



# REKABET FORUMU

## HUKUK-EKONOMİ-POLİTİKA

Nisan 2017, Sayı: 110

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

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

Web: [www.rekabetderneği.org](http://www.rekabetderneği.org) eposta: [rekabetgenel@gmail.com](mailto:rekabetgenel@gmail.com)

## REKABET HUKUKUNDA SUÇA İŞTİRAK (AZMETTİRME): CEVABI OLMAYAN BİR SORU

Doç. Dr. Nurkut İnan

### I. Giriş

2016 Ağustos ayında Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan, bankalara emir, talimat üslubunda bir çağrı yaptı: “Kredi faizlerini indirin.” Bunun üzerine tüm büyük kamu ve özel sektör bankaları faizleri indirdiler ve bunu kamuoyuna duyurdular.<sup>1</sup>

Bu olayı suça iştirak açısından incelemek istiyorum, ama önce ortada bir suç olup olmadığını, varsa, nasıl bir suç olduğunu incelemek gerek.

### II. Bankalar Açısından Durum

Emir-talimat konusunu şimdilik bir yana bırakalım. Bankalar, aynı zamanda ve birbirine çok yakın oranlarda kredi faizlerini düşürmüşlerdir. Bu fiili RKHK’nun 4. maddesi çerçevesinde ele almak gerekir. Bu birlikte davranışın Kanun’un 4. maddesine aykırı olması için iki halden birinin var olması gerekir: Ya bankalar bu konuda bir anlaşma yapmışlardır ya da bu birliktelik bir uyumlu eylem oluşturmaktadır.

#### A. Anlaşma

Kendilerine verilen talimattan sonra bankalar toplantı yaparak yahut haberleşerek bir anlaşma yapabilirler. Anlaşmanın oluşması için, tarafların birbirine uygun iradelerinin varlığı gerekli ve yeterlidir. Bu anlaşmanın hukuken bağlayıcı olması gerekmez. Anlaşma yazılı, sözlü, sarıh hatta zımnî olabilir. Yani 4. madde anlamında anlaşmanın varlığı için iradelerin birleştiğinin ispatı yeterlidir. Bu konuda yetkili olan Rekabet Kurulu bunu ispat ederse, 4. maddeye aykırılık ortaya çıkar ve suç oluşur.

<sup>1</sup> 10 Ağustos 2016 tarihli Sabah Gazetesi

## B. Uyumlu Eylem

Eğer anlaşmanın varlığı ispat edilemiyorsa, bu kez Kurul bir uyumlu eylem olup olmadığını araştırır. Bankaların aynı zamanda ve birbirine çok yakın oranlarda kredi faizlerini düşürmeleri, tek başına bir uyumlu eylem oluşturmaz. Çünkü uyumlu eylemden söz edebilmek için iki unsurun bir arada bulunması gerekir:

- Paralel davranış ve
- Bilinçli olma hali.

Paralel davranış ilgili teşebbüslerin piyasada gözlemlenen eylemleridir. Bu açıdan kredi faizlerinin bankalarca aynı zamanda ve birbirine çok yakın oranlarda düşürülmesi bir paralel davranıştır.

Bilinçli olma, bankaların faiz indirimi kararı alırken birbirlerinden haberdar olmaları halinde ortaya çıkar. Örneğin, bankalar aralarında bilgi değişimi yapmışlar ve sonra faizleri indirmişlerse, bu tipik bir uyumlu davranıştır. Ancak bankaların durumdan haberdar olmaları için mutlaka bilgi değişimi gerekli değildir. Paylaşılan bilgiyi bir üçüncü kişi tüm bankalara sağlamış olabilir. Bu durumda da uyumlu eylem var demektir.

İncelediğim olayda bankaların tümünü Cumhurbaşkanı bilgilendirmiş ve uyumlu eylemin ortaya çıkmasını sağlamıştır. Kısacası, anlaşma olduğu ispat edilemese bile, bir uyumlu eylemin varlığı kesindir.

RKHK'na göre yasaya aykırılık açısından anlaşma ile uyumlu eylem arasında bir fark yoktur. Hangisi olursa olsun genel hükümleri Kabahatler Kanunu'na tâbi ve cezası RKHK'nun 16. maddesinde gösterilen bir suç oluşmuştur.

## C. Bankaların Talimata Uyma Zorunluluğu Savunması

Bankaların rekabet hukukundan doğan savunmalarının tükenmesi halinde, acaba bankaların şu biçimde formüle edilebilecek bir savunması kabul edilebilir mi? :

“Biz Cumhurbaşkanımızın talimatlarına uyarak faizleri indirdik. Başka seçeneğimiz yoktu.”

