

Oturum Başkanı (Belgin KARA, Rekabet Kurumu Grup Başkanı) - İyi akşamlar. Sayın Başkanım, Rekabet Kurulunun değerli üyeleri, değerli katılımcılar; Perşembe Konferanslarımızın yedincisine hoş geldiniz. Bu haftaki konuğumuz, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usul ve İcra İflas Ana Bilim Dalı Başkanı Sayın Ejder YILMAZ. Kendileri bize, "Rekabet Kanunu Uygulamasında Usul ve İspat Sorunları" konusunda konferans verecekler.

Sayın Hocamın kısa bir özgeçmişini size sunmak istiyorum. 1949'da Anamur'da doğdu. 1971'de Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesini bitirdi. 1972'de aynı Fakültede medenî usul ve icra iflas hukuku kürsüsüne asistan olarak atandı. 1975'te hukuk doktoru, 1981'de doçent, 1989'da profesör oldu. Hâlen aynı Fakültede Medenî Usul İcra İflas Hukuku Ana Bilim Dalı Başkanıdır. Bugüne kadar 23 tanesi kitap olmak üzere 100'den fazla bilimsel yayın yaptı. 1987 yılından bu yana ayrıca Ordu Yardımlaşma Kurumunun Baş Hukuk Müşavirliğini yürütmektedir. Evli ve iki çocuk babasıdır. Buyurun Sayın Hocam.

Prof. Dr. Ejder YILMAZ- Teşekkür ederim.

GENEL OLARAK

Hukukumuzda “usul” kelimesi, çeşitli anlamlarda kullanılmaktadır. En genel kullanılış, şekil (biçim, formalite) anlamındadır. Herhangi bir örnek olarak verebileceğimiz Dernekler Kanununun 21 inci maddesinin kenar başlığı “Çağrı usulü”dür ve bu hüküm, dernek üyelerinin genel kurula nasıl çağrılacağına (liste düzenleme, on beş gün önceden gazetede ilan etme, mahalli mülki amirden izin alma gibi) ilişkin hükümler içermektedir. Yine aynı Kanun’un 24 üncü maddesi, “Toplantının yapılış usulü”nü düzenlemekte ve toplantının nerede, nasıl yapılacağına ilişkin şekil hükümlerine ayrıntılı olarak yer vermektedir. Keza 74 üncü madde, “Muhakeme usulü” başlığını taşımakta ve burada, derneklerle ilgili davalarda basit yargılama usulünün uygulanacağı belirtilmektedir.

Öte yandan; hukuk kuralları bir açıdan “maddi hukuk kuralları ve şekli hukuk kuralları” olarak ikiye ayrılmakta ve maddi hukuk kurallarına,

medeni Kanun, Borçlar kanunu, Ticaret Kanunu gibi hakların esasını düzenleyen yasalar örnek olarak gösterilmekte; şekli hukuk kuralı deyince de, Hukuk Usulleri Muhakemeleri kanunu, İdari Yargılama Usulü Kanunu, İcra ve İflas Kanunu gibi örnekler gelmektedir.

Usul hukukçuları ise “Usul” kelimesini daha ziyade, yabancı dillerdeki Prozess, Process, Proces, Processo kelimelerinin anlamında “yargılama” ve hatta “dava” olarak da kullanılmaktadır¹. Bu anlamda kullanılan “usul” kelimesi, yalın ve basit bir şekil (biçim) değil, sonuçta bir ürün elde edilmesine yönelik bir dizi işlerin ve işlemlerin yapılmasını içeren; belli bir süreç içerisinde uygulanan kurallar bütünüdür ifade eder. Her proses’te ağırlıklı bir sonuca varabilmek için bazı yöntemler kullanılır. Bu yöntemler en ince ayrıntısına kadar özenle (daha önceden elde edilen deneyimlerin ışığı altında tespit edilerek) konulmuş bulunan yöntemlerdir. Proses’in konusu, örneğin belli bir ilacın elde edilmesi ise her seferinde daha önceden belirlenmiş miktarda malzeme kullanılarak ve belli işlemler yapılarak sonuca varılır. Malzemenin en ufak şekilde farklı kullanılması veya şu yahut bu nedenle işlemde hata yapılması, amaçlanan ilaçtan başka bir ürün elde edilmesi sonucuna yol açar. Bu ürün belki bir zehir etkisi de yapabilir. Öte yandan seri imalatlar için her defasında aynı yöntemlerin uygulanması kaçınılmazdır; aksi takdirde elde edilen ürünler arasında farklılıklar ortaya çıkar ve standart bozulur.

Herhangi bir proses için verilen bu örnek diğer prosesler için de aynen geçerlidir. Sözgelimi, “yargılama” veya “dava” dediğimiz süreç (vetire’de) de yargılama organları (dar anlamda mahkemeler) önlerine gelen somut uyuşmazlığa maddi hukuk kurallarını uygularken önceden tespit edilmiş bulunan bazı yöntemler (usuller) uygularlar. Bu yöntemler, ayrıntıyla düzenlenmiş bulunan şekli (biçimsel) kurallardır.

Yani yargılama kurallarına şekilcilik (formalizm) hakimdir ve bu kurallar yalnızca yargılama organlarını değil yargılamanın taraflarını ve hatta taraflar dışındaki üçüncü kişileri de bağlar. Yargılamaya egemen olan şekilcilik (formalismus), yalnızca özel hukuk yargılamasına (medeni yargılamaya) özgü bir özellik de değildir. Ceza yargılamasında, İdari yargıda, Anayasa yargısında ve hatta yargılamayı tarafların atadığı hakemlerin yaptığı tahkim yargılamasında da (tüm yargı dallarında) bu esas geçerlidir. Yargılamanın şekilciliğinin asıl olarak üç işlevi vardır: Hukuki

¹ Örneğin bkz. Nurullah Kunter/Feridun Yenisey, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1998 s.7 vd.

güvenliğin sağlanması; Maddi gerçeğin ve adaletin temini; yargılama sürecinin akılcılığının (rasyonelliğinin) gerçekleştirilmesi. Şekilcilik sayesinde herkes, bir davanın nasıl sonuçlanabileceğini önceden görebilir; bu sayede taraflar ve yargı organları neleri ne zaman yapacaklarını bilirler; şekilcilik maddi gerçeğin bulunması yolundaki amaçtan da saptırmaz. Şekilcilik, yargı organının keyfiliğini önler ve taraflar arasında eşitliği sağlar. Bu sebeple, Jhering'in "Şekil keyfiliğın yeminli düşmanı ve özgürlüğün ikiz kardeşidir" deyiş i abartı değildir. Şekilcilik hukuk devleti anlayış ına uygun bir yargılama yapılmasının bir güvencesidir. Ancak , şekilcilik belirtilen bu yararları yanında " maddi hakk ı yutacak derecede" önemsendiğ i takdirde tehlikeli hale de gelebilir. O halde şekilcilik maddi gerçeğ e varırken kullanılan bir araç olma konumunda iken, başlı başına bir amaç haline getirilmemelidir. Katı şekilcilik tarihsel geliş im sürecinde, zaman zaman maddi hakk ın ortadan kaldırılmasına neden olabilmiş ve sorun bazen, tümüyle şekilciliğ in taraflarca (veya onların vekillerince) iyiye veya kötüye kullanılarak adeta bir "oyun" durumuna getirildiğ i gözlemlenmiştir. Diğ er bir anlatımla şekilciliğ e sıkı sıkıya bağ lanan durumlarda yargılama taraflar arasında usulün şekilciliğ ini kullanma mücadelesine dönüş ebilmekte ve yargılamanın asıl amacı olan maddi gerçekliğ i sağ layan adaletli karar verme olgusu bir yana itilebilmektedir. Bu nedenle halk arasında bazen, "iyi avukat, usul kurallarını iyi kullanan ve bu sayede karşı taraf ı, deyiş yerinde ise 'tuzağ a düş üren' avukat" olarak anlaşılmaktadır. Oysa yalnızca şekilciliğ e sıkı sıkıya yapış arak yapılan yargılama sonucunda bir hakk ın yitilmesi ve esas aç ısından haklı olan taraf ın şekil kuralları sonucunda haksız çıkarılması, hukuk anlayış ı adalet/nasafet ve usuli hakkaniyet ilkeleri ile bağ daş maz. Bu aç ıdan, "daha uyanık, daha becerikli" ve toplumsal/ekonomik bakımdan daha güçlü olana imkan veren bir şekilcilik, elbette ki benimsenemez. Bu yüzden, ilgilinin herhangi bir kusuru olmasa bile sırf şekilciliğ in büyük hak kayıplarına yol aç masını, halkın anlayabilmesi ve sırf şekilsel olarak dağı tılan adaleti benimseyebilmesi, doğ al olarak, insan doğ asına aykırıdır. Sırf şekilciliğ in, hakların kaybolmasına neden olması yurttaş ın (hukukdaş ın) adalete olan saygısını zedeleyen bir sonuç olması hasebiyle, toplumsal barış aç ısından son derece tehlikelidir. Bu sebeple, yargılama hukuku bakımından şekilcilik, maddi hakk ın bir yana bırakılmasına, adeta onu yutmasına (ve bu

yüzden de yargılama hukukunun amacından uzaklaşmasına) yol açmamalıdır².

Türk hukuku bakımından “usul” denilince esas itibarı ile anlaşılan (değişik bir anlatımla akla hemen geliveren) “medeni usul”, “ceza usulü” ve “idari usul” dır. Bugünkü Türk hukuku ve Türk hukukçuları “usul” kelimesini “yargılama” ile özdeşleştirmişlerdir. Çünkü bugün itibarı ile ülkemizde “İdari Usul Kanunu” diye bir yasal düzenleme yoktur. Oysa gelişmiş batı ülkelerinde, “idare”nin (yürütme organının, yönetim organlarının) alacağı kararların da belli bir usul (proses) dairesinde verildiği bir olgudur ve bu ülkelerde idari kararlar da, yargı kararları gibi oluşmaktadır. Tekraren de olsa belirtilecek olursa bu ülkelerde bizdeki yargılama usulü kanunlarına ek olarak ayrı “İdari Usul Kanunu” adı altında yasal düzenlemeler vardır. Her konuda olduğu gibi, Türk mevzuatının batıya uygun hale getirilmesini sağlayan faaliyetler çerçevesinde bizde de bir “İdari Usul Kanunu” kabulü yönünde güncel ve yoğun çalışmalar yapılmaktadır³. Bu konuya aşağıda yeri geldikçe ayrıca açıklama getirilecektir. Ancak hemen belirtiyim ki, şu anda bizde (ülkemizde) ayrı bir İdari Usul Kanunu bulunmamaktadır; fakat ülkemizin kabul ettiği uluslararası anlaşmalar sebebi ile ülkemizdeki mevcut hukuk düzeni bakımından dahi bu yöndeki hukuki kuralların geçerli ve yürürlükte olduğu da ayrı bir olgudur (aşağıda bu konuya yeniden dönülecektir). İşbu inceleme açısından (“usul” kavramı dışında) ikinci önemli konu “ispat” kavramıdır. “İspat” konusu yalnızca Türk hukukunun değil tüm dünya hukukunun en başta gelen konularından biridir. İspat talebin konusu ile ilgili hukuksal sonucu öngören hukuk normundaki öge olayların gerçekleştiği hakkında kanaat uyandırmak için girişilen bir inandırma eylemidir. Tarafların öne sürdükleri ispat araçları ise delil olarak adlandırılır⁴.

Karşılıklı iddia ve savunmaların bulunması durumunda iki taraftan herhangi birinin talebine hak veren hukuk normlarından hiçbirisi (öge

² Bkz. Ejder Yılmaz / Atilla İnan, Yargılama Usulü Kurallarının Önemi ve Sayıştayın Durumu (Sayıştay Dergisi, 1998 / Özel Sayı s.65 vd.; Ejder Yılmaz, Medeni Yargılama Hukukunda Islah, İstanbul 1982, s.50 vd.

³ Bkz. İdari Usul Kanunu Hazırlığı, Uluslararası Sempozyumu, Bildiriler, Ankara 1998

⁴ Bkz. Bilge Umar / Ejder Yılmaz, İspat Yüğü, İstanbul 1980, s.2

olayların gerçekleştiğinin belirlenememiş olması nedeni ile) uygulanamayacak iseler, olaylar bakımından bir belirsizlik (meşkukiyet) durumu ortaya çıkar ve bu durum, taraflardan birinin aleyhine olur; yani o taraf, istemini elde edemez. Acaba talebinin sonucunu elde edemeyecek olan taraf hangisidir ? İşte bu soruyu ispat yükü kuralları yanıtlar; belirlenemeyen olaylar için ispat yükü kimde ise o taraf belirlenememe nedeni ile talebini elde edemeyecektir. Ancak burada üzerinde çok açık olarak durulmalıdır ki, ispat edilememiş olayın yokluğu konusunda herhangi bir karine veya belirti söz konusu değildir. Bu açıklamaların ışığı altında ispat yükü kavramı şu şekilde tanımlanabilir: “İspat yükü” belli bir olayın gerçekleşmiş olup olmadığının anlaşılabilmesi yani olayın ispatsız kalması yüzünden yargıcın aleyhte bir kararıyla karşılaşma tehlikesidir. Bu tanımdan anlaşılacağı üzere bir davada iki taraftan birinin isteğini haklı gösteren hukuk normunun uygulanabileceğinin anlaşılması yeterlidir; yani, kimin lehindeki hukuk normunun öge unsurları gerçekleşmişse o tarafın istemi hüküm altına alınır ve ispat yükü sorunu ortaya çıkmaz. Buna karşılık uyuşmazlık konusu olayın gerçeği belirlenmemişse ve yalnızca bu durumda, belirsizlik durumunun hangi taraf aleyhine sonuç doğuracağı ispat yükü konusundaki kurallara göre tayin edilir. Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için şu örnek verilebilir : A, B’ ye karşı ve kendisinin (A’nın) B’ ye verdiği borç paranın geri verilmesini talep etmiştir, B istenen ödemeyi daha önce yaptığını, A ise böyle bir ödemenin yapılmadığını iddia etmiştir. Bu davada acaba ispat yükü kime düşer ? Diğer bir ifade ile B ödemenin yapıldığını mı yoksa A ödemenin yapılmadığını mı ispat yükünü taşımaktadır ? Eğer ispat yükü A’dadır dersek ve A iddiasını ispat edemezse B’nin hiçbir ispat faaliyetine gerek kalmadan dava B lehine sonuçlanacak yahut ispat yükü B’ dedir dersek ve B savunmasını ispat edemezse A’nın hiçbir ispat faaliyetine gerek kalmadan A lehine bitecektir. Çünkü, ispat yükü ispatsızlığın riskini taşıyan üzerinde kalmaktadır⁵.

Bu örnekten de görüldüğü üzere, ispat yükünün kimin üstünde bulunduğu, sonucu itibarı ile çok büyük önem taşımaktadır. Bu sebeple ispat yükünün nasıl paylaşılacağı konusunda çeşitli kuramlar (teoriler) ortaya atılmıştır. Bu kuramlardan bugün için en geçerli olanı “norm kuramı”dır. Bu kurama göre iki taraftan her biri kendi iddiasına veya savunmasına dayanak

⁵ İspat yükü hakkında ayrıntılar için bkz. Umar / Yılmaz s.2 vd.

olan (yani, kendi lehine bulunan) normun öge olayları için (kısacası, kendi lehindeki olaylar bakımından) ispat yükünü taşır.

Norm kuramını benimseyenler (ki, Türk hukukunda bu kuramı benimseyenlerin başında bu satırların yazarı da gelmektedir), hukuk normlarını çeşitlere ayırırlar ve buna göre o normdaki öge olayı (unsur vakıayı) tespit ederek ispat yükünü değerlendirirler. Buna göre normlar ; hak doğuran normlar (örneğin, haksız fiilde, haksız fiille ilgili bütün şartların gerçekleştiğini mağdur ispat eder), hak düşüren normlar (örneğin, borcun ibra sonucunda düştüğünü iddia eden taraf ibrayı ispat eder); hakkı durduran, felce uğratan normlar (örneğin, zamanaşımından yaralanmak isteyen taraf bu konudaki defisini ispat eder) ve hakkın doğumunu engelleyen normlar (örneğin, muvazaanın varlığını iddia eden taraf, muvazaanın şartlarının var olduğunu ispat eder.) şeklinde ayırıma tabii tutulur ve buna göre ispat yükü paylaşılır⁶.

İspat yükü açısından, bazen yasalar açıkça ispat yükünün kime düştüğünü belirtmiş olabilirler. Aşağıda değinileceği üzere karinelerin ispat yükü ile yakın ilgisi vardır ve bazen ispat yükünün yer değiştirmesine neden olabilirler. Bu genel açıklamalardan sonra, şimdi de 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RK)'nun usul ve ispat ile ilgili hükümlerine geçebiliriz⁷.

USULE İLİŞKİN BAZI HÜKÜMLER VE DEĞERLENDİRMELER

Kanunun dördüncü kısmının (RK m.40-55) üst başlığı “Kurulun inceleme ve araştırmalarında usul”dür ve burada önaraştırma (m.40), önaraştırmanın sonuçlanması (m.41), başvuru sahiplerine bildirim (m.42), Kurulu’nun soruşturmaya başlaması (m.43), delillerin toplanması ve tarafların bilgilendirilmesi (m.44), tebligat ve cevap verme (m.45), sözlü savunma toplantısı (m.46), sözlü savunma toplantısına ilişkin esaslar (m.47), nihai karar (m.48), görüşmelerin gizliliği (m.49), görüşmede usul (m.50), toplantı ve karar yeter sayısı (m.51), kararlarda bulunması gereken hususlar (m.52),

⁶ Ayrıntılı örnekler için bkz. Umar / Yılmaz s.89-160

⁷ Rekabet Kanunundaki bazı usul hükümleri için bkz. Ejder Yılmaz, Yargılama Hukukçusu Gözüyle Rekabet Kurulu (Prof.Dr.Faruk Erem Armağanı, Ankara 1999)

kararların yazılması (m.53), sürelerin başlama tarihi (m.54), Kurul kararlarına karşı yargı yolu (m.55) hususları düzenlenmektedir⁸.

