



REKABET FORUMU

HUKUK-EKONOMİ-POLİTİKA

Sayı:35/ Tarih:20 Haziran 2007 /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, Berna Özer, Ercan Kumcu, Ercüment Erdem, Gamze Öz, Hamdi Pınar, Kamil Mutluer, Kubilay Atasayar, Mümin Erkunt, Müfit Sonbay,Nahit Töre, Nalan Özcan Sevinç, Nurkut İnan, Osman Sevaioğlu,Şevket Özügergin, Tuna Yurtseven, Uğur Özgöker, Yavuz Ege,Yılmaz Aslan.

GENEL MERKEZ: İletişim Adresi : PK 649 Yenışehir / Ankara
Yazışma Adresi: Necatibey caddesi, 94/8 Sıhhiye / Ankara
Telefon: 0 533 668 56 09 **İrtibat tel:** (312) 230 66 44
Faks: (312) 232 01 69 **e-posta:** rd@rekabetdernegi.org
WEB:www.rekabetdernegi.org

Banka:T.C.Ziraat Bank. 0795 Necatibey Şub.
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-YORUM

*Prof Dr. Erdal TÜRKKAN: 2007 SEÇİMLERİ VE REKABET s.2

REKABET HUKUKU

*Av. Gönenç GÜRKAYNAK- Stj. Av. Bora İKİLER: AVUKAT İLE MÜVEKKİLİ ARASINDAKİ YAZIŞMALARIN YERİNDE İNCELEMELERDE İNCELENMESİ VE REKABET HUKUKU SORUŞTURMALARINDA KULLANILMASI MESELESİ s.3

*Prof Dr. Tekin AKILLIOĞLU: REKABET KURULU KARARLARINA KARŞI İTİRAZ YOLU BULUNMAYIŞI s.12

DEVLET YARDIMLARI

*Mehmet PİKİER:DEVLET YARDIMLARINI KONTROL SİSTEMİ s.13

PIYASA EKONOMİSİ

*Dr. Uğur EMEK :PIYASA EKONOMİSİNDE KAPİTALİST DAVRANIŞ BİÇİMİ s.17

DÜZENLEMELER VE DOĞAL MONOPOLLER

*Doç. Dr.İzak ATİYAS :TETAŞ'IN ELEKTRİK İHALESİ s.23

*Av. İbrahim GÜL :POAŞ'IN RAFİNERİCİ LİSANSI BAŞVURUSUNUN REDDİ HAKLI MIDIR? s.26

*Prof. Dr. Osman SEVAİOĞLU:ELEKTRİK PİYASASININ ÇÖKÜŞÜ s.28

NOT:Forumdaki yazılar kaynak göstermek kaydı ile aynen kullanılabilir ve aktarılabilir. Yazılar yazarların görüşünü yansıtır. Rekabet Derneği'ni bağlamaz.

Rekabet Forumu'nun ilk 16 sayısı "Rekabet Haber Bülteni" adı altında yayınlanmıştır.

Eski sayılar için: www.rekabetdernegi.org adresine bakınız.

REKABET HUKUKU

AVUKAT İLE MÜVEKKİLİ ARASINDAKİ YAZIŞMALARIN YERİNDE İNCELEMELERDE İNCELENMESİ VE REKABET HUKUKU SORUŞTURMALARINDA KULLANILMASI MESELESİ

Av. Gönenç GÜRKAYNAK (ELİG Ortak Avukat Bürosu)

Stj. Av. Bora İKİLER (ELİG Ortak Avukat Bürosu)

Birbiriyle ilgisiz iki ayrı özel teşebbüste gerçekleştirdikleri yakın tarihli iki ayrı yerinde inceleme esnasında, Rekabet Kurumu uzmanları ve uzman yardımcıları, bağımsız serbest avukat ile müvekkili şirket arasındaki hukuki görüş içeren yazışmalar olduğu kendilerine açıkça belirtilen evraka da el koymuş ve bir soruşturmada bu yazışmaları delil olarak da kullanmışlardır.

Bu durumda, sorulması gereken soru ve artık tartışılmaya başlanması gereken konu şudur: Rekabet Kurulu'nun uzman ve uzman yardımcılarını yerinde inceleme için yetkilendirmesi hususunda ve bu uzman ve uzman yardımcılarının söz konusu yetkileri kullanması hususunda, teşebbüslerin savunma hakkının ve hakkını bilme hakkının özüne zarar verilmemesi için dikkat edilmesi gereken "bağımsız serbest avukat ile müvekkili arasındaki yazışmaların imtiyazı"na dair evrensel prensipler nelerdir? Rekabet Kurulu bir bağımsız idari otoritenin delil toplarken hukuka aykırı davranıp davranmadığı meselesinin ve ilgili prensiplerin Türk hukukunda çabucak olgunlaşmaya başlaması için ne yapılabilir?

