

*Uzmanlık Tezleri Serisi No: 190*

# REKABET KURUMU

AB VE TÜRK REKABET  
HUKUKUNDA  
HUKUKA AYKIRI DELİLLERİN  
KABUL EDİLEBİLİRLİĞİ

*AHMET YALÇIN*

**AB VE TÜR K REKABET  
HUKUKUNDA  
HUKUKA AYKIRI DELİLLERİN  
KABUL EDİLEBİLİRLİĞİ**

*AHMET YALÇIN*

Temmuz 2022

©Bu eserin tüm telif hakları  
Rekabet Kurumuna aittir. 2022

Baskı, Temmuz 2022  
Rekabet Kurumu-ANKARA

Bu kitapta öne sürülen fikirler eserin yazarına aittir;  
Rekabet Kurumunun görüşlerini yansıtmaz.

Bu tez, Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı Ferhat TOPKAYA,  
Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı Faik Metin TİRYAKİ, Baş  
Hukuk Müşaviri Harun GÜNDÜZ, I. Denetim ve Uygulama Dairesi  
Başkanı Hatice YAVUZ ve IV. Denetim ve Uygulama Dairesi Başkanı  
Recep GÜNDÜZ'den oluşan Tez Değerlendirme Heyeti tarafından  
18 Ocak 2021 tarihinde yürütülen Tez Savunma Toplantısı sonucunda  
yeterli ve başarılı kabul edilmiştir.

Tez yazarı Ahmet YALÇIN, 08.03.2021 tarihinde yapılan Yeterlik  
Sınavında başarılı olmuş ve Başkanlık Makamının 11.05.2021 tarih ve  
25363 sayılı onayı ile Rekabet Uzmanı olarak atanmıştır.

YAYIN NO

373

## İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR.....	iii
GİRİŞ .....	1

### BÖLÜM 1

#### HUKUKA AYKIRI DELİL

1.1. İSPAT VE DELİL KAVRAMLARI.....	4
1.2. DELİL SERBESTİSİ VE YASAKLARI/SINIRLARI.....	5
1.3. HUKUKA AYKIRI DELİL KAVRAMI .....	7

### BÖLÜM 2

#### HUKUK AYKIRI DELİL YASAĞININ REKABET SORUŞTURMALARINDA UYGULANABİLİRLİĞİ

2.1. AİHS ÇERÇEVESİNDE HUKUKA AYKIRI DELİLLERİN DURUMU .	10
2.1.1. AİHM'nin Adil Yargılanma Hakkına Yaklaşımı.....	10
2.1.2. AİHM'nin Rekabet Hukuku İncelemelerindeki Usule İlişkin Kararları .....	13
2.1.3. AİHM'nin Hukuka Aykırı Delillere İlişkin Bakış Açısı .....	14
2.2. TÜRK HUKUKUNDA HUKUKA AYKIRI DELİLLERİN DURUM .....	17
2.2.1. AYM'nin Hukuka Aykırı Delil Yasağına İlişkin Kararları .....	17
2.2.2. Danıştay'ın Hukuka Aykırı Delil Yasağına İlişkin Kararları.....	19
2.2.3. Rekabet Kurulunun Yürüttüğü Soruşturmalarda Hukuka Aykırı Delillerin Durumu .....	21
2.3. REKABET HUKUKUNDA HUKUKA AYKIRI DELİLLERİN GÖRÜNÜMLERİ .....	22

### BÖLÜM 3

#### AB REKABET HUKUKUNDA HUKUKA AYKIRI DELİLLER

3.1. KOMİSYON'UN YERİNDE İNCELEME YETKİSİ.....	25
--	----

3.2. BALIK AVI GEZİLERİ VE TESADÜFİ DELİL .....	27
3.2.1.Kavramsal Çerçeve.....	27
3.2.2.Yerinde İnceleme Kararında ve Yetki Belgesinde Bulunması Gereken Hususlar .....	29
3.2.3. AB Mahkemelerinin Yaklaşımı .....	32
3.2.4. Diğer Ülke Uygulamalarından Örnekler .....	37
3.3. DİJİTAL DELİLLER .....	38
3.3.1. Dijital Delillerin Elde Edilme ve İnceleme Yöntemleri .....	39
3.3.2. Dijital Ortamlardaki Yerinde İncelemelerde Yaşanabilecek Hukuki Sorunlar .....	43
3.4. KİŞİSEL MOBİL CİHAZLARDA YERİNDE İNCELEME .....	46
3.5. RIZAYA DAYANMADAN ELDE EDİLEN SES VE GÖRÜNTÜ KAYITLARI.....	49

## **BÖLÜM 4**

### **TÜRK REKABET HUKUKUNDA HUKUKA AYKIRI DELİLLER**

4.1. TÜRK REKABET HUKUKUNDA BALIK AVI GEZİLERİ- TESADÜFİ DELİL VE TÜRKİYE UYGULAMASI İÇİN ÖNERİLER.....	52
4.2. TÜRK REKABET HUKUKUNDA DİJİTAL DELİLLER VE TÜRKİYE UYGULAMASI İÇİN ÖNERİLER .....	59
4.3. TÜRK REKABET HUKUKUNDA KİŞİSEL MOBİL CİHAZLARDAN ELDE EDİLEN DELİLLER VE TÜRKİYE UYGULAMASI İÇİN ÇÖZÜM ÖNERİLERİ .....	62
4.4. TÜRK REKABET HUKUKUNDA RIZAYA DAYANMADAN ELDE EDİLEN SES VE GÖRÜNTÜ KAYITLARININ DURUMU VE TÜRKİYE UYGULAMASI İÇİN ÖNERİLER.....	66
<b>SONUÇ</b> .....	70
<b>ABSTRACT</b> .....	73
<b>KAYNAKÇA</b> .....	74

## KISALTMALAR

<b>1/2003 sayılı Tüzük</b>	: Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty
<b>AB</b>	: Avrupa Birliği
<b>ABAD</b>	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
<b>ABD</b>	: Amerika Birleşik Devletleri
<b>ABİDA</b>	: Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma
<b>ACM</b>	: Hollanda Rekabet Otoritesi
<b>ACM Açıklayıcı Not</b>	: 2014 ACM Procedure for The Inspection of Digital Data
<b>Açıklayıcı Not</b>	: Explanatory note on Commission inspections pursuant to Article 20(4) of Council Regulation No 1/2003
<b>AEA</b>	: Avrupa Ekonomik Alanı
<b>AİHM</b>	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
<b>AİHS</b>	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
<b>Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi</b>	: EU Charter on Fundamental Rights
<b>Avusturya İnceleme Rehberi</b>	: Guidance on Dawn Raid, Austrian Federal Competition Authority
<b>AYM</b>	: Anayasa Mahkemesi
<b>Bkz.</b>	: Bakınız
<b>CMC</b>	: İspanya Rekabet Otoritesi
<b>CMK</b>	: 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
<b>dn.</b>	: dipnot
<b>E.T.</b>	: Erişim tarihi
<b>ICN</b>	: International Competition Network
<b>İDD</b>	: İdari Dava Dairesi
<b>İYUK</b>	: 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu
<b>KK</b>	: 5326 sayılı Kabahatler Kanunu
<b>Komisyon</b>	: Avrupa Birliği Komisyonu
<b>Kurul</b>	: Rekabet Kurulu
<b>Kurum</b>	: Rekabet Kurumu
<b>Madde</b>	: m.

<b>No</b>	: Sayı (Number)
<b>OECD</b>	: Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (Organisation for Economic Co-Operation and Development)
<b>para.</b>	: paragraf
<b>RKHK</b>	: 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
<b>s.</b>	: sayfa
<b>TCK</b>	: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
<b>Topluluk</b>	: Avrupa Topluluğu
<b>Türkiye Cumhuriyeti Anayasası</b>	: Anayasa
<b>Üye Devletler</b>	: Avrupa Birliği Üyesi Olan Devletler
<b>v.</b>	: versus
<b>vb.</b>	: ve benzeri
<b>vd.</b>	: ve diğerleri
<b>vol.</b>	: Cilt (Volume)

## GİRİŞ

Başta karteller olmak üzere rekabet ihlallerinin karmaşık ve örtülü yapısı, rekabet otoritelerinin hukuka aykırı durum ve olguları tespit etmesi bakımından engel teşkil edebilmektedir. Bu sebeple, birçok ülkede otoritelere geniş inceleme ve delil toplama yetkileri tanınmıştır. Bu geniş yetkilere rağmen teknolojik gelişmeler sebebiyle delillerin teşebbüslerce gizlenme ihtimali artmış, rekabet otoritelerinin delil elde etme imkânları azalma eğilimine girmiştir. Delil elde etme imkânlarına ilişkin düşüş eğiliminin önümüzdeki yıllarda da devam edeceği düşünüldüğünde, otoritelerin hangi delil elde etme yöntemlerini hukuk sınırları içerisinde kullanabileceği tartışmasının daha da önem kazanacağı söylenebilecektir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda "*hukuka aykırı delillerin kabul edilemezliği*" ilkesi kabul edilmiştir. Bu ilke, ceza ve medeni yargılama usullerinde de ilgili yargılama kanunlarına derç edilmiştir. İdari yargılamada ise henüz bu konuda bir düzenleme bulunmamaktadır. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da (RKHK), Rekabet Kurulunun yürüttüğü soruşturmalarda uygulanacak usul hükümlerine detaylı bir şekilde yer verilmiş olmakla birlikte, hukuka aykırı delillerin kabul edilemezliği ile ilgili bir düzenleme yer almamaktadır. İdari para cezalarına ilişkin genel kanun mahiyetinden bulunan 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nda (KK) da bu konuda bir hüküm bulunmamaktadır. Fakat hukuka aykırı delillerin kabul edilemezliği kuralı, hukukun evrensel ilkeleri arasında yer almaktadır. Nitekim herhangi bir kanunda düzenlenmemesine rağmen hukukun evrensel ilkeleri arasında yer alan "*kişinin kendisini suçlayıcı beyanda bulunmasına zorlanması yasağı*" ve "*avukat-müvekkil yazışmalarının korunması ilkesinin*" Kurul'un yürüttüğü soruşturmalarda da geçerli olduğu görülmektedir.



Hukuka aykırı delil yasağı, esasen yargı mercilerinde karşılaşılan bir konu olmakla birlikte, hukuk kurallarını somut olaylara uygulamakla görevli kılınmış rekabet otoritelerinin tesis ettikleri idari işlemlerde de ortaya çıkmaktadır (Budak 2004, 138). Rekabet otoritelerinin yürüttükleri soruşturmalarda “*re’sen tahkikat (araştırma) ilkesinin*” geçerli olduğu, bu ilke kapsamında delillerin değerlendirilmesi bakımından “*delil serbestisi ilkesi*” ile hareket ettikleri görülmektedir. Delil serbestisi ilkesinin en önemli sınırlarının ise hukuka aykırı delil elde etme ve hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi yasakları olduğu söylenebilecektir (Uyanık 2003, 83).

Bu kapsamda Kurul’un tesis ettiği işlemler de, özellikle maddi gerçeğe ulaşmak amacıyla yürütülen tahkikat aşaması sonunda hukuk kurallarının somut olaya uygulanması ve ilgililerin hukuki durumunu etkileyen önemli miktarda idari para cezası uygulanması nedeniyle yargı benzeri bir faaliyet niteliği taşımaktadır (Budak 2004, 138). Dolayısıyla ceza yargılaması benzeri bir tahkikat niteliği taşıyan soruşturmaları yürütürken idari otoritenin, Anayasa Mahkemesi (AYM) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatlarında da geniş şekilde yer verildiği üzere, yargılama hukuku güvencelerine uygun hareket etmesi gerekmektedir. Burada yargılama hukuku güvencelerinden kastedilen “*adil yargılanma hakkı*”, “*hukuk devleti ilkesi*”, “*savunma hakkı*”, “*hukuka aykırı delil yasağı*” ve diğer ana ilkelerdir (Ulusoy 2013, 49).

Hukuka aykırı delil yasakları ve bu yasak çerçevesinde delillerin “kabul edilebilirlik/kabul edilemezlik” kriterleri tartışmalarının Türk rekabet hukuku doktrininde yeterince incelenmediği ve içtihat geliştirilmediği görülmektedir. Bu kapsamda rekabet hukukunda hukuka aykırı delil yasağının uygulanıp uygulanmayacağına yasal düzenlemeler ve hukukun evrensel ilkeleri ışığında değerlendiren bir çalışmanın eksikliği hissedilmektedir. Dolayısıyla bu çalışmada, rekabet hukukunda hukuka aykırı delil yasağının hem Avrupa Birliği (AB) hem de Türk rekabet hukuku uygulamasında temel hak ve özgürlükler ile adil yargılanma hakkı özelinde ne şekilde ele alındığı anlatılacak, ayrıca Kurul’un delil etme yetkileri üzerinde durulacaktır.

Bu çerçevede tezin ilk bölümünde, hukuka aykırı delil kavramına yer verilecek, doktrinde ve yargı kararlarında kavramın kapsamının ne şekilde

oluşturulduğu incelenecektir. Aynı zamanda hukuka aykırı delil yasağı kavramı ile hangi delil yasaklarının anlaşılması gerektiği üzerinde durulacaktır.

Tezin ikinci bölümünde, öncelikle AİHS 6. maddede düzenlenen “*adil yargılanma hakkı*” ve 8. maddede yer alan “özel hayat, konut ve haberleşme hürriyetinin korunması hakkı” çerçevesinde kendisine yer bulan hukuka aykırı delil yasağının, idari yaptırım hukukunda uygulanıp uygulanamayacağı, AİHM kararları ışığında incelenecektir. Bu noktada adil yargılanma hakkının kapsamının ne olduğuna ve bu hakkın, idari yaptırımlar uygulanan idari usullerde ve idari yargılamada uygulanabilir olup olmadığına ilişkin kararlara yer verilecektir. Akabinde, AYM, Danıştay ve idare mahkemelerinin idari yaptırımlara ilişkin kararlarında hukuka aykırı delil yasağına bakış açısı ele alınacaktır. Sonuç olarak, rekabet hukukunda, hukuka aykırı delil yasağının uygulama alanı bulup bulmadığı tespit edilmeye çalışılacaktır.

Üçüncü bölümde ise, AB rekabet hukuku soruşturmalarında hassas bir yere sahip olan ve farklı görüşlerin tartışılmasına yol açtığı delil türleri ele alınacaktır. Delil türlerindeki tartışmalı noktalar tespit edilirken AİHM kararları, Komisyon ve AB üye devletlerinin uygulamaları arasında farklılıklara yer verilecektir. Rekabet hukukunda delil serbestisi ilkesinin ön planda olması sebebiyle çok sayıda delil tipinin kullanıldığı bilgisi dâhilinde, çalışmanın kapsamı son dönemlerde tartışma yaratan “balık avı gezileri”<sup>1</sup> neticesinde elde edilen deliller ve tesadüfi deliller ile ses kaydı ve kişisel mobil cihazlardan elde edilen dijital delillerle sınırlandırılacaktır.

Son bölümde ise, üçüncü bölümde ele alınacak delil türlerinin Türk rekabet uygulaması açısından değerlendirilmesi yer almaktadır. Yapılacak olan değerlendirmeler Komisyon ve ülke uygulamaları ile kıyaslanacak ve her bir delil türü özelinde çözüm önerileri verilmeye çalışılacaktır.

---

<sup>1</sup>Kavramın İngilizce karşılığı, “*fishing expedition*”dır.

## BÖLÜM 1

### HUKUKA AYKIRI DELİL

#### 1.1. İSPAT VE DELİL KAVRAMLARI

İspat, somut bir vakıanın gerçek olup olmadığı hakkında karar veren makamları ikna etme eylemidir (Roxin 2005, 266). Soruşturma sonucunda maddi gerçeğe ulaşma amacını gerçekleştirmek isteyen makamların, ispat faaliyeti için başvuracağı yegâne vasıta ise delildir (Yaylak 2017, 5). Diğer bir tanımla ise delil, iddia edilen bir olayın var olup olmadığını kanıtlamak için kullanılan belgeler, ifadeler ve somut nesnelere (Garner 2010, 635).

İspat aracı konumunda bulunan delillerin, yargılamada kabul edilebilmesi için *gerçekçi, akla uygun, olayı temsil edici, sağlam, güvenilir, elde edilebilir* ve en önemlisi *hukuka uygun* olması gerekmektedir (Bıçak 2010, 369). Kabul edilebilir bir delile atfedilen özellikler arasında yer alan “*hukuka uygun olma*” özelliği, delilin kaynağının veya delilin elde edilme şeklinin yasak olması sebebiyle hak ihlallerine yol açabilmekte ve günümüz hukuk sistemlerince dışlanma yaptırımına tabi tutulabilmektedir (Yaylak 2017, 7).

Anayasanın 36. maddesinde; “*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*” denilmek suretiyle ispat faaliyeti yerine getirilirken meşru vasıtalarından faydalanılması gerekliliği düzenlenmiştir. Şüphesiz madde metninde yer alan “meşru vasıta” ifadesinden ilk olarak anlaşılması gereken ispat vasıtası olarak kullanılacak delillerin hukuka uygun olması gerektiğidir.

## 1.2. DELİL SERBESTİSİ VE YASAKLARI/SINIRLARI

Kurul tarafından yürütülen soruşturmalarda temel gaye maddi gerçeğe ulaşmaktır. RKHK'nin 40 ve 44. maddeleri uyarınca Kurul'un yürüttüğü soruşturmalarda, *resen araştırma ve resen harekete geçme* ilkeleri benimsenmiştir (Can 2012, 56). Nitekim Danıştay'ın 2003 tarihli bir kararında<sup>2</sup>, Kurul'un rekabet ihlallerini, resen araştırmaya yetkili olduğu yönünde değerlendirmede bulunulmuştur.

RKHK'nin 40 ve 44. maddeleri uyarınca soruşturma görevi ifa edilirken herhangi bir vakianın herhangi bir delille ispat edilebilmesi yaklaşımı benimsenmiştir<sup>3</sup> (Yılmaz 1999, 125). Bu yaklaşımın hukuki karşılığı “*delil serbestisi*” olarak karşımıza çıkmaktadır. Ceza hukukunda da maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasının amaçlandığı ve hâkimin somut olayı değerlendirirken delil serbestisi ile hareket edeceği bilinmektedir. Nitekim İYUK 20. maddenin birinci fıkrası çerçevesinde idari yargılama usulünde de resen araştırma ilkesinin kabul edildiği ve bu doğrultuda delil serbestisi ve delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkelerinin benimsendiği görülmektedir (Yılmaz 2004, 70).

Ancak bu kural sınırsız olarak yorumlanmamalı ve kuralın sınırını hukuk dışı yollara başvurarak delil elde etmeme oluşturmaktadır<sup>4</sup> (Yılmaz 1999, 101). Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu da bir kararında<sup>5</sup> hukuka uygun delilin önemini:

Maddi gerçeğin araştırılması aşamasında kişisel ya da toplumsal değerlerin korunması zorunludur. Bu değerlerin korunması amacıyla kanun koyucu delillerin serbestliği ilkesine delil yasakları olarak adlandırılan birtakım sınırlamalar getirmiştir.

şeklinde ifade etmiştir. Yukarıda yer alan kararlardan da hareketle delil serbestisi ilkesinin sınırını, hukuka aykırı delil elde etme ve hukuka aykırı delilin yargılamada kullanılması yasakları oluşturmaktadır (Ceylan 2018, 338). Başka bir deyişle hukuka aykırı olarak toplanmış deliller karar merci tarafından dikkate alınmamalıdır.

---

<sup>2</sup> Danıştay 10. Dairesi'nin, E:2001/1405, K:2003/4903 sayılı kararı, 09.12.2003

<sup>3</sup> Ayrıca bkz: (Uyanık 2003, 83)

<sup>4</sup> Ayrıca bkz: (Koca 2000,106) ve (Demircioğlu 2014,49).

<sup>5</sup> YCGK, E. 2013/483, K.2013/599 sayılı karar,10.12.2013; Benzer değerlendirmeler, YCGK, E:7-160/2009, K:264/2009 sayılı ve 17.11.2009 tarihli kararında da yer almaktadır: “*Temel hak ve hürriyetlere yasadışı müdahale ile elde edilen delillerin hükme esas alınması hukuka aykırıdır*”.

Hukuka aykırı delil hakkında yabancı devlet hukuklarında, mevzuatta, doktrinde ve yargı kararlarında yeknesak bir terminoloji bulunmamaktadır. Şenol (2015, 64)'un yapmış olduğu çalışmaya göre;

İngiliz hukukuna bakıldığında, bu konu usulsüz (improperly), gayri adil veya hukuka aykırı (illegal) olarak elde edilen delillerin kabul edilebilirliği (admissibility) ya da hariç tutulması (exclusionary) sorunu çerçevesinde; Amerikan hukukunda ise delilin yargılamada kabul edilebilirliği sorunu çerçevesinde hariç tutma kuralı (exclusionary rules) şeklinde ele alınmıştır. Alman hukukunda ise delil-ispat yasakları kavramı kullanılmaktadır.

ABAD ve AİHM kararları<sup>6</sup> çerçevesinde ise kavram, delillerin kabul edilebilirliği (*admissibility of evidence*) çerçevesinde ele alınmaktadır.

Türk hukukundaki duruma bakıldığında ise kavramın, Anayasanın 38. maddesinin altıncı paragrafında<sup>7</sup> “*kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgu*”, CMK’da, “*kanuna aykırı olarak elde edilmiş delil*”, “*hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş delil*” ve “*hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş delil*” olmak üzere farklı kullanımları mevcuttur. Söz konusu kavram, HMK’de ise “*hukuka aykırı olarak elde edilen delil*” olarak kullanılmaktadır.

Nitekim yukarıda izah edildiği üzere kanunlarda ve Anayasa’da farklı kavramların kullanımı doktrinde de farklı tanımlamaları beraberinde getirmiştir. Kunter (2008, 1081) “*hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delil*”, Yurtcan (1996) “*ispat yasakları*”, Öztürk ve Erdem (2010) “*delil yasakları-yasak kanıtlar*”, Turhan “*delil yasakları ve hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi yasağı*”, Bıçak (2010, 525) ise “*usulsüz ulaşılan delil*” terimlerini kullanmaktadır.

Kanunda ve doktrinde farklı kavramlar kullanılmakta olup, tarafımızca tezin ilerleyen bölümlerinde delil elde etme yasakları ve delilin yargılamada kullanılması yasakları kavramları<sup>8</sup> için daha kapsayıcı olduğu düşünülen *hukuka aykırı delil yasağı* kavramı kullanılacaktır. Bu kapsamda bir sonraki başlık altında hukuka aykırı delil kavramını açıklamaya çalışacağız.

---

<sup>6</sup> Case 46/87 R Hoechst v. Commission, ECLI:EU:C:1987:167, para. 34.

<sup>7</sup> AY m. 38/6: “*Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.*”

<sup>8</sup> Eser içerisinde, herhangi bir pratik sonucu olmadığı için delil elde etme yasakları ve delilin yargılamada kullanılması yasakları ayırımına gidilmeyecektir. Hukuka aykırı delil yasağı ifadesi iki yasağı da kapsayıcı şekilde kullanılmaktadır.

### 1.3. HUKUKA AYKIRI DELİL KAVRAMI

Konunun kavramsallaştırılabilmesi için öncelikle, aykırılığın kapsamının hukuka aykırılık mı yoksa kanuna aykırılık mı olarak ele alınması gerektiği sorunu çözümlenmelidir.

Bu noktada kullanılacak olan kavramın belirlenebilmesi için hukuka aykırı delilin kapsamının daha net ortaya konulması gerekmektedir. Doktrinde, Anayasa’da kanuna aykırılık ibaresinin kullanılmasından dolayı delil ile ilgili yasakları daha dar yorumlayan görüşler bulunmaktadır.

Hafizoğulları (1996, 642-643)’na göre, bir hukuk devletinde, kanunların hukuka uygun olması gerektiğinden delil elde etme yöntemini belirleyen yasalara her aykırılık mutlak olarak hukuka aykırılık oluşturur. Yazara göre “*hukuka soyut aykırılık*” biçiminde bir hukuka aykırılık söz konusu olamaz. Hukuka aykırılık, hukuk düzeninin öngörmüş olduğu belli bir kurala aykırılıktır. Bu kurallar en başta bir kanunda kendisine yer bulan düzenlemelerdir. Özbek (2009, 146) tarafından Anayasa’nın 38. maddesinin altıncı fıkrasında “*kanuna aykırı*” ibaresinin kullanıldığı, bu sebeple elde edilen delilin kanuna aykırı olup olmadığının tespitinin yeterli olduğu ve ayrıca hukuka aykırı olup olmadığının incelenmesine gerek bulunmadığı öne sürülmektedir. Öte yandan Budak’a (2004, 147) göre ise her ne kadar “*kanuna aykırı delil*” kavramı kullanılmış olsa da kanuna aykırılık ibaresinin “*hukuka aykırılık*” olarak geniş şekilde anlaşılması gerekmektedir. Bu sebeple Anayasa’da düzenlenmiş olan kanuna aykırı delil yasağı yalnızca kanun hükümlerinin ihlal edilmesi halinde değil, aynı zamanda hukukun evrensel ilkelerinin, Anayasa’nın, Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası anlaşmaların, kanun hükmünde kararname, tüzük ve yönetmelik gibi hukuk normlarının ihlali halinde de uygulama alanı bulmalıdır.<sup>9</sup>

Kunter (2008) ise hukuka aykırı delil ile temel hak ve özgürlükler arasındaki ilişkiye değinmektedir. Yazara göre, yürütülen kovuşturma ve soruşturmalarda delil elde edilirken doğal ve zorunlu olarak kişilerin temel hak ve özgürlükleri sınırlandırılmaktadır. Anayasa’nın “*Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması*” başlıklı 13. maddesi ve her bir hak özelinde ayrı ayrı düzenlemelerin yer aldığı 17. vd. maddeleri uyarınca sınırlamaların belli kriterlere bağlı olması gerektiği

<sup>9</sup> Benzer görüş için bkz: (Atay 2016, s. 59); (Şenol 2015, 65-66).

düzenlenmiştir. Söz konusu kriterlere aykırı olarak elde edilen delillerin de hukuka aykırı olacağı tartışmasızdır. Bu noktada delilin hukuka aykırılığının, karardan etkilenecek olan kimselerin temel hak ve özgürlüklerine aykırılık olarak da anlaşılması gerekmektedir (Yaylak 2015, 7).

Nitekim Anayasa'nın 38. maddesinin altıncı fıkrasının, TBMM'de görüşülmesi sırasında hazırlanan tutanaklar incelendiğinde, özellikle konut dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği ve adil yargılanma vurgusu yapılarak temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilmeksizin delile erişimin sağlanması gerektiği ve ilgili düzenlemenin AİHS'de yer alan insan haklarına ilişkin ilkelere uyum çabasının bir sonucu olduğu görülmektedir.<sup>10</sup>

Bu noktaya kadar ifade edildiği üzere doktrinde genel kabul gören yaklaşımın, kavramın hukuka aykırılık olarak geniş biçimde ele alınması yönünde olduğudur. İlgili kavramın, başta AYM olmak üzere yüksek yargı mercilerince nasıl yorumlandığı da önem arz etmektedir. Nitekim kanunu ve Anayasa'yı yorumlamak noktasında en üst yetkili konumunda olan AYM'nin vermiş olduğu 2002 tarihli bir kararda,<sup>11</sup> hukuka aykırılığın kapsamını oldukça geniş tuttuğu, hukuk sistemi içerisinde yer alan tüm mevzuat hükümlerini kapsam alanına almasının yanı sıra hukukun evrensel ilkelerine, uluslararası sözleşmelere, içtihadı birleştirme kararlarına ve teamül hukukuna aykırılığı da hukuka aykırılık kavramının içerisinde değerlendirdiği görülmektedir.