Elinizdeki inceleme, bütün bu usul hükümlerinin ayrıntılarına girmeye müsait değildir. Burada, önemli gördüğüm bazı genel ilkelere değinmekle yetinilecektir.

I- Rekabet Kanunundaki Usul Hükümlerinin Hukuki Niteliği

Rekabet Kanunundaki Usul Hükümlerini ; 1)Önaraştırma, 2)Soruşturma, 3)Sözlü Savunma Toplantısı ve 4)Nihai Karar başlıkları altında toplayabiliriz.

Bu sıralama, yargı organlarının (mahkemelerin) yaptığı yargılama ile paralellik göstermektedir. Çünkü, yargılama dediğimiz süreçte de, asıl olarak, 1)İddia, 2)Savunma, 3)Tahkikat ve 4)Hüküm safhaları vardır.

Aslında bu sıralama, bir karar vermeye yönelmiş olan her davranışta bulunan rasyonel bir mantık sıralamasıdır. Bir karar oluşturmak için biraraya gelen birden çok kişi de, kararın oluşması yolunda karşılıklı görüşleri ileri sürerler, bunlar değerlendirmeye tâbi tutulurlar ve sonuçta bir sonuca (karara) varılır. Aynı durum, tek başına aldığımız kararlar bakımından da vardır:çeşitli ihtimaller kafamızda (beynimizde) karşılaştırılır, değerlendirilir ve sonuçta bir karara varılır.

İşte, ”karar” denilen şey, yukarıda açıkladığım proses (vetire, süreç)’in ortaya koyduğu üründür. Bunun, “tez-antitez-sentez” üçlüsü üzerine oturtulması da mümkündür.

Rekabet Kurumu’ndaki usul hükümleri de, bu anlamda, basit (yalın) bir şekil değil dinamizmi ifade eden bir prosestir. Bugünün Türk hukukçularının aklına, usul (proses, yargılama) denilince (tekraren de olsa belirtilecek olursa), mahkemelerin yaptığı yargılama (muhakeme) gelmektedir. Oysa, proses, yargılamaya (daha doğrusu: mahkemelere) özgü bir husus değildir. İdare de aldığı kararlarda aynı yöntemi uygular. Kuvvetler ayrımının söz konusu olduğu demokratik devlet yapısında üç temel işlev vardır: yasama, yürütme, yargı. Bugün nasıl ki, yasama organı işlevini yerine getirirken Anayasa’da ve TBMM İçtüzüğü’nde belirlenmiş kurallara; yargı organı da yargılama usulü kanunlarına uyuyorsa idarenin de

⁸ Bu maddelerin ayrı ayrı olarak ele alınmasıyla ilgili olarak bkz. Kemal Erol, Rekabet Kurulunun Yapısı, Yetkileri ve Usul (Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelere Etkisi, Ankara 1996, s.27-49)

işlevini yerine getirirken uyacağı kurallar vardır. Bugün ülkemizde idarenin uyacağı kurallarla ilgili olarak genel ve yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durum, yürütme organının uzantısı olan idarenin kamu hizmetini etkili ve verimli yürütmesini önlemekte ve özellikle bireylerin idare karşısında yargı öncesinde genellikle korumasız kalmasına neden olmaktadır. Bu sebeple ülkemizde de diğer batı ülkelerinde bulunan ve genel idari usulleri içeren bir yasal düzenlemeye ihtiyaç duyulmaktadır. İdari usul, idarenin kamu gücünü kullanarak bireylerin hak ve çıkarlarını etkilemeden önce, ilgililerin bir takım hak ve yetkilerle donatılarak, idare önünde menfaatlerini tam olarak korumalarını sağlayan kurallar bütünüdür. İdari Usul yasası sayesinde; idarenin demokratikleşmesi ve şeffaflaşması, idarenin bireyle olan ilişkilerinde gizlilikten açıklığa geçilecek; idari işlemlerin ve idari kararların hazırlanması ve kesinleşmesi aşamalarında idare ile birey arasında uygun bir zemin yaratılacak ve buna bağlı olarak bireyle idare arasındaki uyuşmazlıklar asgariye ineceğinden büyük ölçüde idari yargıya başvurmaya gerek kalmayacak; idari usuller bir bütün olarak her kurum ve kuruluşta uygulanacağından idare yönünden usullerde paralellik ve eşitlik temin edilecek; birey, idarenin işlemlerinde izleyeceği usulü önceden bilecek ve kendisi hakkında tesis edilecek işleme konu bilgi ve belgelere kolaylıkla ulaşacak, dolayısıyla kendisini hukuki güvencede görecektir, bütün bunlar da, idare de istikrarın ve hukuka bağlılığın da gerçek teminatını oluşturacaktır⁹.

İdari usul, “bireyin idari işlemler karşısında korunması” yönündeki Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin 28.09.1977 tarihli kararıyla da yakından ilgilidir. Bu kararda belirtilen ve üye devletlere tavsiye edilen beş ilke şunlardır: Savunma (dinlenilme) hakkı, bilgi kaynaklarından faydalanma hakkı, hukuki yardım ve temsilin sağlanması, idari işlemlerin gerekçeli olması, işleme karşı başvuru yollarının gösterilmesi.

1946 yılında yürürlüğe giren Amerika Birleşik Devleti İdare Usul Kanunundaki iki temel ilke, “idarenin işlemlerinin açık ve rasyonel olması ve idari hukuk sürecinin saydamlığı” olarak belirtilmektedir¹⁰.

⁹ Zehra Odyakmaz, İdari Usulden Beklediklerimiz (yuk.dn.3’te anılan sempozyum s.2-5) s.2-3

¹⁰ John Hardin Young, Administrative Procedure Act of USA (yuk. dn.3’te anılan Sempozyum s.19-25)

Konuya bu açıdan bakıldığında Rekabet Kanunundaki usul hükümlerinin idari usul yasası ile paralellik gösterdiğini söylemek oldukça kolaylaşacaktır¹¹.

İdari usul, yargılama usulü yanında ondan bağımsız olarak varolduğuna ve işlediğine göre Rekabet Kurulumuzun işlemlerini mahkemelerin işlemlerine benzetmenin ve hatta Rekabet Kurulumuzun bir mahkeme olarak nitelendirmeye teşebbüsün de hukuki değeri olmayacaktır. Bugün genellikle kabul gören anlayışa göre Rekabet Kurulu, bir “bağımsız idari otorite”dir¹².

II) Rekabet Kanunundaki Usul Hükümlerine Egemen Olan İlkeler

Bir prosesin nasıl başlayacağı yürüyeceği, şekilleneceği ve sona ereceği, o konularda kabul edilmiş bulunan kurallardan anlaşılır. Ancak, kural konulurken (kanun vaz’ederken) ne gibi ölçütlerden hareket edileceği çok önemli bir politikadır. Başka bir ifade ile kanun koyucu proses’te taraflara ve karar makamına ne gibi hak ve yükümlülükler getirecektir ? Örneğin karar makamı tarafların iddia ve savunmalarıyla ve onların getirdikleri deliller ile bağlı olacak mıdır ? Yoksa, karar makamı kendiliğinden (re’sen) harekete geçebilecek ve aynı şekilde taraflara rağmen her şeyi arayıp bulacak ve hatta bu konuda zor kullanma (cebir) yetkisine sahip olacak mıdır? Kabul edilen kurallar çerçevesinde bütün bunlar nasıl gerçekleştirilecektir ? İşte bütün bu sorular, bize, prosese hakim olan “ilke”lerin ne olacağı noktasına götürmektedir.

“İlke” (maxim), prosesi yönlendirecek ve şekillendirecek olan üst prensiptir. “İlke” sorunu, yargılama hukukçuları tarafından ayrıntılı bir şekilde tartışılan ve sonuçlara varılan bir konudur. Bu sebeple yargılama hukukundaki ilkeler hakkındaki açıklamalar bir idari usul olan Rekabet Hukukuna da aktarılabilir ve bu açıklamalardan yararlanılabilir. Nitekim, yabancı hukuklardaki rekabet düzenlemeleri ve Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku bakımından da aynı düşünce paylaşılmaktadır.

Çok kısa bir şekilde özetleyecek olursam: Bir uyuşmazlığın kamu yararı düşüncesiyle mahkeme önüne getirilip dava açılmasında

¹¹ Bkz. Zehrettin Aslan, İdari Usul Yasasına Örnek Olarak Rekabet Kurulunun Çalışma Yöntemleri (yuk. dn.3’te anılan Sempozyum s.280-285)

¹² Bkz. Turgut Tan, Bağımsız İdari Otorite Olarak Sermaye Piyasası Kurulu (İsmail Türk’e Armağan, Ankara 1996) s.3 vd.

“kendiliğinden (re’sen) harekete geçme ilkesi” denir. Bu ilke, ceza yargısı bakımından kuraldır. Buna karşılık, bir uyuşmazlığın mahkeme önüne getirilmesi, yalnızca söz konusu hukuki ilişkinin taraflarına ait bir yetki ise (yani, mahkemeler uyuşmazlığa kendiliklerinden el koyup karar veremiyorlarsa) orada “tasarruf ilkesi” vardır; Örneğin özel hukuk ilişkileri (medeni yargı) bakımından esas olan bu ilkedir. İster kendiliğinden harekete geçme ilkesine göre, ister tasarruf ilkesine göre, bir uyuşmazlık mahkeme önüne getirildikten sonra, dava malzemesi üzerinde mahkemenin ve tarafların hak ve yetkileri bakımından da geçerli bazı ilkeler vardır.

Bunlardan biri “kendiliğinden (re’sen) araştırma ilkesi” olup, mahkeme bütün delilleri kendiliğinden araştırır (ceza yargısında ve idari yargıda bu ilkenin geçerli olduğu söylenir). Bunun karşısı olan ilke ise, “taraflarca hazırlama ilkesi”dir; Türk medeni yargısına hakim olan ilke budur ve hakim tarafların bildirmediği vakıaları kendiliğinden inceleyemez ve hatta onları hatırlatabilecek hallerde dahi bulunamaz¹³.

Yargılamaya egemen olacak ilkelerin seçimi, yargılamanın amacı ile de sıkı sıkıya ilgilidir. Bu sebeple, ceza yargılamasına egemen olan ilkelerin gerekçesi olarak, ceza yargılamasındaki amacın “maddi gerçeklik”; medeni yargıya egemen olan ilkelerin gerekçesi olarak da, medeni yargıdaki amacın “şekli gerçeklik” olduğu ifade edilmektedir¹⁴.

Öte yandan yargılamaya egemen ilkelerin saptanmasında, kanun koyucunun siyasi-ekonomik düşüncesi de rol oynamaktadır. Bu sebeple de liberal dünya görüşünün egemen olduğu ülkelerde kanun koyucular hakimnin yetkisine çok önemli sınırlar getirmekte ve yargılamadaki etkin rolü taraflara tanımakta ve hatta bazı hallerde hakimnin durumu “bir eli öteki elinin üstündeki aslan’a benzetilmekte¹⁵; buna karşılık sosyalist hukuk sistemlerinde ise medeni yargıda dahi hakime büyük etkinlik verilmekte, bu sistemlerde kişinin değil toplumun ön planda olması düşüncesi doğrultusunda hakim düzenleyici (nazım) rol oynamaktadır¹⁶. Liberal ve

¹³ Bkz. Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 1999 s.326 vd. ; Yavuz Alangoya, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler, İstanbul 1979 s.2 vd.

¹⁴ Bkz. Bu konudaki açıklamalar ve eleştirisi için: Ejder Yılmaz, Medeni Yargılama Hukukunda Islah, İstanbul 1982, s.1 vd.

¹⁵ Ejder Yılmaz, (yuk. dn.14’te anılan eser) s.3

¹⁶ Ejder Yılmaz, Demokratik Alman Cumhuriyeti Mdeni Yargılama ve Takip Hukukunun Ana Hatları (AÜHFD 1980/XXXXVII/1-4 s.327-420

sosyalist iki uç arasında yer alan ülkelerde ise, durum (benimsenen siyasi-ekonomik düşünceye göre) bir yelpazeyi andırmaktadır.

Bir kez daha vurgulayacak olursam, yargılama hukuku bakımından yapılan bu açıklamalar, rekabet hukuku kurallarını uygulayacak olan makamlar (bizde: Rekabet Kurulu) bakımından da, prensip itibariyle geçerlidir.

Rekabet Kanunu'ndaki usul hükümlerine egemen olan (ve olması gereken) ilkelerin belirlenmesi, ortaya çıkan usuli sorunların çözümü, genel ifadeyle kanunun yorumu, Rekabet Kanunu'nun amacı ile doğrudan ilişkilidir. Bu nedenle, bu konuda Kanun'un gerekçesi bize yol göstermektedir. Kanun'un gerekçesi¹⁷, diğerleri yanında, şu ifadeleri içermektedir: “Rekabet sürecinin korunması ile, ülke kaynaklarının halkın taleplerine göre dağılımı sağlanırken, artan ekonomik verimlilik ile birlikte, genel refaha olumlu katkılar sağlanmış olacaktır. Ticari faaliyete katılanlar arasındaki rekabet, daha verimli üretim ve işletmeciliği beraberinde getirirken, daha az kaynak kullanılmasını, daha az maliyetle üretim yapılmasını, teknolojik yenilikler ve gelişmelerin ortaya çıkması teşvik edici bir görev üstlenmiş olacaktır. Bu da daha kaliteli mal ve hizmeti daha ucuza alabilme fırsatının doğması, böylece tüketicilerin ve toplumun tümünün refah düzeyinin artması sonucunu doğuracaktır...Rekabet kanunu ile piyasaya yeni girişler, mevcut giriş engellerinin kaldırılması sureti ile kolaylaştırılmakta, başarısızlık riski hesaplanabilir hale getirilmekte ve halkın bundan azami yarar sağlaması amaçlanmaktadır... Piyasa düzeninin geçerli olduğu ekonomilerde rekabetin tesisi ve korunması, sürekliliğinin sağlanması Devletin temel görevi olmaktadır...piyasa sisteminin merkezi unsurunu oluşturan rekabet sürecindeki bozukluk ekonomik sistemin bütününe teşkil etmektedir.”

Bütün bunlar Rekabet Kanunu'nun amacının toplumsal (kamusal) olduğunu göstermektedir. Bu durum, borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu'nda düzenlenen ve özel hukuk ilişkisinden olan “haksız rekabet hükümleri”nin konuluş amacından tamamen farklıdır.Bu genel açıklamadan sonra, Rekabet Kanunu'nun usul hükümlerine egemen olan ilkeleri belirleyebilmek kolaylaşmaktadır:

¹⁷ Bkz. “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet ve Sanayi ve Ticaret Komisyonları Raporları (1/542)” TBMM S.Sayı: 599, s.3-4

1) Kendiliğinden (Re'sen) Harekete Geçme İlkesi

Kanun (RK m.40), çok açık (sarih) bir şekilde, Kurul'un re'sen veya kendisine intikal eden başvurular üzerine doğrudan soruşturma açılmasına ya da (soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının tespiti için) ön araştırma yapılmasına karar vereceğini düzenlemektedir. Bu düzenlemenin hukuki anlamı, burada Kurul' un kendiliğinden harekete geçmesi ilkesinin geçerli olmasıdır.

Kanunumuzdaki bu hüküm, Avrupa Birliği (Topluluğu Konseyi)'nin 17 nolu Tüzüğü'nün 3 üncü maddesiyle paraleldir¹⁸.

Aslolan Kurulun kendiliğinden (re'sen) harekete geçmesidir; Kanunda, "...kendisine (Kurul'a) intikal eden başvurular" ibaresi, bu ilkeyi ortadan kaldırmaz. Kurul'a yapılacak olan başvurunun sahibinin kim olduğu da önemli değildir. Yapılan başvuru, Kurul'un şu veya bu nedenle kendiliğinden öğrenemediği/bilemediği. bir hususum O'na aktarılması şeklinde anlaşılmalıdır. Diğer bir ifadeyle, Kurul'a başvuran kişinin, bir özel hukuk davasındaki davacı gibi bir niteliği bulunmamaktadır.

2) Kendiliğinden (Re'sen) Araştırma İlkesi

Bir uyuşmazlıkta, malzemenin (başka bir ifadeyle, delillerin), doğrudan doğruya karar makamı (davalar yönünden, savcı ve/veya mahkeme) tarafından toplanmasına, "kendiliğinden araştırma ilkesi" denir.

Kanun'a göre (RK m.40,44) deliller, Kurul tarafından araştırılır. Kurul, kendiliğinden soruşturma açılmasına veya ön araştırma yapılmasına karar vermişse, zaten elinde birtakım deliller var demektir ve aldığı karar çerçevesinde bu delillere yenilerini ekleyebilecektir. Buna benzer şekilde, Kurul kendiliğinden harekete geçmeyip de, kendisine yapılan bir başvuru üzerine soruşturma açmış veya ön araştırma yapılmasına karar vermişse, başvuru sahibinin kendisine ulaştırdığı delilleri ciddi görmüştür ve verdiği karar çerçevesinde başka delil araştıracaktır (hatta, bu durumda başvuru sahibinin kendisine intikal ettirdiği delillerle bağlı olmadığının altını çizmek gerekir).

¹⁸ Bu konuda bkz. Manfred Dauses, Handbuch des EG-Wirtschafts rechts, München 1994, H.I s.100 (Krück); Ernst-Joachim Mestmacker, Europaisches Wettbewerbsrecht, München 1974, s.594 vd.; Immenga/Mestmacker, GWB Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, München 1992 s. 1788 vd.

3)İddiayı Açıklıkla Bildirme ve Savunma Alma İlkesi

Çağdaş idari usullerde, “şeffaflık” esastır. Öte yandan, hakkında soruşturma açılan ve hukuka aykırı davranmakla itham edilen kişinin hakkındaki iddiaları (suçlamaları) çok iyi bilmesi gerekir ki, savunma hakkını en iyi bir şekilde kullanabilsin ve böylelikle “iddia ve savunma” bütün açıklığıyla ortaya çıkarak tartışılsın ve sonuçta verilen karar, doğru ve adaletli bir karar olsun. Savunma hakkı, bugün yargılama hukukunun en önde gelen ve üzerinde titizlikle durulan bir insan hakkıdır. Bu husus, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6 ıncı maddesinde “adil yargılanma hakkı” olarak adlandırılmaktadır.

