını karşılayan kişilerin “doğrudan ve bireysel olarak etkilenme” şartını da karşılamakta olduğu kabul edilmektedir.⁷⁴ Bu hususu doğrudan nitelikte bir kararda Avrupa Adalet Divanı tarafından meşru menfaat sahibi bir kişinin başvurusunun tamamen veya kısmen reddedilmesi durumunda meşru menfaatlerini koruma adına iptal davası açabilme hakkının bulunduğu hükmedilmiştir.⁷⁵ Kararda da belirtildiği üzere bu durumda, şikayetçinin TFEU'nun 263. Maddesi altında doğrudan ve bireysel olarak etkilendiği kabul edilmektedir.

3)A.B.D Rekabet Hukuku

Amerikan rekabet hukuku merkezi olmayan bir yürütme sistemi içermektedir.⁷⁶ Türkiye örneğindeki Rekabet Kurumu'nun aksine Amerika'da rekabet hukukunun kamusal olarak uygulanması iki federal kurum olan Federal Ticaret Komisyonu (“FTK”) ve Adalet Bölümü arasında paylaşılmışken, aynı zamanda eyalet baş savcılar da eyaletlerinde rekabet hukuku ihlallerinden zarar gören vatandaşlar adına dava açabilmektedir.⁷⁷ Bunun dışında Amerikan rekabet hukuku uygulamasında gerçek veya tüzel kişiler tarafından açılan özel hukuk davalarının da önemi büyüktür. A.B ve Türk rekabet hukuku rejimlerindeki “şikayetçi” kavramının, A.B.D rekabet hukukunda tam karşılığı bulunmamaktadır. A.B.D. hukuku altında bireyler eyalet ya da federal mahkemelerinde FTK veya Adalet Bölümü'nden bağımsız olarak özel hukuk davası açabilmekte ve dolayısıyla kendi haklarını bu yolla bireysel olarak koruyabilmekte, ya da ihbarda bulunarak bu kurumları harekete geçirebilmekte fakat bundan sonra ortaya çıkacak olan idari soruşturma veya ceza davasının bir tarafı olmamaktadır.

A.B ve Türkiye'de görülen rekabet hukukunun idari yargılama yoluyla uygulanması, A.B.D hukukunda tam olarak karşılık bulan bir uygulama değildir. İdari yargılama kapsamında FTK, FTK Yasası'nın 5. maddesi⁷⁸ altında, veya Clayton Yasası'nın ihlal edilmesi durumunda Clayton Yasası'nın 11. maddesi⁷⁹ altında, tarafları rekabet

⁷⁴ JONES, A., bkz. dipnot 29, s. 1180

⁷⁵ Metro v. Commission, 26/76 [1977] ECR 1875, par. 13

⁷⁶ GELLHORN, E., KOVACIC, E., CALKINS, S., Antitrust Law and Economics in a Nutshell, Thompson/West, s. 526;

⁷⁷ Id.

⁷⁸ 15 USC § 45, fıkra (b)

⁷⁹ 15 U.S.C. § 21

hukuku ihlali teşkil eden faaliyetlerine devam ettirmekten alıkoyan durdurma talimatları (“cease-and-desist letter”) kullanabilmektedir.⁸⁰ Her ne kadar FTK idari yargılamaları yoluyla parasal ceza verme yetkisi bulunmasa da, FTK’nın durdurma talimatlarının ihlal edilmesi durumunda, federal mahkemeler FTK Yasası’nın 5. maddesi ve Clayton Yasası’nın 11. maddesi altında parasal cezaya hükmedilebilmektedir.⁸¹

FTK resen veya kişilerce yapılan ihbar veya şikayetler sonucu harekete geçebilmektedir. Öte yandan, FTK’nın şikayetçinin meşru menfaatinin bulunması durumunda bile şikayetçiye karşı, şikayet üzerine belirli seviyede araştırma yapma, şikayetçiden görüş alma veya şikayeti reddeden nihai resmi bir karar verme gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. FTK Yasası’nın 5. maddesi altında “*Komisyon’un bir kişi, ortaklık veya şirketin adaletsiz rekabet yöntemleri ... kullanmakta olduğuna inanmak için bir sebebi bulunması durumunda, eğer Komisyon kendisi tarafından bu duruma ilişkin bir idari süreç başlatılmasının kamu yararına olacağı görüşünde ise...*”⁸² bir idari soruşturma süreci başlatabilmektedir. İlgili maddenin lafzından anlaşılacağı üzere bir idari süreç başlatıp başlatmama kararı tamamen FTK’nın tasarrufuna bağlıdır. İlgili maddenin devamında ise herhangi bir kişi, ortaklık veya şirketin FTK tarafından düzenlenen idari duruşmada yer almak için başvuru yapabileceği ve geçerli sebeplerin gösterilmesi halinde Komisyon tarafından kendilerine söz konusu duruşmaya kişisel olarak veya avukatları yoluyla dâhil olma hakkı tanınabilmektedir.⁸³ Öte yandan ilgili maddenin lafzı zorlayıcı olmayıp, bu izni verip vermeme tasarrufu yine sadece FTK’ya aittir.