Kanaatimizce de kavramsal olarak "hukuka aykırılık" gibi geniş bir tabirin kullanılması ve delilin başta hukukun evrensel ilkelerine ve hukuk sistemimizde yer alan tüm pozitif hukuk kurallarına uygunluğu önem arz etmektedir. Hukuka aykırı delil yasağının en önemli amacının kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumak olduğu hususunda da şüphe bulunmamaktadır.

---

<sup>10</sup> TBMM Tutanak Dergisi, 133. Birleşim, 26.09.2001, s. 171-176

<sup>11</sup> AYM, E. 1999/2, K. 2001/2 sayılı SPK kararı, T: 05.01.2002: "*Hukuka aykırılık en başta milli hukukumuz içinde yürürlükte olan tüm hukuk kurallarına aykırılık anlamına gelir. Bu çerçevede içinde, Anayasa, usulüne uygun olarak kabul edilmiş uluslararası sözleşmelere, kanunlara, kanun hükmünde kararnemelere, tüzüklere, yönetmeliklere, içtihadı birleştirme kararlarına ve teamül hukukuna aykırı uygulamaların tümü hukuka aykırılık kavramı içerisinde yer alır. Bunun dışında, hukuk sistemimiz, hukukun genel ilkeleri adı verilen ve uygar dünyanın tüm medeni ülkelerinde uygulanan kuralları da hukuk kuralı olarak kabul etmektedir.*" değerlendirmesine yer verilmiştir.

Hukuka aykırı delil kavramı önce ceza yargılamasında kendisine yer bulmuş bir kavram olup, süreç içerisinde hukuk muhakemesinde de kabul görmüştür. Kavramın idari yargılama hukuku bakımından benimsenmesi gerektiği genel olarak kabul görmekle birlikte,<sup>12</sup> Kurul tarafından yürütülen soruşturmaların bir yargılama usulü olmamasından dolayı,<sup>13</sup> ilkenin bu alanda uygulanabilirliğini ayrıntılı şekilde irdelenmek gerekmektedir. Aynı zamanda Kurulun yürüttüğü soruşturmalar neticesinde alınan kararların, idari yargı mercilerinde dava konusu edilebildiği düşünüldüğünde hukuka aykırı delillerin idari yargılama usulünde kullanılmaması yönündeki görüşlerin Kurul tarafından yürütülen usullerde de geçerli olup olmayacağı hususu tartışmaya değerdir.

Öncelikli olarak hukuka aykırı delillerin karara esas teşkil etmesi sebebiyle adil yargılanma hakkı başta olmak üzere kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin kısıtlanmasına yol açtığı görülmektedir. Bu kapsamda bir sonraki bölümde AİHS kapsamında güvence altına alınmış başta adil yargılanma hakkı olmak üzere temel hak ve özgürlükler karşısında hukuka aykırı delillerin durumu ele alınmaya çalışılacaktır.

---

<sup>12</sup> Bkz: (Yaylak 2017,92)

<sup>13</sup> Krş görüş için: (Budak 2004, s. 147) “... yargı benzeri niteliği olan rekabet hukuku soruşturmalarında da uygulanmalıdır.”



## BÖLÜM 2

# HUKUK AYKIRI DELİL YASAĞININ REKABET SORUŞTURMALARINDA UYGULANABİLİRLİĞİ

## 2.1. AİHS ÇERÇEVESİNDE HUKUKA AYKIRI DELİLLERİN DURUMU

Türkiye'nin de taraf olduğu AİHS'deki haklardan biri de 6. maddede yer alan “*Adil Yargılanma*” hakkıdır. AİHM'nin hukuka aykırı delille ilgili almış olduğu kararlar incelendiğinde, konuyu adil yargılanma hakkı çerçevesinde değerlendirdiği görülmektedir. Nitekim adil yargılamanın varlığı için savunma hakkının ve ispata ilişkin faaliyetin belirli kural ve yöntemler çerçevesinde yürütülmesi gerekmektedir (Yaylak 2017, 38). Bu bölüm kapsamında öncelikle AİHM'nin adil yargılanma hakkına bakış açısı, adil yargılanma hakkının ne gibi güvenceler getirdiği, hukuka aykırı delil yasağının bu güvenceler içerisinde yer alıp almadığı ve yargısal güvencelerin rekabet otoriteleri tarafından yürütülen süreçler bakımından uygulama alanı bulup bulmadığı incelenmeye çalışılacaktır.

### 2.1.1. AİHM'nin Adil Yargılanma Hakkına Yaklaşımı

AİHS 6. maddesinin birinci fıkrasına göre adil yargılanma hakkı iç hukuktan çok, evrensel insan hakları hukuku tarafından biçimlendirilmiş, bireylerin temel hak ve özgürlüklerinden hukuka aykırı bir biçimde yoksun bırakılması ya da kısıtlanmasına karşı koruma sağlayan bir güvencedir (Akıncı 2008, s 11).

2001 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile “*Hak Arama Hürriyeti*” başlığını taşıyan 36. maddeye, herkesin adil yargılanma hakkına sahip olduğu ifadesi eklenmiştir. Anayasa'da kendisine yer bulan adil yargılanma hakkı, hem AİHS'de yer alan temel hak ve özgürlüklere ilişkin koruma rejimine<sup>14</sup> uyum sürecinin bir

<sup>14</sup> AİHS'nin 6. maddesine özellikle kabahatler bakımından birçok ülkenin çekince koyduğu görül-

sonucu olması hem de Anayasa'nın 11. maddesinde yer alan Anayasa hükümlerinin bağlayıcılığı dikkate alındığında idari makamlar açısından oldukça önem arz etmektedir.

AİHS 6. maddesinin birinci fıkrasına göre adil yargılanma hakkı, *medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıklar veya bir suç isnadının esası hakkında karar verildiği durumlarda* geçerlilik kazanmaktadır. Dolayısıyla kişilere tanınan adil yargılanma hakkı bütün hak ve uyuşmazlıklar kapsamında incelemeye konu değildir. Bu durumda, karşımıza çıkan ilk sorun, özellikle rekabet otoritelerinin idari para cezası uygulamasıyla sonuçlanabilecek soruşturmalarda yöneltilen ihlal isnatlarının “*suç isnadı*” kapsamında yer alıp almadığının tespit edilmesidir.

Bununla birlikte AİHM'nin *Deewer* kararında, “*suç isnadı*” kavramının ulusal hukukların düzenlemelerine bağlı kalmadan özerk bir yoruma tabi tutulduğu ve kavramın ceza hukuku bağlamından daha geniş bir biçimde algılandığı görülmektedir.<sup>15</sup> AİHM'nin bu yaklaşımı sayesinde, iç hukukun ceza hukuku bağlamında suç saymadığı fiiller geniş anlamda birer idari yaptırım olarak kabul edilse bile AİHS 6. maddenin birinci fıkrasında yer alan koruma alanından faydalanabilmektedir (Gündüz 2009, 41).

Cezai suçlamalar söz konusu olduğunda, 6. maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında sanıklar için getirilen bazı güvenceler de idari yaptırımların muhatapları açısından uygulanabilir güvencelere dönüşmektedirler (Kalintiri 2019, 25). Önemle belirtmek gerekir ki burada güvenceler ile kastedilen ceza hukukunun bütün ilke ve kuralları değil, maksimum derecede güvence sağladığı düşünülen ve hukukun genel ilkesi seviyesinde kabul edilen “çekirdek” ceza hukuku güvenceleridir (Ulusoy 2013, 49).

İdari yaptırımlara AİHS'nin uygulanabilirliğinin tartışıldığı ilk kararlar *Engel*<sup>16</sup> ve *Öztürk*<sup>17</sup> kararlarıdır. AİHM ilgili kararlarda yaptığı değerlendirme sonucunda, sözleşmecî devletlerin kendi ulusal hukuklarındaki tasnif ile bağlı olmadıklarını ve cezayı bağımsız bir şekilde değerlendirebileceklerini belirtip

mekle birlikte Türkiye'nin bu maddeye ilişkin bir çekincesi bulunmamaktadır. (Cremer 2009, 175, dn. 9)

<sup>15</sup> Başvuru no: 6903/75, *Deweer v. Belgium*, 27/02/1980, para 42-44

<sup>16</sup> Başvuru no: 5100/71, *Engel and Others v. Netherlands*, K.T: 08/06/1976

<sup>17</sup> Başvuru no: 8544/79, *Öztürk v. Almanya*, K.T: 21/02/1984

söz konusu idari yaptırımların, sözleşme kapsamında bir “ceza” olduğuna kanaat getirerek AİHS 6. maddesinde yer alan hükmün ihlal edildiği tespit etmiştir.<sup>18</sup>

Bu noktada bir idari yaptırımın suç isnadı kavramı içerisinde değerlendirilebilmesi için *Engel* kararında AİHM tarafından üç kriter belirlenmiştir.<sup>19</sup> Bunlardan ilki, suçun *ulusal hukukta nasıl sınıflandırıldığıdır*. AİHM tarafından bu kriter, davaya ilişkin tespitlerin yapılmasında yalnızca bir başlangıç noktası olarak görülmektedir. Eğer iç hukukta zaten ceza hukuku çerçevesinde tanımlanan bir suç söz konusu ise doğrudan maddenin uygulama alanına girecektir. Dolayısıyla *Engel* kararında belirtilen diğer kriterler daha büyük bir öneme sahiptir (İnceoğlu 2014, 85).

Diğer iki kriter ise *suçun doğası* ile öngörülen cezanın niteliği ve ağırlığıdır. AİHM’ye göre bu kriterlerin birlikte gerçekleşmesinin bir önemi bulunmamaktadır. Önemle belirtmek gerekir ki bu üç kriter kümülatif değil alternatiftir. *Lutz* kararında da açıkça ifade edildiği üzere somut olayda bu üç kriterden hepsinin değil birinin sağlanmış olması söz konusu idari yaptırımın cezai anlamda bir suç isnadı olarak kabul edilmesi için yeterlidir.<sup>20</sup> Aynı zamanda *Garryfallou* ve *Lauko* kararlarında belirtildiği üzere mahkeme, suçlamanın niteliği hakkında her bir kriteri tek tek inceleyerek bir görüşe erişemez ise tüm kriterleri birlikte ele alarak değerlendirme yapacaktır.<sup>21</sup>

AİHM’nin vermiş olduğu kararlara bakıldığında, mahkemenin kavramları otonom yorum metoduna göre incelediği, ceza hukuku kapsamında olmayan basit idari usuller izlenerek verilen cezalar bakımından da AİHS 6. maddenin uygulama alanının olduğunu saptadığı görülmektedir. Yapılan bu değerlendirmenin rekabet ihlalleri bakımından da geçerli olduğunu söylemek mümkündür.

Sonuç olarak bir idari yaptırım; disiplin cezası, regülatif ceza yahut kabahat cezası olmasından bağımsız olarak, AİHM’nin öngördüğü kriterlerden herhangi

---

<sup>18</sup> Başvuru no: 8544/79, Öztürk v. Almanya, K.T: 21/02/1984, para 50-51

<sup>19</sup> Başvuru no: 5100/71, Engel and Others v. Netherlands, K.T: 08/06/1976, para. 82

<sup>20</sup> “The Court points out that the second and third criteria adopted in the judgments in the *Engel and Others case* and the *Öztürk case* are alternative and not cumulative ones..”, Başvuru no: 9912/82, Lutz v. Germany, 25/08/1987, para. 55

<sup>21</sup> Başvuru no: 18996/91 Garryfallou v. Greece, 24.9.1997, para. 33; başvuru no: 26138/95 Lauko v. Slovakia, 02.09.1998, para. 57

birine uyuyorsa, diğer bir ifade ile cezalandırma amacını haizse ve cezanın muhatabı bakımından çok ağır bir sonuç doğuruyorsa, AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının teminat altına aldığı güvenceler, bu cezalar bakımından da geçerli olacak; bu kriterlere uymayan cezalar ise uygulama alanı dışında kalacaktır.

### 2.1.2. AİHM'nin Rekabet Hukuku İncelemelerindeki Usule İlişkin Kararları

AİHM'nin rekabet soruşturmalarına AİHS 6. maddenin uygulanabilir olup olmadığını değerlendirdiği çok sayıda kararı bulunmaktadır. İlk olarak *Stenuit*<sup>22</sup> davasında, teşebbüslere idari para cezası uygulanmasıyla sonuçlanan rekabet soruşturmalarının AİHS 6. madde kapsamında değerlendirilebileceği açıkça ortaya konulmuştur<sup>23</sup>. Dava ile ilgili AİHK raporunda<sup>24</sup> rekabet hukukuna ilişkin kuralların ekonomik kamu menfaatini koruma amacı güttüğü, uygulanan cezanın azımsanmayacak derecede yüksek olduğu ve ceza üst sınırının yüksek olması sebebiyle caydırıcılık amacının bulunduğu ifade edilmiştir. Akabinde *Lily France*<sup>25</sup> hakkında verilmiş olan karar ile AİHS 6. maddenin rekabet usulleri bakımından uygulanabilirliği AİHM tarafından tekrar doğrulanmıştır. AİHS 6. maddenin uygulama alanı bulduğu rekabet soruşturmalarına ilişkin davalara *Fortum*<sup>26</sup> ve *Jussilia*<sup>27</sup> kararları da örnek gösterilebilir.

AİHM'nin yakın zamanda incelediği *Menarini*<sup>28</sup> davasında önemli değerlendirmeler yer almaktadır. Menarini, teşhis cihazları pazarında faaliyet gösteren rakipleri ile bir kartelin tarafı olması sebebiyle İtalyan Rekabet Otoritesi tarafından cezalandırılmıştır. Teşebbüs kendisi hakkında verilen kararın, AİHS 6. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkını ihlal ettiği gerekçesi ile AİHM'e başvurmuştur. AİHM kararında, rekabet otoritesi tarafından verilen para cezası, caydırma ve cezalandırma amacı taşıdığı için madde kapsamında değerlendirilmiştir.

---

<sup>22</sup> Başvuru no: 11598/85, Stenuit v. France, 27.2.1992

<sup>23</sup> AİHM, dosya taraflarının uzlaşması sebebiyle davanın esası hakkında karar verememiştir.

<sup>24</sup> Societe Stenuit v. France, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Raporu, 11.07.1989, para. 64

<sup>25</sup> Başvuru no: 53892/00, Lilly France v. France, 14.10.2003

<sup>26</sup> Başvuru no: 32559/96, The Fortum Corporation v. Finland, 15.7.2003

<sup>27</sup> Başvuru no: 73053/01, Jussilia v. Finland, 23.11.2006

<sup>28</sup> Başvuru no: 43509/08, A. Menarini Diagnostics S.R.L. v. Italy, 27.9.2011, para. 40-42

Adil yargılanma hakkına el olarak mahkeme, *Societe Bouygues*<sup>29</sup> kararında ise AİHS'nin 6. maddesinin ikinci fıkrasının da uygulanacağını kabul etmiştir. Fakat mahkemenin AİHS 6. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrasının uygulanmasına ilişkin geniş bir içtihadı bulunmamaktadır. Dolayısıyla yukarıda da değinildiği üzere çekirdek ceza hukuku güvencelerinin rekabet hukuku soruşturmalarına da uygulanacağını kabul etmek daha doğru olacaktır.

Anılan bu kararlar ışığında AİHM, AİHS 6. maddesinin birinci fıkrasının rekabet otoritelerince verilen cezalar bakımından uygulama alanı bulduğunu kabul etmektedir. Bu noktada hukuka aykırı delil yasağının bu güvenceler kapsamındaki konununun tespit edilmesi gereklidir.

### 2.1.3. AİHM'nin Hukuka Aykırı Delillere İlişkin Bakış Açısı

Hukuka aykırı delil konusu, AİHS'de düzenlenmemiş, AİHM içtihatlarıyla şekillenen bir konu olmakla birlikte, mahkeme, *Schenk* kararında,<sup>30</sup> her devletin delile ilişkin kuralları kendi iç hukuk düzeni içerisinde tesis edeceğini ifade etmiştir. Kararda delillerin kabul edilebilirliği ve delillerin değerlendirilmesine ilişkin kriterlerin ulusal mahkemelerin konusu olduğu yönünde hüküm kurulmuştur.

Her ne kadar AİHM delile ilişkin kuralların tespiti bakımından ulusal hukuku yetkili görse de bazı kararlarında da görüleceği üzere sözleşmecî devletlerin uyması gereken bir takım kriterler geliştirmiştir. Bu ölçütlere göre delil kurallarına uyulmamasının adil yargılanma hakkını zedelemesi hususunda mahkemenin sınırlı bir gözden geçirme yetkisinin olduğu görülmektedir (İnceoğlu 2014, 284). Fakat AİHM hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin karara esas teşkil etmesi durumunda, adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna kategorik olarak varmamaktadır. *Barbera, Messegue and Jabardo*<sup>31</sup> kararında ifade edildiği üzere mahkeme, delillerin toplanma biçimleri de dahil olmak üzere, yargılamayı bir bütün olarak ele almakta ve AİHS 6. maddesinin birinci fıkrasının korumasında bulunan adil yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediğini incelemektedir (Themaat/Reuder 2014, 777).<sup>32</sup>

---

<sup>29</sup> Başvuru no: 2324/08, *Societe Bouygues Telecom v. France*, 13.3.2012

<sup>30</sup> Başvuru no: 10862/84, *Schenk v. Switzerland*, 12.7.1988, para. 45-46

<sup>31</sup> Başvuru no: 10590/88, *Barbera, Messegue and Jabardo v. Spain*, 6.12.1988, para. 68

<sup>32</sup> Benzer görüş için bkz: (Kalintiri 2019, 110)

Mahkemenin delil ile alakalı değerlendirmesinin yöntemine ilişkin bazı hususların ön plana çıktığı *Dombo Beheer*<sup>33</sup> kararında, delile ilişkin eşitsizlik ve hakkaniyetsizlik iddiası yargılamanın bütünü ışığında incelenmiş ve başvuru hukukunun yargılamaya etkili olarak katılma imkânının elinden alınıp alınmadığı veya savunma hakkının kısıtlanıp kısıtlanmadığı değerlendirilmiştir. Aynı zamanda *Brennan*<sup>34</sup> davasında belirtildiği üzere ulusal mahkemenin değerlendirmesinin keyfi olup olmadığı da önem arz etmektedir.

Hukuka aykırı delillerin adil yargılanma hakkı ile olan etkileşimi bakımından, başvuru hakkında tesis edilen cezai yaptırım, ***sadece ve esas olarak bu delile dayanmıyorsa***,<sup>35</sup> çekişmeli bir biçimde ele alındıysa, başvuru tarafından delilin gerçekliği ve güvenilirliği hakkında itiraz edebilme imkânı söz konusuysa ve bu şüpheleri giderici güvenceler tarafa sağlanmış ise hakkaniyete aykırılık gündeme gelmeyecektir<sup>36</sup>. Diğer bir ifade ile AİHM'e göre hukuka aykırı olarak elde edilmiş deliller, tek ve esas delil ise veya bu delilin güvenilirliği hakkında makul şüpheler var ve bu şüpheler giderilmedi ise adil yargılanma hakkının ihlal edildiği söylenebilecektir. Fakat AİHS 6. maddenin doğrudan ihlal edilerek delil toplanması halinde sözleşmeye aykırılık gerçekleşecek ve delilin cezalandırma usulünde oynadığı önem ortadan kalkacaktır<sup>37</sup>.

Bununla birlikte AİHS 8. maddesinde düzenlenen özel yaşama saygı hakkına aykırı delillerin, yargılamada kullanılması durumunda da AİHM, kategorik olarak yargılamayı AİHS 6. maddesine aykırı bulmamakta ve bu delilleri reddetmemektedir. AİHM'nin *Wischnewski*<sup>38</sup> kararında, üçüncü bir kişi tarafından hukuka aykırı bir şekilde kaydedilen konuşmanın yargılamada delil olarak kullanılması değerlendirilmiş ve konuşma kaydının tek ve esas delil olmadığı,

<sup>33</sup> Başvuru no: 14448/88, *Dombo Beheer BV v. Netherlands*, 27.10.1993, para. 33

<sup>34</sup> Başvuru no: 39846/98, *Brennan v. U.K.*, 16.10.2001, para. 51-52

<sup>35</sup> Başvuru no: 22978/05, *Gafgen v. Germany*, 3.6.2008, para 163 vd.; “*Mahkeme hukuka aykırı biçimde elde edilen beyanın yargılamada delil olarak kullanılmayacağını fakat bu usulsüz delilin sonucu ile bağlantılı olarak elde edilen diğer delillerin de yargılamada kullanılmış olmasından dolayı AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenen yargılamanın adilliğinin korunduğuna karar vermiştir.*”

<sup>36</sup> Başvuru no: 13274/87 T.S and F.S. v. Italy, 6.9.1990, s. 178, (Kabul edilebilirlik kararı); “*Mahkeme kararında, hukuka aykırı olarak elde edilen delilin tek delil olmadığını, destekleyici nitelikte başka delillere dayanıldığını ve karara dayanak teşkil eden delillerin çekişmeli bir usulle incelendiğini tespit etmiştir.*”

<sup>37</sup> Başvuru no: 25829/94, *Teixeria de Castro v. Portugal*, 9.6.1998, para 39.

<sup>38</sup> Başvuru no: 12505/86, *Wischnewski v. Germany*, 11.10.1988.

aynı zamanda tanık ifadelerinin de delil olarak dosyada değerlendirildiği ve bu ifadelerin karara esas teşkil ettiği, buna ek olarak kaydın güvenilirliğine ilişkin yapılan itirazın da bilirkişi tarafından incelendiği ifade edilmiştir. AİHM, sayılan gerekçeler ile yargılamanın adilliğinin ortadan kalkmadığına karar vermiştir. Yukarıda izah edildiği üzere AİHM *T.S. ve F.S.*<sup>39</sup> ile *Schenk*<sup>40</sup> kararlarında da *Wischnewski*<sup>41</sup> kararına benzer bir görüş içerisinde olduğunu söylemek mümkündür. *Schenk* davasında da, hakim kararı olmaksızın hukuka aykırı olarak elde edilen ses kayıtları, delil olarak kullanılmıştır. Fakat AİHM, bu durumun otomatik olarak yargılamayı adil olmaktan çıkarmayacağını ve kendi başına bir ihlal sebebi sayılmayacağını vurgulamıştır (Reid 2012, 154).

Kanaatimizce AİHM'nin hukuka aykırı delillere bakış açısının şu şekilde anlaşılması gerekmektedir: öncelikli olarak delilin hukuka aykırı olup olmadığı sorununun, bir iç hukuk meselesi olduğuna şüphe bulunmamaktadır. Eğer bir delilin iç hukuka göre hukuka aykırı olduğu ortaya konulabilir ise bu durumda AİHM'nin kategorik olarak bu delilleri reddetmediği görülmektedir. Fakat hukuka aykırı delilin özellikle tek ve esas delil olarak kullanılmasının ve delile ilişkin tarafa yeterli itiraz/savunma hakkının verilmemesinin adil yargılanma hakkını zedeleyebileceği tespit edilebilecektir. Bu noktada, iç hukuk kurallarına göre hukuka aykırı olduğu değerlendirilen bir delilin, yargılamayı adil olmaktan çıkarmadığı durumlarda kullanılmasına cevaz veriliyor gibi bir anlamın çıkarılması da oldukça sakıncalıdır.

Dolayısıyla Kurul tarafından yürütülen rekabet ihlallerine ilişkin soruşturmalarda ve Kurul kararlarının idare mahkemesince ele alındığı yargılamalarda, iç hukukun, hukuka aykırı delillere bakış açısı da önem arz etmektedir. Bir sonraki başlıkta Türk hukuk sistemi içerisinde yüksek mahkemelerin hukuka aykırı delile ilişkin kararları ve doktrinde yer alan görüşler ile konu aydınlatılmaya çalışılacaktır.

---

<sup>39</sup> Başvuru no: 13274/87 T.S and F.S. v. Italy, 6.9.1990

<sup>40</sup> Başvuru no: 10862/84, Schenk v. Switzerland, 12.7.1988

<sup>41</sup> Başvuru no: 12505/86, Wischnewski v. Germany, 11.10.1988

## 2.2. TÜRK HUKUKUNDA HUKUKA AYKIRI DELİLLERİN DURUM

### 2.2.1. AYM'nin Hukuka Aykırı Delil Yasağına İlişkin Kararları

İYUK, Kabahatler Kanunu ve RKHK çerçevesinde hukuka aykırı delil meselesine çözüm bulma imkanı bulunmamaktadır. Normlar hiyerarşisi içerisinde kanunların üstünde yer alan Anayasa'da ise kanuna aykırı delillerin kabul edilemezliği ilkesine yer verilmektedir. Nitekim Anayasa'nın 11. maddesi uyarınca Anayasa hükümleri, idari makamları da bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Hukuka aykırı delil yasağı ilkesinin yer aldığı, Anayasa 38. maddenin kenar başlığı, “*Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar*” olarak kaleme alınmış olsa da Anayasa'nın 176. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, madde başlıkları metne dâhil değildir. Dolayısıyla, Anayasa 11. ve 176. madde birlikte okunduğunda, Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan ilkelerin idari yaptırımlar bakımından da geçerli olması gerekmektedir<sup>42</sup> (Yaylak 2017, 92).

Öte yandan, Kılıçoğlu (2011, 92)'na göre, Kanun koyucu tarafından hukuka aykırı delil yasağının tüm yargılama hukukları için geçerli olması düşüncesiyle hareket edilseydi, bu ilkeye tüm yargılama hukukları için geçerli olan Anayasa'nın 36. maddesinde yer verilirdi. Aksine Anayasa'nın 38. maddesinin başlığı ve içeriği ceza yargılamaları için öngörülen ilke ve yasakları konu edinmektedir. Dolayısıyla yazara göre, bu yasağın yalnızca ceza hukukunda geçerli olması gerekmektedir.<sup>43</sup>

En üst yargılama merci konumunda bulunan AYM'nin, Anayasa'nın 38. maddesini yorumladığı kararlarının incelenmesi, mahkemenin duruma bakış açısı hakkında fikir verebilecektir. Nitekim AYM, somut norm denetimi olarak önüne gelen bir olayda 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 42. maddesinde düzenlenen idari para cezası hükmünün Anayasa'ya aykırı olmadığını tespit etmiştir. AYM kararında şu değerlendirmelerde bulunmuştur:

Anayasa'nın 38. maddesinde, idari ve adli cezalar arasında bir ayırım yapılmadığından idari para cezaları da bu maddede öngörülen ilkelere tabidir.

<sup>42</sup> Benzer görüşler için bkz: (Karabel 2015, 39); (Ulusoy 2013, 49).

<sup>43</sup> “*Kanun koyucu, delil yasağı hükmünün tüm yargılama hukukları için geçerli olmasını hedefleydi, bu hükmü tüm yargılama hukukları için geçerli olan 36. maddeye yerleştirebilecek idi. Bunu yapmayarak sadece suç ve cezalara ilişkin 38. maddeye bir fıkra olarak ilave edilmesi, sadece ceza yargılaması için geçerli bir yasak getirilmek istendiğini göstermektedir.*” (KILIÇOĞLU 2010, 94)



AYM yukarıda anılan değerlendirme ile benzer içtihatlarında da Anayasa'nın 38. maddesinde öngörülen temel ceza hukuku güvencelerinin, idari yaptırımlara da uygulanması gerektiğini tekrarlamıştır.<sup>44</sup> Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan “*kanuna aykırı delillerin kabul edilemezliği*” ilkesi bakımından, adli cezalar ve idari yaptırımlar arasında bir ayırım olmaması da göz önünde bulundurulduğunda, söz konusu ilke, uygun düşüğü ölçüde idari yaptırımlar hukukunda da geçerli olacaktır (Maden 2015, 1). Ayrıca hukuka aykırı delillerin, idari bir usul olan ve hakkında idari yargıda dava açılabilen disiplin soruşturmasında kullanılıp kullanılmayacağı hususu bireysel başvuruya konu edilmiştir. AYM'nin, bireysel başvuru hakkında vermiş olduğu kararında,<sup>45</sup> Anayasa 38. maddede yer alan hukuka aykırı yolla elde edilen delillerin kabul edilmeyeceği ilkesinin, disiplin soruşturmalarında ve idari yargılamalarda da geçerli olduğu tespit edilmiştir (Üstün 2018, 22).