Kanun’a (RK m.43,II) göre, Kurul, ilgili tarafın ilk yazılı savunmasını isterken, iddiaların türü ve niteliği hakkında yeterli bilgiyi ilgiliye göndermek zorundadır. Kanun’daki “yeterli bilgi”den kasıt, ilgilinin savunmasını yapabilmesi için, gerekli olan her türlü bilgidir. Bu husus, 44 üncü maddenin 2 inci fıkrasındaki ilgilinin “kendisiyle alakalı düzenlenmiş her türlü evrakın ve elde edilmiş her türlü delilin kendisine verilmesi” hakkıyla teyit edilmektedir. Yine bu ilke, Kurul’un tarafı bilgilendirmediği konu hakkında karar verememesi hükmü (RK m.44,III) ile de perçinlenmektedir.

Savunma hakkına geçmeden önce, Kurul bakımından geçerli olan “iddianın teksifi” ilkesine değinmek isterim. “İddianın teksifi” dava bakımından davacının davalıya karşı olan bütün iddialarını başlangıçta ve bir arada ileri sürmesine denir. Yani, ilke olarak davacı davasını (iddiasını) daha sonra değiştiremez ve genişletemez. Teksif ilkesi, davalının yapacağı savunmayı, başlangıçta tam olarak bilmesi ve ona göre kendisini savunmasına yarar. Davacının iddiasını, bilahare değiştirmesi davalıya yeniden savunma hakkı vereceği için davaların uzamasına neden olur. İşte bu yüzden ki, tüm iddiaların başlangıçta verilmesi şarttır. Aynı ilke rekabet usulü bakımından da geçerlidir. Aksi takdirde, hakkında soruşturma yapılan kimsenin yeniden savunma yapması ihtiyacı sebebiyle, soruşturma uzayabilir. Bu uzama, duruma göre ileride Kurul kararına karşı başvurulacak yargı yolunda, kararın iptali sonucunu doğurabilir. Bu sebeple, Kurul’un soruşturma açma kararında, iddianın ne olduğunu çok iyi ve anlaşılır bir şekilde ortaya koyması ve ondan sonra ilgiliden savunma istenilmesi gereklidir.

Savunma hakkına gelince: Kanunumuzun savunma hakkına büyük

önem verdiği Kanuna konulmuş bulunan çeşitli hükümlerden görülmektedir:

- Kurul, başlattığı soruşturmayı, bu yöndeki kararından itibaren 15 gün içinde tarafa bildirir ve 30 gün içinde “ilk yazılı savunmaları”nı ister (RK m.43,II);
- İlgili, kararı etkileyebilecek her türlü bilgi ve delili her zaman Kurula sunabilir (RK m.44,I);
- İlgili kendisinin bilgilendirilmesi talebinde bulunabilir (RK m.44,II);
- Hazırlanan soruşturma raporu, tarafa tebliğ edilir ve savunma vermesi için 30 günlük süre tanınır (ki, haklı gerekçe ile bu süre 30 gün daha uzatılabilir) (RK m.45,II);
- Soruşturma raporuna karşı yapılan savunma üzerine hazırlanacak olan ek soruşturma raporu tarafa gönderilir ve taraf isterse 30 gün içinde bu ek görüşe cevap verebilir (ki, haklı gerekçe ile bu süre 30 gün daha uzatılabilir) (RK m.45,II);
- İlgili sözlü savunma toplantısında sözlü savunmasını yapabilir (RK m.46).

Kanunda düzenlenen savunmayla ilgili hükümlerin, uygulamasının da titizlikle yapılması halinde, “savunmanın ihlali” iddiası ileri sürülemeyecek, sürülse bile ciddiye alınmayacaktır. Kurul’un bu hususta titiz davranması, vereceği kararların ileride yargı yolundan dönmemesi ve buna bağlı olarak, “kararlara saygınlığın” yerleşmesi bakımından büyük önemi vardır.

Yukarıda belirttiğim üzere, “iddianın teksifi” ilkesinin ikiz kardeşi “savunmanın teksifi”dir ve medeni yargı bakımından, savunmanın daha sonradan genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı vardır. Bunun da nedeni, savunmanın başlangıçta iyi düşünülerek yapılması ve buna paralel olarak tam karar aşamasına gelindiğinde davalının yepyeni bir savunma yaparak, davayı uzatmasının engellenmesi düşüncesidir. “Savunmanın teksifi”, savunmanın dayandırıldığı delillerin de, belli bir aşamadan sonra değiştirilememesi ve genişletilmemesini içerir. Kanun (RK m.44,I) her ne kadar, soruşturma (delillerin toplanması) aşamasında, Kanunu ihlal ettiği iddia edilen kişinin, kararı etkileyebilecek her türlü bilgi ve delili her zaman Kurul’ a sunabileceğini öngörüyorsa da, bu hüküm, ilgilinin “ilk yazılı savunması”nı değiştirip genişletebileceği anlamındadır. Yoksa, rekabet usulü bakımından da savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı Kanun tarafından öngörülmüştür. Çünkü, m.45,III’e göre, “ tarafların süresi içinde verilmeyen savunmaları dikkate alınmaz”. Ayrıca m.47,IV’e göre, sözlü savunma toplantısından en. geç 7 gün önce sözlü savunmada yararlanılacak ispat vasıtalarının bildirilmemesi halinde bu ispat vasıtalarından yararlanılamaz.

Savunma hakkı vesilesiyle, Kanunun çeşitli maddelerinde ifadesini bulan “taraf/taraflar” ibaresini değerlendirmek isterim; Örneğin, m.43,II’de,

“Kurul, başlattığı soruşturmaları, ...ilgili taraflara bildirir ve tarafların ilk yazılı savunmalarını... ister.

Taraflara tanınan ilk yazılı cevap süresinin başlayabilmesi için ...yeterli bilgiyi taraflara göndermesi gerekir; m.45,1’de, “Soruşturma safhası sonunda hazırlanan rapor,... ilgili taraflara tebliğ olunur...”; m.46’da, “Sözlü savunma toplantısı, tarafların cevap dilekçesi ya da savunma dilekçelerinde... bildirmeleri üzerine yapılır” yollu ifadeler bulunmaktadır.

Acaba buradaki “taraf/taraf

Bir görüşe¹⁹ göre, “Tara

Bu görüşe katılabilmek mümkün değildir. Çünkü, yukarda da belirttiğim üzere, rekabet usulünde, Kurul’un kendiliğinden harekete geçmesi ilkesi geçerlidir ve onu harekete geçiren şikayet, kamu ile ilgili bir ihlalin Kurul’a bildirilmesi anlamındadır. Bilindiği üzere, (istisnai nitelikte bulunan şahsi dava dışında) ceza yargılamasında da, kamu davasını savcı açar ve yürütür; ancak, savcının herhangi bir şekilde öğrenemediği (gizlice öldürölüp gömöl

¹⁹ Yılmaz Aslan, Rekabet Hukuku ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Bursa 1997, s.175

kabul ettiğimiz rekabet hukuku sisteminde, “davacı - davalı” taraflar yoktur; rekabet hukukunu ihlal ettiği öne sürülen bir taraf (kişi) ile onun hakkında soruşturma (veya önce ön araştırma, sonra, gerekirse soruşturma) açan ve bağımsız bir otorite olarak yetkilendirip güçlendirilen Rekabet Kurulu (Kurumu) vardır.

Şikayetçiye taraf olarak niteleyen görüşteki, şikayetçinin Kurulun şikayeti yerinde görmemesi kararına karşı yargı yoluna başvurusu hakkı, ise “taraf” sıfatı ile izah edilemez. Zira öncelikle, Kurul’ un şikayet (iddia) çerçevesinde rekabet mevzuatını ihlal ettiği öne sürülen kişi hakkında Kurul’un işlem yapmamasını, kamu menfaatlerine aykırı bulan herkes (kanımca, bu kişi şikayetçi dışındaki kişiler de olabilir) doğrudan veya dolaylı hukuki menfaati olduğunu belgelerse, Kurulun ret kararına karşı yargı yoluna başvurulabilir. Ayrıca, şikayet edilen husus, yalnızca şikayet edeni değil, kamuyu ilgilendirdiği için; Kurul, kanunun kendisine verdiği kamusal yetkiler çerçevesinde şikayetçinin iddiası ve delilleriyle bağlı olmaksızın kamu adına gerekenleri ifa etmekle yükümlüdür. Bütün bunların ötesinde, Kurul’a şikayet talebinde bulunup da, şikayeti yerinde görülmeyen kimse, 42 nci madde hükmüne göre “taraf” değil, “başvuru sahibi” olarak isimlendirilmektedir.

Bütün bu açıklamaların ışığı altında, Rekabet Kanunumuzun çeşitli hükümlerinde kullanılan “taraf/taraflar” kelimeleri, dava anlamındaki “davacı—davalı” tarafları değil, yalnızca hakkında soruşturma açılan veya ön araştırma yapılmasına karar verilen kişileri ifade etmektedir.

Vardığım bu sonucun teknik hukuk gerekçeleri dışında, pratik nedenleri de vardır. Şöyle ki: Eğer şikayetçiye taraf olarak kabul edecek olursak, Rekabet Kurulu şikayetçinin iddia ve delilleriyle bağlı kalarak, onun yönlendirmesine önem verebilir; bu durum, şikayetçi ile şikayet edilen arasındaki kişisel menfaatleri ön plana çıkartarak, kamu yararının ikincil duruma ötelenmesi tehlikesine ve Kanunun amacından sapılması sonucuna vardırabilir.

4) Usul Ekonomisi İlkesi

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuza (m.77) göre, “Hakim,

tahkikat ve muhakemenin mümkün olduğu derecede sür'at ve intizam dairesinde cereyanına ve beyhude masrafa meydan verilmemesine dikkatle mükelleftir". Bu hüküm 1982 Anayasasına da girmiştir. Anayasa'ya (m.141,IV) göre, "davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir". Aslında bu hüküm, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6 ncı maddesindeki "adil yargılanma ilkesi" ile paraleldir.

Yargılama hukukunda, sözü edilen ilke, "usul ekonomisi" olarak adlandırılmaktadır²⁰. Mahkemeler bakımından öngörülen bu ilke, aslında genel bir usul ilkesi olması hasebiyle Rekabet hukuku bakımından da geçerlidir.

Buradaki "sür'at", "acele" anlamında değildir. Uyuşmazlık, amacına ulaşacak, yani doğru ve adil karara varacak şekilde ve ancak sür'atle görülecektir. Yoksa, sür'at başlı başına bir amaç olamaz. Doğru ve adil olmayan kararın sür'atle verilmiş olması bir anlam ifade etmez; aksine, bu karar yargı yolundan döneceği için, adalet gecikmiş olur.

Uyuşmazlığın ez az giderle sonuçlanması, hak arama özgürlüğünün pahalıya gelmemesi açısından dır. Zira, pahalı bir adalet hak arama özgürlüğünü engelleyebilir.

Kanun'daki (HUMK m.77), "intizam" kelimesi, önceden belirlenmiş kurallara uyma anlamına gelir. Bu ibareyi, ben ayrıca taraflara en az zahmet verecek, anlamsız bürokrasiden arındırılmış usul olarak değerlendirmekteyim.

Rekabet Kanunu'nda usul hükümleri arasında çeşitli süreler yer almaktadır. Bunların bir kısmı taraflara, bir kısmı Kurul'a yöneliktir. Taraflara yönelik olan süreler, genellikle hak düşürücü sürelerdir ve bu sürelerle uyulmaması halinde, ilgilinin hakları düşer.

Kurul'a yönelik süreler bakımından, "soruşturmanın en geç 6 ay içinde tamamlanacağı, gerekirse 6 aya kadar ek süre verilebileceği" hükmü, ileride sorun çıkartacak bir hüküm niteliğindedir.

Bu süre bakımından, bir görüşe²¹ göre, soruşturma süresi, soruşturmayı yürütecek raportör ve üyenin tespit edildiği tarihte başlar ve bunların hazırladığı ek görüşe karşı tarafların 30 gün içinde kendi savunmalarını bildirmeleriyle sona erer. Eğer bu görüş kabul edilecek olursa, soruşturmanın açılması ve soruşturmacı görevlendirilmesinden sözlü

²⁰ Usul ekonomisi ilkesi için bkz. Ejder Yılmaz (yuk.dn.2'de anılan eser) s.45 vd.

²¹ Bkz. Aslan (yuk.dn.19'da anılan eser) s.176

savunma toplantısı arasındaki süreç ele alınır ve sözlü savunma toplantısı aşamasından geriye doğru hesaplama yapılırsa (m.45'e göre cevap süresi için 30 + 30 gün; ek yazılı görüşün hazırlanması için 15 gün; soruşturma raporuna karşı savunma için 30 + 30 gün) soruşturma için görevlendirilenlerin süresi oldukça kısalmaktadır. Kanaatimce, kanun koyucu 6 aylık süreyi (ve ikinci altı ayı), soruşturma için görevlendirilenlerin soruşturma raporunu hazırlayabilmesi için öngörmüş olmalıdır.

Bu konudaki yorum ne olursa olsun, Kurul "6 + 6 aylık süre"de soruşturma raporunu hazırlayamazsa ne olacaktır? Kanun bu konuda (örneğin, soruşturmanın düşmesi gibi) herhangi bir yaptırım öngörmemiştir. Bu nedenle kanımca Kurul'un belirtilen sürede soruşturmayı tamamlayamamasının hukuki bir yaptırımı yoktur ve başlı başına bu husus yargı denetiminde bir iptal (bozma) sebebi teşkil etmez²². Nitekim, davalar bakımından da, "mahkemenin gerekçeli kararını 15 gün içinde yazacağı", "Yargıtayın bu konuyu 15 içinde çözeceği" yollu hükümler yönünden uygulamada herhangi bir yaptırım söz konusu olmamaktadır.

Bu sebeple, Kanun'daki (RK m.43) bu azami sürenin yeniden gözden geçirilmesi görüşüne²³ katılıyorum. Yapılacak olan kanun değişikliğinde, "soruşturma safhasının bitimi" kavramına da açıklık getirilmelidir. Bu yöndeki değişiklik, 43 üncü maddedeki 6 aylık süreye açıklık getireceği gibi; 48 inci maddenin 2 inci fıkrasındaki. "sözlü duruşma yapılmadığı takdirde nihai karar soruşturma safhasının bitiminden sonra 30 gün içinde verilir" hükmü bakımından da yararlı olacaktır.

5) Aleniyet İlkesi

Kanun'a (m.47) göre, sözlü savunma toplantıları açık olarak yapılır. Genel ahlakın ve ticari sırların korunması gerekçesiyle Kurul, sözlü savunma toplantısının gizli olarak yapılmasına karar verebilir.

Bu hüküm, mahkemeler bakımından çeşitli usul kanunlarında (örneğin HUMK m.149; CMUK m.377 gibi) yer alan "yargılamanın kamuya açık olarak (alenen) yapılması" kuralına benzemektedir. Ancak, 47 nci maddenin son fıkrası, birinci fıkrada yer alan "açık olarak yapılma"yı, "oturumlara bu Kanunu ihlal ettiği iddia edilen taraflar veya bunların

²² Aynı görüşte Aslan s.176

²³ Ateş Akıncı, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Üzerine Eleştirisel Bir Bakış (yuk.dn.8'de anılan eser, s.51-68) s.60

temsilcileri ile doğrudan ya da dolaylı menfaati olduğunu oturumdan önce ispatlayanlar ya da onların temsilcileri katılabilir” şeklinde sınırlamıştır. Buradaki “doğrudan veya dolaylı menfaat”in takdiri Kurul’a ait bir husustur. Ancak Kurul’un buradaki takdir yetkisini dikkatli kullanması gerekir. Çünkü, mahkemeler bakımından “aleniyete riayetsizlik” bir bozma sebebi olarak uygulanmaktadır.

6)Gerekçeli Karar Verme İlkesi

Anayasanın 141 inci maddesi (fıkra III), bütün mahkemelerin kararlarının gerekçeli olarak yazılacağını amirdir. Rekabet Kanunu da, “nihai karar” kenar başlığını taşıyan 48 inci maddede nihai kararın gerekçesi ile birlikte verileceğini; “kararlarda bulunması gereken hususlar” başlığını taşıyan 52 nci maddesi (h bendi) de kararda gerekçe ve kararın hukuki dayanağının bulunacağını öngörmektedir. Gerekçe, karar organının tespit ettiği maddi vakıalar (olgular) ile kararın hüküm fıkrası arasında bir köprü işlevi görür. Gerekçede hükmün dayanağı olan hukuki kurallar açıklanır. Gerekçe sayesinde, hem karar organı bizzat kendisini denetleme imkanı bulur, hem de hakkında karar verilen kişi haklılığının veya haksızlığının nedenini anlar. Öte yandan, kararı denetleyecek olan üst mahkeme de gerekçeye bakarak denetimi gerçekleştirir.

Mahkemeler bakımından hükmün gerekçesiz olması, mutlak bir temyiz (bozma) nedenidir. Bu vesileyle, kararın içerdiği hususlarla ilgili 52 inci maddede göremediğim bir hususu dile getirmek isterim. Hüküm, Kurul’un aldığı geçici tedbirlerin (RK m.9,V) akıbeti hakkında herhangi bir düzenleme yapmamıştır. Oysa, örneğin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’na göre(m.112), esas hakkında verilen kararın bildirilmesini müteakip ihtiyati tedbirler ortadan kalkar; ancak, mahkeme hükmün icrasını sağlamak için ihtiyati tedbirin belli bir süre devamına karar verebilir. Rekabet Kanunu’na da böyle bir hükmün konulması yerinde olur. Kanun’daki eksikliğin tamamlanmasına kadar, Kurul’un geçici tedbirlerin akıbetini nihai kararında göstermesi, olası tartışmalara yol açmamak bakımından isabetli olacaktır.