A. GENEL OLARAK

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un ("Kanun") 27. maddesinde Rekabet Kurulu'nun ("Kurul") görev ve yetkileri sayılmaktadır. Kurul'un kendisine verilen görev ve yetkileri kullanırken uyacağı usul ve esaslar ise Kanun'un muhtelif maddeleri ile düzenlenmektedir. Kanun uyarınca, Kurul'un kendisine verilen görevleri yerine getirirken gerekli görmesi halinde teşebbüslerden bilgi talep etmesi veya teşebbüslerde yerinde incelemelerde bulunması mümkündür. Gerçekten de, Kanun'un 14. maddesine göre;

"Kurul, bu kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirirken, gerekli gördüğü her türlü bilgiyi tüm kamu kurum ve kuruluşlarından, teşebbüslerden ve teşebbüs birliklerinden isteyebilir.",

aynı şekilde Kanun'un 15. maddesine göre;

"Kurul, bu Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirirken gerekli gördüğü hallerde, teşebbüs ve teşebbüs birliklerinde incelemelerde bulunabilir. Bu amaçla teşebbüslerin veya teşebbüs birliklerinin: a) Defterlerini, her türlü evrak ve belgelerini inceleyebilir ve gerekirse suretini alabilir, b) Belirli konularda yazılı veya sözlü açıklama isteyebilir, c) Teşebbüslerin her türlü mal varlığına ilişkin mahallinde incelemeler yapabilir. (...)"

Bu düzenlemelerden de açıkça anlaşılacağı üzere, Kurul, Kanun ile kendisine verilen görevleri yerine getirirken bilgi talebinde ve yerinde incelemede bulunabilecektir. Ancak, Kurul'un yerine getirdiği söz konusu görevler, Kanun'un amaç maddesine uygun olarak Kurul'a verilmiş görevler olmalıdır. Diğer bir deyişle, bilgi talebi ve yerinde inceleme yetkileri, rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlarla, hakim durumun kötüye kullanılmasına yönelik kuralların uygulanmasına ve birleşme-devralma işlemlerinin denetlenmesine yönelik olarak kullanılmalıdır.(1) Bilgi isteme ve yerinde inceleme konularında, Kurul'a "görevlerini yerine getirme" amacıyla sınırlı bir yetki verilmiş olmakla birlikte, Kanun'da bu yetkinin sınırlarına ilişkin olarak bir düzenleme bulunmamaktadır.

İşte bu makalenin konusu, bağımsız serbest avukat ile müvekkili arasındaki mesleki ilişkiden kaynaklanan bilgi ve belgelerin Kurul'a tanınan bilgi isteme ve yerinde inceleme yetkilerinin kapsamına ne ölçüde girdiğinin değerlendirilmesidir.

B. TÜRK REKABET HUKUKU UYGULAMASINDA AVUKAT-MÜVEKKİL İLİŞKİSİ

Türk rekabet hukuku disiplininde avukat ile müvekkilin mesleki ilişkisinin imtiyazlı kabul edildiğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, avukatın müvekkili ile olan mesleki ilişkisinden kaynaklanan bilgi ve belgelerin korunmasına yönelik olarak Türk hukuk sisteminde çeşitli kanuni düzenlemeler yer almaktadır.

Bu düzenlemelerden, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 130. maddesinin 2. fıkrası;

"(...)Arama sonucu el konulmasına karar verilen şeyler bakımından bürosunda arama yapılan avukat, baro başkanı veya onu temsil eden avukat, bunların avukat ile müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğunu öne sürerek karşı koyduğunda, bu şey ayrı bir zarf veya paket içerisine konularak hazır bulunanlarca mühürlenir ve bu konuda gerekli kararı vermesi, soruşturma evresinde sulh hakiminden, kovuşturma evresinde hakim veya mahkemeden istenir. Yetkili hakim elkonulan şeyin avukatla müvekkil arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğunu saptadığında, elkonulan şey derhal avukata iade edilir ve yapılan işlemi belirten tutanaklar ortadan kaldırılır. Bu fıkroda öngörülen kararlar, yirmidört saat içinde verilir.(...)"

hükmünü getirmektedir. Aynı şekilde, Avukatlık Kanunu'nun 36. maddesinin 1. fıkrası da,

"Avukatların, kendilerine tevdi edilen veya gerek avukatlık görevi, gerekse Türkiye Barolar Birliği ve barolar organlarındaki görevleri dolayısıyla öğrendikleri hususları açığa vurmaları yasaktır.(...)"

hükmünü ihtiva etmektedir.

Şüphesiz, anılan maddeler avukat ile müvekkilin mesleki ilişkisinden kaynaklanan bilgi ve belgelere rekabet hukuku kapsamında hiçbir şekilde mutlak bir koruma sağlamamaktadır. Öte yandan, anılan maddelerin Türk hukuk rejimindeki mevcudiyeti, kanun koyucunun bu konuyu bir hassasiyet sahası olarak gördüğünü ve korunmaya değer bir menfaatin varlığını idrak ettiğini göstermektedir. Bu durumda, rekabet hukuku sahasında böyle bir hassasiyetin hiçbir biçimde mevcut olmadığının iddia edilmesi de, aynen mutlak korumadan bahsedilmesi kadar hatalı ve amacı aşan bir yaklaşım olacaktır. Nitekim, aşağıda açıklanacağı üzere, modern rekabet hukuku rejimlerinde dengeli bir yaklaşım geliştirilmiştir.