Kanımca bu savunma bankaların aklanması için yeterli ve geçerli değildir. Her şeyden önce, böyle bir savunmanın kabul edilebilmesinin ön koşulu, Cumhurbaşkanı'nın böyle bir talimatı vermeğe yasal olarak yetkili olmasıdır. Çok açık olduğu için, ayrıntıya girmeden şunu söyleyebilirim. Cumhurbaşkanı'nın kesinlikle böyle bir yasal yetkisi yoktur.

Kaldı ki talimatı veren yasal yetkisi olan bir kurum (örneğin Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu) olsa bile;

- Bankalar suç oluşturan bir talimatı yerine getirmekle zorunlu değildirler,
- Buna rağmen talimata uyarak birlikte faizleri indirmişlerse cezaî sorumluluktan kurtulamazlar.

Bu sonuç da çok açık olduğu için ayrıntıya girmiyorum. Merak edenler, Türk Ceza Kanunu'nun 24. maddesi ile buna ilişkin doktrine bakabilir.

### III. Ceza Hukuku (Kabahatler Kanunu) ve Yaptırımlar Açısından Durum

#### A. Bankalar Açısından

Yukarıdaki tespitler çerçevesinde, birlikte faiz indiren bankalar suç işlemişlerdir. Rekabet Kurulu'nun yapacağı soruşturma sonucunda RKHK'nun 16. maddesi uyarınca, bankalara bir yıl önceki cirolarının %10'una kadar idarî para cezası verilir. Aralarındaki ilişkinin anlaşma ya da uyumlu eylem olarak nitelendirilmesi durumu değiştirmez. Cezanın verilmesinde RKHK'nun yanında, Kabahatler Kanunu da uygulanır.

#### B. Talimatı veren Açısından

Olayımızda talimatı veren, Cumhurbaşkanı'dır. Cumhurbaşkanı, Anayasa'mız gereği sorumsuzdur. Kendisine ceza verilemez. Ama hukukî durumu gereği gibi irdeleyebilmek için, talimatı verenin sorumsuzluk ya da dokunulmazlığı olmayan bir devlet yetkilisi olduğunu varsayacağım (örneğin bir bakanlık müsteşarı).

Ceza hukuku terminolojisinde bir suç işlemek için talimat veren kişiye "azmettiren" denilir. Azmettirme, suça iştirakin bir türüdür. Suç ve cezalar açısından RKHK, Kabahatler Kanunu'nun genel hükümlerine tâbidir. Kabahatler Kanunu'nun 14. maddesi, suça iştiraki düzenler. Maddenin bizi ilgilendiren bölümü aynen şöyledir:

##### *"İştirak*

*MADDE 14.- (1) Kabahatin işlenişine birden fazla kişinin iştirak etmesi halinde bu kişilerin her biri hakkında, fail olarak idari para cezası verilir.*

*(2) Özel faillik niteliğinin arandığı durumlarda, kabahate iştirak eden ve bu niteliği taşımayan kişi hakkında da fail olarak idari para cezası verilir.*

*(3) Kabahate iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir. Kabahatin işlenişine iştirak eden kişi hakkında, diğerlerinin sorumlu olup olmadığı göz önünde bulundurulmaksızın idari para cezası verilir."*

Maddenin 1. fıkrasından anlaşıldığı üzere, iştirak edenlere "fail olarak idari para cezası verilir." Diğer bir deyimle, iştirakçiye (azmettirene) fail ile aynı ceza verilecektir. Buna şüphe yoktur. Madde son derecede açıktır.

Ancak, bu aşamada karşımıza iki sorun çıkar.

#### 1. Özel Faillik

Ceza hukukunda bazı suçlar ancak belirli niteliklere sahip kişilerce işlenebilir. Bunlara özel fail denilir. Örneğin Ceza Kanunu'nda bazı suçlar ancak devlet memurları tarafından işlenebilir (TCK m. 94,120,204,247 vs.).