7) Sırların İfşa Edilmemesi İlkesi

Kurul’un yaptığı soruşturma vesilesiyle, ilgililerin her türlü ticari

sırrını öğrenmesi büyük bir olasılıktır. Öte yandan, Kurul kararlarının Resmi Gazete’de kamuya duyurulması (RK m.53,II)söz konusudur. Kanun koyucu bu hususu göz önüne alarak, Kurul kararlarının, ticari sırları ifşa etmeyecek bir biçimde ilan edileceğini düzenlemektedir. Bunun “mefhumu muhalifi”nden anlaşılan, ilgililerin ticari sırları kararlarda yer alabilir (ki, özellikle hükmün gerekçesi yönünden buna zaruret de duyulabilir); ancak Gazete ilanında ticari sırlar kamuya ifşa edilemeyecektir.Öte yandan, Türk Ceza Kanunu’na (m.198) göre, bir kimse resmi mevkii veya sıfatı yahut meslek ve sanatı gereği ifşasında zarar doğabilecek bir sırı vakıf olup da, meşru bir sebep olmaksızın o sırrı ifşa ederse cezalandırılır.

İSPATA İLİŞKİN BAZI HÜKÜMLER VE DEĞERLENDİRMELER

I) Rekabet Kanununun 4 üncü maddesi, rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararları yasaklamakta ve bu hallere örnekler verip, bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesini, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde bulunduklarına karine teşkil edeceği sonucunu çıkartmakta ve ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadıklarını ispat yükü altına sokulmaktadır. Karine, varlığı bilinen olumlu veya olumsuz bir olaydan (olaylardan) bilinmeyen olayın yahut sonucun çıkartılmasına denir. Karineler, fiili karineler (beşeri karineler, hayat tecrübesi -yaşam deneyimi- kuralları) ve yasal karineler olarak ikiye ayrılır. Karine, ispat hukuku bakımından önem gösterir ve çoğu kez ispat yüküne yer değiştirir. 4 üncü maddedeki durum da budur. İspat yükü ters çevrilmiş olup, haklarında soruşturma açılan ilgililer, “uyumlu eylemde bulunmadıkları”nı ispatlayacaklardır.

Bu durum, ispat hukuku bakımından “menfi vakıanın ispatı” olarak açıklanmaktadır ve itiraf etmek gerekir ki, ispat hukukunun çözümü zor konularından biridir²⁴. Çünkü, ispat hukuku ve kuralları, genellikle “olumluyu ispat” üzerine oturtulmuştur. Bununla birlikte ilgili, m.4,III’deki karinenin aksine delil göstererek karineyi çürütebilirse, sorumluluktan

²⁴ Bkz. Umar/Yılmaz s.246 vd.; Oğuz Atalay, Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı (yayımlanmamış doçentlik tezi), İzmir 1999

kurtulacaktır.

İspat yüküyle ilgili benzeri bir hüküm Rekabet Kanununun 59 uncu maddesinde de vardır. Buna göre, rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması sonucu bundan zarar görenlerin, bir anlaşmanın varlığı ya da piyasada rekabetin bozulduğu izlenimi veren, özellikle piyasaların fiilen paylaşılması, uzun sayılacak bir süre piyasa fiyatında gözlenen kararlılık, fiyatın piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın aralıklarla arttırıldığı gibi kanıtları yargı organlarına sunmaları halinde, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde bulunmadıklarını ispatlama yükü davalılara geçer. Rekabeti sınırlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaların varlığı her türlü delille ispatlanabilir.

II) Kanun'un 44 üncü maddesi, delillerin toplanmasını düzenlemektedir. Delilin toplanmasında, 14 üncü maddedeki "bilgi isteme" ve 15 inci maddedeki "yerinde inceleme" hükümleri önemli rol oynar. Yukarda delil toplama bakımından kendiliğinden (re'sen) araştırma ilkesinin geçerli olduğunu belirtmiştim. Kurul'ca görevlendirilen uzmanlar, soruşturdukları kuruluşların defterlerini, her türlü evrak ve belgelerini inceleyebilirler ve gerekirse örneklerini alabilirler. Bu hüküm, senet (yazılı delil) elde etmeye yöneliktir. Yine, uzmanlar inceleme yerinde ilgililerden yazılı ve sözlü açıklama da isteyebilirler. Buradaki "ilgili"den muradım, soruşturulan kuruluşun yasal temsilcileri olabileceği gibi orada çalışan işçiler de olabilir. Bu yönüyle, bu tür deliller tanık (şahit) delili olarak düşünülebilir. Keza, uzmanlar teşebbüslerin her türlü malvarlığına ilişkin mahallinde incelemeler yapabilirler (RK m.15/c) bu tür inceleme, keşif gibi değerlendirilebilir.

Kanun, Kurulun istediği bilgilerin verilmesini "zorunlu" kelimesiyle (RK m.14,II/sonu) ifade etmektedir. Aynı hususu, 15 inci madde bakımından da geçerli saymak ve soruşturulan yerdeki ilgililerin buna tahammül etmeleri gerektiği sonucuna varmak gerekir. Nitekim Avrupa Birliği rekabet hukukunda da böyle düşünülmektedir²⁵. Bununla birlikte, ilgili kuruluş ile avukatı arasındaki konuyla ilgili yazışmaları vermekten kaçırma hakkının bulunduğu kabul edilmektedir²⁶.

Bilgi alma hakkı ve bilgi verme yükümlülüğünü, m.14'deki "her türlü bilgi", m.15'deki "her türlü evrak ve belge", "her türlü malvarlığı"

²⁵ Dausés, H.I. s.109

²⁶ Dausés, H.I. s.109

yolundaki geniş düzenlemelere rağmen, somut olayda varılmak istenen amaçla sınırlı kabul etmek gerekir. Konuyla ilgisi bulunmayan belge ve bilgi, “bilgi alma hakkı ve bilgi verme yükümlülüğüne” girmez. İlgilinin kendisini suçlayıcı veya ikrara vardırııcı şekilde bilgi verme yükümlülüğü yoktur.

Hangi konularda bilgi istenildiği, somut olarak çok iyi bir şekilde belirtilmeli ve uygun (münasip) bir süre tayin edilmelidir. Aksi takdirde bilgi verme yükümlülüğünün ihlalini ispat zorluğu ortaya çıkar.

Yerinde inceleme yetkisi, esas itibarıyla, daha önce ilgilinin Kurul’a verdiği bilgilerin doğruluğunun tespiti ve ayrıca yeni deliller elde edilmesi amacıyla yöneliktir. Yerinde incelemeye tahammül etme ve gerekli işbirliği yapma yükümlülüğü, yalnızca doğrudan soruşturulan kuruluşları değil, üçüncü kişi konumundaki kuruluşları da kapsar.

Yerinde inceleme yetkisi, ortada somut bir şüphenin varlığını gerektirir. Elde rekabet ihlalini gösteren hiçbir belge ve bilgi yoksa, yerinde inceleme yetkisi kullanılamaz. Yerinde inceleme, yetkisi, bir işletmenin “özel iç dünyası”na girme anlamına geldiğinden, bu yetkinin kullanılmasında genel hukuk kurallarına ve özellikle temel hak ve özgürlüklere riayet etmek şarttır. Bu sebeple, bu konuda yetkilendirilmiş olan elemanların çok dikkatli olması gereği ortaya çıkmaktadır. Bu konuda yapılacak olan meslek içi eğitimlerin yararına işaret etmek isterim. Kuruluş bakımından söz konusu olan yerinde incelemeye tahammül zorunluluğu bakımından, söz konusu kuruluşun inceleme sırasında avukatını hazır bulundurma hakkı vardır ve avukatı gelinceye kadar, yetkilileri bekletebileceği kabul edilmelidir. Yerinde inceleme yetkisi sırasında zor (cebir) kullanma hakkı yoktur ve kuruluşun izin vermemesi halinde bazı yerlere girilmeyebilir. Böyle bir durumda, Kurul ileride delilleri değerlendirirken; izin vermeme haklı bir nedene dayanmadıkça, bu hususu ilgili kuruluş aleyhine yorumlayarak sonuca varabilir kanısındayım.

Yerinde incelemenin daha önce ilgili kuruluşa bildirilip bildirilmemesi hakkında Kanunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Her somut olayın özelliğine göre davranılması düşünülebilirse de, asıl kural, önceden haber verme usulüdür.

Deliller bakımından, her ne kadar kendiliğinden (re’sen) araştırma ilkesi varsa da, delilleri ilgililer sunar ve soruşturma kurulu hukuka uygun yollardan elde eder. Temel hak ve özgürlüklerin korunması esas olduğundan, hukuka aykırı elde edilen delillerin, karara esas alınması hukuken mümkün değildir. Tesadüfen elde edilen bilgi ve belgeler başka

delillerle kuvvetlendirilebilirse, delil değerini taşıyabilir.

Bilindiği gibi, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'na (m.254,II) göre, “Soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri, deliller hükme esas alınamaz”. Bu kural, Türk ceza yargılama sistemine çağdaş bir boyut getirmiştir. Bunun anlamı şudur: Ceza yargılamasında amaç, maddi gerçeğin aranmasıdır; bunun sonucu olarak ceza yargılamasında her şey delil olarak kabul edilir. Ancak, bu kural sınırsız değildir ve bu kuralın sınırı, insanlık onuru ve “yasaların tanıdığı sınırlar dahilinde” delil elde etme ve bunları yargılamada kullanmaktır. Dolayısıyla her şeye rağmen, hukuk dışı yollarla delil elde etmek suretiyle, maddi gerçeğin bulunması çağdaş yargılama sistemine uymaz²⁷.

Ceza yargılamasına hakim olan bu ilke, bütün usuller bakımından da geçerlidir. Rekabet hukuku bakımından da hukuk dışı yollarla delil elde edilebilmesi söz konusu olamaz.

III) Rekabet Kanunu (m.47,V), sözlü savunmada ilgili tarafın Hukuk Usulü Muhakemeleri kanununun ikinci babının sekizinci faslında düzenlenen her türlü delil ve ispat vasıtasından yararlanabileceğini öngörmektedir. Kendisine atıf yapılan hükümler, “Deliller ve ikamesi” kenar başlığını taşıyan. 236 ila 374 üncü maddelerdir.

Bilindiği gibi, hukuk yargılamasında deliller kesin ve takdiri deliller olarak ikiye ayrılır. Senet, ikrar, yemin ve kesin hüküm kesin delildir; şahit, bilirkişi, keşif ve özel hüküm sebepleri takdiri delildir. Hakim kesin delillerle bağlıdır ve onun dışında karar veremez; takdiri delilleri ise serbestçe değerlendirerek kararına dayanak alabilir. Bu sebeple biz, medeni yargılama hukukumuzdaki delil sistemini, “serbest delil sistemi” olarak kabul etmeyiz. Buna karşılık, örneğin Alman medeni yargılamasında serbest delil sistemi vardır ve hakim her türlü delili serbestçe değerlendirir.

Kanımca, Rekabet Kanun'unun yollaması, medeni yargılamadaki delil sistemine değil, orada belirtilen delil çeşitleri bakımındandır. Aksi takdirde, rekabet hukukunun kamusal yönü ihmale uğrayabilir.

Öte yandan, delil çeşitleri bakımından olan atfı da “rekabet hukukuna uyduğu oranda, kıyasen” şeklinde algılamak gerekir. Çünkü, örneğin yemin delilinin nasıl kullanılacağı tereddüt yaratabilir. Yemin, tarafın tarafa teklif ettiği yemin ile hakimin tarafa teklif ettiği yemin olmak üzere

²⁷ Erdener Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul 1993, s.421

ikiye ayrılır. Tarafın tarafa teklif ettiği yemin, davadaki iki taraf sistemine uygundur; oysa, yukarda da ifade edildiği üzere Rekabet Kurulu'nun uyguladığı usulde, iki taraf (davacı ve davalı) yoktur. Hakimin tarafa teklif ettiği yeminde ise iki şartın gerçekleşmesi gerekir: iddia edilen husus kesin delillerle ispat edilememiş olmalı ve gösterilen deliller, hüküm verilmesi bakımından yeterli derecede kanaat oluşturmamalıdır (HUMK m.356). Böyle bir durumda Rekabet Kurulu'nun "Rekabet Kanunu'na aykırı hareket etmediğinize Allahınız ve namusunuz üzerine yemin eder misiniz" (HUMK m.339'a göre yemin formülü budur) diyebileceğini şahsen pek düşünmüyoruz. Öte yandan yemin icrası, hakem yargılaması bakımından bile mahkemeye (sulh mahkemesine) ait bir konudur; yani, hakem mahkemesi yemin icra ettiremez. Bunun nedeni, yemin işinin "ciddi bir iş" olduğu ve bunun yalnızca mahkemede yapılabileceği düşüncesinden kaynaklanır. Aynı husus, şahitlerin yemini bakımından da söz konusudur (HUMK m.527). Rekabet Kanunu, yemin ve şahit yemini açısından mahkemenin devreye girmesi hususunu düzenlememiştir (Alman rekabet hukukunda yemin mahkeme önünde yaptırılır). Bu bakımdan, bizde Rekabet Kurulu önünde yemin yaptırılır, diyebilmede tereddüdüm vardır.

Belki deliller konusunda kanunda bazı değişiklikler yapılması gündeme getirilebilir. Bunun için, Rekabet Kurulu uygulamalarının belki biraz daha yerleşmesini beklemek daha isabetli olabilir.

Oturum Başkanı- Efendim, şimdi sorularımıza geçebiliriz. Yalnız, bir şey rica edeceğiz. Soru soran katılımcılar lütfen isimlerini söylesinler; kayda alınıyor.

Teşekkür ediyoruz.

Prof. Dr. Ejder YILMAZ- Evet efendim, benim sunumumla ilgili katkı vermek isteyen varsa, buyursun. Gül Hanım bana dışarıda "taraf" kavramıyla ilgili bir soru sormuştu. Müsaade ederseniz, bir anlamda tartışmaları başlatmak bakımından, kendisinden, sorusunu burada sormasını istirham ediyorum.

Gül EFEN- Gül EFEN, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesiyim. Hocama teşekkür etmek istiyorum bu ayrıntılı konuşmalarından, tebliğinden dolayı, zahmetlerinden dolayı.

Benim kafamı kurcalayan "taraf" kavramıyla ilgili bir konu var. Yani Hocam, davacı ile davalı olarak tarafları ayırmamızı ve Kurulun da resen soruşturma yetkisine dayanarak şikâyetçileri taraf olarak almamamız gerektiğini söylüyor.

Fakat, biliyoruz ki Rekabet Kanununda, menfaatlari zedelenen taraf var, şikâyetle bulunabiliyor. Yani, bir bayi satmak istemediği ya da satmak istediği diğer marka birayı sattırmadığı için kendisine mal vermeyen dağıtıcıyı, diğer bayilerle arasındaki rekabeti bozduğu için şikâyet edebilir Kurula; rekabeti bozduğu için. Ve onu bir taraf saymazsak ve ona biz hiç bilgi vermezsek bu şikâyetine dayanarak; acaba ne dereceye kadar adil bir karar vermiş oluruz?

Prof. Dr. Ejder YILMAZ- Evet, teşekkür ediyorum. Ben, özellikle "taraf" kavramı üzerinde dururken bütün endişem, korkum şu: Eğer biz, şikâyet edeni de taraf olarak ortaya koyacak olursak, -işte, şu elimizdeki meşhur şema var ya- bütün her aşamada; çünkü, "buradaki taraflara o dahil" dersiniz, o zaman daha ilk aşamadan başlayarak soruşturma aşaması kararını taraflara bildireceksiniz. Eğer "taraflar" dersiniz; 30 gün içinde onun da cevabını bekleyeceksiniz. Soruşturma raporunu hazırlayınca onları da taraflara göndereceksiniz. Onların da, kanundaki lâfzen hareket ederseniz, yazılı savunmalarını alacaksınız. Bu, bence sistemin içinde yok diye değerlendiriyorum.

Ama, şunda belki haklı olabilirsiniz: "Acaba şikâyet eden de kendi bu şikâyetinin sonucundan haberdar olmayacak mı?" diyebilirsiniz. Ama, burada zaten Kanunumuzda açık hükümler var; "Ön araştırma açılmaması yönündeki karar ilgililere bildirilir" diyor. Yani, diyelim ki sizin söylediğiniz somut örnekteki kişi eğer bir bildirimde bulunmuşsa ve bunun üzerine bir ön araştırma yapılmışsa, 42. madde açıkça başvuru sahiplerine bildirimden bahsediyor.

Orada dikkat ederseniz, "başvuru sahibi" diyor, "taraf" demiyor, "başvuru sahibi yargı yollarına başvurur" diyor.

Benim algıladığım şu: Rekabet Kanununun amacı, yolsuzlukları, Rekabet Kanununa aykırı davranışları Rekabet Kurumu kendiliğinden araştırır. Kimin adına araştırır? Kamu adına araştırır. Yani, herhangi bir kişinin, Rekabet Kurumuna başvurması hâlinde Rekabet Kurumunun verdiği ceza, şikâyet edenin uğradığı zararın tazmini değil, daha genel anlamda (kamu yararına) verilen bir cezadır. Eğer kişinin zararı varsa, onu, ben

davacı-davalı ilişkisinde hukuk mahkemesinin yapması gereken bir iş diye değerlendiriyorum.

Gül EFEN- Fakat Hocam, Kanunun 56 ve devamı maddelerinde, özel hukuk alanındaki uyuşmazlıklar düzenlenmiştir ve buradaki talep haklarına dayanak neyi yapacaksınız o zaman? Yani, siz tazminat talep ederken size hiç bilgi verilmezse ve taraf olarak da algılanmazsanız, bu Rekabet Kanunundaki özel hukuk alanındaki taleplerinizi nasıl yapacaksınız?