Türk hukuk rejiminde avukat ile müvekkili arasındaki ilişkiyi ilgilendiren hükümler, anlamlarının mümkün olduğunca küçültülecekleri ve sınırlandırılacakları biçimde tamamen lafzi yorum tekniğine bağlı kalınarak yorumlandığı takdirde, avukat ile müvekkilin mesleki ilişkisinden kaynaklanan bilgi ve belgelere rekabet hukuku kapsamında en ufak bir koruma sağlamayacaklardır. Diğer taraftan, her iki hükmün amacı göz önüne alınarak yapılacak bir yorum ise, bu hükümlerin temel olarak avukat ve müvekkil arasındaki mesleki ilişkisinden kaynaklanan bilgi ve belgeleri korumayı amaçladığını ve bu suretle savunma hakkının özüne zarar verilmemesi için tedbir alındığını ortaya koyacaktır. Dolayısıyla, yukarıda anılan hükümler amaçsal yoruma bağlı olarak çözümlendiğinde, kanun koyucunun kaygısının, hukuki yardım alan müvekkilin salt hukuki yardım aldığı için tehdit altında kalmasını engellemek olduğu rahatlıkla görülebilecektir. Amaçsal yorum esas alındığı takdirde Türk hukuk sisteminde de avukatın görevini ifa ederken doğrudan müvekkiline verdiği ya da müvekkiline ait elinde bulundurduğu bilgi ve belgelerin koruma altına alındığı ortaya çıkacaktır. Nitekim, CMK'nin 130. maddesinde "(...) Yetkili hakim elkonulan şeyin avukatla müvekkil arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğunu saptadığında, elkonulan şey derhal avukata iade edilir ve yapılan işlemi belirten tutanaklar ortadan kaldırılır." şeklinde ifade bulan husus özünde avukat ve müvekkil arasındaki mesleki ilişkiden kaynaklanan bilgi ve belgelerin korunmasını sağlamayı amaçlamaktadır.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, yargılama sonunda kişi hürriyetini bağlayıcı cezaların bile verilebildiği ve konuların direkt olarak kamu vicdanını ilgilendirdiği ceza yargılamasında dahi avukat ile müvekkil arasındaki mesleki ilişkiden kaynaklanan bilgi ve belgelerin korunması gerekliliği kabul edilmişken, risklerin, zedelenen menfaatlerin ve yaptırımların ceza yargılamasına oranla daha az ağırlık arz ettiğinin söylenebileceği rekabet hukuku uygulamasında avukat ve müvekkil arasındaki mesleki ilişkiden kaynaklanan bilgi ve belgelerin söz konusu korumadan evleviyetle yararlanmaları gerektiği hususudur. Kaldı ki, yapılan soruşturmalar sonucunda verilen idari para cezaları dikkate alındığında, her ne kadar idari nitelikte olsa da, sonuç olarak cezai özellik taşıyan yaptırım unsurları barındıran ve doktrinde sıklıkla yarı-cezai bir alan olarak nitelenen rekabet hukukunda da avukat ile müvekkil arasındaki mesleki ilişkiden kaynaklanan bilgi ve belgelerin korunması gerekliliğinin kabul edilmesi son derece önemlidir.

Diğer taraftan, rekabet hukuku soruşturmalarında soruşturma konusu hususların ileri sürülmesi için kullanılan delillerin hukuka uygunluğunu değerlendiren makam idare olduğuna, idarenin tüm eylem ve işlemlerinde hukuka uygun davranması esas olduğuna ve bu esasa uygun davranırken idarenin "hukuk"u olabildiğince kapsamsız ve içi boş hale getirme gibi bir amacı olamayacağına göre, idarenin, yukarıda anılan maddeler de dahil olmak üzere kendi eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğunu ilgilendiren hükümlerin yorumu esnasında lafzi yorumu değil kanun koyucu tarafından sevk edilmiş olan hükümlerin amacını göz önüne alan "*amaca göre yorum*" tekniğini kullanması gerekmektedir. Ne yazık ki şu anda durum bu değildir.

Sunulan kanun maddeleri, lafzi yorumlanmak yerine amaca göre yorumlandığında söz konusu gizliliğin ve imtiyazın belli prensipler dairesinde rekabet hukuku alanında da uygulanması gerektiği

açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Oysa şu anda böyle bir imtiyaz hepten yok sayılmaktadır.