RKHK'na göre, Kanun'un 3. maddesinde tanımlanan "teşebbüs"ler sorumlu tutulabilir ve ancak bunlara ceza verilebilir. Yani RKHK'da tanımlanan suçlar özel fail suçlarıdır. Bu durumda suça iştirak eden kişi özel fail yani teşebbüs değilse, yine de ceza verilebilecek midir? Bu sorunun cevabı, yine Kabahatler Kanunu'nda mevcuttur:

*"(2) Özel faillik niteliğinin arandığı durumlarda, kabahate iştirak eden ve bu niteliği taşımayan kişi hakkında da fail olarak idari para cezası verilir."*

Talimatı veren Cumhurbaşkanı'na Anayasadaki sorumsuzluk nedeniyle ceza verilemeyecektir, ama bu talimatı yukarıdaki varsayımına göre sorumsuzluğu ya da dokunulmazlığı olmayan bir bakanlık müsteşarının vermesi halinde, bu kişinin ceza alması gerekir.

Yaptığım tahlilde buraya kadar bir sorun yoktur ve vardığım sonuçlar geçerlidir. Ancak bu aşamada önemli olan bir başka sorun ortaya çıkar. Bu sorun yazımın alt başlığını oluşturmuş, hatta bu çalışmayı kaleme almama yol açmıştır.

## 2. Cezanın Hesaplanması

İncelediğim olayda RKHK'nun 4. maddesine aykırılık nedeni ile Rekabet Kurulu'nca yapılacak soruşturma sonunda idarî para cezası verilecektir. Cezaya ilişkin Kanun'un 16. maddesinin ilgili fıkrası aşağıdadır:

*“Bu Kanunun 4, 6 ve 7nci maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idarî para cezası verilir.”*

Rekabet Kurulu, 16. madde ve İdarî Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik hükümlerine göre bankalara ayrı ayrı ceza takdir eder. Bankaların ciroları farklı olduğu için doğal olarak verilecek cezalar da farklı olacaktır.

Buna karşılık suça iştirak eden (azmettiren) tek bir gerçek kişidir ve teşebbüs değildir. Bu kişi soruşturmaya nasıl dahil edilecek ve cezası nasıl hesaplanacaktır? Bu sorulara yanıt bulmak son derecede zordur. Hatta bunun olanaksız olduğu da söylenebilir. Ama kanımca bu konu incelenmeye değer.

## IV. Azmettirenin Durumu

### A. Soruşturma Açısından

İncelenen olayda azmettiren kişi, Cumhurbaşkanı'dır. Ancak bu araştırmanın amacı açısından, bu kişinin sorumsuzluğu/dokunulmazlığı olmayan bir üst düzey kamu görevlisi (tabii azmettiren sıradan bir üçüncü kişi de olabilir) olduğunu varsaymaktayım. Önemli olan bu kişinin bir teşebbüs olmadığı hallerdir.

RKHK'da soruşturmanın nasıl yapılacağı 40-55. maddelerinde belirlenmiştir. Dikkatli okunursa bu maddelerde “teşebbüs”den değil, “ taraflar”dan söz edilmektedir. Bu nedenle teşebbüs olmayan bir kişi hakkında soruşturma yapılması, hiç değilse sözel bakımdan, mümkündür. Esasen hakkında soruşturma yapılmayan ve savunma olanağı olmayan birisine ceza verilmesi de hukuken mümkün değildir (RKHK m. 44/son fıkra).

Buradaki tek sorun azmettirenin soruşturma tebligatının nasıl yapılacağıdır. Kanun'un 9. maddesinin 1. fıkrası şöyledir:

*“Kurul, ihbar, şikâyet ya da Bakanlığın talebi üzerine veya resen bu Kanununun 4, 6 ve 7nci maddelerinin ihlal edildiğini tespit ederse ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine bu Kanunun Dördüncü kısmında belirtilen hükümler çerçevesinde, rekabetin tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları kapsayan bir kararı bildirir.”*

Görüldüğü gibi Kanun sadece teşebbüs ve teşebbüs birliklerinden söz etmektedir. Yani teşebbüs olmayan iştirakçiye bildirimde bulunmak olanaksız mıdır? Kanımca geniş bir yorum ile bu kişiye de bildirimde bulunmak mümkün olmalıdır. Rekabet Kurulu burada “özel fail” olmasa bile, suça iştirak edenlerin fail ile aynı şekilde cezalandırılacaklarını öngören Kabahatler Kanunu’nun 14. maddesine dayanabilir.

Kanımca teşebbüs olmayan bir azmettiren aleyhinde soruşturmanın yürütülmesi hukuken mümkündür.

## **B. Ceza Tayini Açısından**

Soruşturmayı tamamlayarak suçun oluştuğunu belirleyen Rekabet Kurulu, cezayı da takdir edecektir. Kurul 16. madde ve İdarî Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik hükümlerine göre bankalara ayrı ayrı ceza takdir eder. Bankaların ciroları farklı olduğu için doğal olarak verilecek cezalar da farklı olacaktır. Buraya kadar bir sorun yoktur.