Prof. Dr. Ejder YILMAZ- Rekabet Kurulu bir idare organı, bir idari işlem tesis ediyor. İdarî işlemin prosedürü içerisinde de evrakı, belgeyi toplayıp, bir karar veriyor. Yani, benzetmek doğru değil belki ama; (X) Bakanlığı herhangi bir idarî işlem bakımından ne yapıyorsa onu yapıyor; dosya orada duruyor ve sonuçta bir işlem çıkartıyor, "seni cezalandırdım, şu kararı verdim" diyor. Bundan dolayı zarar görenlerin, kendi zararlarını ilgili yargı yerinde dava etmeleri hâlinde, ilgili yargı yerinin yapacağı iş, bu idarî işlemi tekemmül ettirirken "hangi belgelere dayanıldığını gönder" demekten ibaret. Yani, bugün idarî yargıda da yapılan o değil mi? Bütün dosyayı, evrakı mahkemenin isteme hakkı var. Yani, şunu vurgulamak istiyorum: Söylediğimize hak vermiyor değilim; "Şikâyet edenin de bir menfaati yok mu canım burada?" diyorsunuz. Öyle ama, ben yargılama hukukçusu olarak, "bunu taraf olarak alamayız" diyorum. Taraf olarak aldığınız anda ilişkiyi, davacı-davalı ilişkisine getirirsiniz. Rekabet Kurulu; hatta bilerek bu lâfi söyledim, "şikâyetçinin oyuncağı hâline düşebilir" dedim. Şikâyetçiyi taraf olarak nitelerseniz ne olacak? Deliller var; Rekabet Kurumu bir delil bulacak, "şu delili buldum, ne diyorsun?" diyecek; o bakacak, "bu delili beğenmedim, şu delili de araştır; sen zaten hatalı inceleme yapıyorsun" gibi anlamsız yerlere gelir diye endişe ediyorum.

Ve benim Rekabet Kurumuna bakışım; bir hukukçu olarak, bir hoca olarak bakışım. Gerçekten Rekabet Kurumunun bundan sonraki hareket tarzı ne olmalı, nerede hata yapmamalı; bu açıdan gözlemlemeye çalışıyorum. Yanlış da düşünebilirim, ama benim kişisel kanaatim bu; "Şikâyetçi taraf değil" diye düşünüyorum. Ve bana burada bu kanunun hiçbir yerinde, lâfzen yargılama hukuku bakımından veya usul, proses açısından şikâyetçinin taraf olduğunu gösteren bir hukuki delil gösteremezsiniz.

Kanun yanlış yazılmış. Keşke bu kanun hazırlanırken yargılama hukukçularından istifade edilseydi. Bir taraf var; soruşturulan taraf. Biz yargılamada tarafı, "davacı ve davalı taraf" diye ayırırız; iki taraf vardır bir davada. Ama, taraflar birden fazla kişiden oluşabilir. Bir davacı taraf var, 78 tane mirasçı; bu, bir taraftır, birden fazla kişiden oluşur.

Kanun burada "taraflar" derken, benim algıladığım, soruşturulan tarafta yer alan birden fazla müteaddit kuruluşları veya kişileri kastediyor.

Evet, bir kez daha bunu vurgulama fırsatı verdiği için, Gül Hanıma teşekkür ediyorum.

Oturum Başkanı- Buyurun Gamze Hanım.

Yrd. Doç. Dr. Gamze ÖZ- Teşekkür ederim. Hocam, ben de öncelikle teşekkür ederek başlamak istiyorum tebliğinizden dolayı. Zevkle dinledim; gerçekten keyif vericiydi. Hemen söz almak istememin nedeni şuydu: Rekabet Hukuku mantığı açısından; her ne kadar yargılama hukuku açısından "taraflar" denilmişse de, aslında kanun koyucunun belki de rekabet hukukunun özelliğini göz önüne alarak "taraflar" demesi şu anlama gelir diye düşünüyorum. Zaten rekabet hukukunda, hem 4 üncü madde açısından ve çok istisnaî haller dışında 6 ncı madde açısından her zaman birden fazla işletmenin olması gerekir. Dolayısıyla, burada taraflardan söz edilen, soruşturmanın tarafları değil, rekabete aykırılığa konu teşkil eden anlaşmanın taraflarıdır. Ve kanımca, işletmenin de; bu şikâyet eden işletmelerin bundan soruşturmanın akibetinden veya soruşturma açılıp açılmadığından haberdar olmaları; 42 inci madde de zaten "Soruşturma veya araştırmaya başlanılıp başlanılmadığı kendilerine yazılı olarak bildirilir" denilmiştir; ben de sizin gibi buradaki "taraf" sözcüğüne şikâyetçinin dahil edilmemesi gerektiğini düşünüyorum.

O açıdan, bir de Rekabet Hukuku perspektifinden bu noktayı belirtiyim istedim. Kaldı ki, 44 üncü maddenin sonuncu ve sondan bir önceki paragraflarında, "Haklarında soruşturmaya başlandığı bildirilen taraflar..." diyor; demek ki, "başka bir taraf da mı var acaba?" diye bir soru sorabiliriz mefhumu muhalifinden olmayacağı için. Ve nihayet son fıkrada da; "Kurul, tarafları bilgilendirmediği ve savunma hakkı vermediği" dediğine göre, tarafların, bence kanunun lâfzında da taraftan, şikâyetçiyi anlamamak gerektiği açık olarak belirtilmiştir diye düşünüyorum.

Benim sorum size; belki zaman yeterli olmadığı için üzerinde duramadık, birkaç cümleyle de olsa; Rekabet Kurulu önündeki soruşturmalarda temsilden ve temsil hakkından bahsetmenizi isteyeceğim.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Ejder YILMAZ- Gamze Hanım, teşekkür ederim; beni 8-10 yıl evvele götürüverdiniz, teşekkür ediyorum.

Şimdi, "taraf" kavramını benim burada gündeme getirmemin nedeni; "Şikâyet eden kişi davacı gibi yer alır" diyen görüşten kaynaklanıyor. Yılmaz ASLAN hocamızın kitabında öyledir; Yılmaz ASLAN hakikaten Türk Rekabet Hukukunda belki ilk sıralarda ürün veren değerli bir Hocamız. Ben bugünkü konferansında özellikle şunun altını çizmek, oraya dikkatleri çekmek istemiştım: Rekabet usulü, idari usul çok yeni olduğu için; sadece Türkiye'de değil, yabancı ülkelerde de yeni olduğu için, bazı müesseseleri yargılama hukuklarından buraya aktarma imkânımız var, aktarmakta fayda da var; ama aktarırken yanlışla gitme ihtimali de var. Onu vurgulamak için söyledim.

Eğer Yılmaz Hocanın kitabında, " Şikâyet eden davacı gibi kurulun yanında yer alır" anlamına gelebilen bir ifade söylenmeseydi, bunu gündeme getirmeyecektim. "Doğru, kanun koyucu burada taraf kavramını yargılama hukuku anlamında söylememiştir" diyecektim, sizin geldiğiniz yere gelecektim. Benim altını çizmek istediğim nokta buydu. Nitekim, Gül arkadaşım da burada, "davacı gibi telâkki edileceğini, kendisine haber vermesi gerektiği" konusunu gündeme attı. Her hâlde zaten, bu toplantıların Rekabet Kurulu tarafından düzenlenmesinin amacı, görüşleri ortaya çıkarmak ve doğruya varmak. O nedenle, "bu tartışmanın burada açılmasında yarar oldu" diye düşünüyorum.

Teşekkür ediyorum; benim görüşümde olduğunuz için.

Temsil konusuna girmedim. O konudaki kanaatimi de, müsaade ederseniz arz etmek isterim.

Efendim, ben hukukçu olduğum için ve belki de Ankara Barosuna kayıtlı bir avukat olduğum için, bütün proseslerde, bütün davalarda, avukatla temsilin doğru olduğu kanısındayım. Yani, avukat olmayan kimselerin, müvekkillerini yeteri kadar savunamayacaklarını düşünüyorum. Ama, " Avrupa Rekabet Hukukunda üniversite profesörleri ve bu işin uzmanları da tarafları temsil edebiliyor" diyebilirsiniz. Ama ben, Avrupa

hukukundaki başka bir çelişkiye değinerek görüşümü kanıtlamak, güçlendirmek istiyorum.

"Hukukçuya neden ihtiyaç var?"ın gerekçesi; yönünden benim vardığım sonuç şu: Şimdi malûmunuz, Avrupa Birliğinde hukukun uyumlaştırılması çabaları var ve bu çerçevede hukuk müfredatlarının bir araya getirilmesi çabaları var. Ve bunun da ötesinde; Avrupa Birliği ülkeleri hukuk fakültelerinden mezun olanların başka fakültelerden mezun olanlarla eşit hâle getirilmesi çalışmaları var; bununla ilgili bir sürü direktifler, çalışmalar var. Daha evvel özel olarak bu konu üzerinde çalıştığım için, bunları yakından biliyorum.

Özetle, daha basite indirgeyeyim, daha pratiğe getireyim. Acaba, Atina Hukuk Fakültesinden mezun olan bir Yunanlı avukat, (ki Avrupa Birliği vatandaşıdır.) Fransa'da avukatlık yapabilir mi? Yapamaz. Paris Üniversitesinden mezun bir kişi, işte Fransız vatandaşı, Almanya'da yapabilir mi? Yapamaz.

Neden yapamaz? Yapabilmesi için şu şart lâzım: Diyor ki Avrupa Birliği direktiflerinden birisi; Fransız ve Alman örneğini alalım isterseniz, "Bir Fransız hukukçunun Almanya'da Avukatlık yapabilmesi iki şeyden birini gerçekleştirmiş olması lâzım gelir; ülkesinde avukatlık yapılacak olan ülkenin seçimine göre iki şeyden birini yapacak" diyor.

Bir; ya o ülkenin seçimine göre belli bir kurstan geçirilecek; örneğin, 6 aylık bir Alman hukuku kursundan geçirilecek veya yapılacak sınavda başarılı olacak;-yine somut örnek bakımından- Alman Hukuk Fakültesinden mezun olan iki tane sınav geçirir. İkincisi çok ağır bir sınavdır; "Zweite Staat Examen" dedikleri ikinci devlet sınavıdır; Almanlar bunu tercih etmiştir.

Ve özetle şunu söylemek istiyorum: Bugün Fransa'da mezun olan Almanya'da avukatlık yapamaz. Neden yapamaz? Bir defa, çok iyi Almanca bilmesi lâzım ve Alman hukukun özelliklerini bilmesi lâzım.

Bunun mantıklı gerekçesi şöyle izah ediliyor: "Eğer yabancı ülkeden mezun olan bir kimse, Almancayı Alman kadar iyi bilmezse, müvekkilinin haklarını önce kendi anlayamaz, bunu mahkemeye ifade edemez. Aynı şekilde, bu kişi Alman hukukunu bilmiyorsa, kendisine iş getiren Alman vatandaşın hakkını koruyabilmesi, bunu mahkemeye aktarabilmesi ve mahkemeden sonuç alabilmesi mümkün değildir" deniyor.

Ben buradan şuraya varıyorum: Hukukçunun önemi çok büyük, ancak bir hukukçu müvekkilini savunabilir, koruyabilir diye düşünüyorum.

Ve bu nedenle benim şahsî kanaatim, kişisel kanaatim; eğer bir kimse kendisini bir iradî temsilciyle temsil ettirmek istiyorsa, bu, ancak avukat olabilir diye düşünüyorum; avukat olmayan kimselerin temsil yetkisi olacağını düşünmüyorum.

Ama, yanlış anlamaya meydan vermemek için şunu da söyleyeyim: Bizim ülkemizde avukat tutma zorunluluğu yoktur. Bazı ülkelerde; örneğin Almanya'da, Japonya'da, Yunan örneğinde, avukat tutma mecburiyeti vardır. Bu, şu demek: Asliye Hukuk Mahkemesinde kişi kendi davasını takip edemez, mutlaka bir avukat tutacak. Adaleti pahalılaştırıyor. Bizim sistemimizde böyle bir mecburiyet yok; istiyorsa X anonim şirketi, kendi davasını kendisi takip edebilir; yetkili organları vardır, yönetim kurulu başkanı vardır, gider savunur; avukat tutma zorunluluğu yok. Ama, eğer kişi, mahkemeler bakımından kendini başka bir kişi aracılığıyla temsil ettirmek, daha doğrusu bir iradî temsilciyle temsil ettirmek istiyorsa, yardımcı istiyorsa, o, ancak avukat olabilir diyorum. Ve unutmayınız; Avukatlık Kanunumuzda, dava takip tekeli vardır, adlî işleri yalnızca avukatlar takip edebilirler.

Tabi, Rekabet Kurulu önündeki işlem, bir adlî iş değil, bir dava değil, bir idarî işlem; o nedenle burada tartışılabilir avukat tutma zorunluluğu olup olmadığı. Ama benim gönlümden geçen; bunu subjektif, - dediğim gibi ben avukatlık yapmıyorum, Baro'ya kayıtlıyım ama, avukatlık yapmıyorum- yanlış da anlamayın anlamında söylüyorum, "avukatlara iş verilsin" anlamında söylemiyorum, hukukî güvence açısından avukatla temsil gerekir diye düşünüyorum, "kanunlarımızda eğer açıklık yoksa, bunlar açıklığa kavuşturulmalıdır" diye değerlendiriyorum. Öz düşüncem bu.

Başkan- Sırayla alalım isterseniz.

Orhun YET- Orhun YET, Ankara Bölge İdare Mahkemesi Başkanı. Benimki bir soru değil de, Hocamızın söylediğine tamamlayıcı bilgi olarak eklemek istediğim bir şey var. Bahsederken soruşturma sürelerine ilişkin olarak; 6 ayda sonuçlandırılmadığı takdirde, bunun karar yönünden bir iptal sebebi teşkil edebileceği, bu nedenle de kanunda yapılacak düzenlemede bu sürelerin daha net düzenlenmesi gerektiği konusunda bir şey söylemiştiniz.

Şimdi burada şu var: Yani, aynı benzer husus, meselâ 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda var; soruşturmacının belli sürede

soruşturmayı tamamlaması gerektiği konusunda. Bu konuda Danıştaya intikal eden uyuşmazlıklarda, soruşturma süresini tamamlamamış olduğunun mahkemelerce iptal sebebi olarak kabul edildiği hâlde, bazı olaylarda Danıştay bunları mutlak itiraz sebebi olarak saymıyor.

Niye saymıyor? Danıştay gerekçesinde de şunu diyor: "Bu, işlerin hızlandırılması yönünden getirilmiş bir süredir; idareye evleviyetle davranması konusunda getirilmiş bir süredir." Eğer kanunda bunun müeyyidesi belirtilmemişse; yani süresinde sonuçlandırılmamasının müeyyidesi belirtilmemişse, bu, mutlak iptal sebebi olarak da alınamaz; ancak, olay içerisinde değerlendirilmesi mümkündür. Yani, idarenin kasten, süresinde, 9 ay, 10 ay, 2 yıl içerisinde soruşturmayı sonuçlandırmayıp da bir nevi muvazaalı olarak bir iptal hükmü elde edebilmesi. Ki bu, yani diğer idarelerde çok sık iktidarların ve idarenin değişimine bağlı olarak çok sık görülen hususlar içerisinde olması dolayısıyla, Danıştay buna, bu şekildeki kararları yönü itibarıyla, yani, dediğiniz gibi, değiştirirse tabii daha uygun olur, ama değiştirmese de, mutlak bir iptal sebebi teşkil etmez. Yani, benim fikrimce böyle derim.

Bir de eklemek istediğim bir husus daha var. Bu da, yine dediniz ki, "hâkimler için de süre var; 15 gün içerisinde karara bağlanması gerekir." Bağlanmazsa ne olur? Dediğiniz gibi, bağlanmazsa, aynı şey İdarî Yargılama Usulü Kanununda var; dosyanın tekemmülünden itibaren altı ay içerisinde karara bağlanması gerektiği. İlk incelemenin de 15 gün içerisinde sonuçlanması gerektiği konusunda hükümler var. Ha, bu hükümler aşılsa, Danıştay bunları hiçbir zaman; yani kararın bozulması yönünden bir temyiz sebebi olarak zaten kabul etmiyor; ama, idare hukuku yönünden, hâkimler bu konuda disiplin soruşturmasına muhatap olabiliyorlar ve de haklarında işlem tesis edilmesi de söz konusu olabiliyor.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Ejder YILMAZ- Efendim, ben, hep çizmeyi aşmaktan korkmuşumdur ve kolay kolay da kendi alanım dışında bir şey söylememeye çalışırım.

Burada böyle ürkerek, titreyerek idare hukukuyla ilgili hata yapmamaya gayret sarf etmiştim; değerli Başkanımız, değerli üstadımız, o yetkili idare hukuku görüşleriyle benim görüşlerimi daha net bir şekilde tamamladılar; kendisine teşekkür ediyorum. Daha rahatlatıldılar ama; eğer dikkat buyurursanız, siz de, "benim görüşüme göre bir şey olmayabilir ama"

deme ihtiyacını hissettiniz. Sarahatte her zaman fayda var; eğer vesile olursa, fırsat olursa; kanuna açık, "hüküm koyalım" diyelim.

Orhun YET- Efendim, tamamıyla bilgi olarak.

Prof. Dr. Ejder YILMAZ- Tabi, ben de öyle anladım.

Özellikle burada açıklığa şu bakımdan da ihtiyaç var: Yani, soruşturma safhasının bitimini bizim bulmamız lâzım geliyor. Çünkü diyor ki 48 inci madde; "Sözlü savunma toplantısı yapılmasının taraflarca talep edilmediği ve Kurulun da kendiliğinden sözlü savunmaya alınmasına karar vermediği hâllerde nihaî karar, dosya üzerinde yapılacak incelemeye göre, soruşturma safhasının bitiminden sonra 30 gün içinde verilir" diyor. Yani, Rekabet Kuruluna burada bir görev getirmiş.

Soruşturma ne zaman bitiyor? Soruşturma bitimi diye bir şey yok. Oysa biz, yargılama hukukunda, tahkikatın bittiğini tefhim ederiz. Kanunumuzda açık hüküm var, hukuk usulünde. "Tahkikat şu tarihte bitmiştir" deriz; tahkikatın bitimini tefhim ederiz.

Burada tahkikatın bitiminin tefhimine dair Rekabet Kanununda bir hüküm yok. "İstenmezse, re'sen karar verilmezse, soruşturma safhasının bitiminden itibaren" diyor. Soruşturma safhasının bitimi ne zaman? Yazılı savunma var, yazılı savunmadan sonra 15 gün var. Ek soruşturma raporunu tarafa tebliğ ediyoruz; şimdi işte burada duralım. Şimdi, tarafın cevap verme hakkı var. Kaç gün? 30+30 gün. İşte, düğmeye bastık, 30 gün ek soruşturmayı verdik; bir şey diyecek mi, demeyecek mi, cevap verecek mi, vermeyecek mi? Verirse, bu tahkikatın içinden düşürülecek; vermezse, tahkikat bitmiş olacak. 60 gün olduğuna göre, Kurul da o zaman otomatik olarak bu maddeyi çalıştıramayacak. Yani, "soruşturma yapamadığı hâlde 30 günde karar verir" hükmü havada kalacak. Eğer kanun koyucu bunu bir amaçla, belli bir amaçla koyduysa, tahkikatın süresini buraya koyalım derim; işte sizin söylediğiniz çerçevede, 6 ayı da vesile edip buraya açıklık getirelim. Yani, kanunda bu konuda bir sarahat getirmekte yarar olduğu kanısındayım.