C. AT REKABET HUKUKU UYGULAMASINDA AVUKAT-MÜVEKKİL İLİŞKİSİ

Avukat'ın müvekkili ile olan mesleki ilişkisinden kaynaklanan bilgi ve belgelerin korunmasına ("Gizlilik İlkesi") yönelik olarak Avrupa uygulamasına bakıldığında, bu bilgi ve belgelerin korunması konusunun AT Rekabet Mevzuatı tarafından düzenlenmediği fakat bu ilkenin mahkeme tarafından *AM&S v. Commission (2)* davasında içtihatla vücut kazandığı görülmektedir. (3) Buna göre; "*Gizlilik ilkesi, herkesin, mesleği gereği ihtiyacı olan kişilere bağımsız hukuki görüş veren bir avukata, hiçbir sınırlama olmaksızın danışabilmesi gerekliliğine hizmet etmektedir.*" (4)

Kararda, avukat ile müvekkil arasındaki mesleki ilişkiden kaynaklanan bilgi ve belgelerin ancak mesleğini üye ülkelerden birinde ve bir üye devlet barosuna mensup olarak icra etmekte olan bağımsız 'bir avukat ile müvekkili arasında olması koşuluyla korumadan yararlanabileceği belirtilmektedir. Hatta bu satırların avukat yazarı salt bu sebeple hem İstanbul Barosu hem de New York Barosu avukatı olduğu halde Brüksel'de avukatlık yaptığı yıllarda yazışmalarının imtiyaz kapsamında kalması için bir de İngiltere ve Galler Barosu standartlarını sağlayıp ilgili sınavları geçerek "Solicitor" olma durumunda kalmıştır.

Bağımsız bir avukattan alınan hukuki görüşü özetleyen şirket içi yazışmalar da imtiyaz kapsamında değerlendirilmektedir. (5) Gizlilik İlkesi, yalnızca bağımsız avukattan müvekkile gönderilen bilgi ve belgeleri değil, müvekkilden avukata gönderilen bilgi ve belgeleri de –savunma hakkına dair bir hukuki görüşü ilgilendirdikleri sürece- kapsamına almaktadır.

Kararda, gizlilik ilkesinin uygulanabilmesi için iki koşul ortaya koyulmaktadır. Bunlar; (1) avukat ile müvekkil arasında yapılan yazışmalar, müvekkilin savunma hakkının kullanılması amacıyla ve bu çerçevede vücuda gelmiş olmalı ve (2) avukat ile müvekkil arasındaki yazışmalar, aralarında işçi-işveren ilişkisi bulunmayan (yani, şirket bordrosundaki hukuk müşaviri olmayan) "bağımsız" bir avukatla müvekkil arasında yapılmış olmalıdır. (6)

İlk koşula ilişkin olarak, karara göre, inceleme prosedürünün başlatılmasından önceki döneme ait olmakla beraber soruşturma konusu ile doğrudan ilgili olan yazışmalar ve inceleme prosedürünün başlatılmasından sonra yapılan yazışmalar gizlilik ilkesinden yararlanabilecektir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, yazışmaların savunma hakkının kullanılması amacıyla ilgili ve bu çerçevede vücuda gelmiş olması şeklinde açıklanan bu unsurun, asla Gizlilik İlkesi'nin uygulama alanını, bir soruşturma açıldıktan sonra avukat tarafından müvekkile savunma hazırlanması amacıyla yapılmış yazışmalarla sınırlamadığıdır. Müvekkilin bir defa hakkında soruşturma açıldıktan sonra savunma hakkını kullanması esnasındaki yazışmalarla ilgili gizlilik zaten mevcut bir olgudur. İkinci unsurun ne anlama geldiği ve savunma hakkını sakatlamamak adına özen gösterilmesi gereken doğru sınırları, kararda "*gizliliğin inceleme prosedürünün başlatılmasından önceki döneme ait olmakla beraber soruşturma konusu ile ilgili olan yazışmalara da uygulanacağı*" (7) şeklinde açıkça ifade edilmiştir.

İkinci koşula ilişkin olarak ise, karara göre, avukat ile müvekkil arasındaki yazışmalar, aralarında işçi-işveren ilişkisi bulunmayan "bağımsız" bir avukatla müvekkil arasında yapılmış olmak kaydıyla Gizlilik İlkesi'nden yararlanabilecektir. Kararda bu koşulun gerekliliği; "İkinci koşula ilişkin olarak, korumanın tanınacağı yazışmaların yapıldığı avukatın bağımsız olması gerekliliği, avukatın adaletin oluşturulmasında mahkemelerle işbirliği yaptığı ve bu nedenle de tam olarak bağımsız olması gerektiği düşüncesinden kaynaklanmaktadır." (8) şeklinde ortaya konulmaktadır.

Bu değerlendirmeye ek olarak, bağımsız avukattan ne anlaşılması gerektiği hususunda *Hilti v. Commission* (9) kararında da bir değerlendirmeye yer verilmiştir. Bu kararda imtiyaz biraz daha kapsamlandırılmıştır: Buna göre, avukat teşebbüs bünyesinde işçi-işveren ilişkisi çerçevesinde çalışıyor olsa dahi, bu avukatın bağımsız avukatlardan "sözleşme ilişkisi" çerçevesinde sağladığı görüşleri tekrar ettiği belgelerin de gizli olarak kabul edileceği belirtilmiştir.