Yukarıdaki hükümlerle uyumlu olarak, 5. maddenin FTK kararlarının yargısal denetimiyle ilgili olan (c) bendinde “*kendisine karşı FTK talimatıyla belirli bir rekabet yöntemi veya herhangi bir başka davranışı durdurması gerekli kılınan*” herhangi bir kişinin bu karara ilişkin olarak yetkili federal temyiz mahkemelerine başvurma hakkı bulunduğu belirtilmektedir.⁸⁴ Bu bendin lafzından da anlaşıldığı üzere durdurma talimatı çıkmaması durumunda veya çıkan durdurma talimatının şikayetçinin isteklerini karşılamaması durumunda şikayetçiye benzer bir yargıya başvurma hakkı tanınmamıştır.

⁸⁰ GELLHORN, E., bkz. dipnot 65, s. 532

⁸¹ 15 U.S.C. § 21, (k)(1); 15 USC § 45, (m)(1).

⁸² 15 USC § 45, fıkra (b)

⁸³ Id.

⁸⁴ 15 USC § 45, fıkra (c)

FTK'ya idari yargılama yetkisi veren diğer hüküm olan Clayton Yasası'nın 11. maddesi altında belirtilen idari süreçte de şikayetçiye verilen haklar FTK Yasası'nın 5. Maddesi ile aynıdır. Diğer bir deyişle, şikayetçiye sadece FTK tarafından uygun görüldüğü takdirde idari sürece dâhil olabilecektir.⁸⁵

A.B.D. rekabet hukuku uygulamasında ana karar verme mercii federal mahkemelerdir. Dolayısıyla, Rekabet Kurumu ile karşılaştırıldığında hâkimden çok savcı konumunda bulunan FTK ve Adalet Bölümü tarafından yürütülen soruşturmalarda şikayetçiye süreci başlatmak dışında bir görev veya hak düşmemektedir. Öte yandan, A.B.D uygulaması altında bireylerin özel hukuk altında federal mahkemeye başvurarak kendilerine zarar veren rekabeti kısıtlayıcı eylemlerin durdurulmasına ilişkin mahkeme emri kararı aldırabilmekte veya zararını üç katına kadar tazmin edebilmektedir. Bireysel davaların A.B.D rekabet uygulamasındaki önemi ve A.B hukuku altında "şikayetçi" sıfatına sahip olabilecek tarafların, A.B.D hukuku altında haklarını özel hukuku davalarıyla arayabilmeleri nedeniyle bu tür davalara aşağıda değinilmesi isabetli olacaktır.

Clayton Yasası'nın 4. maddesi davacının hem zararını üç katına kadar tazmin etme, hem de Amerika'da genel kural olan davacının kendi masraflarını karşılaması ilkesine karşı olarak dava ve avukat masraflarını tanzim edebilme hakkı vermektedir.⁸⁶ Clayton Yasası'nın ilgili hükmü şu şekildedir:

*"Rekabet hukukunda yasaklanmış olan herhangi bir davranış nedeniyle işi veya mülkü zarar gören herhangi bir kimse bu nedenle A.B.D. federal mahkemelerinde dava açabilecek, ve zararının üç katını ve dava masraflarıyla makul seviyedeki avukat masraflarını tanzim edebilecektir."*⁸⁷

Buna ek olarak, Clayton Yasası'nın 16. Maddesi ise herhangi bir kişi, şirket veya organizasyonun rekabet hukuku ihlalleri sonucu zarar görme ihtimalinin bulunması durumunda ihtiyadi tedbir alınması için dava açabileceğini belirtmektedir.⁸⁸ A.B.D'de açılan rekabet hukuku davalarının %90'ına yakın bir kısmının özel hukuk davaları olduğu görülmektedir.⁸⁹ A.B.D'de bireyler tarafından açılan özel hukuk davalarını

⁸⁵ 15 U.S.C. § 21, fıkra (b)

⁸⁶ Wouter P.J. Wils, "Should Private Antitrust Enforcement be Encouraged in Europe?" World Competition, Eylül 2003, s. 479

⁸⁷ 15 U.S.C. § 15.