Buna karşılık, Kabahatler Kanunu’na göre (m. 14) suça iştirak edene (azmettiren) aynı ceza verilir. Ancak azmettiren tek bir gerçek kişidir ve teşebbüs değildir. Bu kişinin cezası nasıl hesaplanacaktır?

Olaydaki varsayıma göre azmettiren, bir kamu görevlisidir. Teşebbüs olmadığı gibi tacir dahi değildir. Bu durumda kendisinin “karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi geliri” nedir ve nasıl hesaplanacaktır ki, bu tutarın %10’una kadar ceza verilebilir?

Kanımca bu soruya ancak aşırı zorlama ile yapılacak bir yorum ile yanıt verilebilir. Teşebbüs olmayan kamu görevlisinin bir yıl önceki brüt maaşı ve varsa kira ve/veya menkul kıymet gelirlerinin toplamı alınır. Bu tutarın belirli bir yüzdesi cezayı oluşturur. Düz mantık ile kabul edilebilir bir çözüm olmasına rağmen, bu yol kanımca doğru değildir. Kabahat cezalarının genel sistemine uymaz. Çünkü dikkatle incelenirse görülecektir ki, tüm kabahatlerde nispî para cezası (gelirin belirli bir yüzdesi) ancak failin kabahat oluşturan fiilden bir kazanç elde ettiği hallere mahsustur. Bir kazanç yoksa kabahat maktu bir tutar ile cezalandırılır. Kabahatler Kanunu ve kabahat suçlarını belirleyen diğer kanunların (örneğin RKHK) hepsinin sistemi böyle kurulmuştur. Olayda faiz indirimi talimatını veren kişi bir kazanç elde etmez. Hatta kazanç elde etme niyeti dahi yoktur. Kanımca, bu durumda iştirakçiye maktu ceza verileceğine ilişkin bir fıkranın RKHK’nun 16. maddesine eklenmesi yegâne çözüm yoludur.

## **V. Sonuç**

Önermek istediğim ek fıkra metnini aşağıda sunacağım. Ama daha önce böyle bir değişiklik yapılmadan önce Rekabet Kurulu’nca sonuçlandırılan bir soruşturmada, Kurul nasıl davranmalıdır? Bu sorunun yanıtını vermek için, bir örnek kararın “Hüküm” (Sonuç) bölümünü şöyle düzenledim:

1.Aşağıda gösterilen bankalar ve teşebbüs olmamasına rağmen Kabahatler Kanunu delaletiyle suça iştirakçi olan .....(isim) RKHK'nun 4. maddesinin (a) bendini ihlal etmişlerdir.

Bankalar:

.....Bankası (unvan)

..... Bankası (unvan)

..... Bankası (unvan) vd.

2..... Bankası'na .....TL

.....Bankası'na .....TL

..... Bankası'na .....TL vd.

İdarî para cezası verilmesine,

3.İştirakçi sıfatıyla sorumlu olmasına karşın, mevzuat yetersizliği nedeniyle .....(İsim)'e ceza verilmesinin mümkün olmadığına,

Karar verilmiştir.”

Bilindiği gibi bir soruşturmada sözlü savunma toplantısından kısa bir süre sonra Kurul taraflara kararı tefhim eder. Bu tefhimde sadece kararın hüküm (sonuç) bölümü yer alır. Yukarıda verdiğim örnek de işte bu bölümdür. Daha sonra iki üç ay içerisinde Kurul'un gerekçeli kararı taraflara tebliğ edilir. Hem tefhim metni hem de gerekçeli karar kamuya açıktır ve Rekabet Kurumu'nun internet sayfasında yayınlanır ve basına verilir.

Yukarıda verdiğim örnek metne göre, azmettiren kamu görevlisinin ismi tefhim metninde gösterilir ve olay henüz güncelliğini kaybetmeden kamuoyuna duyurulmuş olur.

Ceza verilmemiş olsa bile bir kamu görevlisinin yasayı ihlal ettiği ve sorumlu olduğu aleniyet kazanır. Bu ise kanımca şimdilik oldukça etkili bir yaptırım sayılır.

RKHK'nun 16. maddesine eklenmesini önerdiğim fıkra metni:

*“Kabahatler Kanunu delaletiyle sorumlu olan ve fakat teşebbüs sayılmayan iştirakçiye .....TL idarî para cezası verilir.”*