Sonuç olarak, her ne kadar, 81. ve 82. maddelerin ihlal edildiğine ilişkin olarak yürütülen soruşturmalar kapsamında Komisyon'un gerekli gördüğü belgelerin ibraz edilmesini isteme yetkisi bulunmaktaysa da, bu yetki sınırsız değildir. Bu yetki, Gizlilik İlkesi ile yukarıda belirtilen koşullara tabi olmak kaydıyla sınırlandırılmıştır. (10)

Komisyon yetkilileri tarafından talep edilen belgelerin Gizlilik İlkesi'nden yararlanması gerektiğini ispat yükümlülüğü ilk aşamada teşebbüslerin üzerindedir. Talep edilen belgelerin Gizlilik İlkesi'nden yararlanıp yararlanmayacağı konusunda bir uyuşmazlık çıkması durumunda Komisyon'un belgelerin kendisine ibraz edilmesi yönünde bir karar alması mümkündür. Ancak bu karara karşı yargı yolu açıktır.

Bu yönden, Türkiye'deki uygulamaya da ışık tutacak biçimde, tartışmalı hallerde imtiyaz konusu hakkında ayrıca yargı denetimine konu bir kararın alınması ve böyle bir kararın avukatlar tarafından talep edilmesi yerinde olacaktır. Bunu sağlamak üzere tartışmalı belgelerin mühürlenmiş bir zarf içerisinde uzmanlara teslim edilmesi ve söz konusu mührün ancak ya bir mahkeme kararıyla ya da hukuki denetime tabi olacak ayrı bir Rekabet Kurulu kararı ile açılmasının talep edilmesi düşünülebilir.

Söz konusu yöntem bu makaleyi tetikleyen iki olaydaki Rekabet Kurumu uzmanları tarafından kabul edilmemiş ve tutanağa şerh düşülmesi haricinde herhangi bir tedbir alınması ve hukuki denetim sahası yaratılması imkanı tanınmamıştır. Hatta, yerinde incelemelerden birinde, huzurda bulunan bağımsız avukatın müvekkili teşebbüsün çalışanlarından birinin ifadesi alınırken odada olması bile uygun görülmemiş ve işbu makaledeki "savunma hakkı" noktasından daha temel savunma hakkı noktalarında bile sıkıntılar olduğu saptanmıştır. Bunu yalnızca tespit etmekle yetinerek, bu çalışmanın konusu olan bağımsız serbest avukatlar ile müvekkilleri arasındaki yazışmaların yerinde incelemelerdeki statüsü meselesine geri dönüyoruz.

D. ABD REKABET HUKUKU UYGULAMASINDA AVUKAT-MÜVEKKİL İLİŞKİSİ

Avukat'ın müvekkili ile olan mesleki ilişkisinden kaynaklanan bilgi ve belgelerin korunmasına yönelik olarak Amerika uygulamasına bakıldığında, avukat-müvekkil imtiyazının (attorney-client privilege)

teamül hukukunda (common law) bilinen en eski ilkelerden biri olduğu görülmektedir. Avukat-müvekkil imtiyazı; "avukatlar ile müvekkileri arasındaki yazışmaların açık ve net bir şekilde yapılabilmesine hizmet etmektedir. Bu nedenle, avukat-müvekkil imtiyazı, kanunların uygulanmasını ve adaletin sağlanmasını teşvik etmektedir." (11) Avukat müvekkil imtiyazı ile yakın ilişki içerisinde olan "çalışma ürünü" doktrini (work product doctrine) ise, müvekkili aleyhine dava açılması ihtimaline karşı bir avukat tarafından müvekkili için hazırlanmış olan belgelerin karşı tarafın inceleme taleplerinden korunmasını amaçlamaktadır. Hem avukat-müvekkil imtiyazı, hem de "çalışma ürünü" doktrini, öncelikle avukatın müvekkili ile olan ilişkilerinin ve avukatın müvekkili adına kurmuş olduğu ilişkilerin gizliliğini korumayı amaçlamaktadır.

Avukat-Müvekkil İmtiyazı (12)

Federal Mahkemeler avukat-müvekkil imtiyazının unsurlarını genellikle; (1) imtiyaz talep eden kişinin müvekkil olması, (2) ilişkinin karşı tarafının (a) bir baroya üye olması ve (b) söz konusu ilişki içerisine girerken avukat sıfatıyla hareket ediyor olması, (3) ilişkinin avukatla (a) müvekkili arasında, (b) üçüncü kişilerin bulunmadığı bir ortamda (c) bir (i) hukuki görüş, (ii) hukuki hizmet veya (iii) hukuki prosedür konusunda yardım sağlamak amacıyla yapılıyor ve (d) bir suça veya haksız fiile imkan tanımak amacıyla yapılmıyor olması ve (4) imtiyazın (a) ileri sürülmesi ve (b) müvekkil tarafından feragat edilmemiş olması olarak ortaya koymaktadır. (13) Burada dikkat edilmesi gereken, ilişkinin taraflarının ilişkinin gizli kalmasını istiyor ve buna uygun olarak hareket ediyor olması gereğidir. Bu cümleden olarak, imtiyazlı olması gereken bilgiler üçüncü kişilerin varlığında açıklanıyorsa, bu bilgiler için imtiyaz talep edilemeyecektir. Dolayısıyla, Türkiye'deki avukatlara da imtiyazlı olması gereken belgelerin imtiyazına saygı gösterilmediği her durumda buna muhalefet ederek ve zımnen rıza gösterildiği görüntüsüne mahal vermeyerek müvekkil menfaatlerini koruma ve haklarını saklı tutma ödevinden haber vermek gerektiği açıktır.