Ulusoy (2013, 49)'a göre idari yaptırımlara, Anayasa 38. maddede yer alan ceza hukukuna ait tüm ilke ve kurallar değil, bireyler açısından maksimum derecede güvence getirdiği düşünülen ve artık hukukun genel ilkesi seviyesinde kabul gören “çekirdek” güvenceler uygulanmalıdır. Çekirdek güvenceler uygulanırken ceza hukukuna nazaran daha esnek bir uygulama tercih edilmelidir. Nitekim Aksoylu (2014, 79)'ya göre de ceza hukukuna özgü ilkelerin, idari yaptırımlara doğrudan değil, “*uygun düşüğü ölçüde*” uygulanması gerekmektedir.

Hukuka aykırı delil yasağı, hukukun evrensel bir ilkesidir. Bu ilke çekirdek ceza hukuku güvencelerinin başında gelmektedir. AYM de 2002 tarihli kararında,<sup>46</sup> evrensel hukukun kabul ettiği hatta medeni ülkelerin kabul ettiği kurallara her durumda uyulmasının bir zorunluluk olduğuna hükmetmiştir. Kanaatimizce, bu karardan da anlaşılacağı üzere evrensel hukukun ve hukukun üstünlüğü üzerine kurgulanmış medeni devletlerin ehemmiyetle yaklaştığı bir ilke olan hukuka aykırı delil yasağının, hukuk devletinin bir gerekliliği olduğu düşünülmekte ve idari yaptırımlar hukukunda da uygulama alanı bulması gerekmektedir.

<sup>44</sup> Bkz: AYM, E.2012/106, K.2012/190 sayılı karar, 29.11.2012; AYM, E. 2010/28, K. 2011/139 sayılı karar, 20.10.2011, AYM, E.1990/12, K.1991/7 sayılı karar, 04.04.1991; AYM, E. 2014/178, K. 2014/178 sayılı karar, 21.11.2014; AYM, E.2013/114, K.2014/184 sayılı karar, 4.12.2014

<sup>45</sup> Başvuru no: 2014/7738, İlknur Yüksel Başvurusu, 13.07.2016, para. 15: “*Anayasanın “Temel Hak ve Ödevler” başlıklı ikinci kısmında düzenlenen bu hüküm sadece ceza yargısında değil, hukuk yargısı ve idari yargıda da geçerlidir.*”

<sup>46</sup> “(...) hukuk sistemimiz, hukukun genel ilkeleri adı verilen ve uygar dünyanın tüm medeni ülkelerinde uygulanan kuralları da hukuk kuralı olarak kabul etmektedir.”

### 2.2.2. Danıştay'ın Hukuka Aykırı Delil Yasağına İlişkin Kararları

Danıştay kararlarına<sup>47</sup> bakıldığında, mahkemenin, cezai niteliği haiz idari yaptırımlara ilişkin yargılamaları, ceza yargılamalarından farklı gördüğü ve idare hukukunda hukuka aykırı delile ilişkin yasaklayıcı bir hükmün de bulunmaması sebebiyle hukuka aykırı delillerin kullanılmasına karşı çıkmadığı görülmektedir. Aynı zamanda anılan kararlarda Anayasa 38. maddenin idari yargılamalarda uygulanmaması görüşü hâkimdir.

Doktrinde, Danıştay kararlarında yer alan değerlendirmeler ile benzer noktalara temas eden görüşler de yer almaktadır. Yasin (2013, 63)'e göre, hukuka aykırı delilleri destekleyen başkaca delillerin de bulunması halinde hak ihlalinden bahsedilemeyecektir. Hukuka aykırı delilin tek ve esas delil olması durumunda ise somut olayın özelliklerine göre bir inceleme yürütülmelidir<sup>48</sup>. Bir fiilin işlendiğine ilişkin şüpheyi tamamen ortadan kaldıran bu delillerin, ilk bakışta adaleti zedeleyeceği düşünülse de bazı durumlarda kamu düzeni ve kamu yararı gereğince bu delillere göre karar alınması zorunluluk teşkil eder<sup>49</sup>.

Yukarıda yer verilen kararların aksine Danıştay'ın yakın tarihli ve hukuka aykırı delillerin idari yargıda da kullanılmasının yasak olduğunu konu edinen kararları önemli noktalara temas etmektedir. Danıştay 16. Dairesinin 11.11.2015 tarihli kararında<sup>50</sup>, ceza yargılaması yapılırken usulüne uygun olarak telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi vasıtasıyla tesadüfen ele geçirilen ses kayıtlarının, bu soruşturma veya kovuşturma ile ilgili olmayan üçüncü kişiler hakkında yürütülecek disiplin soruşturmasında delil olarak kullanılıp kullanılmayacağına ilişkin değerlendirmelere yer verilmiştir. Kararda AYM'nin 14.01.2015 tarih ve E.2014/100, K.2015/6 sayılı kararına da atıf yapılmak suretiyle ceza hukukunun temel ilkelerinin, disiplin hukuku açısından da geçerli olduğu ortaya konulmuştur. Mahkeme, özel hayatın gizliliği hakkına orantısız bir müdahale ile tesadüfen elde edilen iletişim delillerinin hukuka aykırı

<sup>47</sup> Danıştay 12. Dairesinin 2001/774 E., 2002/976 K. sayılı kararı, 14.3.2002; E:2017/6148, K:2010/2851 sayılı kararı; 2010/64 E., 2011/474 K. sayılı karar, 4.2.2011; Danıştay İDDK, 2010/1391 E., 2011/273 K. sayılı karar, 21.4.2011 ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com))

<sup>48</sup> “Gıda üretiminde sağlık kurallarına riayet edilmediği yasa dışı dinleme ile anlaşılan bir iş yeri hakkında yaptırım uygulanması da kaçınılmazdır.” (Yasin 2013, 63)

<sup>49</sup> Benzer görüş için bkz: (Üstün 2018, 33); (Yaylak 2017, 103); (Gökpinar 2018, 336-337)

<sup>50</sup> Danıştay 16. Daire, E. 2015/3643, K. 2015/6993 sayılı karar, 11.11.2015.

olduğunu ve disiplin soruşturulmasında kullanılmaması gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Danıştay'ın hukuka aykırı delillerin karara esas teşkil edemeyeceğini gösterir birçok kararı bulunmaktadır<sup>51</sup>.

Kanaatimizce, Danıştay kararlarında yeknesak bir görüş bulunmasa da hukuka aykırı delil yasağı gibi önemli bir hukuki müessesenin, idari yargılamalar ve idari yaptırımlarda da uygulanması gerekmektedir. Hukuka aykırı delil yasağına ilişkin ilkenin idari yargılamalarda da geçerli olması gerekliliği hukuk devleti ve adil yargılanma ilkesinin bir sonucudur.

Nitekim AYM'nin sayılı kararında<sup>52</sup> hukuka aykırı delillerin yargılamada kullanılması durumunda ortaya çıkabilecek sonuçlar hakkında;

(...) Yasaklanan deliller hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerdir. Hukuka aykırılıktan kasıt ise, tüm pozitif hukuk kuralları ile birlikte hukukun kabul edilmiş evrensel ilkelerine aykırılıktır. Bu anlamıyla yasadışılıktan daha geniş bir içeriğe sahiptir. ...Anayasal haklara ağır bir müdahale söz konusu ise, özel kişiler tarafından hukuka aykırı bir şekilde elde edilen delillerin de delil yasakları kapsamına girmesi gerekir. Çünkü delil yasaklarının asıl amacı, temel insan hak ve özgürlüklerini korumaktır. (...) Buna aksi bir görüşü savunmak, özel kişilere bireylerin temel hak ve özgürlüklerini ihlal etme imkanı verir ki, bu bir hukuk devletinde kabul edilemez insan hakları çiğnenerek elde edilen delillerin mahkemeler tarafından dikkate alınması (...) mümkün değildir. Özel konuşmaları kaydedilen kişilerin en temel hakları ihlal edilmiştir. Çünkü Anayasanın 20. maddesinde özel hayatın gizliliğine dokunulamaz, (...) Bu yol bir kez açılacak olursa, hukuk devletinin temel kurallarından birisi olan ve varlığını Anayasanın 2. maddesindeki 'hukuk devleti ilkesinden' alan delil yasaklarına ilişkin kanun maddesi tüm etkisini yitirecektir. Usul hukukumuzdaki ilkelerden olan 'dürüst işlem ilkesi' de bu şekilde elde edilen bir delilin kullanılmasına olanak vermez. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen adil/dürüst yargılanma hakkı, kişilerin hukuk devletinin kuralları çerçevesinde yargılanmalarını öngörür. Bu kurala aykırılık, işlemin adil olmasını ve dürüst işlem ilkesini ihlal edecektir.”

değerlendirmelerinde bulunulmuştur.

Sonuç olarak, Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan “*hukuka aykırı delil yasağı*” ilkesinin madde başlığı, her ne kadar “*Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar*” olsa da, yüksek mahkeme kararlarından ve literatürde yer alan görüşlerden de anlaşıldığı üzere söz konusu ilkenin idari yaptırımlar bakımından da geçerli olduğu değerlendirilmektedir.

---

<sup>51</sup> Danıştay 16. Daire, E. 2015/14258, K. 2015/4219, 1.7.2015; Danıştay 4. Daire, E. 2006/451, K. 2006/2009, 20.10.2006; DVDDK, E. 2007/493, K. 2008/754, 26.12.2008

<sup>52</sup> AYM, E. 1999/2, K. 2001/2 sayılı SPK kararı, T: 05.01.2002

### 2.2.3. Rekabet Kurulunun Yürüttüğü Soruşturmalarda

#### Hukuka Aykırı Delillerin Durumu

Kurulun yürüttüğü soruşturmalar neticesinde tesis ettiği işlemlerin nitelendirilmesinin doğru yapılması, çalışmanın ilk bölümünde ve bu bölümde, hukuka aykırı delile ilişkin verilen tartışmaların somut sorunlarla birlikte okunabilmesi açısından önem arz etmektedir.

Yürütülen soruşturmalar neticesinde, Kurul'un, idari para cezası uygulanmasına yönelik olarak aldığı kararlar da, diğer idari yaptırımlarda olduğu gibi hukuksal niteliği itibariyle birer idari işlemdir (Gündüz 2013, 19). RKHK'de belirtildiği üzere Kurulun idari yaptırım kararlarına karşı idare mahkemesinde dava açılmaktadır. Dolayısıyla Kurulun işlem tesis ederken idari usullere başvurduğu, idari işlemin ise idari yargılama usullerine göre idare mahkemelerinde karara bağlandığı görülmektedir. Sonuç olarak rekabet hukukunda, hukuka aykırı delillere ilişkin bakış açısının, ceza muhakemesi ve medeni muhakeme kurallarına göre değil idari usul kurallarına ve idare mahkemesi içtihatlarına göre irdelenmesi gerekmektedir. Fakat idari yargılama hukukunun yeni bir disiplin olması sebebiyle görece yetersiz kaldığı tartışmalarda ise diğer yargılama disiplinlerinden faydalanılması da mümkündür (Yaylak 2017, 23-24).

Kurul soruşturma yürütürken maddi gerçeğe ulaşmayı amaçlamakta ve re'sen araştırma ilkesi uyarınca hareket etmektedir. Aynı zamanda re'sen araştırma yükümlülüğünün bir sonucu olarak da yürüttüğü incelemelerde delil serbestisi ilkesi uyarınca her türlü delile başvurmaktadır. Delil serbestisi ilkesi gözetilerek delil elde edilirken bir takım sınırlamalara uyulması mecburidir. Nitekim bu sınırlamaların en önemlisini "hukuka aykırı delil elde etmemek" oluşturmaktadır (Yılmaz 1999, 125).

Benzer bir yaklaşım AB Komisyonunun yürüttüğü rekabet soruşturmaları bakımından da geçerlidir. Komisyonun delil elde ederken delil serbestisi ilkesine göre hareket ettiği, fakat bu serbestinin, her kanıt ögesinin, her zaman ve her koşulda kullanılabilir olduğu şeklinde yorumlanmaması gerektiği görülmektedir.<sup>53</sup> Nitekim AB mahkemelerinin içtihatlarında yer verdiği *kabul edilemezlik kriterlerine* göre,

<sup>53</sup> AG Mengozzi'nin görüşü için bkz: Case C-511/06 P Archer Daniels Midland v. Commission, ECLI:EU:C:2008:604, para. 112; (Torre 2019, 165)

hukuka aykırı olarak elde edilmiş veya hukuka uygun elde edilse bile teşebbüsün temel hak ve özgürlüklerini ihlal eden delillerin yargılamanın dışında tutulması gerekmektedir (Kalintiri 2019, 106).

Rekabet hukuku doktrininde yer alan hukuka aykırı delil yasağına ilişkin görüşlere bakıldığında; Uyanık (2003, 27) rekabet hukuku soruşturmalarında maddi gerçeğin arandığını ve hukuka aykırı elde edilmiş delillerin kullanılmaması gerektiğini, Yılmaz (1999, 101), Kurul'un yürüttüğü soruşturmalarda temel hak ve özgürlüklerin korunması gerektiğini ve hukuka aykırı delile başvurulamayacağını, Eğerci (2005, 131), re'sen tahkikat ve delil serbestisi ilkesince hareket eden Kurul'un soruşturmalarını yürütürken teşebbüslerin temel hak ve özgürlüklerine saygılı olması ve olası bir hukuka aykırı delilin Kurul tarafından kullanılmaması gerektiğini, Can (2012, 22) her ne kadar yasal bir düzenleme olmasa da hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin karteller bakımından ispat vasıtası olarak kullanılmayacağını ifade etmiştir.

Budak (2004) ise, rekabet hukuku soruşturmalarında hukuka aykırı delillerin kullanılmaması savını, Kurul'un yürüttüğü faaliyetlerin *yargı benzeri* bir faaliyet olması ve soruşturma süreçlerine yargısal güvencelerin de uygulanması gerekliliğine dayandırmaktadır.

Sonuç olarak, adil yargılanma hakkının Kurul tarafından yürütülen soruşturmalar bakımından uygulama alanı bulduğu, idari yaptırım kararı alınırken hukuka aykırı delile başvurulmasının adil yargılanma hakkını zedeleyebileceği; ayrıca AYM ve Danıştay içtihatlarında Anayasa'nın 38. maddesinin altıncı fıkrasının idari yaptırımlar bakımından da uygulanabileceği ve Kurul tarafından delil toplanırken teşebbüslerin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasına gerekliliği uyarınca Kurul'un yürüttüğü soruşturmalarda hukuka aykırı delil yasağının uygulama alanı bulması gerekmektedir.

### **2.3. REKABET HUKUKUNDA HUKUKA AYKIRI DELİLLERİN GÖRÜNÜMLERİ**

Çalışmanın birinci bölümünde hukuka aykırı delilin, başta temel hak ve özgürlüklere, hukukun evrensel ilkelerine, uluslararası antlaşmalara, kanun, yönetmelik, tüzük ve diğer alt mevzuatlara mugayir olarak elde edilen deliller olduğu ifade edilmiştir.

Rekabet hukukunda delile ulaşmak için çeşitli yöntemler bulunmakla birlikte bazı durumlarda, delile erişmek için tek kaynak, ihlalin tarafı olduğu düşünülen teşebbüsler ve teşebbüs çalışanlarıdır. Ceza tehdidi altında gerçekleştirilen bilgi isteme ve yerinde inceleme ise bu yöntemlerin başında gelir. Diğer bir yöntem ise pişmanlık başvurusu kapsamında belgeye erişmekten geçer (Gündüz 2013, 7-8). Önemle belirtmek gerekir ki bu yöntemler, rekabet ihlallerinin kabahat olarak nitelendirilmesinin bir sonucudur. Rekabet ihlallerini suç olarak niteleyen ülkelerde, ceza hukukuna ait olduğu bilinen iletişimin dinlenmesi ve ihbar eden kişiye ödül verilmesi gibi delile erişim araçları da kullanılabilir (Kekevi 2008, 46-72).

Bu çalışmanın konusunu oluşturan “*yerinde inceleme*”, RKHK’nin 15. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca, Kurula geniş bir yerinde inceleme yetkisi verildiği görülmektedir. Aynı zamanda RKHK’nin 16. maddesinde de teşebbüslerin incelemeyi engellemesi ve zorlaştırması sebebiyle idari para cezasına maruz kalacağı düzenlemesi yer almaktadır. Dolayısıyla Kurul tarafından gerçekleştirilecek yerinde incelemeler ceza tehdidini de içinde barındırmaktadır.

Yerinde incelemeler, teşebbüslerin ve çalışanlarının hem ulusal hem de uluslararası düzeyde korunan temel hak ve özgürlük alanlarına müdahale teşkil etmesi sebebiyle hukuka aykırı delil yasağını yakından ilgilendiren usullerdir<sup>54</sup> (Volphin 2013, 236). Yerinde incelemeler, teşebbüslerin sahip olduğu çok sayıda hak ve menfaat üzerinde probleme yol açabilir. Bunlardan ilk akla gelenler; (i) savunma hakkı, (ii) avukat-müvekkil gizliliği, (iii) kişinin kendini suçlayıcı beyanda bulunmama hakkı, (iv) özel yaşamın gizliliği ve (v) haberleşme hürriyetidir (Michalek 2014, 130).

Aynı zamanda idare hukukunun bir parçası olan rekabet hukukunda Kurul tarafından yürütülen iş ve işlemlerin kanunilik ilkesine sıkı sıkıya bağlı olması gerekliliği de yerinde incelemeler hakkında prosedürlerin ayrıntılı şekilde düzenlenmesi gerekliliğini doğurmuştur. Bu noktada düzenleme altına alınan prosedürlere uyulmaması da kanuna aykırılık teşkil edeceğinden hukuka aykırı delil konusuyla yakından ilişkilidir.

---

<sup>54</sup> Benzer görüş için bkz: (Gündüz 2009, 18); (Yılmaz 1999, 101)

Delilin, genel olarak iki sebepten dolayı hukuka aykırı hale geleceği söylenebilecektir. Bunlardan birincisi, elde ediliş yönteminin hukuka aykırı olmasıdır. Bu delillerin, elde ediliş sırasında hukuk kurallarına riayet edilseydi, normal şartlar altında karara esas teşkil edebilecek deliller olduğu görölmektedir. Örnek vermek gerekirse, yetki belgesi olmaksızın meslek personelince yerinde incelemede elde edilen deliller bu kategori kapsamında değerlendirilebilecektir. Bu hususa ilişkin bir diğer örnek ise teşebbüsün sahip olduğu temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilerek delile erişilmesidir. Diğer bir görünüm şekli ise kaynağı itibarıyla hukuka aykırı olan delillerdir. Burada ise delilin doğrudan kendisinin hukuka aykırı olması söz konusudur (Yaylak 2017, 19). Örneğin, teşebbüs tarafından dosyaya delil olarak sunulan belgenin (fatura, sözleşme vs.) sahte çıkması durumunda delilin kaynağı itibarıyla hukuka aykırı olduğuna karar verilecek ve delil, karara esas alınamayacaktır.

Kurulun gerçekleştirdiği yerinde incelemeler vasıtasıyla, teşebbüsün hak ve özgürlük alanına girdiğinin tespit edilmesini müteakip yerinde inceleme yetkisinin kapsamının da detaylı olarak ortaya konulması gerekmektedir. Nitekim rekabet otoritelerinin yerinde inceleme yetkisi bir takım prosedürlere bağlanmıştır. Bu prosedürlere aykırılıklar yerinde incelemeyi hukuka aykırı hale getirecek ve hukuka aykırı olarak gerçekleşen incelemeler vasıtasıyla elde edilen deliller de hukuka aykırı hale gelebilecektir. Bu noktada bu yetkinin kapsamının ve temel hak ve özgürlüklerle olan ilişkisinin iyi kurulması ile hukuka aykırılıkların daha net anlaşılacağı düşünölmektedir. Çalışmanın devam eden kısmında her bir delil türü özelinde, Kurul'un, Komisyonun'un ve AB ölkelerinin hem delil elde ederken tabi oldukları prosedürler hem de teşebbüsün sahip olduğu temel hak ve özgürlükler incelenerek toplanan delilerin hukuka uygun olup olmadığı tespit edilmeye çalışılacaktır.

## BÖLÜM 3

# AB REKABET HUKUKUNDA HUKUKA AYKIRI DELİLLER

### 3.1. KOMİSYON’UN YERİNDE İNCELEME YETKİSİ

AB rekabet hukukunda, teşebbüslerin merkezlerinde ve teşebbüs yetkililerinin konutlarında gerçekleştirilecek yerinde incelemelere ilişkin yetki ve usul, 1/2003 sayılı Tüzük’ün 20. ve 21. maddesinde düzenlenmektedir<sup>55</sup>. Ayrıca Komisyon, incelemeye maruz kalan teşebbüslerin hak ve yükümlülüklerinin daha iyi anlaşılabilmesi adına açıklayıcı bir not yayımlamıştır.<sup>56</sup>

1/2003 sayılı Tüzük’te, Komisyon’un, teşebbüse ait her türlü malvarlığında inceleme yapma, **nerede tutulduğuna bakılmaksızın işle alakalı her türlü defter ve kaydı inceleme**, bunların birer kopyasını alma, uzun bir sürece yayılan incelemelerde, veri güvenliğinin sağlanabilmesi adına teşebbüsün işyerlerini mühürleme ve teşebbüs çalışanlarına ve temsilcilerine incelemenin konusu ve amacı ile sınırlı olmak kaydıyla soru sorma yetkilerine sahip olduğu görülmektedir. Bu yetkilerin yanı sıra Açıklayıcı Not’a göre, yerinde inceleme, dijital verilerin incelenmesini ve bu verilerin, elektronik veya fiziki kopyalarının alınmasını da içermektedir.<sup>57</sup>

1/2003 sayılı Tüzük’ün 20. maddesi uyarınca Komisyon, yerinde incelemeleri iki şekilde gerçekleştirebilmektedir. Bunlardan ilki, Komisyon’un hazırladığı bir yetki belgesine dayanan *yetkilendirme yoluyla* yapılan incelemelerdir (Bellamy

---

<sup>55</sup> 20. madde, teşebbüsün işyerlerinde; 21. madde ise teşebbüsün konutlarında gerçekleştirilen incelemelere ilişkindir.

<sup>56</sup> Explanatory note to an authorization to conduct an inspection in execution of a Commission decision under Article 20 (4) of Council Regulation No 1/2003 (**Açıklayıcı Not**).

<sup>57</sup> Dijital verilerin alınmasında kullanılan yöntemler, çalışmanın “3.3. Dijital Deliller” başlığı altında ele alınacaktır.



2008, 1204). Yetkilendirme yoluyla yapılan incelemelerde, teşebbüslerin incelemeye rıza göstermemesi durumunda incelemenin engellenmesi cezası uygulanmadığı için ilgili incelemeler, teşebbüsün temel hak ve özgürlüklerine müdahale teşkil etmemektedir (Riley 2002, 74).

İkinci inceleme metodu ise, *karar yoluyla* gerçekleştirilen ve teşebbüslere önceden bildirilmeyen yerinde incelemelerdir.<sup>58</sup> Bu incelemelerde, Komisyon tarafından alınan kararda; (i) incelemenin konusu, amacı ve başlangıç tarihi, (ii) yanlış, yanıltıcı ve eksik bilgi verilmesi veya incelemenin engellenmesi halinde para cezası uygulanacağı ve (iii) teşebbüsün inceleme kararına karşı dava açma hakkının bulunduğu hususları yer almak zorundadır.

Ayrıca, inceleme personelinin, bu karar esas alınarak hazırlanan yetki belgesini de teşebbüse ibraz etmesi gerekmekte, teşebbüslerin ise bu incelemeye rıza göstermeleri ve bu doğrultuda inceleme esnasında aktif işbirliği yapma yükümlülükleri bulunmaktadır. Karar yoluyla gerçekleştirilen incelemelerde, incelenmenin engellenmesi durumunda teşebbüsler hakkında para cezası uygulanabilmektedir (Blanco 2013, 328).

Komisyon'un teşebbüs merkezlerinde veya konutlarında inceleme yapabilmesi için *makul bir şüphe* gerekmektedir. Makul şüpheye dayanılarak hazırlanan yetki belgesinde ve inceleme kararında incelemenin *konusunun ve amacının belirtilmesi zorunluluğu* bulunmaktadır (Blanco 2013, 323-328).

Sonuç olarak, 1/2003 sayılı Tüzük'ün 20 ve 21. maddeleri uyarınca, başta karteller olmak üzere rekabet ihlallerinin tespit edilebilmesi için Komisyon'a geniş bir inceleme yetkisi verilmiştir. Kartellerin gittikçe daha karmaşık hale gelmesinden dolayı, kartelin varlığını gösterir kanıtları tespit etmek için rekabet otoritelerinin geniş bir araştırma yetkisine sahip olması noktasında şüphe bulunmamaktadır<sup>59</sup> (Wils 2008, 137). Fakat bu geniş yetkinin sınırsız olup olmadığı konusunda çeşitli tartışmalar yürütülmektedir. Bununla birlikte yukarıda da ifade edildiği üzere yerinde incelemelerin teşebbüsün temel haklarına ve faaliyetlerine müdahale teşkil etmesi, bu denetimlerin serbestçe değil de belli güvencelere ve

---

<sup>58</sup> 1/2003 sayılı Tüzük'ün 20. maddesinin dördüncü fıkrası.

<sup>59</sup> Case C-94/00, *Roquette Freres SA v. Commission*, 22.10.2002, para. 42

usul kurallarına uygun olarak yerine getirilmesini gerektirmektedir. Zira herhangi bir güvence veya usule bağlanmamış bir yerinde inceleme, keyfi ve orantısız bir müdahale ile sonuçlanabilir (Michalek 2015, 181). Bunların başında ilgili başlık altında inceleme altına alacağımız ve yakın zamanda AB Genel Mahkemesi tarafından *Nexans* ve *Deutsche Bahn* kararlarında<sup>60</sup> yasak olduğu ortaya konulan balık avı gezileri (*fishing expedition*) gelmektedir.

## 3.2. BALIK AVI GEZİLERİ VE TESADÜFİ DELİL

### 3.2.1. Kavramsal Çerçeve

Balık avı gezileri; makul şüpheye dayanmayan, potansiyel bir ihlalin keşfi için gerçekleştirilen ve inceleme kararı veya yetki belgesinin konusunu ve amacını aşan incelemelerde bulunulması olarak ifade edilebilir (Michalek 2015, 181). Hukuk Sözcüsü Kokott'un görüşüne göre, olası bir balık avı gezisinin tespiti için, inceleme kararı alınırken başvuru gerekçelerinin böyle bir müdahale için yeterli olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir.<sup>61</sup>

1/2003 sayılı Tüzük'ün 20. maddesinin dördüncü fıkrası, Komisyon'un görevi olan inceleme kararlarının gerekçelerini açıklama yükümlülüğünün içeriğini ve kapsamını detaylı şekilde ortaya koymaktadır. Söz konusu fıkranın ikinci cümlesine göre, bu tür kararlar, incelemenin konusunu ve amacını belirtmek zorundadır. Bu hüküm, denetimlerin bir “balık avı gezisi” oluşturmamasını sağlamak için önemlidir. Diğer bir deyişle, ilgili düzenleme Komisyon tarafından somut şüpheler olmaksızın spekülasyon temelde inceleme yapılamayacağını göstermektedir.<sup>62</sup>

Balık avı gezisine oldukça benzeyen bir diğer kavram ise tesadüfi (kazara/şans eseri elde edilen) delillerdir. Hukuk Sözcüsü Wahl, *Deutsche Bahn*<sup>63</sup> kararındaki

---

<sup>60</sup> Genel Mahkeme, Case T-135/09, *Nexans vs. Commission*, 14.11.2012

<sup>61</sup> Opinion of AG Kokott, 03.04.2014, Case C-37/13 P *Nexans SA and Nexans France SAS vs Commission* (Hukuk Sözcüsü Kokott'un *Nexans* görüşü), para. 5.