Oturum Başkanı- Buyurun.

Levent YAVUZ- Teşekkür ederim. Levent YAVUZ, Ankara 8. Asliye Hukuk Hâkimi. Hocam, izninizle ben, gene bu taraf konusuna

takıldım. Eğer sakıncası yoksa, bir dönüş yapmak istiyorum. Şöyle ki; sizin de belirttiğiniz gibi, Rekabet Kurulu bir idarî makam. Ancak, kısaca "rekabet usulü" olarak adlandırabilirsek eğer, özel usul ve Rekabet Yasasından da kaynaklanan özel esasa ilişkin yetkilerle donatılmış oldukça etkili bir idarî makam.

Siz, rekabet usulüyle ilgili sunuşunuzda, iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağından söz ettiniz. Eğer rekabet usulünde de , idarî savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı mevcutsa, böyle bir kurala karşılık, bir uyumsuzlukta, tarafların varlığını kabul etmemek durumu bir çelişki oluşturmuyor mu? Yani, iddianin değiştirilmesi ve genişletmesi yasağı kime karşı var? Rekabet Kurumuna mı bu yasaklama? Eğer, bu durumda, şikâyetçinin yerini Rekabet Kurulunun aldığı kabul edersek; Rekabet Kurulu, kendisini böyle bir yasakla bağlı sayacak mı?

Bir bağlantılı soru daha sormak istiyorum.

Bu kuralın da bir istisnası var; ıslah. Bu ıslah müessesesi, rekabet usulünde olmalı mı?

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Ejder YILMAZ- Efendim, Levent YAVUZ arkadaşına teşekkür ediyorum; tekrar bu konuya dönmeme fırsat verdiği için. Şimdi, aslında, belki ileride rekabet usulü hakkında bir kitap yazarsam, çok başka konulardan da meseleyi ele almak isterim. Şöyle ki: Acaba, bugünkü Rekabet Kurulunun oluşumu doğru mu, değil mi? Biliyorsunuz bu konuda da değişik görüşler var. Rekabet Kurulu, acaba rekabette bir taraf mı? Yani, acaba Rekabet Kurulunun yargılamasında bir savcılık müessesesi, bir raportörlük müessesesi getirilip, Kurul karşılıklı iddia-savunmaları yargılayan bir ayrı otorite mi olmalı?

Bunlara göre vereceğimiz tarafla ilgili cevaplar değişebilir.

Ben, bugünkü konuşmamı özellikle, kanunun mevcut durumu ne ise, ona göre değerlendirdim.

Aslında, şu konu da beni rahatsız etti, açık söyleyeyim. Bir soruşturduğumuz taraf var; -yani "davalı" tabirini kullanmak istemiyorum ama- bir soruşturduğumuz taraf var, -isterseniz "davalı" diyelim; yani kolay olsun diye "davalı" diyelim- bir de iddiacı olması lâzım. Kim iddiacı? Rekabet Kurulu, karar verme organı; aslında tarafsız bir organ olmak durumunda. Biri iddia etmeli ki; burada bir savcı olmalı diğer idarî yargılamalarda olduğu gibi; görüşler bildirmeli, Kurul da onu

değerlendirmeli. O zaman, iddia ve savunmayı; Ağır Ceza Mahkemesindeki üçlü var ya, iddia-savunma ve mahkeme üçlüsü, böyle tarif ediyoruz ya; ona benzeyebilir.

Aslında, burada sorduğunuz anlamda, hakikaten "taraf kim?"i tartışmak mümkün. Yani, bir anlamda şöyle düzeltelim, beynimdekini tam aktarmaya çalışayım: Bu mevcut durumumuzda iddia eden, karar veren durumuna gelmiş; kanuni düzenleme bu. Kanun koyucu bu yolu tercih etmiş. Ama, bu demek değildir ki, Rekabet Kurulu iddia edince, mutlaka herkesi, önüne geleni cezalandıracak.

Enteresan bir yapısı var. Aslında ben, "idarî makamdır" derken hata ettiğimi biliyorum; daha doğrusu, doğru söylemediğimi biliyorum. Bu idarî makam, ilginç bir idarî makam. Bunu yabancı literatür de, Türk literatürü de, "yarı yargılama organı" olarak değerlendiriyor. Hatta biz, mahkemeleri; "organik anlamda mahkemeler ve işlevsel mahkemeler" diye ikiye ayırırız.

Bana sorarsanız, - ben konuyu dağıtmak istemiyorum ama- belki de Rekabet Kuruluna "bir yargı organı" demek lâzım. Bunu şimdi fazla dillendirmek istemiyorum. Herkes "idarî organ" dediği için, ben de "bugünkü yapı itibarıyla Rekabet Kurumu idari organdır" deyip geçiyorum. Ama işin gerçeği şu: dar anlamda mahkemeler var, geniş anlamda mahkemeler var. Biz, Yüksek Seçim Kurulunu geniş anlamda yargı organı kabul ederiz. Yüksek Seçim Kurulu mahkeme mi? Değil. Ama, yaptığı işler nedeniyle yargı organı gibi hareket edip uyumsuzluk çözmektedir.

Benim de kanaatim; bana sorarsanız, Rekabet Kurulu geniş anlamda yargı organıdır.

Bu, nerelere kadar gelir? Bu, burada görev alanların hâkimlik, savcılık teminatlarına kadar, ücretlerinin belirlenmesi meselelerine kadar gelir. Ama bunlar, bu toplantının gündemi değil.

Bana sorarsanız; bu Kurulu daha bağımsız hâle getirmek, daha büyük yetkiler vermek, âdeta bu Kurulu uzman mahkemesi hâline getirmek lâzım.

Bugün yurt dışında uzman mahkemeler vardır; içinde hukukçu da vardır, hukukçu olmayan da vardır. İdari mahkeme yapısına benziyor.

Şimdi, o hâlde, toparlarsam bu söylediğinizi; dediğiniz endişeyi ben de taşıyorum. Yani taraf; Rekabet Kurulunun kendisi taraf mı, değil mi; bunu, müsaade ederseniz bu tartışmada gündeme getirmek istemiyorum.

Gelelim iddia ve savunmayı genişletme, değiştirme yasaklarına.

Aslında ben, kendi yaptığı işleri söyleyen, her yerde tekrar eden bir bilim adamı değilim prensip olarak. Biliyorsunuz “İslah” benim doçentlik tezimdir. Bilmiyorsanız söylemiş olayım.

İslah, bir yoldur; ama, iddia ve savunma yasağını kabul ederseniz, ıslaha ihtiyaç olabilir. Eğer, "bu yasağa ihtiyaç yok" dersiniz, yani "iddiayı ve savunmayı genişletme yasağına ihtiyaç yok" dersiniz, ıslah müessesesine de gerek yoktur.

Sorduğunuz için söylüyorum, dağıtmadan; meselâ Alman hukukunda, iddiayı ve savunmayı değiştirme yasağı yoktur; yoktur böyle bir yasak. Davacı, her zaman davasını genişletebilir, davalı, her zaman savunmasını genişletebilir; ancak bir şarta bağlı. Bu yeni yapılan değişiklik, bu yeni yapılan ekleme; Almanların tabiriyle, Almanca bilenler için mahsus kelimeyi söylüyorum, "sachdienlich" olması lâzım. Bu şu demek: İşin esasına hizmet eder olması lâzım. Yani, "davanın esasını çözmeye yararlıysa, uyuşmazlığı çözmeye yararlıysa, davacı da davasını değiştirsin, savunmacı da savunmasını değiştirsin" diyoruz. Ama, orada da bir sınır var.

Şimdi, bu yasak, idarî yargıda var mıdır? Bence yok. Daha evvel yayınladığım "idarî yargılamada bu yasaklar olur mu, olmaz mı?" diye incelemelerim var, bağımsız makalelerim var...

Ancak bugünkü uygulamada idarî yargı hem yasakları katı olarak uygular, hem de ıslahı uygulamaz. Bu açıdan medenî yargının daha da gerisine düşüyor.

Burada iddianın bir defa teksifi ilkesi önemli; süreler bakımından önemli. Savunmanın da değiştirilememesi kanunda var; belli bir yere kadar delil verebiliyor. Yani, özellikle ilk yazılı savunması bakımından başlangıçtan itibaren 15 gün içerisinde ilk yazılı savunmasından sonra başlayan o altı aylık soruşturma raporu sırasında kanunda açıkça diyor ki, taraflar her zaman yepyeni bilgiler, deliller gösterebilir. Ki, orada da delil gösterme savunma yasağının bir parçası, bir unsurudur; orada bir yumuşatma var, yani orada yasak henüz başlamamış. Ama, yasak nerede başlıyor? 47. maddede; "sözlü savunma toplantısından en az 7 gün önce bütün vasıtaları vereceksin" diyor, "vermezsen kullanamazsın, savunman bitti" diyor.

Aslında bu bir denge işte. Yani, bir taraftan "yahu hem savunmayı değiştir, Alman hukuku böyle diyorsun, bir taraftan da sınırla diyorsun" diyebilirsiniz. Fakat, önemli olan, iddia ve savunma haklarının kötüye kullanılmasını engellemek.

Oturum Başkanı- Buyurun

Kerem TOMUR- Rekabet Uzman Yardımcısı Kerem TOMUR. Hocam, saygılarımı sunuyorum ilk olarak. Benim sormak istediğim şu: Farz edelim ki, öyle biliyorum zaten hâlihazırda var benim bildiğim kadarıyla, gelecekte olacaktır. Kuruma bir şikâyet yapıldı; şikâyetçi de, aynı zamanda şikâyet ettiği tarafı diyelim, ticaret mahkemesine verdi maddelerini.

Şimdi bu durumda, bu mahkeme için sizce Kurumun vereceği karar; soruşturma açılıp açılmaması kararı ya da onun sonucu geçerli bir sebep midir? Mahkeme bunu delil olarak mı alır? O konuda bilgilerinizi rica ediyorum.

Prof. Dr. Ejder YILMAZ- Efendim, mahkemeler bakımından bir meselenin bekletilip bekletilememesine biz, "bekletici sorun" diyoruz; "mesele-i müstehire" eski adıyla. Yani, bir dava sırasında dava görülürken, bu davayla ilgili başka bir organın önünde, -mahkeme de olabilir, mahkeme dışında da olabilir- bir inceleme yapılıyorsa; acaba mahkeme bunu bekletici bir sorun yapmalı mı, yapmamalı mı? Daha somut bir ifadeyle; davanın açıldığı, örneğin ticaret mahkemesi, Rekabet Kurulu kararını beklemeli mi, beklememeli mi? Bu konuda mahkemenin takdiri vardır.

Şunu söylemek istiyorum: Bekletici mesele ikiye ayrılır. Biliyorsunuz; bir zorunlu bekletici mesele vardır, bir ihtiyarî bekletici mesele vardır. Yani, kanunlarımızda bazen, bazı işlerin bekletilmesi gerektiği zorunluluğu düzenlenmiştir. Örneğin; bir mahkeme önünde, örneğin ticaret mahkemesinde görülen bir davada mesele, Anayasa Mahkemesine intikal ederse, yahut uyuşmazlık mahkemesine intikal ederse, açıkça kanunda hükümler var; "mahkeme altı ay bekler" diyor. Yahut da başka davalarda, "bu konuda diğer mahkemenin kararı beklenir" diyor; bekletici zorunlu sorun. Ama, bunun dışındaki bütün hâllerde ihtiyarîdir; yani mahkeme isterse bekler, isterse beklemez. Tabii, bu istemesi "keyfi" anlamında değil; eğer, örneğin Rekabet Kurulunun vereceği karar kendi kararına ışık tutacaksa, beklemesinde yarar var.

Orada da belki şu ölçüt getirilebilir; hangi mahkeme hangisini beklemeli? İki benzer dava açıldı, hangisi hangisini beklemeli? Biz şunu diyoruz, Yargıtay da bunu diyor. "Biz" derken, yargılama hukukçuları ve Yargıtay; "Eğer davalardan biri çok öndeyse, aşağı yukarı karar aşamasına kadar geldiyse, mahkemenin onu beklemesinde yarar var" diyor. Eğer

beklemezse, çelişik karar çıkarsa, o zaman adalette çift başlılık olur. Genellikle dediğimiz; davalardan biri ileri aşamadaysa, karar verme aşamasına kadar gelinmişse, o zaman beklenmesinde fayda var. Ama, benim şahsî kanaatim; aynı anda hem ticaret mahkemesine haksız rekabet davası açmışlar, hem de Rekabet Kurulu bir soruşturmaya başlamışsa, mahkeme bunu kolay kolay bekleme sorunu yapmamalı. Burada da işimizin ne zaman biteceği belli değil ki; burada da sonunda bir karar verileceği, yani mutlaka olumlu veya olumsuz bir karar verileceği belli değil ki... Burası da inceler, inceler, ön araştırma yapılmamasına karar verebilir. İnceler inceler, "soruşturma sonucunda bir ihlal görmedim" diyebilir. Buranın yapacağı inceleme, kamusal açıdan bir inceleme. Oysa; haksız rekabette mahkemenin yapacağı inceleme, özel hukuk münasebetlerinde bir ihlal var mı, yok mu; onun incelemesi.

Bu nedenle ikisi arasında her zaman direkt bir ilgi kurmak kolay değil. Hatta belki şuna da benzetmek mümkün, şuna kıyas etmek mümkün: Biliyorsunuz, Borçlar Kanununun 53. maddesine göre, hukuk mahkemesi, ceza mahkemesinin bazı kararlarıyla bağlıdır, bazılarıyla bağlı değildir. Hukuk mahkemesi, özel hukuk ilişkisinin söz konusu olduğu mahkeme; ceza mahkemesi, kamusal ilişkilerin söz konusu olduğu mahkeme. Onun kuralları başka, bunun kuralları başka; oradaki menfaat başka, buradaki menfaat başka. Orada bile bir zorunluluk yok, orada bile bir bağlayıcılık yok.

İşte bunları kıyas ederek sorunuzu net olarak şöyle cevaplandırayım: Ticaret mahkemesinin beklemesi, onun takdiri. Ama bana sorarsanız; burada Rekabet Kurulunda eğer sonuna gelmiş bir durum yoksa, ticaret mahkemesi, kolay kolay bekletici bir mesele yapmamalı. Aksi takdirde, ticaret mahkemesi hâkiminin işi savsacağı gibi bir tehlike ortaya çıkabilir. Malûmunuz, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa göre, işi geciktiren hâkimin hukukî sorumluluğu da var.

Oturum Başkanı- Çok fazla soru var, zamanımız da kısıtlı.

Prof. Dr. Ejder YILMAZ- Ben sahabe kadar dersiniz kalırım, emrinize amadeyim.

Oturum Başkanı- Mehmet Akif Bey, buyurun.

Mehmet Akif ERSİN- Mehmet Akif ERSİN, Daire Başkanı.

Hocam, kaldığımız yerden isterseniz devam edelim. Usul hukukçusu olarak sizin görüşünüzü almak istiyorum.

Bir olay; arkadaşımızın verdiği örnekteki olay, adli mahkeme, ticaret mahkemesine gitmiş ve sonuçlanmış. Rekabet Kurulu aynı olayı ele alıp sonuçlandırabilir mi?

Prof. Dr. Ejder YILMAZ-Bence sonuçlandırır ve onunla bağlı değil. Şahsî kanaatim, bunu genel olarak söylüyorum; bağlı değil. Borçlar Kanunundaki 53. maddeyi mahsus onun için örnek verdim; böyle bir soru gelebileceğini tahmin ettiğim için verdim. Birindeki menfaat kamu menfaatidir, ötekiindeki menfaat özel hukuk menfaatidir. A ile B arasında haksız rekabet ürünlerinden dolayı bir sonuç ortaya çıkmış olabilir; ticaret mahkemesi davayı A ve B lehine karara bağlayabilir. Kural olarak, bu sonuç Rekabet Kurulunu bağlamaz, onun bakış açısı daha farklıdır diye düşünüyorum.

İşte İbrahim kardeşim aramızda; bu konularla ilgili biliyorsunuz çok çalışması var. Ben de o vesileyle ikisinin bağlantısını kurmaya çalışıyorum. İtiraf edeyim; önce beynimde tam oturtamadım meseleyi, ama şimdi biraz daha oturtuyorum. Ve benim oturtmam, gene yargılama hukukçusu olarak beynim böyle çalıştığı için; ceza mahkemesi-hukuk mahkemesi ilişkisine benzetiyorum. Birbirini etkileyebilir de, etkilemeyebilir de.

Mustafa KASAL- Mustafa KASAL, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Başmüfettişi. Hocam, konuşmanızda değindiğiniz bir konuyu biraz açmanızı istirham edeceğim.

Şimdi, kanuna aykırı delillerin, kanuna aykırı olarak elde edilmiş delillerin değerlendirilmesi konusuna değindiniz.

Şimdi, bir hakkın varlığını veya yokluğunu açık olarak ortaya koyan bir delil mevcut ise, sırf kanuna aykırı olarak tercih edildiği gerekçesiyle, bunu delil olarak değerlendirmemeyi nasıl yorumluyorsunuz?

Örneğin; rekabet hukuku açısından birleşmelerde, devralmalarda Rekabet Kanununa aykırılık söz konusuysa ve bu delillerin dışında başka bir delil de mevcut değilse, bununla bir hakkın varlığını veya yokluğunu ortaya koyabileceksek, o zaman sadece kanuna aykırı elde edildiğini düşünerek, bu delili yok mu farz edeceğiz? Yani, adalete aykırı bir karar mı vermek durumunda kalınacak? Bu konuyu biraz açmanızı rica edeceğim.

Prof. Dr. Ejder YILMAZ- Mustafa Bey, hukukçu değilsiniz galiba.