İmtiyazın öne sürülebilmesi için, yazışmaların avukat sıfatıyla hareket etmekte olan bir kişi ile yapılmış olması gerekmektedir. Bu nedenle imtiyaz iddiasında bulunan tarafların, avukat ile yapılan yazışmaların öncelikli amacının hukuki tavsiye almak olduğunu ispat etmesi gerekmektedir. Avukat ile yapılan yazışmaların imtiyazdan faydalanabilmesi için yazışmaların hukuki tavsiye almak amacıyla yapıldığının açık olması gerekmektedir. Avukat ile yapılan yazışma ticari tavsiye almak amacıyla yapılıyorsa bu yazışma imtiyazdan faydalanamayacaktır. (14)

Aynı şekilde, teşebbüslerin şirket içinde yaşanan kanuna aykırılıkları tespit ettirmek amacıyla şirket içi avukatlarına yaptırdıkları soruşturmalar esnasında ortaya çıkan yazışmalar da avukat-müvekkil imtiyazından faydalanamayacaktır.

Yukarıda açıklanan şartları sağlaması kaydıyla avukat-müvekkil imtiyazı avukatın istihdam ettiği kişileri de kapsamına almaktadır. Ancak, müvekkilin istihdam ettiği kişilerin avukat-müvekkil imtiyazından yararlanması konusunda mahkemeler tarafından bazı koşullar getirilmiştir. İlk olarak Yüksek Mahkemenin Upjohn Co. v. United States(15) kararında, avukat-müvekkil imtiyazının müvekkilin istihdam ettiği kişileri de kapsamına alıp almadığı konusunda bir değerlendirmeye yer

verilmiştir. Daha sonra bazı federal mahkemeler Upjohn kararını yorumlayarak; avukat ile yapılan yazışmaların (1) müvekkil tarafından istihdam edilen kişiler tarafından şirket adına hukuki görüş almak amacıyla, (2) şirket çalışanının görevleri ile ilgili olarak, (3) talep edilen bilginin hukuki görüş almak amacıyla talep edildiğinin bilincinde olarak, (4) talep edilen bilginin üst düzey yönetimden elde edilmesinin mümkün olmadığı hallerde, ve (5) yapılan yazışmaların müvekkil tarafından gizli olarak addedilmesi ve bu yazışmaların gizli tutulması koşuluyla müvekkil tarafından istihdam edilen kişilerin de avukat-müvekkil imtiyazından faydalanabileceğine hükmetmiştir.

Son olarak, avukat-müvekkil arası yazışmalar avukat ile müvekkili arasında kurulan ve işlenmiş veya işlenmekte olan bir suçun devam ettirilmesi amacıyla yapılıyor ise, bu yazışmalar imtiyazdan faydalanamayacaklardır. Söz konusu istisna, önceden gerçekleştirilerek sonuçlandırılmış bir hukuka aykırılık hakkında hukuki görüş almak ile halihazırda gerçekleştirilmekte olan veya ileride gerçekleşecek olan bir hukuka aykırılık hakkında yasal tavsiye almak arasında bir ayırımı gitmektedir. (16)

E. SONUÇ

Türk rekabet hukukunda avukat ile müvekkili arasındaki mesleki ilişkiden kaynaklanan bilgi ve belgelerin yerinde incelemelerdeki statüsü ve bu belgelerin savunma hakkının özüne bağlı imtiyazının korunması konusunda açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, Avrupa Topluluğu ve ABD'de konuyla ilgili olarak gelinen noktanın da gösterdiği üzere, savunma hakkını ve hakkını bilme hakkını son derece yakından ilgilendiren bu alanda söz konusu koruma mahkemelerce ve uygulama makamlarınca büyük bir gönüllülük ve özenle korunmaktadır.

Yukarıda da açıklandığı üzere, Türk hukuk sisteminde de avukat ile müvekkili arasındaki ilişkiye ve bu ilişkinin savunma hakkını da hakkını bilme hakkını da ilgilendiren yönlerine hassasiyet gösteren bazı düzenlemeler mevcuttur. Bu maddelerin avukat ile müvekkil arasındaki mesleki ilişkiden kaynaklanan bilgi ve belgelere mutlak bir koruma sağladığını söylemek elbette mümkün olmadığı gibi, şu anda uygulamada gözlemlendiği üzere, avukat-müvekkil arası yazışmaların imtiyazının tamamen ve temelden reddedilmesi de günün birinde hayıflanılarak bakılacak olan bir "yanlış uygulama dönemi" halini almaya mahkumdur.

Bu çalışmanın amacı ilgili konuyu derhal tartışmaya açmak ve tamamen teknik platformda yapılacak tartışmalar sonucunda söz konusu dönemin Türk rekabet hukuku uygulamasının bugün geldiği noktaya yakışmayacak bir uzunlukta devam etmesini engellemektir.