<sup>62</sup> Opinion of AG Mischo, 21.02.1989, Cases 46/87 and 227/88 *Hoechst v. Commission*, para. 206; Opinion of the AG Kokott, 14.03.2011, Case C-109/10 P, *Solvay vs Commission*, para. 138.

<sup>63</sup> Opinion of AG Wahl 14.2.2015, Case C-583/13 P, *Deutsche Bahn v. Commission* (Hukuk Sözcüsü Wahl'in *Deutsche Bahn* görüşü).

görüşünde, tesadüfi delillerin, Komisyon yetkililerinin inceleme yaparken şans eseri buldukları, bir şekilde önlerine gelen başkaca bir rekabet ihlaline ilişkin deliller olduğunu ifade etmiştir. Genel Mahkeme'nin *Hoechst*<sup>64</sup> ve *Dow Benelux*<sup>65</sup> kararlarında, soruşturmanın konusunu ve amacını aşan, tesadüfen elde edilen bilgileri desteklemek ve araştırmak amacıyla Komisyonun ek inceleme ve tahkikat yapabileceği belirtilmektedir.

Dolayısıyla her ne kadar iki kavram birbirine yakınsasa da tesadüfi delillerin hukuka uygun olduğu değerlendirilirken balık avı sonucu elde edilen deliller hukuken kabul edilmemektedir.

Nitekim Blanco (2013, 343)'ya göre, Komisyon, tüm iş kayıtlarını inceleme yetkisine sahiptir. Ancak, yalnızca incelemenin konusu ve amacıyla doğrudan veya dolaylı olarak ilgili olan belgeleri almaya yetkilidir. Bu kuralın amacı balık avı gezilerini önlemektir. Bunun yanı sıra, Komisyon başka bir ihlalle alakalı tesadüfi delil/şans bulgusu<sup>66</sup> bulunduğu yeni bir soruşturma süreci başlatabilecektir (Can 2012, 36).<sup>67</sup> Diğer bir deyişle, tesadüfi delil başkaca bir ihlal hakkında istihbarat teşkil edebilir ama delil olarak kullanılmamalıdır (Michalek 2015, 197). Fakat balık avı gezileri sonucunda elde edilen deliller, şans bulgusu değil, aksine inceleme personelinin aktif bir biçimde ve özellikle inceleme kapsamının dışında arama yapılması sonucunda elde edilenlerdir.

Yerinde incelemelerin teşebbüsün temel hak ve özgürlük alanına müdahale teşkil ettiği, bu müdahalenin orantısız biçimde gerçekleştirilmesinin teşebbüs hakları üzerinde bazı ihlaller yaratabileceği noktasından hareketle balık avı gezilerinin hukuka aykırı delil ile yakından ilgili bir husus olduğu görülmektedir. Bu kapsamda yetki belgesi ve yerinde inceleme kararının içeriği önem kazanmakta olup bir sonraki başlık altında, soruşturmanın konu ve amacının makul şüphe esas alınarak belirlenmesi/sınırlandırılması gerektiği ve hukuka uygun bir incelemenin sınırlarının nasıl çizileceğine değinilecektir.

---

<sup>64</sup> Case 46/87 and 227/88, *Hoechst AG. v. Commission* 21.09.1989 para. 48.

<sup>65</sup> Case 85/87, *Dow Benelux v. Commission*, 18.10.1989, para 17-19.

<sup>66</sup> Blanco (2013), tesadüfi delil kavramı yerine “*chance finding*” kavramını kullanmaktadır.

<sup>67</sup> *Dow Benelux kararı*, para. 17–19.

### 3.2.2. Yerinde İnceleme Kararında ve Yetki Belgesinde

#### Bulunması Gereken Hususlar

Yerinde inceleme gibi geniş bir yetkiyi dengelemek ve olası kötüye kullanmaları (balık avı gezisi vb.) engellemek için belirli usul güvenceleri getirilmiştir. Bu güvencelerden ilki, yerinde inceleme yetkisinin *makul bir şüphe* olmadan kullanılamamasıdır.<sup>68</sup> Bunun yanı sıra 1/2003 sayılı Tüzük'ün 20. maddesi uyarınca, Komisyon'un yerinde inceleme kararının, *incelemenin konusu, amacı ve başlayacağı tarihi* içermesi zorunluluğudur. Dolayısıyla yerinde incelemeler, *yeterli bir ihlal şüphesinin varlığı* ve yerinde *incelemenin konusu ile amacının* önceden *olabildiğince kesin şekilde tanımlanmış* olması gibi özel şartlara tabi olmalıdır. Bu ön koşullar, otoritelerin keyfi ve orantısız müdahalesine karşı temel bir güvence teşkil etmektedir. Aksi takdirde, teşebbüsün sahip olduğu temel hak ve özgürlüklere orantısız müdahale edilerek toplanacak delillerin, hukuka aykırı olacağı göz ardı edilmemelidir (Torre 2009, 532).

Konuya ilişkin AB rekabet hukuku uygulamasına bakıldığında, yerinde incelemenin konusu ve amacının belirtilmesi, yalnızca ilgili teşebbüslerin malvarlığında yapılan incelemenin haklı olduğunu göstermek için değil, aynı zamanda teşebbüslerin **savunma haklarını korumak** ve **işbirliği yapma yükümlülüklerinin kapsamını belirlemek** için temel bir gerekliliktir.<sup>69</sup> İnceleme sırasında elde edilen ve incelemenin konusuyla veya amacıyla ilgili olmayan kanıtların kullanılması durumunda teşebbüslerin savunma hakkı, ciddi şekilde etkilenebilmektedir.<sup>70</sup> Dolayısıyla, konu ve amacın belirtilmesi (gerekçelerin belirtilmesi) yükümlülüğü, Komisyon'un yürüttüğü soruşturmaların daha etkili olmasını sağlamak amacıyla bile sınırlandırılmamalıdır. (Blanco 2013, 325).

Bu noktada, soruşturmanın konusu ve amacının belirlenmesinden ne anlaşılması gerektiği önem arz etmektedir. Komisyon, PVC tedariki pazarında faaliyet gösteren teşebbüsler hakkında yürüttüğü incelemede, teşebbüslerden Dow Benelux, inceleme kararının makul ve uygun bir şüpheye dayanmadığı ve aynı

---

<sup>68</sup> *Hoechst AG kararı*, para. 26.

<sup>69</sup> *Hoechst kararı*, para. 29; *Dow Benelux kararı*, para. 8 ve 40; *Cases 97/87, 99/87 Dow Chemical Ibérica and Others vs Commission*, 17.10.1989, para. 26 ve 45; *Roquette Frères kararı*, para. 47; Hukuk Sözcüsü Kokott'un *Nexans görüşü*, para. 44.

<sup>70</sup> *Dow Benelux kararı*, para. 18; *Roquette Frères kararı*, para. 48.

zamanda kendilerine, inceleme gerekçelerinin eksiksiz bir biçimde bildirilmediği hususlarına itiraz etmiştir. Konuyu inceleyen Genel Mahkeme kararında, Komisyon'un incelemenin konusunu ve amacını belirtme görevinin temel bir gereklilik olduğu ve bunun teşebbüsün işbirliği yapma görevinin kapsamını gösterdiği ve aynı zamanda savunma hakkını da koruduğu ifade edilmiştir.<sup>71</sup> Akabinde, Mahkeme, inceleme kararının, 1/2003 sayılı Tüzük'ün 20. maddesinin dördüncü fıkrasında öngörülen temel unsurları içerdiğini ve özellikle bazı PVC tedarikçileri arasında fiyat, miktar ve satış hedefleriyle ilgili olarak anlaşmaların veya uyumlu eylemlerin varlığını gösteren bilgilere atıfta bulunduğunu, *ihlalden etkilenebilecek pazara ve ihlalin temel özelliklerine yer verildiğini*<sup>72</sup>, tespit etmiştir.

*France Telecom* davasında Genel Mahkeme, bir yerinde incelemenin hukuka uygun olduğunun tespit edilebilmesi için inceleme kararında, teşebbüsün ihlalinden şüphelenmek için makul gerekçelere sahip olduğunun kanıtlanması ve soruşturmanın amacı ile konusunun belirtilmesi gerektiği yönünde hüküm kurmuştur.<sup>73</sup> Genel Mahkeme kararında, inceleme kararının, şüphelenilen ihlalin temel özelliklerini, *etkileneyeceği düşünülen pazarı*, şüphelenilen kısıtlamaların niteliğini, *incelemenin konusunu ve amacını*, *teşebbüsün şüphelenilen ihlaldeki rolü*, *neyin arandığını* ve *soruşturmanın ilgili olabileceği hususlara ilişkin açıklamaları* gösterdiği tespit edilmiştir.<sup>74</sup> Mevcut dava kapsamında amaç ve konunun belirtilmesi yükümlüğünün yerine getirildiği değerlendirilmiştir.

Bununla birlikte, bir inceleme kararının gerekçelerine ilişkin yasal gereklilikler değerlendirilirken, yerinde incelemelerin çok erken bir aşamada (önaraştırma aşamasında)<sup>75</sup>, bir başka ifadeyle rekabet otoritesinin şüphelenilen ihlal hakkında, kesin bir şekilde yasal değerlendirme<sup>76</sup> yapmak için gerekli

---

<sup>71</sup> *Dow Benelux* kararı, para. 26.

<sup>72</sup> A.g.k., para. 11.

<sup>73</sup> Case T-340/04, *France Télécom SA v Commission of the European Communities*, 08.03.2007, para 53

<sup>74</sup> A.g.k., para. 55.

<sup>75</sup> R. Whish, D. Bailey, *Competition Law*, 7th ed., Oxford University Press, s. 285.

<sup>76</sup> *National Panasonic* kararı, para. 21; Hukuk Sözcüsü Mischo'nun *Hoechst* görüşü, para. 174; Hukuk Sözcüsü Kokott'un *Solvay* görüşü, para. 143; *ABİDA'nın 101. veya 102. maddesinin ihlal edilip edilmediğinin belirlenmesi sorunu ile ilgili olarak*, bkz: Hukuk Sözcüsü Mischo'nun *Hoechst* görüşü, para. 176; Hukuk Sözcüsü Kokott'un *Nexans* görüşü, para. 48.

bilgilere sahip olmadığı bir dönemde gerçekleştiği dikkate alınmalıdır (Michalek 2015, 184). Bu nedenle, daha önce ABAD tarafından teyit edildiği üzere<sup>77</sup>, teşebbüsün savunma haklarını koruma konusundaki meşru menfaatine rağmen, bir inceleme kararının kesin hukuki değerlendirmeler içermesi, diğer bir deyişle *ilgili pazarı kesin olarak tanımlaması*, varsayılan *ihlalin tam hukuki yapısını*<sup>78</sup> veya söz konusu *ihlalin işlendiğinin söylendiği süreyi* ortaya koyması zorunlu değildir (Blanco 2013, 326).

Buna karşın, doktrinde ABAD'ın kararlarında, Komisyon'un gerekçeleri bildirme yükümlülüğünün basite indirildiği ve incelemelerin önaraştırma aşamasında gerçekleşmesi sebebiyle bu dönemde Komisyon'un yeterli bilgiye sahip olamayacağı argümanı eleştirilmekte ve inceleme kararının çok belirsiz olmaması gerektiğini ifade edilmektedir (Michalek 2015, 184).

Sonuç olarak, inceleme kararında ve yetki belgesinde, en azından “şüphelenilen ihlalin temel özelliklerinin” ve “*iddia edilen ihlalin kapsadığı ürün pazarlarının*”<sup>79</sup> belirtilmesi gerekmektedir, “*ilgili coğrafi pazarın*”<sup>80</sup> tespit edilmesi zorunlu değildir. Buna karşın Blanco (2013, 327), bu yaklaşımın, Komisyon'u varsayılan ihlalin ve ürün pazarının geniş tanımlanmasına iteceği ve geniş tanımlanan bir yetki belgesinin teşebbüsün savunma hakkı ile soruşturmanın etkinliği arasında bir çatışma yaratacağını düşünmektedir.

İncelemenin konusu ve amacının belirlenmesine takiben yürütülecek yerinde inceleme sırasında belirtilen amaç ve konu dışında *aktif ve kasıtlı* olarak araştırma yapılmamalıdır. Aksi takdirde yerinde incelemeler balık avı gezisi teşkil edecek ve teşebbüslerin savunma haklarının ihlali söz konusu olacaktır.

Bu noktada AB Mahkemelerinin yakın tarihli *Nexans-Prysmian* ve *Deutsche Bahn* kararları balık avı gezilerini tespiti için önemli kriterler ortaya koymaktadır. Bir sonraki başlık altında ilgili kararlar incelenecek ve bir incelemenin, hangi durumlarda balık avı gezisi teşkil edebileceği saptanacaktır.

---

<sup>77</sup> *Hoechst* kararı, para. 41; *Dow Benelux* kararı, para. 10; *Dow Chemical Ibérica* kararı, para. 45; *Roquette Frères* kararı, para. 82; Hukuk Sözcüsü Kokott'un *Nexans* görüşü, para. 49.

<sup>78</sup> “İhlalin temel özelliklerinin belirtilmesi yeterlidir.”, *France Télécom* kararı, para. 58 ve <sup>59</sup>.

<sup>79</sup> ABAD, *Nexans* kararı.

<sup>80</sup> Hukuk Sözcüsü Kokott'un *Nexans* görüşü, para. 22 ve 45.

### 3.2.3. AB Mahkemelerinin Yaklaşımı

#### *Nexans SA Kararı*<sup>81</sup>

Komisyon'un Nexans vakasında ilgili ürün pazarını elektrik kabloları ve bunlara ilişkin malzemeler olarak belirlediği görülmektedir.<sup>82</sup> Soruşturma tarafı olan teşebbüsler, denetimin konusunu ve amacını yeterince sınırlandırmamış olması nedeniyle kararın ilgili ürün kapsamının aşırı geniş ve belirsiz olduğunu ileri sürerek yerinde inceleme kararına savunma hakkının kısıtlandığı gerekçesiyle itiraz etmişlerdir.<sup>83</sup>

Genel Mahkeme kararında, soruşturma faaliyetinin, hâlihazırda bilinmeyen veya tam olarak tanımlanmayan çeşitli delilleri arama yetkisini ifade ettiği saptanmıştır.<sup>84</sup> Kaldı ki Komisyon, ilgili belgelerin, soruşturma konusunun kapsamında yer alıp almadığını ancak belgeleri inceleyerek tespit edebilecektir. Ayrıca bu yöntem ile teşebbüsün soruşturmanın konusu olan belgeleri gizlemesinin de önüne geçilmiş olacaktır.<sup>85</sup> Nitekim Andersson (2017, 231)'a göre de Komisyon'un inceleme yetkisi belgelere el koyma ve belgeleri kopyalama yetkisinden daha geniş olmalıdır.

Mahkeme, Komisyon'un ilgili ürün pazarını oluşturan her türlü elektrik kabloları ile ilgili faaliyetler bakımından inceleme yapması hususunu değerlendirirken, soruşturmanın pişmanlık başvurusu üzerine başlatıldığını ifade etmiştir. Pişmanlık başvurusunda, ihlalin yüksek gerilimli su altı ve yer altı elektrik kabloları ve ilgili malzemelere ilişkin olduğu görülmekte ve başvuru tüm elektrik kablolarını kapsamamaktadır. Kaldı ki soruşturmaya konu elektrik kabloları, yüksek gerilimli kablolar olup, bu ürünler alt ve orta gerilimli kablolar ile aynı pazarda yer almamaktadır. Genel Mahkeme, inceleme konusunun yalnızca yüksek gerilimli yer altı ve su altı elektrik kabloları ve bu kablolarla ilgili malzemeleri kapsadığı ölçüde kabul edilebilir olduğunu ifade etmiştir.<sup>86</sup> Bu kapsamda inceleme kararının diğer elektrik kabloları ile alakalı kısmının iptal edilmesine karar vermiştir. Kanaatimizce, pişmanlık başvurusu ile başlatılan

<sup>81</sup> İlgili dava, yerinde **inceleme kararına karşı açılmıştır.**

<sup>82</sup> *Nexans* kararı, para. 3; Hukuk Sözcüsü Kokott'un *Nexans* görüşü, para. 12.

<sup>83</sup> A.g.k., para. 35.

<sup>84</sup> A.g.k., para. 62.

<sup>85</sup> A.g.k., para. 63.

<sup>86</sup> A.g.k., para. 93.

bir süreçte, incelemenin yürütüleceği ürün pazarının kapsamı belirlenirken, Komisyon'a iletilen pişmanlık başvurusunda yer alan bilgiler dâhilinde hareket edilmesi gerekmektedir.

*Nexans* kararında, teşebbüsün bir diğer iddiası ise coğrafi pazarın çok geniş tanımlandığıdır. Bu noktada Genel Mahkeme ilgili coğrafi pazarın belirlenmesini bir zorunluluk olarak görmemiş ve iddiayı reddetmiştir.<sup>87</sup> Akabinde Genel Mahkeme'nin kararı temyiz edilmiştir. ABAD temyiz kararında, Hukuk Sözcüsü Kokott'un, coğrafi pazarın belirlenmesinin henüz sürecin başında çok da mümkün olmadığını ve Komisyon'un coğrafi pazar olarak AB ekonomik bölgesi ve küresel belgeleri incelemesinin hukuka aykırı olmadığı görüşüne katılarak temyiz başvurusunu reddetmiştir.<sup>88</sup>

İlgili dava kapsamında özetlemek gerekirse, AB mahkemelerine göre balık avı gezilerinin yasaklanması şu anlama gelmektedir: Komisyon, bir rekabet ihlalden şüphelenmek için "*makul gerekçeleri*" olan ürün pazarlarını inceleme hakkına sahiptir. Ancak öte yandan coğrafi pazar ve ihlalin gerçekleştiği zaman aralığı noktasında geniş bir takdir yetkisine sahiptir (Michalek 2015, 193).

Doktrinde bazı görüşlere göre, incelemeye dâhil olan ürünlerin kapsamının belirsiz olduğu durumlarda, Komisyon'un karardaki yaklaşımı genişletip genişletmeyeceği ve komşu ürünlere ilişkin belgelerin de incelenmesinin yasadışı davranışı daha iyi anlamak için faydalı olup olmayacağı konusu net değildir.<sup>89</sup>

### ***Deutsche Bahn (DB) Kararı***

Komisyon, Mart 2011'de DB'nin tesislerinde, teşebbüsün, elektrikli çekiş operatörü pazarında, iştiraklerine imtiyazlı indirimler vererek hakim durumunu kötüye kullandığı iddiası üzerine bir inceleme gerçekleştirmiştir. İnceleme kararının konusunu da bu ihlal oluşturmaktadır. Aynı zamanda Komisyon personeline, yerinde incelemeden önce, DB'nin bağlı kuruluşu Deutsche Umschlaggesellschaft Schiene-Straße mbH'yi (DUSS) ilgilendiren ve başkaca bir ihlal iddiası olan, demiryolu taşımacılığı pazarında ayrımcı koşulların uygulanması ve terminallere

---

<sup>87</sup> A.g.k., para. 97 vd.

<sup>88</sup> ABAD, *Nexans* kararı, para. 37 ve 45.

<sup>89</sup> A. Nourry, Ch. Duff, Protecting "out of scope" documents in dawn raids – a mixed bag, Briefing Note, Clifford Chance, 2014, ([https://www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/PDFs/Client\\_briefing\\_out\\_of\\_scope1.pdf](https://www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/PDFs/Client_briefing_out_of_scope1.pdf)) E.T: 04.03.2020



erişimin reddedilmesi ile ilgili bir şikâyetin varlığı hakkında bilgiler verilmiştir. Fakat bilgilendirme anı itibarıyla DUSS hakkındaki şikâyet için açılmış bir dosya henüz bulunmamaktadır. Gerçekleştirilen ilk yerinde inceleme esnasında Komisyon yetkilileri inceleme kararının konusunu oluşturan belgeler dışında; inceleme kararının konusunu oluşturmayan ikinci şikâyet hakkında da bir takım belgeler bulmuştur. Bunun üzerine, inceleme kararının dışında bulunan belgelerin hukuka aykırı olmaması için Komisyon hızlı bir şekilde (inceleme personeli henüz teşebbüste birinci inceleme kararını yerine getirirken) ikinci bir inceleme kararı almıştır.<sup>90</sup> Akabinde, Komisyon, demiryolu taşımacılığı pazarında olası bir ihlal ile ilgili daha fazla kanıt aramak için ileri bir tarihte üçüncü bir inceleme kararı almıştır.

DB, yerinde inceleme sürecine ilişkin dava açmıştır. Genel Mahkeme, DB'nin “*Komisyon'un, ilk denetim kararını farklı bir sektörde de olsa başka bir potansiyel ihlalin kanıtını bulmak için kullandığı ve **balık avı gezisi oluşturan yasadışı hedefli bir arama gerçekleştirdiği***”<sup>91</sup> savunmasını reddetmiştir.<sup>92</sup>

Genel Mahkeme kararının gerekçesine bakıldığında, AB içtihadında<sup>93</sup> tesadüfen elde edilen delillere ilişkin ele alınan yaklaşımı benimsediği görülmektedir.<sup>94</sup> Mahkeme, Komisyon'un bu dosya kapsamında elde ettiği belgelerin tesadüfi delil teşkil ettiğini,<sup>95</sup> tesadüfi delillerin **başka bir ihlale istihbarat teşkil edebileceğini**, yeni bir soruşturma açılması engellenirse, teşebbüslerin savunma hakkını korumak için gerekli olanın ötesine geçecek ve bu nedenle, Komisyon'un ortak rekabet hukukuna uyumu sağlama misyonunun etkililiğine haksız bir engel teşkil edeceğini değerlendirmiştir.<sup>96</sup> Bununla birlikte, mahkeme kararında, alınan ikinci ve üçüncü inceleme kararı ile gerçekleştirilen incelemelerde, birinci incelemede DUSS ile ilgili olarak elde edilen belgelerin

<sup>90</sup> Komisyon yetkilileri hala teşebbüsün ofislerinde iken, Komisyon ikinci bir inceleme kararı almıştır. Genel Mahkeme, *Deutsche Bahn* kararı, para. 16.

<sup>91</sup> A.g.k. para. 166.

<sup>92</sup> A.g.k. para. 179.

<sup>93</sup> *Dow Benelux* kararı, para. 18.

<sup>94</sup> Genel Mahkeme, *Deutsche Bahn* kararı, para. 125.

<sup>95</sup> Mahkeme yapılan aramanın, yasadışı hedefli bir arama olup olmadığını değerlendirmek için Komisyon'dan inceleme kullanılan anahtar kelimelerin bir listesini istemiştir. Dolayısıyla olası bir balık avı gezisinin tespit edilebilmesi için anahtar kelimelerin önemli bir konuma sahip olduğu söylenebilir.

<sup>96</sup> Genel Mahkeme, *Deutsche Bahn* kararı, para. 127.

yeniden elde edildiği ve inceleme kararında belirtilen amaçlara uygun olarak kullanıldığı tespit edilmiştir. Bu sebeple de teşebbüsün savunma hakkının ihlal edilmediğine karar verilmiştir.<sup>97</sup>

Genel Mahkemenin, DB’de yapılan yerinde incelemede elde edilen belgeleri balık avı gezisi sonucunda elde edilmiş delil yerine tesadüfi delil olarak nitelendirmesi hatalı bir yaklaşım olarak nitelendirilmelidir (Michalek 2015, 198). Nitekim mahkeme, bu kararı ile Nexans kararında sergilediği yaklaşımdan ayrılarak, balık avı gezilerine izin vermiş ve teşebbüsün herhangi bir temel hak ve özgürlüğünün kısıtlanmadığına karar vermiştir.

Teşebbüs, Genel Mahkeme’nin kararını temyiz etmiştir. Hukuk Sözcüsünün, dosyaya ilişkin görüşlerine<sup>98</sup> göre, Komisyon tarafından yürütülen yerinde incelemeler, 1/2003 sayılı Tüzük’ün 28. maddesinin amacına göre yorumlanmalıdır. Bu hükmün amaçlarından biri, rekabet kurallarının olası bir ihlaline ilişkin devam eden bir soruşturmayı bahane ederek Komisyon’un «*balık avı gezilerine*» çıkmasını önlemektir. Hukuk sözcüsüne göre Komisyon, soruşturmanın konusu ile ilgili olanlar dışında, AB rekabet kurallarının olası ihlallerine ilişkin kanıt arayamaz.<sup>99</sup>

Wahl, *Dow Benelux* içtihadını, Komisyon’un tamamen tesadüfen ortaya çıkan belge niteliğindeki kanıtları bulması durumunda bunları görmezden gelmemesi gerekliliği olarak yorumlamaktadır.<sup>100</sup> Fakat mevcut olayda Komisyon’un ilk inceleme devam ederken inceleme kapsamı dışında kalan başkaca bir ihlali aramak için ikinci bir inceleme kararı almasının amacının, 1/2003 sayılı Tüzük’ün 28. maddesinin arkasından dolanma anlamına gelip gelmediğini iyi tespit etmek gerekmektedir. Komisyon, inceleme personelini inceleme başlamadan önce gerçekleştirdiği bir toplantı ile inceleme kararının içeriği ve **inceleme kararında yer almayan başkaca bir ihlal** hakkında bilgilendirmiştir. Her ne kadar

---

<sup>97</sup> A.g.k. para. 126.

<sup>98</sup> Hukuk Sözcüsü Wahl’ın *Deutsche Bahn* görüşü.

<sup>99</sup> Ibid para. 64.

<sup>100</sup> “Örneğin, böyle bir durum, şüpheli bir vergi kaçakçılığı nedeniyle yerinde inceleme yaparken, olası bir kara para aklama vakasını gösteren bilgileri bulan bir icra makamının durumu ile mutatis mutandis (uygun düştüğü ölçüde) karşılaştırılabilir. Bu makamın gerçekten tesadüfen bulunan bilgileri göz ardı etmesi için geçerli bir neden yoktur. Aynı durum 1/2003 sayılı Tüzük kapsamında yürütülen soruşturmalar bağlamında Komisyon için de geçerlidir.” Ibid. para. 65.

Komisyon iki şikâyetin ortak yönleri olduğunu, aynı anda bilgilendirme yapılarak incelemenin etkin kılınmaya çalışıldığını ifade etse de inceleme kararının kapsamının bu iki şikâyeti kapsamıyor oluşu, bu şikâyetlerin birbiriyle bağlantılı olmadığını göstermektedir.<sup>101</sup>

Bu noktada Wahl'a göre, Komisyon'un toplantıda ikinci şikâyet hakkında bilgi vermesinin tek amacı, DUSS hakkındaki şüpheli ihlale ilişkin bilgiler bakımından inceleme personelinin "gözlerini dört açabilmeleri" olabilir.<sup>102</sup> Diğer bir deyişle Komisyon, personeline, açık veya zımnî olarak, ikinci ve farklı bir şüpheli ihlalle ilgili bilgilere özellikle dikkat etmelerini söylemiştir. Böylece, kasıtlı olarak Komisyonun, soruşturma konusuyla ilgisiz başka bir konu hakkında delil toplamak için 1/2003 sayılı Tüzükte belirtilen kuralların arkasından dolandığı sonucu ortaya çıkmaktadır.

Bu durum, açıkça Mahkeme'nin *Dow Benelux* içtihadına göre izin vermek istediği davranış türü değildir. Netice itibarıyla, ABAD kararında, gerekçeleri belirtme yükümlülüğünün yerine getirilmediği ve savunma hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle Komisyon'un ikinci ve üçüncü inceleme kararlarının bozulması yönünde hüküm kurulmuştur.<sup>103</sup>

Uzun süredir tartışma konusu olan balık avı gezileri yukarıda anılan iki karar doğrultusunda AB mahkemeleri tarafından hukuka aykırı bulunmuştur. Bununla birlikte *Nexans* davasında Mahkemenin yorumuna göre, yasak, yalnızca incelemenin ilgili ürün pazarına odaklanmıştır. Bu karar coğrafi pazar açısından ise Komisyon'a geniş bir takdir yetkisi bırakmıştır.