Mustafa KASAL- Değilim efendim.

Prof. Dr. Ejder YILMAZ- Teşekkür ederim.

Bunu şunun için sordum: Hukukçunun bile içine sindirmesi zordur bu söylediğiniz soruyu. Yani, şöyle bir örnek vereceğim ben size. Neydi, o Amerikalının adı, karısını öldürdüğü iddia edilen? O.J.Simpson.

İzlediniz mi olayı? Sonuçta beraat etti değil mi? Kamu vicdanında sorumluydu değil mi? Sorumluydu. Ama, deliller nasıl elde edilmişti? Hukuka aykırı elde edilmişti. Bu, hukukun bir açmazı demeyeyim; hukukun bir gelişmesidir. Özellikle ceza hukukunda bu konu çok tartışılıyor. Hatta günceldir; bugün telefon dinleme olayları var. Telefonla ben arkadaşına, "ben üç kişiyi öldürdüm, filan yere gömdüm" diyorum. Bunu birtakım yerler kaydediyor; ama bu kayıt, yasada öngörülen biçimde izne bağlı olmayan bir kayıt ise ve gerçekten de işte Beytepe'de ormanda üç tane kişiyi bulsalar, beni de, önce işkenceyle yahut işkencesiz, kendiliğinden, "ben üç kişiyi öldürdüm, doğru, telefonda da demiştim, öldürdüm" desem; üç kişinin orada öldüğü de belli, çıkardılar; bunun katili kim? Şimdi aranıyor. Bir adam var, Ejder YILMAZ. Telefon kayıtlarını gizlice dinlemişsiniz; "Ben yaptım" diyor, karakoldaki ifade de, işkencesiz de olsa, öyle. Ama, ben, Ceza Mahkemesi önünde, "Hayır efendim, beni işkenceye tâbi tuttular, bu ifadeyi verdim" desem; (bunu artık Türk ceza hukukunda da açıkça hükme bağladılar) bu, delil olmaz, aleyhime kullanamazsınız. Bilmem anlatabildim mi?

Mustafa KASAL- Hocam, bunu sadece telefon konuşmalarıyla sınırlandırılması...

Prof. Dr. Ejder YILMAZ- Ben, telefon konuşmalarını örnek olarak verdim.

Şimdi, müsaade ederseniz, hukukçu ağzıyla ifade edeyim. Tebliğimde vardı, söyledim ama; hukukçu olmadığımız için belki dikkat etmediniz.

Yasanın öngördüğü çerçevede delil elde etmişseniz, o, hukuka uygun delil elde etmedir; yasanın öngördüğü çerçevede elde etmemişseniz, o, hukuka aykırı delildir; değerlendiremezsiniz. Bu kadar basit.

Yani, bu da nelerden kaynaklanıyor? Bakın, ben bir gözlememi söyleyeyim.

1976 yılında uzun süreli yurt dışına gittiğimde, belli bir yere gelmişim; hukukçuydum, doktoram bitmişti filân. Almanya'da ilk dikkatimi çeken husus herkes insan haklarıyla uğraşılıyor. O insan haklarıyla uğraşılıyor, bu insan haklarıyla uğraşılıyor; o insan hakkına aykırı, bu insan hakkına aykırı... Çok garibime gitmişti; "Allah Allah, bu insan hakkı ne? Bunlar bunları bilmiyorlar mı?" filân diye düşünmüştüm. Aradan 20-25 yıl geçti, şimdi Türk hukukçularının hepsi insan haklarıyla uğraşılıyor. Bu bir aşama; toplumun geldiği bir aşama.

Özellikle şu 1992'de değiştiğinden bahsettiğim Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu var ya; o, işte çağdaş bir gelişim. Elinizdeki tebliğde de var; bütün ceza yargılama hukukçuları bunu çağdaş kabul ediyor.

Ama, "yahu, bu kadar açık seçik bu var, bir de delil bulmuşum" diyebilirsiniz; işte o, hassas bir denge, "temel hak ve özgürlükler/insan hakları" dediğimiz şey, hassas bir denge.

Bugün size uygun görünen bir husus; Allah korusun, yarın sizin aleyhinize döndüğü takdirde, sizin sanık konumunda olduğunuz takdirde, siz, olayı başka türlü değerlendirirsiniz diye düşünüyorum. Ceza yazılmasında "bir masum cezalanacağına, bırakınız yüz suçlu serbest kalsın" düşüncesi egemendir.

Oturum Başkanı- Sayın Hocam, uygunsa soruları toplu hâlde alalım.

Prof. Dr. Ejder YILMAZ- Hayhay. Ben o zaman not edeyim; cevaplandırayım.

Mahir YILDIZ- Mahir YILDIZ, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Başmüfettişi.

Önce değerli Hocamıza, bütün anlattıkları ve bize verdiği dersler için teşekkür ediyorum. Özellikle son konuda; delillerin hukuka uygun

surette toplanması, bir hukuk toplumunun, bir hukuk devletinin temel ilkesi olduğunu da düşünerek, ayrıca teşekkür ediyorum bu dersi için.

Soruma geçmek istiyorum.

Kanunun 55. maddesi, Kurul kararlarına karşı yargı yolunu düzenlemiştir. Burada da tadadî olarak üç tane hususu saymış; "nihaî kararlara, tebliğ kararlarına ve para cezalarına karşı Danıştaya dava açılabilir" deniliyor.

Hocamızın görüşünü almak istiyorum.

Peki, başka kararlara; mesalâ bunun dışındaki ön soruşturma kararına karşı ilgili bir mahkemeye gidebilir mi veya Danıştaya gidebilir mi? Soru bir.

İkinci sorum; aslında demin tartışıldı, son derecede önemli bir konuydu;, davalar konusu.

Yasanın 57. ve 58. maddelerinde, tazminat hakkı öngörülmüş.

Dolayısıyla, kişiler, tazminat haklarını; ki 57. madde "her kim" ile başlamaktadır; yani buradan şu anlaşılmaktadır ki, "ben dahil" demektir; tazminat hakkı konusunda dava açtığımızda veya bir dava açıldığında, - nitekim arkadaşlar da söz ettiler- bu dava görüldüğü esnada Anayasanın, - şimdi maddesini anımsayamıyorum, hatırlayamıyorum ama- "bir dava görülürken, mahkemeyi etkileyecek nitelikte hiç kimse tarafından görüş, ...edilemez" hükmü var. Şimdi, Anayasanın bu hükmü karşısında Rekabet Kurumu, görülmekte olan bir davanın aynı konusunda karar verebilecek mi? Hatta ve hatta bunu Resmî Gazete'de ilân edebilecek mi?

Teşekkür ederim.

Çiğdem DEMİREL- Çiğdem DEMİREL, Kurum Uzmanıyım.

Ben, tebliğinizin 34. sayfasında yer alan, yerinde incelemeye ilişkin bazı konularda yorumunuzu isteyecektim.

Bunlardan birincisi, "yerinde inceleme sırasında avukatını hazır bulundurma hakkı vardır kuruluşun" diyor. Bu durumda, avukat gelinceye kadar da beklememiz gerektiği görüşünüz var. Eğer avukat; diyelim ki İstanbul'da, biz de Çanakkale'de incelemeye gittik; bu durumda onun gelişini beklemeli miyiz? Ve o gelene kadar evrakları saklama durumları olabiliyor; yine de bu durumda beklemek uygun mudur?

İkincisi; "önceden haber verme usulü söz konusudur yerinde incelemede" demiştiniz; asıl olan. Yine aynı şekilde; önceden haber verildiği takdirde, evrakları ortadan kaldırma ihtimalleri bulunur. Bu durumda asıl

olan, aslında önceden haber vermemedir diyebilir miyiz? Yani, bazı durumlarda vermek daha uygun mudur?

Bir de; "Kuruluşun izin vermemesi hâlinde bazı yerlere girilmeyebilir" diye bir ifade var. Bu, bazı yerler nereye kadar esnetilebilir? Yani, "kuruluşlar bazı yerleri öğrenirse, oralara evrakları saklayabilirler" yorumunu da çıkarabilir miyiz?

Teşekkür ederim.

Oğuzkan GÜZEL- Oğuzkan GÜZEL, Rekabet Uzman Yardımcısı. Hocam, benim sorum da, yine taraflarla ilgili bir eksik kalan konuda. Kafam karıştı kaldı, şimdi onu düşünüyorum. Soruşturma esnasında şikâyetçinin taraf olarak alınmaması görüşüne benim de katılmam mümkün. Projesinin tamamlanması anlamında; eğer soruşturma sonucunda ihlâlin oluşmadığı yönünde bir karar çıkacak olursa; buna karşı yargı yoluna gidecek miyiz?

Şikâyetçiye de, bu kararın bildirilmesi gerekmez mi? Bu durumda, 54. ve 55. maddedeki; taraflara yazılı olarak bildirilir ve taraflar, bu tebliğden itibaren süresi içerisinde dava açabildiğinde, şikâyetçinin...

Ümit GÜNGÖR- Ben Ümit GÜNGÖR, İnceleme Uzmanı.

Hocam, tebliğinizde, hukuka aykırı delillerden söz etmişsiniz, konuşmanızda da aynı şekilde söz ettiniz. Biz bu sınırı nasıl çizeceğiz?

Bir raportör, yerinde incelemeye gittiğinde, bir şirkette nereye kadar incelemekle yetkilidir? Nereden sonra sınırı aşmış olur?

Nagehan ÖZSEYHAN- Nagehan ÖZSEYHAN, Rekabet Kurumu Avukatı.

Hocam, size dört tane sorum olacak. Bir tanesi gerekçeli kararlarla ilgili.

Bazen taraflar, gerekçeli kararın tebliğini beklemeden Danıştay nezdinde dava açmaktalar. Acaba bu hukuka uygun mudur?

İkincisi; Kurumumuzun nihaî kararlarına karşı 60 gün içerisinde yargı yoluna gitmek yerine, Kuruma itiraz nedeniyle bir başvuru dava açma süresini durdurur mu?

Üçüncü sorum; "Ticarî sırların Resmî Gazete’de yayımlanamayacağını" belirttiniz. Acaba, Kurum avukatı olarak bu sırları dava aşamasında bizler kullanabilir miyiz?

Dördüncü sorum da...

Prof. Dr. Ejder YILMAZ- Hangi anlamda soruyorsunuz; "kullanabilir miyiz" diye? "İfşa ederiz" anlamında mı soruyorsunuz?

Nagehan ÖZSEYHAN- Eğer çok önemli ise, delil olarak...

Prof. Dr. Ejder YILMAZ- Delil olarak.

Nagehan ÖZSEYHAN- Dördüncü sorum da; savunma hakkından bahsettiniz, öneminden bahsettiniz; bu savunma hakkının sınırları nedir? Örneğin; yerinde inceleme yapılmasına izin verilmeyen uzman yardımcılar hakkında teşebbüsler izleminde bir idarî para cezası vermesini Kurulumuz düşündü diyelim ve böyle bir ceza verdi. Bunun için de teşebbüslerden, "neden inceleme yapılmasına izin vermediniz?" şeklinde bir savunma almak zorunda mıdır?

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Ejder YILMAZ- Yani sizin söylediğiniz, para cezası verme hakkı zaten Kurulun var.

Nagehan ÖZSEYHAN- Bu tip durumlarda da; örneğin başka bir durumda, menfi tespit veya muafiyet başvurusu oldu diyelim; hazırlanan menfi tespit ve muafiyet raporunda, menfi tespit belgesi verilmeyeceği veya bunun yerine muafiyet belgesi verilmesi gerektiğini düşünüyorum. Mutlaka bu aşamada soruşturma açılıp tarafların savunması alınmak zorunda mıdır, yoksa dosya üzerinden menfi tespit belgesi verilmemesi kararı alınabilir mi?

Prof. Dr. Ejder YILMAZ- Bunun para cezasıyla bir ilgili değiştirilmesi gerek; başka bir şey.

Nagehan ÖZSEYHAN- Bu başka bir örnek idi.
Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Ejder YILMAZ- Ben teşekkür ederim.

Şahin YAVUZ- Şahin YAVUZ, Rekabet Uzman Yardımcısıyım.

Hocam, piyasada genel olarak iddia ve savunmanın genişletilmesi ya da değiştirilmesi yasağının bulunduğunu, ancak savunma makamı açısından, işte sözlü savunma toplantısından 7 gün önce her türlü delilin sunulabileceğini ifade ettiniz. Bu, aşağı yukarı soruşturmanın sonuna rastlıyor; iddia makamı açısından bu yasağın uygulanması nasıl olacak? Çünkü, kanunun sistematigi açısından, tarafların 3 yazılı, 1 sözlü savunma hakkı var, soruşturma sonundan itibaren ise 2 yazılı, 1 sözlü savunma hakkı var; çünkü soruşturma sırasında yeni delillerin, buna bağlı yeni iddiaların ortaya çıkması söz konusu. Bu bakımdan idarenin, yani idarenin iddiasını genişletmesi ya da değiştirmesi yasağı hangi aşamada başlıyor?

Buna bağlı iddianın kapsamı ne? Örneğin; bir fiyat karteli konusunda iddia yöneltilmişse, bu iddiayı ispatlamaya yönelik ek değerlendirmeler ya da ek bulgular yeni bir iddia mıdır? Bu bakımdan tarafa savunma hakkı verilmeli midir?

Bir de; buna bağlı tarafların, sorunun başında ifade ettiğim, o 2 yazılı, 1 sözlü savunma hakkı en az mıdır, yani "herbir iddia için en az şu kadar savunma hakkı var" şeklinde yorumlanabilir mi?

Son sorum Hocam; bu savunmadan sonraki süreler, işte 15 gün, 30 gün, bizim sunacağımız raporlara ilişkin süreler sonu beklenmeli mi? Yani, örneğin tarafın bir aylık savunma süresi var, bu bir aylık savunma süresinden sonra mı bizim 15 günlük ek görüş süremiz başlıyor, yoksa tarafın savunması Kuruma intikal ettiği tarihten itibaren mi başlıyor? "Çünkü, o arada taraf, ikinci bir savunmasını da gönderebilir" şeklinde bir değerlendirme de yapılabilir mi?

Teşekkür ederim.

Başkan- İsterseniz burada bitirelim.

Prof. Dr. Ejder YILMAZ- Bitirelim, yani alalım soruları bir taraftan da.

Başkan- Devam edelim.

Prof. Dr. Ejder YILMAZ- Ben emrinize amadeyim. Takdir size ait.

BAŞKAN- Bir tane kaldı her hâlde zaten arkada.

Prof. Dr. Ejder YILMAZ- Çünkü o kadar güzel sorular geliyor ki; özellikle rekabet uzmanları arkadaşların sorduğu sorular, hakikaten herbiri ayrı ayrı düşünülecek -ki, biraz sonra ifade edeceğim- güzel sorular ve problemimiz de galiba bu işte; idarî usul.

İbrahim AYDEMİR- İbrahim AYDEMİR, Rekabet Uzman Yardımcısı. Hocam, benim iki sorum olacak. Biricisi; ön araştırma ve soruşturma safhalarında kamu kurumları ve teşebbüslerinin Kurum tarafından istenen bilgi ve belgeleri verme yükümlülüğü var. Acaba bu yükümlülük kapsamına, bilgiyi ticarî bir meta olarak kullanarak satan piyasa araştırma şirketleri de dahil midir?

İkincisi de; ne şekilde elde ettikleri...

Prof. Dr. Ejder YILMAZ- Onun ne ilgisi var? Soruşturma ile ilgisi var mı?

İbrahim AYDEMİR- Bir piyasayla ilgili soruşturma yürütürken...

Prof. Dr. Ejder YILMAZ- Bir dakika; yani soruşturma ile ilgili başka birini mi kastediyorsunuz? Açtığı bir soruşturmada kamu kuruluşları var, bir de onun üstünde...

İbrahim AYDEMİR- Hayır hayır. Soruşturmada kamu kuruluşları olması açısından değil, sektörle ilgili bir ön araştırma ya da soruşturma yürütülüyor, sektöre ilişkin bir piyasa araştırma şirketinden bilgi istiyoruz; kanun kapsamında bize bu bilgiyi vermekle yükümlü mü?

Prof. Dr. Ejder YILMAZ- O, soruşturma kapsamında mı, değil mi?

İbrahim AYDEMİR- Soruşturma kapsamında değil, o bilgi onda bulunduğu için istiyorum.

İkincisi de; ne şekilde elde edildiğini bir tarafa bırakacak olursak...

Prof. Dr. Ejder YILMAZ- Onu biraz açıklayacağım size; şimdi fikrimi söyleyeceğim.

İbrahim AYDEMİR- Elektronik ortamda kayıtlı olan veriler, özellikle elektronik posta iletimleri Kurum tarafından bir ispat vasıtası olarak kullanılabilir mi? Teşekkür ederim.

Başkan- Tamam her hâlde, bitti sorular.

Prof. Dr. Ejder YILMAZ- Evet, izin verirsiniz, en son soran uzman kardeşimden başlayarak, İbrahim AYDEMİR Beyden başlayarak söyleyeyim.

Biraz önce söyledim; gerçekten sorulan sorular damdan düşenin sorduğu sorular. Hani demiş ya, "Bana damdan düşeni getirin, o benim derdimi anlar" diye.

İbrahim Beyin en son sorusu, "Elektronik ortamdaki veriler delil olabilir mi?" dedi. Biraz evvel Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa yapılan yollamayı, havada bir yollama olarak değerlendirmiştim. Biz delilleri, "takdiri deliller ve kesin deliller" olarak ayırıyoruz Hukuk Usulu Muhakemeleri Kanununda. Yapılan atıf, bu "kesin delil, takdiri delil" ayrımı yapılmaksızın, bütün delil çeşitleridir diye değerlendiriyorum.

Nedir o deliller? İşte senet delili var, ikrar var, yemin var, kesin hüküm var, şahit var, bilirkişi var, keşif var; etti 7. Bu delillerin hepsini biliyoruz. Bir 8. delil türümüz var; Usul Kanunun 367. maddesi, "Özel hüküm sebepleri." Orada ne diyor? "Yukarıda sayılan bu 7 delil dışında, duruma göre her şey de delil olur" diyor. Ona ben "torba delil maddesi" diyorum.