Türk hukukunda savunma hakkını koruyan Anayasa hükmünün de kamu vicdanını doğrudan ilgilendiren bazı alanlardaki imtiyaz düzenlemelerinin de varlığı, kanun koyucunun avukat ile müvekkili arasındaki ilişkinin korunmaya değer bir menfaat içerdiğini takdir ettiğini şüpheye yer bırakmayacak biçimde belli etmektedir. Konuyla ilgili olarak Türk rekabet hukuku mevzuatında açık bir düzenleme bulunmadığı dikkate alınacak olursa, konunun mehz Avrupa Toplulukları uygulamasında olduğu gibi ülkemizde de içtihatla düzenlenmesi gereği ortaya çıkmaktadır.

Bu noktada, Kurul'un, en azından konunun sağlam hukuki temellere oturtulabilmesi için yargısal

denetime tabi tutulmasını kolaylaştırmak adına atabileceği ilk adım şudur: Kurul, Kanun'un kendisine verdiği görevleri yerine getirirken yapılacak yerinde incelemelerde bağımsız serbest avukat ile müvekkil arasındaki mesleki ilişkiden kaynaklanan ve modern rekabet hukuku rejimlerinde imtiyazlı sayılma şartlarını sağlayan yazışmaları imtiyazlı olarak kabul etmeli ve bu durumu kararlarında açıkça ifade etmeli yahut bu belgelerin imtiyazını açıkça irdeleyerek imtiyazı tanımadığını yahut o olayda kabul etmediğini belirten kararlar almalıdır.

Ne yazık ki bugün Rekabet Kurumu'nun dışa yansıyan yaklaşımı ile gerçekler arasında önemli bir fark oluşmuş durumdadır.

OECD tarafından yayınlanmış olan 2005 tarihli Türkiye Rekabet Hukuku ve Politikası Raporunda, Rekabet Kurumu'nun konuyla ilgili hassasiyetlerin farkında olduğunu belirtmektedir. OECD'nin raporunda; rekabet hukuku alanında çalışan avukatların avukat-müvekkil yazışmalarının Rekabet Kurumu tarafından AT Rekabet hukukuna uygun bir kapsamla imtiyazlı olarak kabul edildiğine dair şüpheleri olduklarına ilişkin açıklamaları karşısında, Rekabet Kurumu da son derece net bir tutumla bu konudaki Avrupa Topluluğu rekabet hukuku politikasını takip ettiğini ve bu çerçevede bu tür belgeleri talep etmediğini ve bu belgeleri delil olarak kullanmadığını ifade etmiştir¹⁷)

Bu açıklanan resmi bir pozisyondur ve ne yazık ki bugün açıkça ortada olan gerçeklerle kesinlikle uyuşmamaktadır. Bu durumda, ilgili konuda hiçbir hassasiyet ve dikkate değer mesele yokmuş gibi davranmak yerine, dünyada böyle bir konu olduğunun bilindiğinin ve fakat Rekabet Kurumu'nun 2007 yılındaki yaklaşımının bu konuyu temelden reddetmek olduğunun açıklanması, en azından söz konusu meselede safların netleşmesi suretiyle ilerlemeye olanak tanınmasını sağlayan ilk adım olacaktır.

Türk rekabet hukuku uygulamasında henüz avukat ile müvekkili arasındaki mesleki ilişkiden kaynaklanan bilgi ve belgelerin korunması konusunda herhangi bir Kurul kararı bulunmadığı dikkate alındığında, Kurul'un bundan sonra vereceği kararlarda konuya açıkça değinerek avukat ile müvekkili arasındaki mesleki ilişkiden kaynaklanan bilgi ve belgelerin koruma kapsamında olduğunu veya olmadığını ortaya koyması ise bu meselenin yargısal denetimi için önemli bir ikinci adımdır.

Şu anda geçerli olan yerinde inceleme uygulamasında avukat müvekkil arası yazışmaların imtiyazının ihlaline ilişkin alanda kaldığını gözlediğimiz belgelerin her birinin üzerinde zaten bağımsız serbest avukat ile müvekkili arasında hukuki görüş içeren yazışma oldukları ve "Rekabet Kurumu uzman veya uzman yardımcıları tarafından incelenmelerine, alınmalarına yahut delil olarak kullanılmalarına rıza bulunmadığı" yazılıdır. Bu duruma ve hazırda bulunan serbest bağımsız avukatın da bu statüdeki evrakı açıkça işaretlemesine rağmen, yerinde incelemeye gelen Rekabet Kurumu uzmanları ve uzman yardımcıları bu konuda Rekabet Kurulu'nun kendilerine "tam yetki" verdiğini sözlü olarak belirtmekte, tüm avukat-müvekkil yazışmalarını incelemekte ve uygun gördüklerini almaktadır.