Bazı yazarlar bu yaklaşımın da yetersiz olduğunu, inceleme kararının amacı ve konusunun daha ayrıntılı olarak belirtilmesi gerektiğini, inceleme yalnızca ilgili ürün pazarı değil *ihlalin gerçekleştiği zamanı ve coğrafi pazarı* da kapsamaması gerektiğini ileri sürmektedirler.<sup>104</sup>

Kuşkusuz, Komisyon bakımından soruşturmalarının etkinliği ile teşebbüslerin savunma hakkının bu bağlamda korunması arasında adil bir denge kurmak kolay

---

<sup>101</sup> Ibid para. 75.

<sup>102</sup> Ibid para. 77.

<sup>103</sup> ABAD, *Deutsche Bahn* kararı, para. 69.

<sup>104</sup> (Michalek 2014, 129-158)

olmayıp her iki yaklaşımın da destekçileri ve muhalifleri vardır. Bir yandan, rekabet hukukundaki ihlallerin özel karakteri, özellikle de kanıtların ortaya çıkarılmasındaki zorluklar nedeniyle, otoritelerin “şans (tesadüf) keşiflerinden” fayda elde etmesi önemlidir. Aksi takdirde, rekabet otoritesinin potansiyel olarak suçlayıcı belgelere göz yumması beklenirse, Komisyon’un yetkilerinin etkinliği zayıflayacaktır (Michalek 2015, 199).

Fakat balık avı gezileri sonucunda elde edilen deliller hukuka aykırı delil teşkil ettiği için karar aşamasında otoriteler ve mahkemeler tarafından kullanılmamalıdır. Hatta bu deliller otoriteler tarafından hiç incelenmemeli ve bu delillere el koyulmamalıdır.<sup>105</sup>

### 3.2.4. Diğer Ülke Uygulamalarından Örnekler

Son dönemlerde, AB Mahkemelerinin ilgisini çeken balık avı gezileri ve tesadüfi deliller, ulusal rekabet otoritelerinin yaptığı incelemelerin dava edilmesi ile bazı üye ülke yargılamalarında da ele alınmıştır. Özellikle tesadüfi delil noktasında, bazı ulusal otoritelerin inceleme esnasında bu delilleri ele geçirmesine izin verilirken; bazı otoritelerin yeni bir inceleme yetkisine ihtiyacı bulunmaktadır (OECD 2018, 9). Bu noktada aşağıda ülke uygulamalarına ilişkin örneklere yer verilmektedir:

Çek Rekabet Otoritesi’ne iletilen bir şikâyette, inşaat sektöründe faaliyet gösteren iki teşebbüsün bir kamu kurumu tarafından düzenlenen üç adet ihalede, rekabeti bozucu faaliyet gösterdiği belirtilmiştir. Bunun üzerine, otorite tarafından bu teşebbüslerde yerinde incelemeler gerçekleştirilmiştir. Otorite tarafından alınan inceleme kararına bakıldığında; incelemenin kapsamının, sadece “*inşaat sektörü olarak belirlendiği*” görülmektedir. İnceleme gerçekleştirilirken, görevliler bazı ihalelerde rekabete aykırı davranışlar tespit etmişlerdir. Fakat inceleme kapsamında tespit edilenler, şikâyet konusu ihaleler ile ilgili olmayıp başkaca ihalelere ilişkin belgelerdir<sup>106</sup>.

<sup>105</sup> Y. Botteman, J-F. Guillaudeau, The General Court’s Ruling in Deutsche Bahn: A Review of the European Commission’s Dawn Raid Practices and Ways to Challenge Them, 24.09.2013 (<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=f17c0317-9f20-4330-a7d5-ca7b5d39002a>) E.T:20.04.2020

<sup>106</sup> R. Neruda, I. Simecek, L. Gachova, “Regional Court in Brno rejects Competition Office’s fishing expeditions” 26.07.2017, (<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=086b7040-b191-45f0-b12b-6dbbc5be8357>) (erişim: 28.05.2020)

Otorite tarafından yürütülen süreç neticesinde cezalandırılan teşebbüsler görevli mahkemeye temyiz başvurusunda bulunmuştur. Mahkeme, şikâyetin kapsamı dışında yer alan ihalelere ilişkin bulguların balık avı gezileri neticesinde elde edildiğini, tespit edilen ihlaller ile alakalı olarak otoritenin makul bir şüphe sahibi olmadığını ve inceleme kararının ihlalin konusunu belirtmeyerek geniş bir şekilde kaleme alındığı gerekçeleri ile otoritenin cezalandırıcı işlemini iptal etmiştir.<sup>107</sup> Mahkeme ayrıca bu dosya kapsamında elde edilen bulgular şans eseri bulunmuş olsaydı tesadüfi delil kapsamında değerlendirilebileceğini ve yeni bir soruşturmanın konusu yapılabileceğini ifade etmiştir. Sonuç olarak Çek Cumhuriyeti'nin uygulamasında, balık avı gezilerini yasakladığı, tesadüfi deliller söz konusu olduğunda ise başka bir soruşturma ile sürecin devam ettirilebileceği görülmektedir.

Avusturya Rekabet Otoritesinin, yerinde incelemelere ilişkin yayımlanmış olduğu rehber incelendiğinde, şans (tesadüf) bulgularına ilişkin bir düzenlemeye yer verildiği görülmektedir. İlgili düzenlemeye göre; soruşturmanın konusu yerinde inceleme kararında yer almalıdır. İnceleme personelinin soruşturmanın konusunun dışında başka bir ihlali gösterir belgeyi kazara bulması durumunda, tesadüfi delil doğrudan mevcut soruşturma kapsamında kullanılamamakta fakat yeni bir soruşturmanın konusunu oluşturabilmektedir.<sup>108</sup> Öte yandan Kartel Mahkemesi, otoritenin sözlü talebi üzerine devam eden bir yerinde incelemenin konusunu genişletmek üzere karar verebilir.<sup>109</sup>

Avusturya Rekabet Otoritesinin uygulamasına bakıldığında balık avı gezilerine yer verilmediği görülmektedir. Kanaatimizce Avusturya Rekabet Otoritesince benimsenen uygulama AB Komisyon'un DB kararı ile taban tabana zıtlık göstermektedir.

### 3.3. DİJİTAL DELİLLER

Rekabet hukukunda yerinde inceleme metotları göz önünde bulundurulduğunda hukuka aykırı delil başlığı altında değerlendirilmesi elzem olan ikinci bir husus

---

<sup>107</sup> Regional Court Kararı, Dosya numarası: 29 A 165/2016 – 150, 31.03.2017

<sup>108</sup> Guidance on Dawn Raid, Austrian Federal Competition Authority (Avusturya İnceleme Rehberi), 10.2017, para. 11.

<sup>109</sup> Ibid para. 12.

dijital delillerdir. Kâğıdın, giderek terkedildiği bir dünyada, tüm iş ve işlemlerin bilişim sistemleri üzerinden yürütülmeye çalışıldığı görülmektedir. Bu durum, birçok rekabet otoritesinin, kartellere karşı mücadelelerinde dijital kanıt toplama kullanımını standart bir araç olarak benimsemesi gerekliliğine işaret etmektedir (ICN 2014, 4). Nitekim kartel belgeleri artık teşebbüslerin dolaplarında değil bilişim ortamlarında tutulmaktadır (Andersson 2017, 288).

Her ne kadar dijital delil toplama yöntemlerinin klasik usul olarak adlandırabileceğimiz kâğıt üzerinden gerçekleştirilen incelemeler ile benzer olduğu öne sürülse de, dijital delil toplama yöntemlerinin klasik usulde gerçekleştirilen bir incelemeye göre çok farklı dinamikler barındırdığı görülmektedir. Bu farklılıklar bazı sorunlara ve henüz ele alınmamış ek önlemlere ihtiyaç duyulmasına yol açmaktadır.

Bir sonraki başlık altında, Komisyon ve AB ülkelerinin dijital delil toplama yetkileri, dijital delil toplanırken ve incelenirken ortaya çıkan sorunlar ve bunlara ilişkin getirilmiş temel güvenceler karşılaştırmalı olarak ele alınacaktır.

### **3.3.1. Dijital Delillerin Elde Edilme ve İnceleme Yöntemleri**

Dijital deliller, bir vakada kanıt olarak kullanılacak dijital formdaki tüm bilgilerdir. Depolama ortamları (USB, CD, DVD, bilgisayar, mobil cihazlar, ağ sunucuları, bulut teknolojileri gibi veri depolama ortamları) ve bunların dijital kopyaları (adli kopyalar, dosya kopyaları, vb.) örnek olarak verilebilir (ICN 2010, 2).

Rekabet otoriteleri dijital delil toplamaya önem vermekte ve bu delillere sıklıkla başvurmaktadır. Otoritelerin dijital delillere el koyma biçimleri ve inceleme biçimleri değişiklik göstermektedir. Bu noktada, öncelikle Komisyon'un yerinde inceleme yetkisine yer verilecek olup akabinde örnek ülke uygulamaları ile Komisyon uygulaması arasındaki farklılıklara değinilecektir.

1/2003 sayılı Tüzük'ün 20. maddesinin (b) ve (c) bentlerine bakıldığında, Komisyon, "*tutuldukları ortama bakılmaksızın*" teşebbüsün ticari faaliyetleri ile ilgili olan belgeleri ve kayıtları inceleyebilir ve bu tür kayıtların herhangi bir şekilde kopyalarını alabilir. Tüzük'ün 20. maddesinin (b) bendi uyarınca, Komisyon, fiziki

olarak veya bilişim sistemleri üzerinde yer alan ticari faaliyetlerle ilgili her türlü belgeyi inceleme altına almaktadır. Dolayısıyla ilgili düzenleme, Komisyon'un, dijital delil elde etmesinin kanuni dayanağını oluşturmaktadır.<sup>110</sup>

Aynı zamanda Açıklayıcı Not, Komisyon'un dijital delil elde etme süreçlerine ilişkin ayrıntıları ortaya koymaktadır. Açıklayıcı Not'ta belirtilen yetkilere göre Komisyon, teşebbüsün bilişim<sup>111</sup> ve depolama ortamını arayabilmekte ve bu aramayı yaparken yerleşik arama araçlarını ve kendi adli bilişim araçlarını kullanabilmektedir.<sup>112</sup>

Komisyon'un dijital inceleme metodu şu aşamalardan oluşmaktadır: Uygulama, iki kez kopyalama işlemi içermektedir. İlk olarak, adli bilişim yazılımı kullanılarak belgelerin yer aldığı dijital ortam kopyalanır. Oluşturulan kopya, "geçici" kopyalama olarak adlandırılmaktadır. Bu geçici kopyanın bir örneği kriptografik özet<sup>113</sup> ile şifrenerek teşebbüse verilir. Ardından adli bilişim programları ile bu kopyalar üzerinde indeksleme işlemi yapılır. Daha sonra indekslenen geçici kopya üzerinden arama terimleri kullanılarak belge seçme işlemi yapılır.<sup>114</sup> Arama terimleriyle tanımlanan ve daha sonra, hem denetim görevlileri hem de teşebbüsün temsilcileri tarafından incelenen belgeler el koyulmak üzere veri taşıyıcılarına kopyalanır ve kopyalar Komisyon tarafından alınır (Lang 2013, 45). Alınan belgelerin bir kopyası ve hangi belgelerin alındığını gösterir envanter listesi teşebbüse teslim edilir.<sup>115</sup> Ayrıca elektronik olarak alınan belgeler kriptografik özet vasıtasıyla şifrenir. Bu şifrelemenin amacı, delil zincirinin bozulmadığının garanti edilmesidir.

Komisyon, yayımlanmış olduğu Açıklayıcı Not'un 14. paragrafında, oluşturulan geçici kopyaların, Komisyon merkezinde analiz edilmesi gerekirse, zarfa koyulup mühürlenmiş geçici kopyaların açılması ve incelenmesi sırasında

<sup>110</sup> Case C606/18 P, *Nexans v. Commission*, 16.07.2020, para 60.

<sup>111</sup> Bilişim teknolojileri kavramı için AB rekabet hukukunda, "information technologies/IT" ifadesi kullanılmaktadır. Çalışmanın devamında, "bilişim teknolojileri/BT" kavramı kullanılacaktır.

<sup>112</sup> Komisyon, Açıklayıcı Not, para. 10.

<sup>113</sup> Komisyon kriptografik özet için "hash" denilen şifreleme yöntemini kullanmaktadır. Bu şifreleme yöntemi, belgeleri belli bir hanede (bit) şifreleyerek, delil zincirinin korunmasını sağlamaktadır. Elde edilen şifrenin değişmesi kopyaların artık asılları ile aynı olmadığını göstermektedir. (Autio 2020, 9).

<sup>114</sup> "İndeksleme işlemi geçici kopyaların aranabilir hale getirilmesidir." (Autio 2020,9).

<sup>115</sup> Envanter listesi, alınan tüm belgelerin özet halinde dökümüdür.

teşebbüs temsilcisinin hazır bulunması gerektiğini açıklamıştır. Nitekim bu metodun varlığı, teşebbüs temsilcisine, *inceleme kararının konusu dışında kalan ve yasal korumadan faydalanan belgelere el konulmasına itiraz edebilme* imkânı sunmaktadır.

Yukarıda yer alan usul izlenirken, teşebbüsler, yerinde inceleme sırasında Komisyon tarafından indekslenen kopya üzerinde kullanılan anahtar kelimelerden hemen haberdar edilmemektedir.<sup>116</sup> Bunun yanı sıra inceleme süreci sona erdikten sonra teşebbüs ile anahtar kelimelerin paylaşıldığı durumlar da mevcuttur (OECD 2018, 4).

Komisyon'un inceleme yöntemleri ile AB'deki ulusal rekabet otoritelerinin uygulamaları arasında bir takım farklılıklar bulunmaktadır (Lang 2013, 59). Nitekim dijital delil elde etme yönünden ülke tecrübelerine ve getirilen yasal güvencelere de kısaca değinilmesi, farklılıkları görmek açısından önemlidir.

Hollanda Rekabet Otoritesi'nin (ACM) dijital delil elde etme yetkisini ve teşebbüsün hak ve yükümlülüklerini düzenlediği, ACM Açıklayıcı Notunda<sup>117</sup> yerinde incelemelerin amaç ve konusunun teşebbüse açıklanmasına ilişkin düzenleme yer almaktadır. ACM, Komisyon uygulamasına benzer şekilde odasında ve bilgisayarlarında inceleme gerçekleştirdiği tüm teşebbüs çalışanlarına, inceleme kararının kapsamı ve amacına ilişkin bilgilendirme yapmaktadır.

Dijital delillerin elde edilmesi bakımından Komisyon'a benzer bir metodu kullanan otorite, ilk olarak teşebbüsün bilişim ortamında *güvenli bir veri seti* oluşturmayı amaçlamaktadır. Bu güvenli veri seti, Komisyondaki geçici kopya ile aynıdır. Güvenli veri seti oluştururken inceleme personeli soruşturmanın amacı ve konusuna uygun hareket etmek zorundadır. Güvenli veri setinin kriptografik özeti alınarak bir kopyası teşebbüse verilir.<sup>118</sup>

---

<sup>116</sup> “ABD’de müfettişler ve teşebbüslerin avukatları, kullanılacak arama terimlerini tartışır ve mümkün olduğu ölçüde üzerinde anlaşır. İnceleme kararının kapsamı dışında bir arama terimi kullanılmıyorsa, o terimin kullanılması sonucunda kopyalanan belgeler, yasa dışı olarak nitelendirilecektir.”, (Lang 2013, 54).

<sup>117</sup> 2014 ACM Procedure for the inspection of digital data (ACM Açıklayıcı Not).

<sup>118</sup> “Bir hash değeri, Hollanda Rekabet Otoritesi tarafından ‘dijital bir dosyanın içeriğine dayanan doğrulanabilir, matematiksel bir hesaplama’ olarak tanımlanır. Hash almanın amacı, ‘dosyanın bütünlüğünü korumak’ olarak açıklanır; dosya üzerinde herhangi bir değişiklik yapılır ise farklı bir hash değeri ortaya çıkacaktır” (Autio 2020, 9).



Veri seti indekslenerek aramaya hazır hale getirildikten sonra, üzerinde anahtar kelime araması yapılarak “*ilgili (kapsam içi) veri seti*” oluşturulur. Önemle belirtmek gerekir ki ACM, Komisyon’dan farklılaşarak teşebbüslere kullandığı anahtar kelimelerin bir listesini hemen sunmakta ve neden bu arama terimlerini seçtiğini açıklamaktadır.<sup>119</sup> İspanya Rekabet Otoritesi (CMC) ise anahtar kelimeleri inceleme süreci bitince paylaşmaktadır (Autio 2020, 8). Ayrıca düzenlemeye göre, inceleme personeli “*ilgili veri seti*” seçilinceye kadar, güvenli veri setinde yer alan dokümanın, kapsamda olup olmadığını anlamak için yalnızca *hızlı bir şekilde göz gezdirebilir*.

Ardından oluşan ilgili veri seti içinde yer alan teşebbüsün ticari faaliyeti ile ilgili olmayan özel hayata dair belgeler ve avukat-müvekkil imtiyazına sahip belgeler inceleme kapsamı dışında bırakılır. Bu noktada teşebbüse, hangi verilerin neden teşebbüsün ticari faaliyeti ile ilgili olmadığı hususunda yazılı olarak açıklama yapma imkanı verilir. Açıklamalar kabul edilirse bu veriler “*araştırma veri setine*” dâhil edilmeyecektir. Bu aşamada oluşan dosya, araştırma veri seti olarak adlandırılır. Bu sürecin sonunda otorite inceleme yapacağı veri setini belirlemiş olmaktadır. Ardından bu veri seti üzerinde yapılacak seçme işlemi ile yalnızca soruşturma konusuyla ilgili belgeler seçilmeye çalışılır.

ACM’nin araştırma veri setinden belge seçme işlemini, otorite merkezinde yaptığı görülmektedir. ACM, aldığı kopyaları kapalı zarfa koyup mühürlemek suretiyle kendi merkezine getirmektedir. Mühürlü zarfın açılması esnasında da teşebbüs yetkilileri incelemeye refakat etmektedir.

Alınan dijital kopyaların inceleneceği yer de bazı sorunlara sebebiyet verebilmektedir. (Lang 2013, 45). Bazı rekabet otoriteleri, adli kopyaları oluşturduktan sonra inceleme faaliyetini kendi merkezlerinde yerine getirmemektedir. Örneğin, İsveç’te yakın bir tarihe kadar İsveç Rekabet Otoritesi’nin adli kopyayı Otoritenin merkezinde incelemesi, standart bir prosedürken İsveç Rekabet Yasası’nda 2016 yılında yapılan değişiklikle bu duruma son verilmiş ve geçici kopyaların nerede inceleneceği hususu teşebbüsün onayına bırakılmıştır (Andersson 2017, 289). İsveç uygulamasına benzer şekilde Finlandiya Rekabet Otoritesi de incelemeyi teşebbüs merkezlerinde gerçekleştirmektedir. CMC ise

---

<sup>119</sup> ACM Açıklayıcı Not, s. 7.

geçici kopya üzerinde yapılacak seçme işlemini teşebbüs merkezinde veya otorite merkezinde yerine getirebilmektedir (Autio 2020).

Yukarıda anılan dijital delil elde etme süreçleri, klasik usulde yapılan incelemelerden farklılaşma ve çok sayıda belgenin kopyalanmasını mümkün kılmaktadır. Dolayısıyla bu yöntemler ile gerçekleştirilen incelemeler bir takım sorunları da beraberinde getirmektedir. Bu sorunların tespiti ve teşebbüslere sağlanacak usuli güvenceler alttaki başlıkta incelenecektir.

### **3.3.2. Dijital Delil Elde Etme Süreçlerinde Yaşanabilecek**

#### **Hukuki Sorunlar**

Dijital ortamlarda gerçekleştirilen yerinde incelemeler bazı olası sorunları beraberinde getirebilmektedir. Bilgisayar sabit disklerinin adli kopyalarının daha sonra rekabet otoritesinin merkezinde gözden geçirilmek üzere alınması, incelemelerde kullanılan yaygın bir yöntem olsa da son derece tartışmalıdır. İnceleme süresini kısaltmak ve teşebbüsün faaliyetlerinin kesintiye uğramasını en aza indirmek gerek otorite gerekse teşebbüs bakımından etkinlik sağlamakla birlikte, rekabet otoritelerinin merkezlerinde incelenmek üzere, büyük hacimli elektronik belgelerin kopyalanması, delil elde etme sürecine ilişkin bazı sorunlar doğurabilir. Diğer bir deyişle, bu yöntem Komisyon'a, söz konusu *soruşturmanın konusuyla ilgili olmayan* (balık avı gezileri) veya *yasal olarak koruma altında olan* (avukat-müvekkil imtiyazı kapsamında korunan veya özel hayata ilişkin olan) belgelere erişim imkânı vermektedir (Andersson 2017, 288).

Nitekim Michalek (2015, 205) de sabit disklerin tamamının (fiziksel ve mantıksal imaj yöntemi ile) adli kopyalarının alınması ve seçme işleminin Komisyon merkezinde yapılmasını, inceleme kararı kapsamının dışında kalan belgelerin ele geçirilmesine eşdeğer görülmektedir. Yazar ayrıca, geçici kopyaların, özel hayatın/haberleşmenin gizliliği ve avukat-müvekkil imtiyazı kapsamında korunan belgeler dâhil olmak üzere inceleme personeli tarafından asla aranmayacak veya ele geçirilemeyecek belgeleri de içerebileceğini ifade etmektedir.

Öte yandan bu uygulamanın, özellikle gizli yapılar olan kartellerin tespit edilmesinde taşıdığı önem yadsınamaz. Adli kopyaların otoritenin merkezlerinde

incelenmesi olanağı, adli kopyaları alma ile verileri inceleme anı arasında zaman kazanımı sağlayacak ve otoritelere vakayı daha iyi anlama imkânı sağlayacaktır. Sonuç olarak ilgili belgelere daha iyi odaklanılacak ve ihlal tespitleri daha sağlıklı olacaktır (Michalek 2015, 201).

Doktrinde tespit edilen bu olası sorunlar, bir ceza yargılaması sebebiyle avukatın bilgisayarında yer alan tüm dosyaların kopyalanmasıyla ilgili değerlendirmelerin yer aldığı AİHM'nin *Robathin* kararına da yansımıştır<sup>120</sup>. Mahkeme, kopyalama kapsamının inceleme kararında belirtilen gerçeklerle sınırlamak için hiçbir çaba gösterilmediği ve soruşturulan ihlalin kapsamı dışında bilgi aranmasını gerekçelendirmek için makul ve yeterli bir gerekçenin bulunmadığı yönünde tespitlerde bulunmuş ve AİHS 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Dijital incelemelerde karşılaşılabilecek bir diğer husus ise, anahtar kelimelerinin nasıl belirlenmesi gerektiği ve bu kelimelerin teşebbüs ile paylaşılıp paylaşılmayacağıdır. Nitekim Lang (2013, 45)'a göre, dijital incelemelerde, yalnızca inceleme kararının kapsamı ve konusu dâhilinde olan anahtar kelimelerin kullanılacağı yönünde bir düzenlemenin olmaması balık avı gezilerine sebebiyet verebilecektir. Yazar, anahtar kelimelerin teşebbüse açıklanması ve inceleme konusu ile sınırlı tutulmasının incelemenin keyfi ve orantısız olmaması için bir zorunluluk olarak görmektedir.

Bilindiği üzere Komisyon anahtar kelimeleri teşebbüs ile paylaşmamaktadır. Komisyon'un bu terimleri teşebbüse sunmamasının altında yatan neden, inceleme güvenliği ve sıhhatidir (Andersson 2017, 272). Teşebbüs bakımından ise bu durum belirsizlikler yaratmaktadır. Nitekim arama terimlerini bilmeyen teşebbüs, Komisyon'un arama yaptığı ve el koyduğu belgeler arasında soruşturmanın konusu ve amacını aşan belgelerin bulunup bulunmadığı yönünde kesin bir bilgiye sahip olamayacaktır.

Bu duruma karşı eleştiri getirenler ise, geçici kopya aşamasından sonra, denetim personeli tarafından belgeler analiz edilirken teşebbüs temsilcilerinin incelemeye refakat edebileceği ve gerektiğinde teşebbüs temsilcileri tarafından belgeye itiraz edilebildiği dolayısıyla anahtar kelimelerin teşebbüse sunulmasının

<sup>120</sup> Başvuru numarası: 30457/06, *Robathin v. Avusturya*, 30 07.2012, para. 39.

bir önemi olmadığını ifade etmektedirler. Aynı zamanda elektronik olarak alınan kopyalara ilişkin bir envanter listesi de teşebbüse sunulmaktadır. Teşebbüs bu listeyi inceleyip itirazlarını Komisyon yetkililerine sunabilmektedir (Lang 2013, 55).

Yukarıda anılan sorunlara ilişkin Avrupa mahkemelerinin değerlendirmeleri önem arz etmektedir. ABAD'ın 2020 tarihli *Nexans* kararında<sup>121</sup> teşebbüs, Komisyon'un adli kopya oluşturma ve bu kopyaları Komisyon merkezinde inceleme yetkisine sahip olmadığı ve geçici kopyaların analizi sırasında yasal korumadan faydalanan ve soruşturma konusu ve amacı dışında kalan belgelere el konularak savunma hakkının kısıtlandığı gerekçeleriyle karara itiraz etmiştir.

ABAD tarafından alınan kararda, Komisyonun yerinde incelemeleri teşebbüs merkezinde tamamlayamayacağı durumlarda,<sup>122</sup> teşebbüsün iş akışına zarar vermemek için elde edilen geçici kopyaların analizinin Komisyon merkezinde yapılabileceğine karar verilmiştir.<sup>123</sup> Ayrıca kararda incelemeye Komisyon merkezinde devam edilmesinin, tek başına bir ihlal teşkil etmeyeceği ifade edilmiştir.<sup>124</sup> Komisyon merkezinde gerçekleştirilen inceleme teşebbüs merkezinde yürütülen sürecin bir devamı olarak görülmüştür.

ABAD kararında, Komisyon'un teşebbüste yer alan bilgisayarların sabit disklerinin adli kopyasını alma yetkisinin bulunmadığı yönündeki itirazı bakımından ise, her ne kadar 1/2003 sayılı Tüzük'ün 20. maddesinde adli kopya oluşturma yetkisine ilişkin olarak açık bir düzenleme bulunmasa da, ilgili maddenin ikinci fıkrasının (b) bendinde Komisyon'un *nerede tutulduğuna bakılmaksızın teşebbüsün ticari faaliyeti ile ilgili kayıtları inceleyebileceğinin* öngörüldüğünü ve bu doğrultuda adli kopya alınması işleminin hukuka uygun olduğuna karar verilmiştir.<sup>125</sup>

Savunma hakkının kısıtlandığı yönündeki itiraz bakımından ise, Mahkeme, söz konusu geçici kopyaların anahtar kelimeler ile Komisyon merkezinde analiz

---

<sup>121</sup> İlgili dava, Komisyon'un nihai kararı üzerine açılmıştır. Case C606/18 P, *Nexans v. Commission*, 16.07.2020.

<sup>122</sup> "Mevcut inceleme işlemi dört gün sürmüş ve geçici kopyaların incelenmesi tamamlanamamıştır. Akabinde Komisyon merkezinde geçici kopyaların incelenmesi işlemine *devam edilmiş ve inceleme sekiz gün* sürmüştür.", a.g.k. para. 88.

<sup>123</sup> A.g.k. para. 89.

<sup>124</sup> A.g.k. para. 80.

<sup>125</sup> A.g.k. para. 60.

edilmesinin teşebbüste başlatılan incelemenin devamı niteliğinde olduğu,<sup>126</sup> incelemenin teşebbüs temsilcileri refakatinde yapıldığı<sup>127</sup> ve nihai olarak dosyaya alınan belgelerin soruşturmanın konusu ve amacı ile ilgili olduğunu, özel hayatın gizliliği kapsamında yer alan ve yasal korumadan faydalanan herhangi bir belge içermediğini<sup>128</sup> tespit ederek Nexans'ın itirazlarının reddedilmesine karar vermiştir.