⁸⁸ 15 U.S.C. § 26

⁸⁹ Wouter P.J. Wils, "Should Private Antitrust Enforcement be Encouraged in Europe?" World Competition, Eylül 2003, s. 478

inceleyen bir makale⁹⁰, 1990'dan beri A.B.D'de davacılar tarafından temyiz yolu kapanmış olarak kesin olarak kanılmış olan ve en az 50 milyon A.B.D doları tazminatın kazanılmış olduğu 40 davayı incelemiş ve sadece bu davalardan dolayı rekabet hukukunu ihlal eden kişiler tarafından 18 ila 19,6 milyar A.B.D doları miktarında tazminat ödendiğini belirtmektedir.⁹¹ Söz konusu araştırmaya göre yukarıda belirtilen tazminat oranınının 7,631 ila \$8,981 milyar A.B.D doları arasındaki kısmı A.B.D veya Avrupa Birliği rekabet kamu otoritelerinin hareketlerini takip etmeyen davalar sonucu elde edilmiştir.⁹² Bu rakam, 1990'dan beri A.B.D'de Adalet Bakanlığı tarafından açılan cezai davalar sonucu ortaya çıkmış olan 4,232 milyar A.B.D doları miktarındaki toplam parasal cezanın epeyce üstündedir.⁹³

Yukarıda yer verilen açıklamalardan da anlaşılacağı üzere A.B.D rekabet hukuku uygulamasında bireysel şikayetçilerin haklarını arama imkanları özel hukuk davalarına erişim yoluyla etkili bir biçimde güvence altına alınmıştır. Dolayısıyla bireysel şikayetçilere idari süreçte belirli bir yer verilmemiş olması söz konusu idari süreçlerin adli davalara oranla ikincil önemde olması yoluyla açıklanabilmektedir.

SONUÇ

Şikayetçinin soruşturma usulündeki yerinin ve haklarının tespiti bakımından rekabet hukukunun amacı önem taşımaktadır. Ceza yargısında ve idari yargıda da egemen prensip olan maddi gerçekliğin aranması rekabet hukukundan kaynaklanan soruşturmaların en önemli şiyarı olarak kolaylıkla değerlendirilebilecektir. İddia konusu ihlale ilişkin en somut ve etkin bilgi ve belgeyi şikayetçinin sağlama potansiyeli düşünüldüğünde soruşturulan tarafın haklarına hanel gelmeksizin ve ek bir iddia makamı rolü yaratmadan şikayetçinin soruşturma süreçlerinde karanlıkta bırakılmaktan ziyade mümkün olduğunca süreçlerden haberdar edilmesinin maddi gerçeğe ulaşılması amacına maksimum düzeyde hizmet edeceği açıktır.

Zira, doktrinde yer alan aksi görüşlere rağmen şikayetçinin menfaatleri ile rekabet hukukunun kamu menfaatini koruma amacı çelişmemektedir. Şikayetçi ile Rekabet

⁹⁰ Robert H. Lande, Joshua P. Davis, "Benefits From Private Antitrust Enforcement: An Analysis of Forty Cases", University of San Francisco Law Review, Temmuz 2008

⁹¹ Id., s. 891. Söz konusu rakamın bir aralık olarak verilmesinin sebebi değerleri konusunda farklı görüşler olabilecek menkul kıymetlerin de hesaplama katılmasıdır.