Şu anda resmi olarak gelinen nokta bu olduğuna ve o nokta da 2005 yılında OECD'ye beyan edilenle taban tabana zıt bulunduğu göre, avukatın bu konuyu hem mahkemelerde hem de burada da yapıldığı üzere akademik zeminde tartışması, Rekabet Kurulu'nun ve Kurum meslek

personelinin ise "anlık" ve "olay bazında" yapılan "sözlü işlem"ler yerine artık istikrar arz etmeye başlayan bu uygulamanın arkasında durarak konuyu ayrıca idari yargıya taşınabilir bağımsız kararlara bağlamak ve ayrıca gerekçeli kararlarda tartışıp net bir pozisyon almak üzere adımlar atması gerekmektedir.

Kaygan bir zeminde yol almak daima güç olduğuna ve herkes için ana amaç da yol almak olduğuna göre, bu konuyu olgunlaştırmak ve doğru zemine oturtmak için gerekli tartışmaların başlamasına ve pozisyonların net bir biçimde alınmasına ihtiyaç vardır.

Bu çalışmamızın bu yönde atılan faydalı bir adım olduğunu ümit ediyoruz

DİPNOTLAR

¹⁾ Bkz. YOLCU, İsmail Atalay; "4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Yer Verilen Soruşturma Prosedürünün ve Uygulamada Karşılaşılan Usul Sorunlarının AB Hukuku Bağlamında Değerlendirilmesi", Rekabet Kurumu, Ankara, 2003

2) Bkz. Case. 155/79 AM&S Europe v. Commission [1982] ECR 1575

3) Bkz. BELLAMY, C. - CHILD, G.; European Community Law of Competition, Sweet & Maxwell, Fifth Edition, Londra 2001, s.890-893

4) Bkz. Case. 155/79 AM&S Europe v. Commission [1982] ECR 1575, paragraf 18, Orjinal dilinde; "...That confidentiality serves the requirements, the importance of which is recognized in all of the member states, that any person must be able, without constraint, to consult a lawyer whose profession entails the giving of independent legal advice to all those in need of it."

⁵⁾ Bkz. Case T-30/89 Hilti v. Commission [1990] ECR II-163

6) Bkz. Case. 155/79 AM&S Europe v. Commission [1982] ECR 1575, paragraf 21, Orjinal dilinde; "...on the one hand, such communications are made for the purposes and in the interests of the client's rights of defence and, on the other hand, they emanate from independent lawyers, that is to say, lawyers who are not bound to the client by a relationship of employment."

7) Bkz. Case. 155/79 AM&S Europe v. Commission [1982] ECR 1575, paragraf 23. Orijinal dilinde: "It must also be possible to extend it to earlier written communications which have a relationship to the subject-matter of that procedure."

8) Bkz. Case. 155/79 AM&S Europe v. Commission [1982] ECR 1575, paragraf 24. Orjinal dilinde; "As regards the second condition, it should be stated that the requirement as to the position and status as an independent lawyer, which must be fulfilled by the legal adviser from whom the written communications which may be protected emanate, is based on a conception of the lawyer's role as collaborating in the administration of justice by the courts and as being required to provide, in full independence,..."

9) T-30/89A, Hitli v. Commission (1990)

10) Bkz. Case. 155/79 AM&S Europe v. Commission [1982] ECR 1575, paragraf 27

11) Bkz. Commodity Futures Trading Comm'n v. Wientraub, 471 U.S. 343, 348 (1985)

12) Bkz. ABA Section of Antitrust Law, Antitrust Discovery Handbook, Second Edition (2003), s. 97-112 ve Bkz. ABA Section of Antitrust Law, Antitrust Evidence Handbook, Second Edition (2002), s. 83-119

13) Bkz. United States v. United Shoe Machinery Corp.

14) Bkz. North Amer. Mortgage Investors v. First Wisconsin Nat'l Bank of Milwaukee (1992)

15) Upjohn v. United States 449 U.S. 383 (1981)

16) Bkz. United States v. Zolin, 491 U.S. 554, 562-63 (1989)

17) OECD Competition Law and Policy in Turkey 2005, s.80, 48'inci dip not, Türkçe metin: "Diğer bir noktada, bazı uygulayıcılar Türk Rekabet Otoritesinin avukat-müvekkil yazışmalarının soruşturma prosedürü çerçevesinde imtiyazlı sayılması konusundaki yaklaşımı hakkında şüphelerini dile getirmiştir. Avrupa Topluluğu'nda, bir bağımsız avukat ile müvekkili arasındaki yazışmaların imtiyazlı sayılması gerektiği Avrupa Topluluğu Adalet Divanı'nın bir kararı ile benimsenmiştir. AM&S v. Commission, [1982] ECR 1575, [1982] 2 CMLR 16. Türk Rekabet Kurumu, bu konudaki AT rekabet politikasına uyduğunu ve teşebbüslerden imtiyazlı dokümanları talep etmediğini ve bunları delil olarak kullanmadığını belirtmiştir." Orijinal dilinde: "On a different point, some practitioners expressed doubt about the willingness of the TCA to honour claims of attorney-client privilege in the investigative process. In the EU, the Court of Justice has recognised that attorney-client privilege protects communications between a client and an independent lawyer. AM&S v. Commission, [1982] ECR 1575, [1982] 2 CMLR 16. The TCA states that it follows EU policy and neither requests privileged documents nor employs as evidence any that are found."