Kanaatimizce, ABAD'ın yaklaşımı ve tespitleri doğrultusunda, teşebbüs temsilcilerinin otorite merkezinde adli kopyaların incelenmesi sürecine refakat etmesi, soruşturmanın konusu dışında belge alınıp alınmadığı konusunda itiraz etme imkânına sahip olunması ve alınan belgeleri gösterir envanter listesinin teşebbüslere sunulması güvenceleri, dijital bir incelemenin balık avı gezisi ve özel hayatın gizliliğinin ihlali teşkil etmemesi için yeterli görülmektedir.

### 3.4. KİŞİSEL MOBİL CİHAZLARDA YERİNDE İNCELEME

Teknolojide yaşanan değişimler fonksiyonel özellikleri itibarıyla her türlü iş ve işlemleri gerçekleştirebilen mobil iletişim araçlarının yaygın bir şekilde kullanılmasına yol açmıştır. Yaşanan bu gelişmelerin rekabet otoritelerince dışlanmaması gerekliliği, mobil iletişim araçlarının da inceleme kapsamına dâhil edilmesi sonucunu doğurmaktadır (Yalçınkaya 2015, 55).

Komisyon'un dijital delil elde etme yetkisinin incelendiği başlıkta da ifade edildiği üzere, 1/2003 sayılı Tüzük'ün 20. maddesi uyarınca, Komisyon'un teşebbüslerin ticari faaliyetleri ile ilgili kayıtları nerede tutulduklarından bağımsız inceleyebileceği görülmektedir.

Komisyon'un teşebbüse ait her türlü malvarlığının yanı sıra çalışanların *kişisel mobil cihazlarında* da inceleme yapabileceği Açıklayıcı Not içerisinde düzenlenmektedir. Bu noktada kişisel bir cihazın incelenbilmesi için Komisyon'un benimsediği temel yaklaşım, bu cihazların *teşebbüsün işleriyle ilgili olarak kullanılması ve işyerinde bulunuyor* olmasıdır.<sup>129</sup> Bu noktada Açıklayıcı Not'ta yer alan "*bring your own device (BYOD)*" politikası önem kazanmaktadır.

---

<sup>126</sup> A.g.k. para. 80; AG Kokott Opinion in *Nexans* Judgement, 12.03.2020, para. 76.

<sup>127</sup> A.g.k. para. 19

<sup>128</sup> A.g.k. para. 56 vd.; AG Kokott Opinion in *Nexans* Judgement, 12.03.2020, para. 39.

<sup>129</sup> Komisyon, Açıklayıcı Not, para. 10.

BYOD politikası, teşebbüs çalışanlarının kendi mobil cihazlarını teşebbüsün ticari faaliyetiyle ilgili yazışmaları yapmak ve uygulamalara erişmek için kullanmalarını öngören bir politikadır (Kuschewsky 2013, 8). BYOD politikasının sebep olduğu en önemli husus, teşebbüs çalışanlarının kendi cihazında iş hayatına ve özel hayata ilişkin bilgilerin aynı anda bulunması sebebiyle kişisel mobil cihazlarda gerçekleştirilecek yerinde incelemelerde özel hayatın gizliliğinin ihlali riskinin artmasıdır (ICN 2014, 30).

Komisyon'un kişisel mobil cihazları incelediği kararlarından biri *PO/Elevators and Escalators* davasıdır.<sup>130</sup> Komisyon ilgili kararında, mobil cihazlarla iletişim kurarak fiyat tespiti yapan ve bölge paylaşımında bulunan teşebbüslerin kurduğu kartelin tespit edilmesini sağlamıştır. Karardan görüleceği üzere mobil iletişim cihazlarının incelenmesi kartelin önüne geçilmesinde önemli bir rol oynamıştır. Kanaatimizce Komisyon uygulamasına ilişkin olarak, kişisel cihazların incelenmesine ilişkin yetkinin açıkça mevzuatta belirtilmiş olması bu konuda ihtilafların sayısını azaltmıştır.

Ülke uygulamalarına bakıldığında ise, İspanya Rekabet Otoritesi'nin (CMC), 3/2013 sayılı Kanun'un 27. maddesi uyarınca, nerede tutulduklarına bakılmaksızın işle ilgili kayıtları ve defterleri inceleme yetkisine sahip olduğu görülmektedir. Bu noktada İspanya'daki düzenleme 1/2003 sayılı Tüzük ile benzerdir. CMC'nin incelemeleri, mobil iletişim cihazlarını da kapsamaktadır (OECD 2013, 3).

Nitekim CMC, 2013 yılında koz helvası üreticilerinin pazar paylaşımı yapıp yapmadıklarını tespit etmek amacıyla yürüttüğü soruşturmada, şirket çalışanlarının mobil iletişim cihazlarına da incelemiştir. Yerinde incelemede teşebbüs çalışanının, rakip teşebbüs çalışanı ile Whatsapp uygulaması üzerinden rekabete duyarlı bilgileri paylaştığı tespit edilmiş ve teşebbüsler hakkında para cezası uygulanmıştır<sup>131</sup>. Teşebbüsün yüksek mahkemeye taşıdığı işlem 2016 yılında Audiencia Nacional (İspanya Yüksek Mahkemesi) tarafından karara bağlanmıştır<sup>132</sup>. Teşebbüsün savunmalarına bakıldığında, CMC'nin mobil

---

<sup>130</sup> *Case COMP/E-1/38.823 - PO/Elevators and Escalators*, 21.02.2007.

<sup>131</sup> CMC,07.04.2016 tarihli ve Case /DC/0503/14 *Fabricantes de Turrón* kararı.

<sup>132</sup> Decision of Audiencia Nacional, D. Claudio, Almendra y Miel SA y Confectionary Holding SL v CNMC, No 136/2014, ES:AN:2016:2986, 18.7.2016.

cihazları inceleme yetkisi olmadığı, mobil cihazların içerisinde yasal korumadan faydalanan ve özel hayata ilişkin belgelerin bulunduğu ifade edilmiştir. Mahkeme kararında, CMC'nin mobil cihazlarda incelenme yetkisinin bulunduğunu ve teşebbüsün ticari faaliyeti ile ilgili olmayan özel hayata dair belgelerin soruşturma dışında bırakılması gerektiğini tespit etmiştir. Aynı zamanda telefon sahibinin yasal korumadan faydalanan ve özel hayata dair belgeler hakkında inceleme esnasında itiraz ettiği ve bunların dosya kapsamına alınmadığının da altı çizilmiştir. Sonuç olarak kararda mevcut incelemenin iş ile ilgili belgelere odaklanmasından da hareketle özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmediği sonucuna varılmıştır (OECD 2018, 11).

Benzer şekilde diğer ülke uygulamalarına bakıldığında da Avusturya, Hollanda, İngiltere Rekabet Otoritelerinin de teşebbüs çalışanlarının mobil cihazlarını incelediği görülmektedir. Avusturya Rekabet Otoritesi'nin yerinde incelemelere ilişkin yayınladığı rehberde detaylı düzenlemelere yer verilmiştir. Nitekim rehberde göre, otorite teşebbüs çalışanlarının mobil cihazlarını iş ile ilgili kullanılması kaydıyla inceleyebilmekte<sup>133</sup>, eğer çalışan sahada ise bu cihazların incelenebilmesi için teşebbüse getirilmesini talep edebilmektedir<sup>134</sup>.

ACM'nin, teşebbüs çalışanlarının mobil cihazlarını, işle ilgili kullanmaları durumunda inceleme yetkisi bulunmaktadır (Dethmers vd. 2016, 4). Bu yetki kapsamında yapılan bir incelemede, ACM, teşebbüs çalışanlarının mobil cihazlarında yer alan içeriklerin neredeyse hepsini kopyalamış ve incelemek üzere otorite merkezine getirmiştir. Bu kopyalama işlemine karşı Lahey Bölge Mahkemesi'nde dava açılmıştır. Mahkeme, ACM'nin bu yetkiye sahip olduğunu, incelemenin kapsamı dışında kalan verilere ilişkin getirilen korumaların yeterli olduğu değerlendirmiştir.<sup>135</sup> Kararda, ACM tarafından kopyalanan verilerin, daha sonra anahtar kelimeler ile aranacağı, anahtar kelimelerin teşebbüse verilmiş olduğu, nihayetinde dosyaya dâhil edilecek belgelerin bir kopyasının teşebbüse de bırakılacağı ve teşebbüsün ACM'ye, özel hayatın gizliliği hakkı kapsamında korunan ve yasal korumadan faydalanan belgelerin dosyadan çıkarılması yönünde itiraz edebileceği güvenceleri sayılmış ve mobil cihazların incelenmesinin hukuka

<sup>133</sup> Avusturya İnceleme Rehberi, para. 25.

<sup>134</sup> Ibid para. 26.

<sup>135</sup> Lahey Mahkemesi'nin, C-09-540282-KG ZA 17-1288 sayı ve 22-11-2017 tarihli kararı (Karar Flemenkçe'dir.)

aykırı olmadığı ifade edilmiştir.<sup>136</sup> Bunun yanı sıra ACM'nin yürüttüğü bir diğer soruşturmada<sup>137</sup>, inceleme esnasında bazı teşebbüs çalışanlarının uyarılara rağmen Whatsapp uygulamasında yer alan sohbet grubundan ayrıldığı ve gruptaki mesajları sildiği tespit edilmiştir. Söz konusu teşebbüs hakkında yerinde incelemenin engellenmesi sebebiyle para cezasına hükmedilmiştir<sup>138</sup>.

Hem Komisyon'un hem de yerel otoritelerin, teşebbüs çalışanlarının mobil cihazlarını, teşebbüsün ticari faaliyetleriyle ilgili olarak kullanmaları durumunda inceleme kapsamına aldığı görülmektedir. Her ne kadar kişisel mobil cihazlarda özel hayata ve iş hayatına dair yazışmalar bir arada bulunsa da getirilecek güvenceler ile bu cihazlar incelenirken ortaya çıkabilecek olası hak ihlallerinin önüne geçilebilmesi muhtemeldir. Aynı zamanda değişen teknolojik şartlar dolayısıyla mobil cihazların incelenmemesi de kartellerin gizli bir şekilde devam etmelerine olanak verecektir ki kanaatimizce bu durumu kabul etmek mümkün değildir.

### **3.5. RIZAYA DAYANMADAN ELDE EDİLEN SES VE GÖRÜNTÜ KAYITLARI**

Bu bölümde değineceğimiz son husus rızaya dayanmadan elde edilen ses ve görüntü kayıtları olup, bu delillerin hukuka uygun şekilde oluşturulması ve elde edilmesi durumunda rekabet hukuku uygulamasında ispat vasıtası olarak kullanılabilir (Can 2009, 57). Ancak Komisyon'un yetkileri arasında ses ve görüntü kaydı yapmak suretiyle delil elde etme yöntemi bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu bölüm altında değerlendirilecek ses ve görüntü kayıtları, üçüncü kişilerce gizli bir şekilde oluşturulan ve rızaya dayalı olmayan kayıtlardır. Komisyon bu kayıtlara, gerçekleştirdiği yerinde incelemelerde erişebileceği gibi, kayıtlar şikâyetçiler veya pişmanlık başvurusunda bulunan taraflarca da Komisyon'a sunulabilmektedir.

Komisyon'un gizli ses ve görüntü kayıtlarını, delil olarak kullanıp kullanamayacağına ilişkin 1/2003 sayılı Tüzük'te ve Açıklayıcı Not'ta bir

<sup>136</sup> S. Marieke Bredenoord, "Court of The Hague confirms that the ACM can copy mobile phones during an inspection" 02.01.2018, (<https://www.stibbe.com/en/news/2018/january/court-of-the-hague-confirms-that-the-acm-can-copy-mobile-phones-during-an-inspection>), erişim:25.05.2020.

<sup>137</sup> ACM'nin, ACM/19/035612, 10.12.2019 tarihli kararı (Karar metni Felemenkçe'dir).

<sup>138</sup> Floris ten Have, "Deleting WhatsApp chats during dawn raids may cost you dearly", 09.01.2020 (<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=3aade0bc-37a6-450b-a7d9-769ea657dfe1>), E.T.: 25.05.2020.



düzenleme yer almamaktadır. Aynı zamanda Komisyon, soruşturma altındaki teşebbüslerin ve çalışanlarının telefon görüşmelerini kaydetme yetkisine sahip değildir<sup>139</sup>. Uygulamada, ses kaydının usulüne uygun bir inceleme sırasında elde edilmesi ile şikâyetçi veya pişmanlık başvurusu sahibi tarafından dosyaya sunulması farklılık arz etmektedir. Örneğin, Komisyon'un *Nederlandse Federative* kararında<sup>140</sup>, şikâyetçi tarafından Komisyon'a sunulan ve rızaya dayanmayan ses kayıtları ve telefon konuşmalarının dökümü, Komisyon tarafından hukuka uygun bir delil olmaması sebebiyle kullanılmamış ve iade edilmiştir (Torre 2017, 169).

Fakat Komisyon'un karides pazarında faaliyet gösteren teşebbüsler hakkında yürüttüğü soruşturmada gerçekleştirilen yerinde incelemelerde, teşebbüs çalışanı tarafından kayıt altına alınan ve kartel üyeleri arasında gerçekleştirilen telefon görüşmelerini içeren gizli ses kayıtlarının ihlale dayanak olarak kullanıldığı görülmektedir. Teşebbüs, hukuka aykırı bir biçimde elde edilen kayıtların delil olarak kullanılmaması gerektiği gerekçesiyle Komisyon kararına karşı dava açmıştır<sup>141</sup>.

Genel Mahkeme kararında, Komisyon'un hukuka uygun şekilde elde ettiği kanıtların, ilke olarak, rekabet hukukunun ihlaline yönelik bir soruşturmada kabul edilebilir olduğu vurgulanmıştır.<sup>142</sup> Mahkeme, yerinde inceleme gerçekleştirilirken, yerinde incelemelere ilişkin prosedürleri gösteren düzenlemelere aykırı davranılması durumunda elde edilen delilin hukuka aykırı olacağı ve kabul edilemeyeceğine karar vermiştir<sup>143</sup>. Ayrıca Mahkeme, bu genel yaklaşımı belirttikten sonra, yasadışı olarak üretilmiş, ancak yasal yollarla elde edilmiş olan delillerin, iki koşulu sağlaması halinde karara esas alınabileceğini ifade etmiştir. Bu koşulların birincisi, başvuranın *adil yargılanma hakkından ve savunma hakkından yoksun bırakılmamasıdır*. İkinci koşul ise, delilin, karar vermek için *tek ve esaslı delil olmaması gerektiğidir*. Bu delili destekleyen başkaca delillerin varlığı bu noktada önemlidir (Kalintiri, 2019, 108).

---

<sup>139</sup> S. Micheal, "Illicit But Admissible Evidence", 31.11.2016, (<https://eulawenforcement.com/?p=98>), E.T.: 10.09.2020.

<sup>140</sup> Case IV/33.884, *Nederlandse Federative Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied and Technische Unie*, (OJ 2000 L 39, p. 1).

<sup>141</sup> Case T-54/14 *Goldfish and Others v. Commission*, 8.9.2016.

<sup>142</sup> A.g.k. para. 59.

<sup>143</sup> A.g.k. para. 47.

Bu kapsamda Genel Mahkeme, Komisyon'un davranışını değerlendirmiş ve yasadışı kayıtların ihlalin tek kanıtı olmadığını<sup>144</sup> ve soruşturma sırasında toplanan diğer bilgilerle tutarlı olduğunu tespit etmiştir.<sup>145</sup> Ayrıca, soruşturulan teşebbüse kayıtlara erişme ve savunma yapma imkânı verilmiştir.<sup>146</sup> Bununla birlikte, taraflar kayıtların içeriğini veya orijinallliğini asla reddetmemiştir.<sup>147</sup>

Genel Mahkeme'nin, *Goldfish* kararında, AİHM'nin yaklaşımını benimsediği görülmektedir. AİHM'nin, üçüncü kişiler tarafından hukuka aykırı olarak elde edilen ses kayıtlarının delil olarak kullanılıp kullanılmayacağını incelediği *Schenk*<sup>148</sup> ve *Wischniewski*<sup>149</sup> kararlarında, bu delillerin kullanılmasının otomatik olarak yargılamayı adil olmaktan çıkarmayacağı tespit edilmiştir (Reid 2012, 154). AİHM, yasadışı oluşturulmuş kayıtların adil yargılanma hakkını ihlal edip etmediğini değerlendirirken, bu kayıtların tek ve esas delil olup olmadığı, kaydın güvenilirliği hakkında yapılan itirazların değerlendirilip değerlendirilmediği ve tarafa etkin bir savunma hakkının verilip verilmediği hususlarına göre karar vermektedir (İnceoğlu 2014, 289).

Ülke uygulamalarına bakıldığında, üçüncü kişiler tarafından alınan rızaya dayanmayan ses kaydı, Çek Cumhuriyeti Rekabet Otoritesi'nin dış mekan ekipmanları pazarında yürüttüğü bir soruşturmada delil olarak kullanılmıştır. Teşebbüslerin itirazı sonucunda temyiz mahkemesi,<sup>150</sup> teşebbüsün ticari faaliyetlerine ilişkin kayıtların özel hayata özgü olmadığını, rıza dışı alınan kayıtların her zaman yargılama dışarısında bırakılmaması gerektiğini ve elde edilen ses kayıtlarının tek ve esas delil olmadığını ve başkaca delillerde desteklendiğini değerlendirerek kaydın kullanılmasına izin vermiştir.<sup>151</sup>

Sonuç olarak, yasaya uygun olarak elde edilen fakat yasadışı bir biçimde oluşturulan ses ve görüntü kaydı delillerinin, yukarıda anılan şartları sağlaması durumunda adil yargılanma hakkını ihlal etmeyeceği ve karara esas teşkil edebileceği görülmektedir.

<sup>144</sup> A.g.k. para. 65.

<sup>145</sup> A.g.k. para. 70.

<sup>146</sup> A.g.k. para. 63.

<sup>147</sup> A.g.k. para. 69.

<sup>148</sup> Başvuru no:10862/84, *Schenk v. Switzerland*, 12.7.1988, para 47 vd.

<sup>149</sup> Başvuru no: 12505/86, *Wischniewski v. Germany*, 11.10.1988.

<sup>150</sup> Çek Cumhuriyeti Yüksek İdare Mahkemesi'nin, 62 Af 24/2011-159 sayılı kararı (Kararın İngilizce'si bulunmamaktadır).

<sup>151</sup> L, Jitka, "Recorded telephone conversation – legal evidence in administrative proceedings", 12.06.2014(<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=6e9b1334-1f34-4551-8f20-297d5150a0bc>) E.T.: 9.5.2020.

## BÖLÜM 4

### TÜRK REKABET HUKUKUNDA HUKUKA AYKIRI DELİLLER

RKHK'nin 15. maddesi uyarınca, Komisyon uygulamasındaki gibi *yetkilendirme yoluyla* veya *karar yoluyla* yerinde inceleme yapılması şeklinde bir ayırımın olmadığı görülmektedir. RKHK'nin 16. maddesi uyarınca, Kurul'un gerçekleştireceği yerinde incelemelerin engellenmesi/zorlaştırılması halinde teşebbüslere para cezası uygulanmaktadır. Dolayısıyla ceza tehdidi altında gerçekleştirilen yerinde incelemeler, AİHS'nin 8. maddesinin birinci fıkrasıyla tanınan haklara Kurul tarafından yapılan bir müdahale niteliğindedir (Gündüz 2009, 30).

Bu bölümde RKHK'nın 15. maddesi uyarınca kullanılan yerinde inceleme yetkisinin kapsamı ve bu yetki kullanılırken ortaya çıkabilecek hukuka aykırılıklara yer verilecektir. Kurul adına meslek personeli tarafından bu yetkiler kullanılarak elde edilen delillerin hukuka uygun olup olmadığı saptanmaya çalışılacaktır.

#### 4.1. TÜRK REKABET HUKUKUNDA BALIK AVI GEZİLERİ- TESADÜFİ DELİL VE TÜRKİYE UYGULAMASI İÇİN ÖNERİLER

RKHK'nin 15. maddesinde yerinde inceleme yetkisi düzenlenmiştir. İlgili düzenlemenin ikinci fıkrası;

(...)Uzmanlar incelemeye giderken yanlarında **incelemenin konusunu, amacını** ve yanlış bilgi verilmesi halinde idarî para cezası uygulanacağını **gösteren bir yetki belgesi** bulundurlar.

şeklindedir.

Söz konusu madde uyarınca Kurul'un yürüttüğü yerinde incelemelerde teşebbüslere, inceleme kararının konusu ve amacı hakkında bilgi verme

(gerekçeleri belirtme) yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı ve incelemenin konusu ve amacının hangi unsurları içermesi gerektiği, Kurul kararları ve doktrinde yer alan görüşler ışığında incelenecektir.

RKHK'nin 15. maddesi uyarınca, meslek personelinin incelemeye giderken yanında incelemenin **konusunu ve amacını** gösterir bir yetki belgesi götürmesi gerekmektedir. Nitekim maddenin varoluş amacı, teşebbüsleri idarenin keyfi müdahalelerinden ve balık avı gezilerinden korumaktır (Gündüz 2009, 31).

Öte yandan RKHK'de, incelemeyi yürüten meslek personelinin, teşebbüslere *inceleme kararını* ibraz etme ve bu kararın alınmasının gerekçelerini belirtme yükümlülüğüne yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu düzenleme, Komisyon uygulamasından farklılaşmakla birlikte yetki belgesinin teşebbüse ibrazı ve yetki belgesinin incelemenin konusu ve amacını taşıması gereklilikleri Komisyon uygulaması ile benzerdir. Bu noktada olası bir yerinde incelemenin balık avı gezisine dönüşmemesi için yetki belgesinde, incelemenin konusu ve amacının belirtilmesinden ne anlaşılması gerektiği önem arz etmektedir.

Devrim (2009, 60)'e göre, incelemenin konusu ve amacı, hakkında inceleme yapılan teşebbüsün unvanı ve adresi ile birlikte öne sürülen iddianın RKHK'nin hangi maddesi kapsamında olduğunun yetki belgesinde belirtilmesi ile somutlaştırılmalıdır. Öz (2005) ise yetki belgesinde incelemenin konusu ve amacına ilişkin yeterli bilgi olmaması, teşebbüslerin unvanları ile yetki belgesinin ne kadar süreyle geçerli olduğunun belirtilmemesini eleştirmekte ve inceleme konusu ve amacının, "*herhangi bir tereddüde yer bırakmayacak somutlukta*" yetki belgesinde gösterilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Budak (2004, 147) ise hâlihazırda özel hayatın gizliliğine ilişkin müdahale teşkil eden yerinde inceleme yetkisinin makul bir şüphenin varlığı halinde kullanılması ve teşebbüse söz konusu şüpheye ilişkin yeterli bilgilerin sağlanması gerektiğini ileri sürmektedir.

Nitekim anılan bu yaklaşımların ve getirilen eleştirilerin önemli bir kısmının AB Mahkemeleri ve AİHM tarafından kabul edildiği görülmektedir. Teşebbüsün temel hak ve özgürlüklerine keyfi ve orantısız bir müdahalenin önüne ancak sınırları belirli olan bir yerinde inceleme ile geçilebilecektir (Eğerci 2005, 165).

Öte yandan, yetki belgesinin konusu ve amacı ile ilgili itirazların değerlendirildiği Danıştay'ın 2008 tarihli kararında<sup>152</sup>;

(...)yetki belgelerinde Kanun'un tanıdığı inceleme yetkilerinin açıkça yer aldığı bunun dışında incelemenin konusu ve amacına yer verilmemesi, incelemenin amacına aykırı ve sonuçlarını etkileyecek türden bir eksiklik olarak görülmediğinden bu iddia yerinde bulunmamıştır.

denilmek suretiyle yetki belgesinde konu ve amacın belirtilmesinin bir zorunluluk olmadığı yönünde hüküm kurulmuştur. RKHK'nin 15. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan açık hükme rağmen tesis edilen bu karara katılmak tarafımızca mümkün görülmemektedir.

Yetki belgesinde konu ve amacın belirtilmesi hususunun Kurul içtihatlarında nasıl ele alındığında bakıldığında ise teşebbüsler tarafından, yetki belgelerinin kanunda belirtilen koşulları karşılamadığını, mevcut yetki belgesinde raportörlerin herhangi bir marka ya da teşebbüs özelinde değil tüm kurum ve kuruluşlar bakımından yetkilendirildiklerini ve bu nedenle inceleme konusunun ve amacının net bir biçimde ortaya konulmadığının ileri sürüldüğü *Otomotiv* kararında<sup>153</sup>, yetki belgesinde, “*motorlu taşıtlar pazarında RKHK'nin 4. maddesinin ihlal edilip edilmediğinin tespiti*” amacıyla soruşturma açıldığının belirtildiği ve kanunda yer alan soruşturmanın konusu ve amacının belirlenmesi şartının yerine getirildiği ifade edilmiştir. Ayrıca Kurul kararında, ihlalin ilgili olduğu sektörün ve kanunun ilgili maddesinin belirtilmesinin incelemenin konusunun ve amacının belirlenmesi için yeterli olduğu tespit edilmiştir.

Kurul'un *Maysan Mando* kararında<sup>154</sup>, teşebbüsün mal vermeyi reddetmek suretiyle hâkim durumunu kötüye kullandığı şüphesinin araştırıldığı dosyanın, ilk derece mahkemesi tarafından bozulmasıyla mahkeme kararını yerine getirmek üzere açılan soruşturma kapsamında yapılan yerinde incelemede, yeniden satış fiyatının tespit edildiğine yönelik belgeler bulunmuş ve soruşturma konusu bu ihlali de kapsayacak şekilde genişletilmiştir<sup>155</sup>. Teşebbüs tarafından dosyaya sunulan savunmada, RKHK'nin 15. maddesi uyarınca incelemenin konusunun ve amacının yetki belgesinde açık ve şeffaf bir şekilde belirtilmesi gerektiği ileri sürülmüştür<sup>156</sup>.

---

<sup>152</sup> Danıştay 13. Dairesi'nin, 08.04.2008 tarih, E. 2006/4084, K. 2008/3628 sayılı kararı

<sup>153</sup> Kurul'un 18.04.2011 tarih ve 11-24/464-139 sayılı *Otomotiv* kararı, para. 1680.

<sup>154</sup> Kurul'un 20.06.2019 tarih ve 19-22/353-159 sayılı *Maysan Mando* kararı, para. 2.

<sup>155</sup> A.g.k. para. 11.

<sup>156</sup> A.g.k. para. 200.

Kurul, bu savunmalara ilişkin olarak önemli ve yol gösterici değerlendirmelerde bulunmuştur<sup>157</sup>:

Her ne kadar yetki belgesinde yeniden satış fiyatının belirlenmesinin soruşturma konusu olduğunun belirtilmemesine rağmen Kurulun MAYSAN MANDO hakkında soruşturma açılmasına yönelik kararından da görülebileceği üzere kararda incelemenin hangi madde kapsamında yapılacağı sınırlanmamış 4054 sayılı Kanun'un ihlal edilip edilmediğinin tespitine yönelik olarak soruşturma açılmıştır.

İlgili karardan anlaşılacağı üzere Kurul'un, yetki belgesinde şüphelenilen ihlalin RKKH'nin hangi maddesi kapsamında bir ihlal teşkil ettiğine ilişkin herhangi bir ayrıntıya yer vermediği görülmektedir. Ayrıca yetki belgesinin kapsamının olabildiğince geniş tutulduğu anlaşılmaktadır.