Şimdi, elektronik ortamda elde edilen veriler; bir defa, o ilk 7 delile girmiyor. Belki muhasebe kayıtları "senet delili" anlamına gelebilir. Ama, bizim 1927 tarihli Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuz kabul edildiği tarihte elektronik veriler filân yoktu, şimdi elektronik veriler çıktı.

Bunlar acaba delil mi, değil mi? Örneğin; bırakın elektronik delile kadar, faks bir delil olur mu, olmaz mı; Yargıtay'da bu konuda tartışmalar vardır. Yargıtay, henüz faksı delil olarak kabul etmedi; diğer elektronik şeyleri de buna ilâve edebiliriz. Ama, bütün dünyada da bu yeni bir konu; elektronik veriler acaba delil olabilir mi?

Özetle söyleyeyim; bugün için bunlar delil olarak kabul edilmiyorsa da (mahkemeler bakımından) eninde sonunda mahkemeler; bunların aksi kanıtlanamadığı, bunların sahte olduğu, onlar üzerinde birtakım rötüşlar

yapılmadığı sabit olduğu sürece, elektronik kayıtları delil olarak değerlendirme durumunda kalacaktır.

Hatta, ben bir adım daha öteye atayım; bu tartışma mahkemeler bakımından bununla bağlı mı, değil mi? Mahkemelerde, biliyorsunuz; bizim Hukuk Mahkemelerinde "serbest delil" sistemi yok, "kanunî delil" sistemi var. Oysa; bence Rekabet Kurulunda "serbest delil" sistemi vardır. Rekabet Kurulu her türlü delili, bu ara bu elektronik ortamda edilen delilleri de, serbestçe kararına gerekçe yapabilir, dayanak alabilir.

Yani, şunu söylemek istiyorum: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa atıf yapılmışsa da, bu kanunu uygulayan hukuk hâkimi gibi değildir Rekabet Kurulu, her türlü delili değerlendirir.

Şimdi, "Acaba başka kişilerden de belge, bilgi istenebilir mi?" diyorsunuz. Eğer tebliğime dikkat ettiyseniz, son kısımlarını özellikle Avrupa Birliği hukuk literatüründen aktarmıştım. O, bir defa hem bilgi istemeyi, hem de yerinde incelemeyi, soruşturma kapsamına giren her türlü kuruluş bakımından değerlendiriyor. Yani, hakkında sadece direkt olarak soruşturma açılan tarafından değil, eğer soruşturma ile şu veya bu şekilde ilgiliyse, o kimsenin de bilgi verme yükümlülüğü var, o kişinin de mahallinde inceleme yapmak yükümlülüğü var. Ama, o kimsenin durumu soruşturma ile uzaktan yakından ilgili değilse, -yani o anlamda sorduğunuzu zannetmiyorum ama- soruşturduğunuz bir olayda "Ya Ejder Hoca usul hocasıdır, Ejder Hocaya ben bir bilgi sorayım, bana ver" diyemezsiniz. Benim size bilgi vermek mecburiyetim de yok. Ama, eğer benim o işle ilgim varsa direkt olarak, elbette bana soru sorarsınız.

Yani, benim bütüm korkum şu: Siz savcı değilsiniz, sakın ola ki siz, "Efendim, biz asarız, keseriz, tabancaları çekeriz, istediğimiz alırız" diyemezsiniz. Rekabet ortamı bu değildir; sizin yaptığınız da rekabet hukukuna uymaz. Sizin yetkiniz kanunda belli. Aksi takdirde, taaruz ortaya çıkar, terör olur; Rekabet Kurulu terörü olur. Ben özellikle bunu mahsus söylüyorum; buna çok dikkat etmek lâzım. Ve benim istirhamım, galiba bir iç eğitimden geçirmek lâzım gibi geliyor özellikle uzmanları; meslek eğitiminden, davranış biçiminden, vesaireden geçirmek gerekiyor. Yani, hukukî bilgiler dışında, mesele oralara kadar varıyor diye düşünüyorum.

Tarafıma yöneltilen soruların savunma ile yakın ilgisi var ve bütün bunları açıklığa kavuşturmak gerekiyor. Aslında, her bir sorunun cevabını

gerçekten ya Yönetmeliğimize, ya yapacağımız yönergeye işlememiz lâzım geliyor.

En son soru da şuydu: 30 günlük süre vermişiz, 30 günlük süre içerisinde, diyelim ki 22. gün cevabını verdi. Acaba bizim 15 günlük süremiz, yani kurum olarak 15 günlük süremiz 22 günden sonra mı başlar, yoksa 30 güne mi gider? Daha değişik bir ifadeyle; bu sürenin kullanılmasında, yani 30 günlük sürenin kullanılmasında ilk 30 gün içinde herhangi bir zamanda savunmayı bildiren, acaba ondan sonra savunmasını tamamlayabilir mi?

Bunlar bugün, yıllardan beri uğraştığımız usul hukukunun bizatihi kendisinin dahi çözemediği konulardır. Eğer biz açıkça bir sarahat getirir; 30 günlük süre, -ki bence hak düşürücü sürelerdir- bu süre ona verilmiştir, "7. gün dışında 8. gün de cevap verebilir" diyorsak, bu olabilir. Meselâ, bugün Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzda cevap süresi içerisinde birinci gün cevap veren, ikinci gün cevap veren kimsenin cevabı karşı tarafa iletilmediği sürece, ona varmadığı sürece, yasak başlamıyor; kanundaki açık hükümden kaynaklandığı için. O zaman diyoruz ki bu cevap açısından; ikinci gün cevap vermişse, karşı tarafa da henüz daha tebliğ edilmemişse, o ikinci bir cevabı verebilir diyoruz, yani bir ayrıntı getiriyoruz.

Yani, burada hukukta "yüzde yüz ondan sonra başlar, bunun içine girer" demek, biraz keyfî, sübjektif olur. Eğer bunları açıkça yazarsak, "bu tarihten başlar, süre 30 günü beklemeye gerek yoktur" dersek, ona uygun hareket etmek lâzım gelir. Ama, benim şahsî kanaatim; 30 gün süre verdiğimizize göre, 30 gün içinde savunmasını, yeni savunma yapma hakkı vardır diye düşünüyorum.

Şimdi, iddianın teksifi ilkesini söylemiştim.

Benim kanaatim şu: Aynı davacı ve davalının durumundaki gibi, idare bir iddiada bulunuyorsa, -ki, biraz evvel Sayın Hâkimimin de sorduğu soruyla paralellik kuruyorum- o iddiayı dört köşesi mamur bir bilgi olarak ileri sürece, bir iddia olarak sürece. Yarın, "işte, bu iddianın dışında ben şunu dediydim, şu bardağı dediydim, bunun yanında bir de sürahi var" derse, korkarım, o başlamış olan soruşturmanın, o prosedürün dışında bir soruşturmadır. Orada sürelerden dolayı problemler çıkar ve iddiada bulunduğunuz karşı taraf haklı olarak, "sen bana öyle dememiştin, şimdi böyle diyorsun, bana yeniden ek süre ver" gibi bir talepte bulunabilir, bir sürtüşme ortaya çıkabilir. Bu nedenle, mahsus "iddianın teksifi" ilkesini bir ilke olarak söylemiştim. Başlangıçta bunu çok iyi koymak lâzım.

Eğer söylenen; yeni iddia demeyelim de, yeni kanıt diyelim, o daha evvel söylediğiniz, yargılama hukukçularının deyişiyle "vakıalar zinciri"ne giriyorsa; -biz vakıalar zincirinden bahsederiz iddia ve savunmayı genişletmede- o zincirin içerisinde, yani 7 tane vakıa söylemişsiniz, şimdi bir vakıa daha söylüyorsunuz; ama bu zaten onların içinde varsa, o yeni bir iddia değildir. Ama, bunlar yeni bir vakıalar zinciri oluşturacak nitelikte ise, o zaman o ayrı bir iddia olur, iddia değiştirme anlamına gelir diye düşünüyorum.

Ama, itiraf edeyim; "Bu sorduğunuz soruların yüzde yüz yargılama hukukunda cevabı budur" demek mümkün değildir. Bunlar kişiden kişiye, olaydan olaya değişebilen hususlar.

Evet, aşağı yukarı Şahin YAVUZ arkadaşımın da sorduklarını da galiba cevaplamış olduk.

Nagehan Hanımın soruları var, "gerekçeli karar beklenmeden dava açılabilir mi" diye. Şimdi her ne kadar, "Rekabet Kurulu bir idarî organdır, yargılama organı değildir" diyorsak da, kişisel kanatım, yanılabilirim; bunu yine ben bir yargı kararı gibi değerlendiriyorum. Yargı kararını tebliğ etmeden, gerekçesini tebliğ etmeden iptal davası açılmasında hukukî menfaatin olmadığı kanısındayım. Neden? Çünkü, iptal davası açacak olan kişi, hangi hususların yanlış olduğunu dava dilekçesine yazacak? Yuvarlak bir şey yazacak. Eğer gerekçeyi alırsa, gerekçeyi tek tek irdeleyerek dava açabilir. O sebeple, nihaî karar kendisine tebliğ edilmeden ben iptal davası açmakta hukukî menfaat olduğu kanısında değilim. Dava açma süresi ne zaman başlar? Gerekçeli nihaî kararın kendisine tebliğinden itibaren başlar. Tebliğinden evvel kararı işletemezsiniz.

Hatta belki bu şuna benzetilebilir: Biliyorsunuz, iş mahkemesi kararlarında temyiz süresi, tefhimden itibaren başlar. Yani, daha mahkeme gerekçeli kararı yazmadan başlar. Ama, temyiz süresini kanun "orada başlar" dediği için, bir dilekçe verilir; buna "müddeti muhafaza, süre tutum" dilekçesi diyorlar; gerekçeli karar geldikten sonra esas temyiz layihasını verilir.

O nedenle, burada galiba daha kısa ve net şekilde nihaî karar gelmeden dava açılmasına Danıştay izin vermemeli; "hukukî menfaati yoktur" diye düşünüyorum.

"Biz ticarî sırrı delil olarak kullanabilir miyiz?" diyorsunuz. Elbette. Şimdi, sır hususunda kanunun getirdiği, -ki, ben onu bir ilke olarak getirmiştim- sırrın ifşası yasağı vardır. İfşa etmek; sırrı üçüncü şahıslara,

hakkı olmayan üçüncü şahıslara açıklamak demektir, üçüncü kişilere bildirim suçtur. Eğer burada bir sır varsa, elbette karşılıklı tartışılacak, bunlar dosyaya girecek, Rekabet Kurulu önünde bu sır tartışılacak, -Rekabet Kurulundan sırrı saklayamazsınız, "efendim, bu sırdır sana söyleyemem" diyemezsiniz- bunlar tartışılacak ve Rekabet Kurulu öyle bir karar verecek. Elbette sizin de bu sırrı avukat olarak, o kişi aleyhine kullanma imkânınız var. Yasaklanan husus, sırrın üçüncü şahıslara açıklanmasıdır; Resmî Gazete'de açıklama yasağıdır. Bu sır açıklama yasağı hem Kanun'dan geliyor -ve arada söylemişim ben cezacı değilim ama, atıf yapmışım- Türk Ceza Kanununa göre hem Kurul üyeleri bakımından sırrın ifşası suçtur, hem sizin bakımınızdan, hem de Rekabet Kurulunda çalışan herkes için, sırrı öğrenen herkes için, sırrın açıklanması suç olur diye değerlendiriyorum.

Şunu tam anlayamadığımı itiraf edeyim; para cezası verirken savunma hakkı alacak mıyım, almayacak mıyım? O konuda yeterli bir bilgim olmadığını itiraf edeyim. Soruyu da tam anlayamadım. Onun için, müsaade ederseniz o sorunuzu yanıtlamayayım. Ama, ne olduğunu anlarsam biraz daha herhâlde açarım.

Şimdi, Ümit GÜNGÖR kardeşim, "Delillerin incelemesinde yetki ne ölçüde?" dedi. İşte bütün mesele şeye geliyor; ben, yabancı literatürden aldığımı size ayna gibi yansıtmak istiyorum.

Yabancı literatürde, "bilgi istendiğinde bilgi vermek mecburidir" diyor. Bizde de var. "Yerinde inceleme yapma kararı verildiğinde, yerinde inceleme yapılacak olan yerdeki kişiler, müesseseler, firmalar buna tahammül etmek zorundadırlar ve yerinde yapılacak incelemede ilgiliye yardım etmek zorundadırlar" diyor. Ama, bunu ölçüsü ne? Ölçüsünü, maalesef ben de bulamıyorum, somut olarak ben de bulamıyorum. Yani normalde, "Ben filan yerde inceleme yapacağım" diye; benim işyerim olsa, siz bana deseniz, benim de bir korkum yoksa, "Gel arkadaş, incele, her şeyimi incele" derim, size yardım da ederim, size herşeyi gösteririm de. Ama, eğer ben size bilgi vermiyorsam, "Yok kardeşim, ben seni muhatap etmiyorum" dersem yahut da -biraz evvel sorulan sorulardan birisi de oydu- mahalleme sokmam yahut "bu odaya giremezsin arkadaş, sana izin vermiyorum" dersem, yabancı literatürde aynen şöyle diyorlar; onlar da aynen böyle diyorlar, yani Avrupa rekabet hukukunda da bu konuda açık bir netlik, açık bir tavır yok, "eğer 'Hayır diyorsa, giremezsin" diyor. "Ne kadar yetki veriyorsa, o kadarını inceleyebilirsin" diyor. Bunun sonucunda şu açık ki, sizlerin zor kullanma yetkiniz yok. Yani, icra hukukunda, hacze gelen

memur gibi, "aç şu kapıyı, açmıyorsan çilingire açtırırım, açmıyorsan jandarmadan da yetki alırım" diye bu konuda kanunda yetki yok, yetkiniz yok. Yani, kanunu değiştirirler de yetki verirlerse ne âlâ.

Ama, bunlar olmadığı sürece sizin yetkiyi kullanmanız mümkün değil.

Ne olabilir? Para cezasından başka bir şeyi öngörmemişler.

Alman literatürüne de baktım. Orada da enteresan; para cezasından başka bir yaptırım yok. Ama, orada görmediğim bir hususu ifade etmek istiyorum.

Eğer siz, benim işyerime geldiniz, benim hakkımda soruşturma açıldı; elinizde birtakım veriler var, benim birtakım rekabet hukukuna aykırı hareket ettiğime dair veriler varsa ve ben de sizi işyerime sokmuyorsam; o zaman, bu işyerime sokmamayı benim aleyhime bir karene olarak değerlendirebileceğiniz kanısındayım. Yani, delilleri değerlendirirken bunu, ispat yükünü bana yıkmakla, yani sizi içeri sokmayana yıkmakla işin çözümlenebileceği kanısındayım. Bu son söylediğimi de hiçbir yerde görmedim; hukukçu olarak böyle yorumlamaya çalışıyorum.

Bunun üzerinde biraz galiba çalışmamız lâzım gelir diye düşünüyorum.

Dediğim gibi, sizin zorla hiçbir yeri inceleme yetkiniz kanunda gösterilmemiştir. Olsa olsa para cezasını verir, kurtulur; ama sizin Rekabet Kanununa aykırılıkla ilgili vereceğiniz kararın sonucuna da, burada katlanmak zorundadır diye düşünüyorum.

Avukatı hazır tutma, genellikle literatürde kabul ediliyor.

Bu neye benziyor biliyor musunuz? Cezaya benziyor.

Bu gece 1.30'da polis geldi; bu soruyu soran arkadaşımın evine geldi; "Kalk, gidiyoruz" dedi, "avukatımı arayacağım" deme hakkınız var mı? Var. Cezada bile var. Katil olduğunuz belli, bu kadar adamı öldürdüğünüz belli, televizyonlar sizi gösteriyor, "Konuşmuyorum" deme hakkınız var, konuşmama hakkınız var. Müsaade edin, oralarda bile olduğuna göre, temel insan hakları, -hatta burada tabî insan yok- ama temel hak ve özgürlükler burada da geçerli.

İşte, galiba ince nokta buradan geçiyor. Yani, Rekabet Kurulu uygulamasında ne kadar yetkiniz var, ne kadar yok; galiba burada geçiyor.

Bu söylediklerimin, bir kısmınızca çok elastikî, çok havada lâflar olarak değerlendirileceğini de biliyorum. Ama, itiraf edeyim, benim okuduğum yabancı literatürde söylenenler de böyle.

Öyle, sanıyorum ki, Rekabet Kurulu uygulamasında, bizim uygulamamız, yabancı literatürdeki uygulamalar takip edildikçe bu sorulara cevap verilecek.

Müsaade ederseniz artık, soruların belki bir kısmını tam yanıtlayamadım ama, toparlamak istiyorum. Asıl olan, Rekabet Kuruluna yetkiler verilmiştir, bu yetkiler çerçevesinde, özellikle savunma hakkına azamî riayet edildikten sonra; yani tabirimi hoş görün, herkesin eteğindeki taşları dökmesine izin verildiği takdirde, suistimal etmemesi kaydıyla izin verildiği takdirde ve buradaki vakıalar delillendirildiği takdirde, somut delillendirildiği takdirde, Rekabet Kurulunun vereceği kararlar idarî yargıdan dönmez. Ve ben ona inanıyorum ki, Danıştayın da, Rekabet Kurulu uygulamasının esasını doğru bulduğu takdirde, öyle birtakım ufak şekli eksikliklerden dolayı da, kolay kolay Rekabet Kurulunun kararlarını iptal edeceği kanısında değilim.

Ben, izin veriyorsanız burada sözlerimi tamamlamak istiyorum.

İnşallah bir dahaki toplantıda yahut da özel olarak sorunuz varsa, buraya gelen arkadaşlarımla yüzüne karşı da bilgilerimi aktarmaya çalışırım.

Ben, tekrar Rekabet Kuruluna, lütfedip, görüşlerime değer verip, beni davet ettikleri için teşekkür ediyorum.

Başkan- Biz size çok teşekkür ediyoruz.

Sayın Hocamız izin verseler de, bizim sorularımız sabaha kadar bitmeyecek; öyle görünüyor.

Benim haddimi aşıyor tekniğin değerlendirmesi; ancak Sayın Hocama çok teşekkür edebiliyorum Kurumum ve kendim adına.

İyi akşamlar diliyorum.