⁹² Id. s. 897

⁹³ Id. s. 893

Kurulu yan yana ilerleyebilmektedir. Bunun ötesinde, Rekabet Kurulu'nun şikayetçi gibi önemli bir bilgi kaynağından ve şikayetçinin sağlayacağı katma değerlerden yararlanması gerektiği şüphesizdir. Bu çerçevede şikayetçiye, mevzuat tarafından açıkça zikredilmemiş olmakla birlikte, şikayetçinin bir taraf olarak rekabet soruşturmalarında yer aldığı ve dolayısıyla kanunen birtakım haklar bahşedilmiş olduğunun özellikle mehz A.B Rekabet Hukuku ışığında kabulü gerekmektedir. Nitekim, AB Rekabet Hukuku'nda şikayetçi idari sürecin önemli bir parçasını teşkil etmekte ve bu konumu yasal düzenlemelerle güvence altına alınmaktadır. Türk Rekabet Hukuku uygulamasından farklı olarak, AB Rekabet Hukuku'nda şikayetçilerin şikayet reddedileceği zaman şikayetçilerin görüş bildirme ve SO'nun gizli olmayan bir halini talep etme ve buna cevap verme hakları bulunmaktadır. Bunun haricinde, uygulamada talep edildiği takdirde, Komisyon tarafından soruşturma konusu dosyada yer alan belgelerin ticari sırlardan arındırılmış bir kopyası şikayetçilere sağlanmaktadır. İlaveten, Komisyon tarafından şikayetçilerin soruşturmanın gidişatı hakkında düzenli olarak bilgilendirildiği görülmektedir. Türk Rekabet Hukuku ile mehz A.B rekabet hukukunda ortak olarak şikayetçiye tanındığına dair herhangi bir tereddüt olmayan haklar ise, rekabet ihlali ile ilgili başvuru yapma hakkı, şikayet başvurusunun akıbetini öğrenme ve bu konuda rekabet otoritesini belli bir davranışta bulunmaya (şikayeti reddetmeye veya kabul etmeye) zorlama hakkı, yapılmasına karar verilmiş olan bir sözlü savunma toplantısına katılma hakkı ve şikayetin reddedilmesi kararı veya soruşturma sonucunda menfaatine aykırı olarak verilen karar aleyhine dava açma olarak sıralanabilecektir. Bununla birlikte, yukarıda kapsamlı olarak açıklamış olduğumuz üzere, şikayetçinin bir taraf olarak ilgili tebligatları alabilme, gerekli bilgi ve belgeleri Rekabet Kurulu'na sunabilme ve dosyaya erişim hakkının bulunduğu da kabulü gerekmektedir. Ayrıca, farklılık arz etmekte birlikte, A.B.D uygulaması da dolaylı olarak Türk Rekabet Hukuku'nda şikayetçinin konumuna ışık tutabilecek özellikleri sunmaktadır. Nitekim, her ne kadar FTK nezdinde şikayetçi bir taraf olarak tanınmasa da, A.B.D'deki esas uygulamayı teşkil eden özel hukuk davalarında şikayetçilere haklarını büyük bir güvence ile arama hakkı tanınmaktadır. A.B.D'den farklı olarak Türkiye yargı sisteminde idari işlemlere karşı açılan özel hukuk davaları ikincil nitelik taşıdığından şikâyetçinin soruşturma sürecindeki haklarının kısıtlanması sonucunda kendisine 4054 sayılı Kanun'un 57. maddesi yoluyla bahşedilmekte olan zararını tazmin etme hakkı da layıkıyla kullanılamayacaktır.

TOPLANTI

29 Mart 2013 Cuma

FİKRİ VE SINAİ MÜLKİYET HAKLARI VE REKABET

Moderatör:

Prof. Dr. Kamil Şenocak
İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı
A.Ü. Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku ABD Öğr. Üyesi

Konuşmacı:

Yrd. Doç. Dr. Hamdi Pınar
Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğr. Üyesi

Yorumcu:

Yaşar Tekdemir
Rekabet Kurumu III. Denetim ve Uygulama Dairesi Bşk.



Yer : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi , Mahmut Esat Bozkurt Toplantı Salonu.
Saat : 15.00

REKABET FORUMU İÇİN Makale Çağrısı

Sayın Dernek Üyelerimiz ve Okuyucularımız

Rekabet Forumu, Rekabet Politikaları ve Rekabet Hukuku'nun uygulamaları içinde bulunan tüm kurum, kuruluş ve kişilere gönderilmektedir. Rekabet Forumu'na göndereceğiniz yazılarla Forum zenginleşecek ve etki alanı genişleyecektir.

Değerli Dernek Üyelerimizden ve okuyucularımızdan ricamız, Rekabet Forumu'na, yaptıkları inceleme, araştırma, yorum ve değerlendirmeleri makale boyutunda göndermeleridir. Katkılarınız yalnız Forum'u zenginleştirmekle kalmayacak, aynı zamanda yararlanan çevrenin de genişletilmesini sağlayacaktır.

Rekabet Forumu için yazılarınızı **erdalturkkan@hotmail.com** adresine bekliyoruz.