Bir diğer örnek Kurul'un, yaş meyve ve sebzelerin toptan satışı pazarında faaliyet gösteren teşebbüslerin rekabet karşıtı eylem ve uygulamalar içerisinde bulunup bulunmadıklarını tespit etmek amacıyla re'sen başlattığı soruşturmada, dosya taraflarından birinin yerinde inceleme faaliyetine engel olduğu gerekçesiyle idari para cezası uygulanmıştır.<sup>158</sup> Teşebbüs tarafından, İYUK 11. madde çerçevesinde idari işlemin kaldırılması talebi ile Kurum'a başvuru yapılmıştır. Anılan başvuruda, yetki belgesinde doğrudan teşebbüs ile ilgili bir ifade bulunmadığı ileri sürülmüştür. Fakat başvuru Kurul tarafından reddedilmiştir. Bu kararda da görüleceği üzere yetki belgesinde önaraştırma kapsamındaki teşebbüslerin ad ve unvanına yer verilmediği görülmektedir.

Nitekim ilgili kararlardan görüleceği üzere, Kurul uygulamasında yerinde inceleme belgeleri Komisyon uygulamasına nazaran daha geniş biçimde düzenlenmektedir. Zira Gündüz (2009,35)'e göre her ne kadar yetki belgesinde incelemenin konusuna ilişkin belirliliğin sağlanması gerekse de incelemenin konusuyla ilgili kesin bilgilere ancak yerinde incelemeyle ulaşılabileceğinden henüz sürecin en başında ihlale ilişkin kesin hukuki değerlendirmeler ve ilgili ürün pazarının kesin şekilde belirlenmesi oldukça güçtür.

Kanaatimizce incelemenin resen yahut şikâyet veya pişmanlık başvurusu ile başlatılması durumlarında Kurul'un ihlale ilişkin sahip olacağı bilgi düzeyinde farklılaşmalar olacaktır. Bu kapsamda pişmanlık başvurusu ile başlatılan bir

---

<sup>157</sup> A.g.k. para. 202.

<sup>158</sup> Kurul'un, 17-20/318-140 sayılı ve 03.07.2017 tarihli kararı, para. 2.

süreçte, Kurul'a bilgileri sunan teşebbüslerin hâlihazırda ihlalin tarafı olduğu düşünüldüğünde, yetki belgesi daha kesin belirlemelerle düzenlenebilecekken; resen başlatılan bir süreçte daha geniş bir yetki belgesi hazırlanması makul olabilir. Zira Kurul'un yerinde inceleme faaliyetleri bilinmeyen olgu ve durumların araştırılması için öngörülmüş bir mekanizmadır. Bu mekanizmanın etkin olması ve etkili sonuçlar vermesi için bazı durumlarda daha esnek davranılmalıdır. Nitekim Devrim (2009, 60) de, incelemenin konusunun kesin şekilde belirlenmesi yaklaşımının kriminal rejime ait bir yaklaşım olduğunu, yetki belgesinin somut olayın koşullarına göre düzenlenmesi gerektiğini ifade etmektedir.

Somut olayın koşulları uyarınca, AB Mahkeme'sinin *France Telecom*<sup>159</sup> kararında ifade edildiği üzere, yetki belgesi, şüphelenilen ihlalin temel özelliklerini, *etkileneceği düşünülen pazarı*, şüphelenilen kısıtlamaların niteliğini, *incelemenin konusunu ve amacını, teşebbüsün şüphelenilen ihlalde oynayabileceği rolü, neyin arandığını ve soruşturmanın ilgili olabileceği hususlara ilişkin açıklamaları olabildiğince kesin* şekilde içermesi gerekmektedir. Fakat burada ifade edilen özelliklere ilişkin **tam ve kesin bir hukuki değerlendirme** yapılması gerekmemektedir.<sup>160</sup> Kanaatimizce Kurul'un yetki belgesi düzenlerken mümkün olduğu ölçüde, mehzaz uygulamada benimsenen ölçütlere riayet etmesi uygulamada karşılaşılabilecek hukuka aykırı delil sorununu bertaraf edebilecektir.

Komisyon uygulamasını ele aldığımız bölümde, yetki belgesinin kapsamının, inceleme personelinin aktif ve yoğun çabası sonucunda aşılarak, başkaca bir ihlale ilişkin belgelerin aranması (yasadışı hedefli bir arama) durumunda, inceleme faaliyetinin balık avı gezisi teşkil edebileceği ortaya konulmuştur. Balık avı gezisi neticesinde elde edilen delillerin kullanılması durumunda ise teşebbüsün savunma hakkına hâlele gelebileceği söylenebilecektir. Aynı zamanda inceleme konusu dışında kazara (şans eseri) başka bir ihlale ilişkin bilgi ve belge bulunması durumunda da tesadüfi delillerin söz konusu olacağı, bu delillerin başka bir soruşturmanın konusunu oluşturulabileceği ifade edilmiştir.

Bu kapsamda Türk rekabet uygulamasına bakıldığında, balık avı gezilerine ilişkin herhangi bir değerlendirmenin kararlara yansımadağı görülmektedir. Gündüz

---

<sup>159</sup> A.g.k. para. 55.

<sup>160</sup> Opinion of AG Kokott in case *Nexans*, para. 49.

(2019, 25)'ün Kurul'un 1998-2020 yılları arasında resen başlattığı soruşturmaları incelendiği çalışmasında<sup>161</sup>, bazı soruşturmaların başka bir inceleme kapsamında elde edilen tesadüfi delillerden kaynaklandığı tespit edilmiştir.

Nitekim bu kararlarda bazı ortak noktalar bulunmaktadır. İlgili dosyaların önaraştırma aşamasında gerçekleştirilen yerinde incelemelerde, inceleme konusu ihlal ile ilgili bilgi ve belge bulunamamıştır. Buna karşılık raportörler, başkaca ihlallere sebebiyet verebilecek belgeler tespit etmiştir. Ardından Kurul tarafından, incelemenin konusu dışında bulunan başka bir belgeden kaynaklı olarak yeni bir soruşturma açılmasına veya mevcut soruşturmanın genişletilmesine karar verilmiş ve teşebbüsler hakkında idari para cezası uygulanmıştır. İlgili dosyaların karar metninden, elde edilen delillerin balık avı gezileri neticesinde mi yoksa tesadüfen mi elde edildiği saptaması yapılamamaktadır.

Yukarıda yer verilen *Maysan Mando* kararında, teşebbüs, kurum personelinin yetkisinin yetki belgesinde yazan konu<sup>162</sup> ile sınırlı olduğu, inceleme konusunun dışında delil elde edilmesinin ölçülülük ilkesine aykırı olduğu, bu belgelerin soruşturmada kullanılmasının hukuka aykırılık teşkil ettiği ve karara esas alınmaması gerektiği hususlarını ileri sürmüştür.

Kurul kararında, incelemenin konusunun, yetki belgesinde RKHK'nin herhangi bir maddesi ile sınırlandırılmadığı, uzmanların teşebbüse ait her türlü belgesini inceleyebileceği, dosya konusu ihlal ile ilgili olmasa dahi başka bir ihlale ilişkin belgenin bulunması durumunda bunun göz ardı edilemeyeceği ifade edilmiştir.<sup>163</sup>

<sup>161</sup> 16.05.2002 tarih ve 02-29/339-139 sayılı Çukurova Liman Kararı, 18.02.2003 tarih ve 03-10/114-52 sayılı *Meyve Suyu-II* kararı, 09.07.2003 sayılı ve 03-49/556-221 sayılı *Maya-II* kararı, 29.11.2004 tarih ve 04-74/1084-270 sayılı *Yemek Çeki* kararı, 13.07.2005 tarih ve 05-46/669-171 sayılı *EFPA* kararı, 25.07.2006 tarihli ve 06-55/712-202 sayılı İthal Kömür-I kararı, 19.01.2007 tarih ve 07-07/43-12 sayılı *Eğitim Hastaneleri* kararı, 23.09.2010 tarih ve 10-60/1274-480 sayılı *Citroen Bayileri* kararı, 18.04.2011 tarih ve 11-24/464-139 sayılı *Otomotiv* kararı, 17.11.2011 tarih ve 11-57/1510-538 sayılı *Et* kararı, 16.10.2012 tarih ve 12-50/1445-492 sayılı *Bursa Çimento* kararı, 05.11.2013 tarih ve 13-61/851-359 sayılı *Biletix* kararı, 20.06.2019 tarih ve 19-22/353-159 sayılı *Maysan-Mando* kararı

<sup>162</sup> “Kurulun soruşturma açılmasına dair kararında da soruşturma konusu olarak “şikâyetçiye mal vermeyi reddederek şikâyetçinin rakipleriyle ortak hareket edip şikâyetçiyi pazar dışına itmeye çalışıp çalışmadığının tespiti” ifadelerine yer verildiği”, a.g.k. para. 199.

<sup>163</sup> A.g.k. para. 202.



Kanaatimizce, Kurul, *Maysan Mando* kararında elde edilen bulguları tesadüfi delil olarak nitelendirmiş ve bu belgeleri devam eden bir soruşturma esnasında bulunduğu için yeni bir soruşturma açmak yerine mevcut soruşturmanın konusunu genişletmeyi tercih etmiştir. İlgili kararda belgelerin kazara mı yoksa aktif bir şekilde başkaca bir ihlale ilişkin araştırma yapılarak mı elde edildiği saptanamamaktadır<sup>164</sup>.

Bu noktada, gerçekleştirilen yerinde inceleme faaliyetlerinin yasadışı hedefli bir arama diğer bir deyişle balık avı gezisi teşkil edip etmediğinin tesadüfen elde edilen delillerden ayrılması gerekmektedir. Nitekim balık avı gezilerinin, teşebbüslerin temel hak ve özgürlüklerine keyfi ve orantısız bir müdahale teşkil ettiği düşünüldüğünden, bu tarz bir incelemeyle elde edilen delilin hukuka aykırı olduğu değerlendirilmektedir. Uygulamada bir delilin balık avı gezisi sonucunda mı yoksa tesadüfen mi elde edildiğinin saptanması zor olmakla birlikte, AB Mahkemeleri'nin yakın zamanda detaylı incelemelere yer verdiği *Nexans ve Deutsche Bahn* kararlarının yön gösterici olabileceği görülmektedir.<sup>165</sup>

Tesadüfi deliller bakımından ise, AB uygulamasında yeni bir soruşturma açılarak ilgili belgelerden faydalandığı görülmektedir. Kurul'un yaklaşımı da bu şekilde olmakla birlikte bazı durumlarda yeni bir soruşturma açılması yerine mevcut soruşturmanın konusu genişletilerek belgeler ispat vasıtası olarak kullanılabilir. Burada önemli olan, teşebbüsün savunma hakkının ihlal edilmemesi gerektiğidir.

Ceza hukuku uygulamasına bakıldığında, tesadüfen elde edilen deliller, CMK madde 138 ve Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği madde 10'da düzenlenmiştir.

<sup>164</sup> Söz konusu karar hakkında teşebbüs tarafından açılan iptal davası, eserin teslim tarihinden sonra yayım tarihinden ise önce sonuçlanmıştır. Konu hakkında bilgi bütünlüğünün sağlanması adına idare mahkemesi kararından bahsedilmesi uygun olacaktır: Teşebbüsün, “*yeniden satış fiyatının tespitine ilişkin elde edilen belgelerin davalı idare uzmanlarına yetki belgesi ile verilen inceleme yetkisinin ve soruşturma konusunun kapsamın dışında olduğu, ilgili bilgi ve belgelerin hukuka aykırı olarak elde edilmiş olması nedeniyle karar dayanak alınmayacağı*” şeklindeki itirazların değerlendirilmesi ve hakkında tesis olunan işlemin iptali için dava açmıştır. Söz konusu taleplerin değerlendirildiği Ankara 18. İdare Mahkemesi'nin E:2020/343, K:2021/527 sayılı kararında, “*davalı idareye Kanun kapsamında verilen inceleme ve denetleme yetkisinin resen araştırma yetkisini de içerdiği ve bu kapsamda yetki belgesi dâhilindeki incelemeler sırasında elde edilen belgelerin hukukun geçerliliğinin bulunduğu ve bu belgelere dayanılarak işlem tesis edilebileceği*” gerekçeleri ile Rekabet Kurulu'nun kararı hukuka uygun bulunmuştur.

<sup>165</sup> İlgili kararlara ilişkin detaylı değerlendirmeler “3.2.3. AB Mahkemelerinin Yaklaşımı” başlığında yer almaktadır.

İlgili kanun ve yönetmelik birlikte değerlendirildiğinde; usulüne uygun olarak gerçekleştirilen bir aramada mevcut soruşturmanın konusu dışında tesadüfen delil elde edilmesi halinde bu deliller hakkında işlem tesis edilebileceği görülmektedir. Kabahatler Kanunu'nda ise bu yönde bir düzenleme bulunmamaktadır. Kabahatler Kanunu'nda hüküm bulunmayan hallerde Ceza Kanunu'nun uygun düştüğü ölçüde uygulama alanı bulacağı da düşünüldüğünde tesadüfi delillerin yeni bir soruşturmaya konu edilmesinin önünde bir engel yoktur. Kanaatimizce, bu konuda RKHK 15. maddeye bir hüküm eklenmesi hukuki belirliliği net bir şekilde sağlaması açısından doğru olacaktır.

#### 4.2. TÜRK REKABET HUKUKUNDA DİJİTAL DELİLLER VE TÜRKİYE UYGULAMASI İÇİN ÖNERİLER

2020 yılında yapılan değişiklik ile RKHK'nin 15. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine “*elektronik ortam ile bilişim sistemlerinde tutulan her türlü veri*” ibaresi eklenerek Kurul'un elektronik ortamlarda da yerinde inceleme gerçekleştirme yetkisinin olduğu hükme bağlanmıştır.

Kanun değişikliği öncesinde Kurul'un yürüttüğü soruşturmalar ve aldığı kararlar incelendiğinde, hâlihazırda elektronik ortamda tutulan delillerin zaten incelendiği görülmektedir. Bu husus, hem teşebbüs tarafından yapılan savunmalarda hem de Danıştay nezdinde açılan iptal davalarında itiraza konu edilmiştir. Hem Kurul kararlarında<sup>166</sup> hem de Danıştay kararlarında,<sup>167</sup> Kurul'un elektronik delil elde etme yetkisinin olduğu hükme bağlanmıştır (Kekevi 2008, 124).

Bu noktada asıl odaklanılması gereken husus, kanun değişikliği ile beraber mehaz ve diğer ülke uygulamalarındaki gibi adli bilişim yöntemleri kullanılarak bir inceleme yürütülüp yürütülemeyeceğidir. Nitekim böyle bir inceleme metodu öngörülecek ise Komisyon'un yürüttüğü incelemelerde tartışmaya açılan balık avı gezileri konusunun da göz ardı edilmemesi gerekmektedir.

Bilindiği üzere mevcut uygulamada Kurul'un adli bilişim metotlarını kullanmadığı, teşebbüse ait veri saklama cihazlarının ve sunucuların tam bir

---

<sup>166</sup> Bkz. Kurul'un 08.08.2018 tarih ve 18-27/461-224 sayılı *Enerjisa* kararı; 01.10.2018 tarih ve 18-36/583-284 sayılı *Bereket Enerji* kararı; 09.01.2020 tarih ve 20-03/28-12 sayılı *Burdur Otogaz* kararı, para. 66-68.

<sup>167</sup> Bkz. Danıştay 13. Dairesinin 14.10.2008 tarih ve E:2006/5791, K:2008/6795 sayılı kararı; 18.09.2019 tarih ve E:2019/521, K:2019/2625 sayılı kararı

kopyasını (fiziksel veya mantıksal kopyalarını) almadığı görülmektedir<sup>168</sup>. Fakat kanaatimizce teknolojik gelişmelerin yadsınamayacak boyutlara geldiği bu günlerde Kurul'un bu yöntemleri er ya da geç kullanmak isteyeceği düşünüldüğünden<sup>169</sup>, dijital incelemelerin nasıl gerçekleştirilmesi gerektiği ve konunun hukuka aykırı delillere etkisi incelenecek ve Türkiye uygulamasına ilişkin önerilere yer verilmeye çalışılacaktır.

Çalışma kapsamında, dijital delil elde edilmesi sürecinde ortaya çıkabilecek olası sorunlardan bazıları, incelemenin amacı ve konusunun aşılması, teşebbüsün sahip olduğu özel hayat ve haberleşme hürriyeti gizliliğinin ihlal edilmesi ve avukat-müvekkil imtiyazından faydalanan belgelere el konulmasıdır. Bu noktada verilecek öneriler de bu kapsamda ele alınacaktır.

Dijital delil elde etme yetkisinin balık avı gezileri ile sonuçlanmaması ve süreç içerisinde delil zincirinin korunabilmesi için teşebbüslere bir takım güvencelerin sunulması gerekmektedir. Autio (2020)'ya göre, bu tarz güvenceleri kanunla değil de bağlayıcı olmayan ve hızlı bir şekilde güncellenebilen hukuk kuralları (soft law) ile yerine getirmek daha doğru olacaktır.

Kanaatimizce, teknoloji dünyasının hızlı gelişimi, sorunların da hızlıca değişmesine sebebiyet vermektedir. Dolayısıyla diğer ülke uygulamalarında olduğu gibi Kurul'un da açıklayıcı bir not ile dinamik bir mevzuat oluşturması gerekmektedir. Bu kapsamda Kurul tarafından düzenlenmesi gerektiği düşünülen açıklayıcı notta sorunlara nasıl cevap verileceği önem arz etmektedir.

Lang (2013, 53)'a göre sorunlardan ilki, adli kopyaların (fiziksel ve mantıksal olarak alınmış), otoritelerin soruşturmanın meşru kapsamı dışındaki belgelere

<sup>168</sup> Kurul'un bazı yerinde incelemelerde, teşebbüs çalışanlarının bilgisayarlarını incelediği ve elektronik belgeleri CD'ye aktarmak suretiyle kriptografik özet (hash) ile şifreleyerek aldığı bilinmektedir. Söz konusu metot, **hedefsel imaj** olarak adlandırılmaktadır. Fakat teşebbüse ait sunucu, bilgisayar ve dijital depolama aygıtlarının tamamen kopyalarını içeren **mantıksal ve fiziksel imaj alma yöntemi** henüz kullanılmamaktadır. Bu çalışma kapsamında ele alınacak imaj alma yöntemleri de mantıksal ve fiziksel imaj almaz. İmaj alma yöntemleri için bkz: AYTEKİN, B. (2020) "Rekabet Kanunu Değişikliği Işığında Dijital Verilerin İncelenmesi: Copy/Paste'ten Daha Fazlası", <http://www.rekabetregulasyon.com/rekabet-kanunu-degisikligi-isinginda-dijital-verilerin-incelemesi-copy-pasteten-daha-fazlasi/>, E. T: 06.09.2020.

<sup>169</sup> Söz konusu yöntemlerin kullanılacağını gösterir "Yerinde İncelemelerde Dijital Verilerin İncelenmesine İlişkin Kılavuz", eserin teslim tarihinden sonra yayım tarihinden ise önce Kurum internet sitesinde duyurulmuştur. İlgili kılavuza erişmek için: (<https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/kilavuzlar/yerinde-inceleme-kilavuz1-20201009091644514-pdf>)

bakmasını mümkün kılmasından doğmaktadır. Bu kapsamda otoriteler, teşebbüsün bilişim sistemlerinde tutulan verinin tamamı üzerinde kontrol sahibi olmamalıdır. Bu verilerin yalnızca soruşturma konusu ile ilgili olan kısmı kopyalanmalı veya incelenmelidir. Nitekim dijital verilerin tamamının kopyalanması balık avı gezileri için risk yaratmaktadır.

Nitekim AİHM, ceza yargılaması sebebiyle avukatın bilgisayarlarında yer alan tüm dosyaların kopyalanması işlemini değerlendirdiği *Robathin* kararında,<sup>170</sup> kopyalama kapsamının, inceleme kararında belirtilen gerçeklerle sınırlanması için hiçbir çaba gösterilmediği gerekçesiyle, AİHS 8. madde kapsamında yer alan özel hayatın gizliliği ve haberleşme hürriyetinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Kanaatimizce ilgili AİHM kararının ceza yargılamasına ilişkin olması sebebiyle kararda ulaşılan değerlendirmenin doğrudan idari yaptırımlara uygulanması mümkün gözükmemektedir. Bu kapsamda ABAD'ın *Nexans* kararında benimsediği görüş idari yaptırımlar için daha uygun gözükmemektedir. ABAD kararında, adli kopyalar üzerinden gerçekleştirilen belge seçme işlemini neticesinde dosya kapsamında kullanılan belgelerin soruşturmanın konusu ile alakalı olduğunu ve yasal korumadan faydalanan herhangi bir belgenin soruşturmaya dâhil edilmediğini ifade etmiş ve teşebbüse ait bilişim ortamının tamamen kopyalanmasının hukuka aykırı olmadığını tespit etmiştir. Bu kapsamda Türk rekabet hukuku uygulaması bakımından da ABAD'ın yaklaşımının benimsenmesi gerektiği düşünülmektedir.

Diğer bir sorun ise, teşebbüsten elde edilen adli kopyaların nerede inceleneceği meselesidir. Bu kapsamda Komisyon, incelemenin uzun sürmesi halinde teşebbüsün iş akışını aksatmamak maksadıyla Komisyon merkezinde adli kopyaların analizlerini yapabilmektedir.<sup>171</sup> Yine birçok AB ülkesinin rekabet otoriteleri de adli kopyaları, otorite merkezinde incelemektedir.

Türk rekabet hukuku uygulamasında, Kurum merkezinde incelemenin tercih edilmesi durumunda teşebbüslere bir takım ek güvenceler sağlanması gerekmektedir. Bunlar, alınan adli kopyaların bir örneğinin teşebbüslere bırakılması, kriptografik özet ile bu kopyaların şifrenmesi ve bozulmadığının

---

<sup>170</sup> Başvuru numarası: 30457/06, *Robathin v. Avusturya*, 30 07.2012, para. 39.

<sup>171</sup> Komisyon'un Açıklayıcı Not'u, para 14

garanti edilmesi, kopyaların kapalı zarf usulü benimsenerek Kurum'a getirilmesi ve bu zarfların teşebbüs temsilcileri refakatinde açılmasıdır. Ayrıca Kurum merkezinde yapılacak incelemede, seçilecek belgelerin soruşturma konusu dışında olduğuna veya yasal korumadan faydalandığına itiraz edebilmeleri için teşebbüs temsilcilerinin de hazır bulunması, öngörülmesi gereken güvencelerdendir.

Bir diğer husus ise adli kopyalar alındıktan sonra uzmanlarca yapılacak belge seçme işleminde kullanılacak anahtar kelimelerin seçimi ve bu kelimelerin teşebbüs ile paylaşılmasına ilişkindir. Komisyon uygulamasında anahtar kelimeler inceleme personeli tarafından seçilmekte ve teşebbüs ile paylaşılmamaktadır. Teşebbüs yetkilisinin hâlihazırda incelemeye refakat etmesi ve kullanılan anahtar kelimeleri görebileceği, anahtar kelimelerin paylaşılmamasına dayanak teşkil etmektedir (Lang 2013, 55).

Kanaatimizce dijital bir incelemede, uzmanların inceleme konusu dışına çıkıp çıkmadığının tespitinde kullanılan anahtar kelimeler oldukça önemlidir. Fakat Komisyon uygulamasına benzer şekilde anahtar kelimelerin paylaşılmaması, bazı durumlarda inceleme sıhhatini ve güvenliğini sağlamak için gereklidir. Nitekim anahtar kelimeler paylaşılmasa da incelemenin bütün süreçlerine teşebbüs yetkililerinin de dâhil edilmesi, uzmanların soruşturma konusu dışında aktif ve kasten arama yapmamasını ve özel hayata ilişkin belgeleri almamasını sağlamak adına yeterlidir. Öte yandan anahtar kelimelerin paylaşılmasının inceleme güvenliği açısından bir öneme sahip olmadığı durumlarda ACM veya CMC'nin uyguladığı usuller benimsenebilir ve anahtar kelimeler teşebbüslere verilebilir.

Anahtar kelimelerin seçimi noktasında ise soruşturma konusuna ve amacına uygun davranılmalıdır. Öte yandan inceleme esnasında oluşacak somut durumlar da göz ardı edilmeden anahtar kelimeler inceleme esnasında revize edilebilir ve yerinde incelemenin etkinliği artırılabilir.

### **4.3. TÜRK REKABET HUKUKUNDA KİŞİSEL MOBİL CİHAZLARDAN ELDE EDİLEN DELİLLER VE TÜRKİYE UYGULAMASI İÇİN ÇÖZÜM ÖNERİLERİ**

Çevrim içi yazışmalar, akıllı cep telefonu teknolojilerinin ve kullanımının yaygınlaşmasıyla birlikte hem kişisel hem de kurumsal iletişimi sağlamak üzere son yıllarda etkin şekilde kullanılan araçlar olarak belirginlik kazanmaktadır.

Çevrimiçi yazışmaların önemli ölçüde cep telefonları üzerinden gerçekleştiriliyor olması rekabet hukuku özelinde incelemelerde hukukun temel prensiplerinden olan özel yaşamın gizliliği ilkesinin ihlali endişesini gündeme taşımakta, bu durum ise kişisel mobil cihazların inceleme kapsamına alınıp alınamayacağı, alınacaksa da hangi esaslar ölçüsünde hukukiliğin tesis edilebileceği tartışmalarını beslemektedir.

Türkiye uygulamasına bakıldığında, Kurul'un yerinde incelemeler esnasında, teşebbüsün malvarlığında olan mobil cihazlar üzerinde inceleme yaptığı görülmektedir. Nitekim bu durumun dayanağını RKHK'nin 15. maddesinde geçen teşebbüse ait her türlü malvarlığı kavramı sağlamaktadır.

Kurul'un mobil cihazları incelediği *Ortodonti* kararında<sup>172</sup>, yerinde incelemede şirket çalışanın bilgisayarından elde edilen ve şirket GSM hattı üzerinden yapılan Whatsapp yazışmalarının delil olarak kullanıldığı görülmektedir. İlgili kararda incelemeye konu mobil cihazda kullanılan GSM hattının teşebbüse ait olmasından hareket edilmiştir.

Yakın tarihli *Burdur Otogaz* kararında<sup>173</sup> ise, mobil cihazların incelenmesi noktasında Kurul ayrıntılı değerlendirmelere yer vermiştir. İlgili kararda, veriler teşebbüse ait bir telefonun, teşebbüs çalışanın rızası ile incelenmesi sonucunda elde edilmiştir. Kurul kararında, RKHK'nin 15. maddesinde yer alan düzenleme uyarınca teşebbüse ait olan her türlü malvarlığında inceleme yapma yetkisinin bulunduğu ve teşebbüse ait telefonlarda yer alan yazışmalarının incelenmesi önünde bir engel olmadığı değerlendirilmiştir.

Konu hakkında bilgi bütünlüğünün sağlanması adına idare mahkemesi kararından bahsedilmesi uygun olacaktır: Hakkında cezai yaptırım uygulanmasına karar verilen teşebbüs;

Whatsapp grubunun sektörde yaşanan sorunları paylaşmak amacıyla kurulduğu, söz konusu yazışmalarda rekabet karşıtı bir danışıklık ilişki içinde olduğunu gösterir herhangi bir bilgi veya belge bulunmadığı, herhangi bir yetki verilmeden rastlantı sonucu elde edildiği iddia edilen kayıtların hukuki dayanağının bulunmadığı, 4054 sayılı Kanun'da açıkça düzenlenmediği, delil olarak kabul edilmesinin hukuken mümkün olmadığı, usul ve yasaya aykırı olduğu,

şeklindeki itirazların değerlendirilmesi ve hakkında tesis olunan işlemin iptali için dava açmıştır. Söz konusu taleplerin değerlendirildiği Ankara 12.

---

<sup>172</sup> 29.03.2018 tarihli ve 18-09/157-77 sayılı karar

<sup>173</sup> 09.01.2020 tarihli ve 20-03/28-12 sayılı karar, para. 69-72.

İdare Mahkemesi'nin E:2021/1934, K:2021/2213 sayılı kararında<sup>174</sup>, yerinde incelemede hukuka uygun olarak şirket telefonundan elde edilen yazışmaların delil olarak kullanılması hukuka uygun bulunmuştur. Diğer bir deyişle mahkeme, 4054 sayılı Kanun'un 24.06.2020 tarihinde yapılan değişiklik öncesi halinin şirket telefonlarında inceleme yetkisini de kapsadığını kabul etmiştir.

İlgili kararda dikkat çeken bir diğer husus ise, mahkeme üyelerinden birinin karşı görüşüdür. Söz konusu karşı görüşte,

Dava konusu idari para cezasının dayanağının, Akay Petrol Ticaret ve Sanayi Ltd Şti.nde 11.12.2018 tarihinde yapılan incelemede, anılan şirket sorumlusunun cep telefonundan alınan whatsapp kayıtları olduğu, 4054 sayılı Kanunun 15. maddesinin olay tarihinde yürürlükte olan halinde "...Bu amaçla teşebbüslerin veya teşebbüs birliklerinin: a) **Defterlerini, her türlü evrak ve belgelerini inceleyebilir ve gerekirse suretlerini alabilir,**" hükmü mevcut iken, anılan bentte, 06.06.2020 tarih ve 7246 sayılı Kanununun 4. Maddesi ile değişiklik yapılarak yeni hali, "**Defterlerini, fiziki ve elektronik ortam ile bilişim sistemlerinde tutulan her türlü verilerini ve belgelerini inceleyebilir, bunların kopyalarını ve fiziki örneklerini alabilir,**" şeklinde değiştirildiği, buna göre, whatsapp kayıtlarının, anılan bentte yapılan değişiklikle getirilen "fiziki ve elektronik ortam ile bilişim sistemlerinde tutulan her türlü veri" kapsamında sayılacağı açık ise de, sözü edilen düzenlemenin eylem tarihi olan 11.12.2018 tarihinde yürürlükte olmadığı, sonradan getirilen bu düzenlemenin de, daha önceki eylemlere uygulanmasının mümkün olmadığı dikkate alındığında, davacı şirketin 150.905,01 TL idari para cezası verilmesine ilişkin kararda hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptali gerektiği.

gerekçeleri ile çoğunluk kararına katılmadığı ifade edilmiştir. Söz konusu idare mahkemesi kararı Bölge İdare Mahkemesi kararı<sup>175</sup> uyarınca hukuka uygun bulunmuştur.

Hem idare mahkemesi kararı hem de söz konusu karara karşı yazılan azınlık görüş birlikte okunduğunda iki çıkarımda bulunulabilecektir. İlk olarak, idare mahkemesi kararının delili hukuka uygun bulması sebebiyle RKHK'de yapılan değişiklik öncesi dönemde teşebbüse ait mobil cihazlarda inceleme yapılabileceği hususu netlik kazanmıştır. Öte yandan hem idare mahkemesi gerekçeli kararı hem de azınlık görüşü birlikte okunduğunda, RKHK'de yapılan değişiklik sonrası dönemde mobil cihazlarda inceleme yapma yetkisinin hukuka uygun olduğu çıkarımında da bulunulması gerekmektedir.

<sup>174</sup> Söz konusu karar hakkında teşebbüs tarafından açılan iptal davası, eserin teslim tarihinden sonra yayım tarihinden ise önce sonuçlanmıştır.

<sup>175</sup> Bölge İdare Mahkemesi, 8. İdari Dava Dairesi, E:2021/570; K:2021/1746 sayılı karar

Sonuç olarak, yukarıda anılan kararlarda yürütülen incelemeler teşebbüsün malvarlığı olan telefonlar üzerinde gerçekleştirilmiştir. Kurul'un teşebbüs çalışanına ait bir telefonda inceleme gerçekleştirip gerçekleştirilemeyeceği hususu ise belirsizliğini korumaktadır. Bunun yanı sıra 1/2003 sayılı Tüzük'ten farklı olarak, RKHK'nin 15. maddesinde “*teşebbüsün ticari faaliyetiyle ilgili*” ifadesinin bulunmadığı görülmektedir. Doktrindeki görüşlere göre, bu ibarenin kanunda yer almaması, teşebbüsün ticari faaliyetiyle ilgili kullanılan kişisel mobil cihazların inceleme dışında bırakılması sonucunu doğurmaktadır.<sup>176</sup>

Kanaatimizce her ne kadar kanunun lafzında yerinde incelemelerde incelenebilecek belgeler hakkında “*teşebbüsün ticari faaliyetiyle ilgili*” olması gerekliliği yönünde bir kısıtlama öngörülmemiş olsa da, uygulamada, Kurul'un gerçekleştirdiği yerinde incelemelerde teşebbüsün ticari faaliyetleri ile ilgili belgeleri elde etmekten ötesine geçmediği görülmektedir. Nitekim uygulamada karşılaşılan sorunlardan biri de teşebbüs çalışanlarının, teşebbüse ait malvarlıklarını kendi özel işleri için kullanmasıdır. Meslek personeli teşebbüse ait malvarlıklarında inceleme gerçekleştirirken, kişilerin özel hayatına ilişkin itirazlarını ilgili belgelere hızlıca bakarak değerlendirmekte ve özel hayata ilişkin olduğunu düşündüğü belgelere el koymamaktadır.

Benzer şekilde kişisel mobil cihazların da iş ilişkilerini yönetmek amacıyla kullanılabilirdiği durumlarda, inceleme kapsamına alınması ve inceleme esnasında özel hayata ilişkin herhangi bir bilgi ve belgeye el konulmasından imtina edilmesi gerekmektedir. Kanaatimizce RKHK 15. maddenin mevcut halinin bu duruma bir engel teşkil etmediği düşünülmeyle birlikte kanunda açık bir hükme yer verilmesi uygun olacaktır.

Bu noktada incelenecek olan cihazların tespiti yapılırken, “*teşebbüsün ticari faaliyetini yürütmek amacıyla kullanılması*” ölçütüne göre hareket edilmesi gerekmeyle birlikte kişisel cihazın, teşebbüsün ticari faaliyetleri için kullanılıp kullanılmadığı tespitinin nasıl yapılacağı da önemlidir. Nitekim Komisyon, Hollanda, Avusturya vb. ülkelerde benimsendiği üzere, cihazların üzerinde adli bilişim yazılımları çalıştırılarak telefonun iş amacıyla kullanılıp kullanılmadığı

---

<sup>176</sup> Ünübol, N., “Rekabet Hukukunda WhatsApp Yazışmalarının Delil Niteliği” 18.12.2019 ([https://www.mondaq.com/turkey/antitrust-eu-competition-/876720/rekabet-hukukunda-whatapp\\_yaz-305351malar305n305n-delil-niteli287i](https://www.mondaq.com/turkey/antitrust-eu-competition-/876720/rekabet-hukukunda-whatapp-yaz-305351malar305n305n-delil-niteli287i)) erişim:13.09.2020



tespit edilebilir ve anahtar kelimelerle arama faaliyeti gerçekleştirilebilir. Çiroğlu (2017, 80)'na göre cihaz veya cihazın kullandığı GSM hattının teşebbüs tarafından çalışana sağlanması, teşebbüsün BYOD politikası uyguluyor olması veya teşebbüs çalışanlarının kişisel telefonlarında kurumsal *e-posta hesabının* veya *mobil uygulamanın kurulu olması* durumlarında cihaz inceleme kapsamına dahil edilmelidir. Çiroğlu'nun bu görüşlerine iştirak etmekle beraber kanaatimizce inceleme esnasında kişisel mobil cihazların teşebbüsün ticari faaliyetiyle ilgili kullanıldığına ilişkin bir emare bulunması durumunda, bu cihazların da incelemeye dâhil edilmesi gerekmektedir.

Kaldı ki Kurul'un bir an için, kişisel mobil cihazları incelemeyeceği varsayılacak olursa, teşebbüslerin BYOD politikasını benimsememesi için hiçbir neden bulunmamaktadır. BYOD politikasını benimseyen ve kartel tarafı olan bir teşebbüste belge bulunma ihtimali oldukça azalacaktır. Bu noktada kanaatimizce mobil cihazların incelenmesi, bu incelemenin nasıl gerçekleştirileceği ve özel hayatın gizliliği hakkını koruma altına almak için hangi güvencelerin sağlanması gerektiğini içeren bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır. Anılan düzenlemede mobil cihaz sahibinin incelemeye refakat etmesi, yasal korumadan faydalanan veya soruşturma konusu dışında kalan belgeler kopyalanmak istenildiğinde, itirazlarını sunması yeterli görülebilecektir.

#### **4.4. TÜRK REKABET HUKUKUNDA RIZAYA DAYANMADAN ELDE EDİLEN SES VE GÖRÜNTÜ KAYITLARININ DURUMU VE TÜRKİYE UYGULAMASI İÇİN ÖNERİLER**

Rızaya dayanmadan (gizli bir şekilde) oluşturulan ses ve görüntü kayıtları hukuka aykırı delil teşkil etmektedir. İlgili delillerin karara esas teşkil edip etmeyeceği noktasında yüksek yargı mercilerinin ve doktrinin konuya yaklaşımı farklılık arz etmektedir (Gökınar 2011, 185).

Medeni yargılama usulünde, özel hayatın gizliliği özelinde değerlendirilen gizli ses ve görüntü alınması eylemi, somut olay özelinde değerlendirilmeli ve dürüstlük kuralı çerçevesinde meseleye yaklaşılmalıdır (Çınar 2004, 57). Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun vermiş olduğu kararda da,<sup>177</sup> esas olarak özel hayatın gizliliğinin korunması gerektiği fakat dürüstlük kuralı uyarınca, somut olayda bu

---

<sup>177</sup> YHGK'nin, E:2002/2-67, K:2002/148 sayılı kararı

esastan ayrılmayı haklı kılan sebepler varsa istisna olarak bu yolla elde edilen delilin, kullanılmasına izin verildiği görülmektedir.<sup>178</sup>

Konuya idari yargılama açısından bakıldığında ise, doktrinde bu delillerin kullanılabilirliği ile ilgili olarak, Anayasa'nın 38. maddesinin altıncı fıkrasında düzenlenen, hukuka aykırı delil yasaklarının yalnızca ceza hukukunda geçerli olduğu ifade edilmektedir (Kılıçoğlu 2011, 94). Nitekim bu görüşü destekleyen mahkeme kararları da bulunmaktadır.<sup>179</sup> Öte yandan bazı yazarlar, hukuka aykırı delil yasağının idari yargılamaalarda da geçerli olduğunu kabul etmekle birlikte, ses kaydı delillerinin somut olayın özelliklerine göre karara esas teşkil edip etmeyeceğine karar verilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bu görüşün temelinde hukuka aykırı delilin kullanılması ile sağlanacak olan kamu menfaatinin üstün tutulması yatmaktadır (Yasin 2015, 63).<sup>180</sup> Diğer bir görüş ise hukuka aykırı olduğu tespit edilen delilin kullanılmasına ilişkin hiçbir istisna kabul edilmemesi ve delilin yargılamada kullanılmamasıdır (Gündüz 2019,112).

Ceza yargılaması açısından gizli ses kayıtlarının değerlendirilmesi noktasında ise, konuşmanın tarafı olmayan ve konuşmanın tarafı olan kişiler tarafından yapılan kayıtlar olmak üzere ikili bir ayrımın varlığından bahsedilebilir. Yapılan bir ses kaydının, TCK kapsamında haberleşmenin ve özel hayatın gizliliğinin ihlali suç kapsamında değerlendirilebilmesi için kaydı gerçekleştiren kişinin konuşmanın tarafı olmaması gerekmektedir (Hafizoğulları 2009, 10). Bu durumda elde edilen kayıt bakımından incelenmesi gereken husus, TCK'de yer alan usulün izlenilip izlenilmediğidir. Nitekim böyle bir kayıt ancak iletişimin denetlenmesi hakkında bir hâkim kararına veya kanuni bir yetkiye dayanarak oluşturulabilir.

Fakat konuşmanın tarafı olan ve kendisine karşı suç işlenmekte olan kişinin suçla ilgili bir daha kanıt elde etme imkânı bulunmaması halinde, ani gelişen durumları kayıt altına alması hukuka uygun olarak değerlendirilebilecektir. Doktrinde bu durum meşru müdafaa olarak değerlendirilmektedir (Şen 2011, 76). Dolayısıyla bu delillerin hukuka aykırılığından söz edilemeyecektir.

---

<sup>178</sup> Benzer yönde bir diğer karar için bkz: Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E:2007/17220, K:2008/12614,20.10.2008

<sup>179</sup> AYİM 1.Daire E:2014/2, K:2014/1151,16.12.2014.

<sup>180</sup> Benzer görüş için bkz: (Üstün 2018,33)

Kurul uygulamasına bakıldığında ise, Şölen kararında<sup>181</sup> Kurul, teşebbüsün rızası olmadan oluşturulan ses kaydının hukuka aykırı olduğunu tespit etmiş ve bu delilin ispat faaliyetinde kullanılamayacağına karar vermiştir. Bu sonuca ulaşılırken Anayasa'nın 38. maddesinin altıncı fıkrasında yer alan kuralın idari yargılama usullerinde de geçerli olduğu gerekçesiyle hareket edilmiştir.

Üçüncü kişiler tarafından Kuruma intikal ettirilen ses ve görüntü kayıtları delilinin hukuka aykırı olup olmadığının değerlendirildiği İzmir Kuyumcular Odası kararında<sup>182</sup> ise, kaydı yapan kişinin kameranın kayıta olduğunu ifade ettiği ve kayda alınan kişilerin bu durumdan haberdar olduğu gerekçesiyle Kurul, güvenlik kamerası tarafından yapılan ses ve görüntü kaydının hukuka uygun olduğunu tespit etmiştir.

Anılan kararlar arasında en yakın tarihli *Kurumsal Krediler* kararında ise, pişmanlık başvurusu ile Kuruma intikal ettirilen bankalar arası telefon görüşmelerine ait ses kayıtlarının hukuki boyutu tartışılmıştır. Teşebbüs, ses kayıtlarının rızaya dayalı olmadığını, hukuka aykırı olduğunu ve karara esas teşkil etmemesi gerektiğini ileri sürmüştür. Kurul kararında, söz konusu kayıtların rıza sonucunda alındığı tespit edilmiş ve bu deliller karara esas teşkil edecek şekilde kullanılmıştır<sup>183</sup>.

Teşebbüsün açmış olduğu iptal davası neticesinde alınan mahkeme kararında, ses kayıtlarının bir kısmının rızaya dayanmadan elde edildiği tespit edilmiştir. Mahkeme, anlık olarak gerçekleştirilen konuşma içeriklerinin ortaya konulabilmesi (delile başka şekilde erişilmesinin mümkün olmaması) ve rekabet piyasası kurallarının Kurul tarafından korunabilmesi için kayda alma eylemini, hukuka uygun bir fiil olarak değerlendirmiştir. Aynı zamanda karşı karşıya gelen menfaatlerin ispat hakkı ve haberleşme hürriyeti olduğu, başka türlü kullanılma imkânı olmayan ispat hakkının korunması gerektiği ve bu kabulün gerekçesinin ekonomik kamu menfaatini sağlamayı amaçlayan rekabet hukuku menfaati ile uyumlu olacağı değerlendirilmiştir<sup>184</sup>.

---

<sup>181</sup> 16.01.2014 tarih ve 14-02/35-14 sayılı karar para. 38-39.

<sup>182</sup> 27.10.2016 tarih ve 16-35/603-268 sayılı karar para. 51, dipnot 1.

<sup>183</sup> 28.11.2017 tarih ve 17-39/636-276 sayılı karar para. 301.

<sup>184</sup> Ankara 14. İdare Mahkemesi, 29.03.2019 tarih ve E:2018/1106, K:2019/681 sayılı karar

Kanaatimizce Kurul'un ses ve görüntü kayıtları hakkında yaptığı rızaya dayalı olma ve rıza dışında olma ayrımı hukuki açıdan uygun olan yaklaşımdır. Bunun yanı sıra ekonomik kamu menfaatinin korunmasının, haberleşme ve özel hayatın gizliliği hakkına tercih edilmesi gereken durumlarda rızaya dayalı olmayan ses kayıtlarının da kullanılması gerektiği idare mahkemesi tarafından kabul edilmiştir. Bu karar, ilerleyen dönemlerde Kurul'un rızaya dayalı olmaksızın gizli bir şekilde kayda alınmış ses ve görüntü içeriklerini delil olarak kullanıp kullanamayacağı noktasında yön gösterici olacaktır.

Kanaatimizce bir diğer önemli husus ise, rızaya dayanmayan ses ve görüntü kayıtlarının karara esas teşkil etmesi durumunda hem Anayasa'da hem AİHS'de güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediğidir. Bu noktada, teşebbüse delillerin güvenilir olup olmadığı hakkında savunma imkânı tanınmalıdır. Ayrıca rızaya dayanmayan ses ve görüntü kayıtlarının tek ve esaslı delil olarak kullanılmaması başkaca delillerle de desteklenmesi gerekmektedir. Nitekim AİHM içtihadına göre bu iki şart sağlandığı takdirde, Kurul tarafından adil yargılanma hakkının ihlal edilmediği söylenebilecektir. İdare mahkemesinin *Kurumsal Krediler* kararına ilişkin incelemelerinde bu hususta bir değerlendirmeye yer verilmemiştir.

## SONUÇ

Hukuka aykırı delil, hukukun evrensel ilkelerine, uluslararası sözleşmelere, anayasaya, temel hak ve özgürlüklere, kanuna ve tüm alt mevzuata mugayir olarak elde edilen delildir. Türk mevzuatı açısından, İYUK, KK ve RKHK’de hukuka aykırı delil ile ilgili herhangi bir düzenleme bulunmamakla birlikte Anayasa’nın 38. maddesinin altıncı fıkrasında düzenlenen hukuk aykırı delil yasağının, Kurul’un yürüttüğü soruşturmalarda geçerli olup olmayacağı çalışmanın konusunu oluşturmaktadır.

Bu noktada, idari yaptırımların tabi olduğu mevzuatta herhangi bir hüküm bulunmaması, tartışmaya ilişkin cevapların AİHM, AYM ve Danıştay kararları ışığında incelenmesi gerekliliğini doğurmuştur. Nitekim anılan yargı mercilerinin konuya ilişkin tutumu incelendiğinde, hukukun evrensel bir ilkesi olarak kabul gören ve çekirdek ceza hukuku güvenceleri arasında yer alan hukuka aykırı delil yasağının, Kurul’un yürüttüğü ve akabinde idari yaptırım uygulanan soruşturma süreçlerinde de geçerli olduğu sonucuna varılmıştır.

Bu doğrultuda çalışma kapsamında Komisyon, AB üye ülkeleri ve Türkiye’de, delile erişmek için en etkili yöntem olduğu düşünülen yerinde inceleme yetkisi incelenmiş ve bazı delil türlerinin hukuka uygun olup olmadığı hakkında değerlendirmelere yer verilmiştir. Değerlendirmeler ve Türk rekabet hukuku uygulaması için yapılan öneriler her bir delil türü özelinde farklılaşmaktadır.

İlk olarak incelemenin konusunun ve amacının olabildiğince kesin bir şekilde belirlenmemiş olması ve yerinde inceleme esnasında incelemenin konusunun aktif ve kasıtlı bir şekilde aşılması suretiyle balık avı gezileri (yasadışı hedefli bir arama) sonucunda elde edilen delillerin ve kazara (tesadüfen) elde edilen delillerin hukuka uygun olup olmadıkları incelenmiştir. AB mahkemelerinin yaklaşımı uyarınca balık avı gezilerinin yasaklandığı ve bu şekilde elde edilen delillerin

hukuka aykırı delil teşkil ettiği görülürken; tesadüfen elde edilen deliller hakkında yeni bir soruşturmanın başlatılabileceği tespit edilmiştir.

Türkiye uygulaması bakımından ise balık avı gezileri sonucunda elde edilen deliller ile tesadüfen elde edilen deliller arasında bir ayrımın Kurul kararlarına yansımadağı, yetki belgesinin konusunun ve amacının çok geniş şekilde düzenlendiği görülmektedir. Bu noktada Türk rekabet hukuku uygulamasının savunma hakkını yakından ilgilendiren balık avı gezilerini yasaklama yoluna gitmesi ve yetki belgesinin en azından şüphelenilen ihlalin temel özelliklerini ve ihlalden etkilenebilecek pazarları içermesi gerektiği düşünülmektedir.

İkinci olarak dijital inceleme süreçlerinde, çok sayıda belgenin adli bilişim yöntemleriyle kopyalanmasının ve otorite merkezinde incelenmesinin, incelemenin konusunun aşılarak balık avı gezisine dönüşmesi ve yasal korumadan faydalanan belgelere el konulması riskini artırabileceği tespit edilmiştir. Bu kapsamda Komisyon ve AB üye ülkelerinin dijital incelemelerin nasıl yapılacağını gösterir ve teşebbüsün hak ve yükümlülüklerini düzenleyen açıklayıcı notlar ile meseleye çözüm bulma gayretinde olduğu görülmektedir.

Türk rekabet hukuku uygulaması bakımından, 2020 yılında RKHK'ye eklenen dijital delil elde etme yetkisi kapsamında adli bilişim yöntemlerinin kullanılıp kullanılmayacağı net olmamakla birlikte, yaşanmakta olan teknolojik gelişmeler, bu yöntemlerin er ya da geç kullanılacağını göstermektedir. Bu kapsamda Kurul'un dijital delil elde etme süreçleri sonucunda delilin hukuka aykırı hale gelmemesi adına, delil zincirini koruyan önlemler alması, teşebbüs yetkililerinin incelemenin her aşamasına refakat etmesinin sağlanması, adli kopyalar üzerinde anahtar kelime araması yapılırken incelemenin konusuna riayet edilmesi gibi hususlarda Komisyon ve AB üye ülkelerinin tercih ettiği gibi hızlı bir şekilde güncellenebilen dinamik bir mevzuat (açıklayıcı not) oluşturması gerekmektedir.

Çalışma kapsamına ele alınan bir diğer delil türü ise, teşebbüs çalışanlarının kişisel mobil cihazlarının incelenmesidir. Komisyon ve AB üye ülkeleri, teşebbüsün ticari faaliyetiyle ilgili kullanılması durumunda teşebbüs çalışanlarının mobil cihazlarını inceleme kapsamına dâhil etmektedir. Bu noktada kişisel mobil cihazların hem iş hayatına hem de özel hayata dair yazışmaları içermesi,

kişilerin özel hayatına orantısız bir müdahale teşkil edebilecek ve delilin hukuka aykırı olmasına sebebiyet verebilecektir. Nitekim AB uygulamasında, teşebbüs çalışanının incelemeye refakat edebilmesi, inceleme esnasında özel hayata ilişkin belgeler incelenirse itirazlarda bulunulabilmesi, inceleme personelinin bu belgeleri hızlıca gözden geçirmek suretiyle itirazları değerlendirmesi gibi güvencelerin yeterli olduğu değerlendirilmiştir.

Türk rekabet hukuku uygulaması bakımından teşebbüs malvarlığında bulunan mobil cihazlar incelenmekle birlikte, kişisel mobil cihazların incelenip incelenmeyeceğini gösterir Kurul kararı bulunmamaktadır. Kanaatimizce RKHK’de elde edilecek belgeler için “teşebbüsün ticari faaliyetiyle ilgili” olma gibi kısıtlayıcı bir ibarenin bulunmaması, mobil cihazların incelenmesine engel teşkil etmemelidir. Yapılacak bir düzenleme ile bu yetkinin açıklığa kavuşturulabileceği ve özel hayata ilişkin belgelerin korunmasına ilişkin AB uygulamasının benimsenebileceği düşünülmektedir.

Son olarak ele alınan delil türü ise rızaya dayanmayan ses ve video kayıtlarıdır. AB uygulamasında rızaya dayanmayan kayıtların şikâyet veya pişmanlık başvurusu kapsamında Komisyon’a sunulması durumunda Komisyon bu delilleri hukuka aykırılık gerekçesi ile kabul edilemez bulmaktadır. Yerinde inceleme esnasında elde edilmesi durumunda kayıtların gerçekliği hakkında tarafa etkin bir savunma hakkı sağlanması ve kayıtların somut olayı ispatlayacak tek ve esas delil olmaması şartıyla, ilgili delillerin kullanılması yaklaşımı benimsenmektedir.

Türk rekabet hukuku uygulamasında ise rızaya dayalı ses kayıtları delil olarak kabul edilmektedir. Fakat rızaya dayanmayan kayıtlar ispat vasıtası olarak kullanılamazlar. Nitekim bu noktada AB uygulamasında yer alan yaklaşımın benimsenmesi ve hukuka uygun yollarla elde edilen delillerin adil yargılanma hakkını ihlal etmemek için sağlanacak güvenceler ile kullanılabilir hale geleceği düşünülmektedir. İdare yargı mercilerinin de son kararlarında bu yaklaşımı benimsediği görülmekle beraber ilerleyen süreçte Kurul yaklaşımının ne yönde olacağı merak konusudur.

## **ABSTRACT**

Inspections, which are the most important source of obtaining evidence in the competition law, may violate the fundamental rights and liberties of the undertakings. Therefore, it is important in terms of competition law whether the evidence obtained during the inspections is illegal or not.

The purpose of this study is to reveal whether the prohibition of unlawful evidence is also valid in competition law and explain the appearance of unlawful evidence in competition law.

In this context, firstly, the prohibition of unlawful evidence will explained. Secondly, it will be discussed whether the prohibition of unlawful evidence is also valid in competition law. In the third part, types of unlawful evidence in the practice of competition law of the EU Commission, EU member states and Turkey will explain. At the end of the study, suggestions about to the measures to prevent the unlawful evidence will presented.



## KAYNAKÇA

- AKINCI, M. (2008), İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı, Turhan Kitabevi, Ankara.
- AKSOYLU, Ö. (2014), “Türk Hukuku’nda İdari Yargının Görev Alanına Yasal Müdahaleler ve Anayasa”, *GSÜHFD*, s. 67-121.
- ANDERSSON, H. (2017), *Dawn Raids under Challenge, A Study of the European Commission’s Dawn Raid Practices in Competition Cases from a Fundamental Rights Perspective*, Stockholm University, Stockholm.
- ATAY, E. E. (2016), İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara.
- AUTIO, R. (2020), “Explaining Dawn Raids: A Soft Law Perspective into European Competition Authorities’ Explanatory Notes on Unannounced Inspections”, *Journal of European Competition Law & Practice*, s. 1-12.
- AYTEKİN, B. (2020) “Rekabet Kanunu Değişikliği Işığında Dijital Verilerin İncelenmesi: Copy/Paste’ten Daha Fazlası”, <http://www.rekabetregulasyon.com/rekabet-kanunu-degisikligi-isiginda-dijital-verilerin-incelenmesi-copy-pasteten-daha-fazlasi/>, E. T: 06.09.2020.
- BELLAMY C., G. Child, (2008), *European Community Law of Competition*, Sixth Edition, Oxford University Press.
- BİÇAK, V. (2010), *Suç Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- BLANCO, L.O. (2013), *EU Competition Procedure*, Third Edition, Oxford.
- BOTTEMAN Y. ve F. GUILLARDEAU, (2013), “The General Court’s Ruling in Deutsche Bahn: A Review of the European Commission’s Dawn Raid Practices and Ways to Challenge Them”, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=f17c0317-9f20-4330-a7d5-ca7b5d39002a>, E. T: 20.04.2020.
- BUDAK, A. C. (2004), “AT Konsey ve Komisyonun Yeni Rekabet Tüzükleri

ve Rekabet Kanununda Yapılan Değişiklikler Işığında Delillerin Toplanması ve İspat”, *Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları*, Ankara, s. 137-158,

CAN, B. (2012), *Rekabet Hukukunda Kartellere İlişkin İspat Standardı*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara.

CEYLAN, M. (2018), İdari Yargıda Delil Serbestisi ve Sınırları, *Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt: 8, Sayı: 16, s. 325-341.

CREMER W. (2009), “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İdari Ceza Hukuku”, İdari Ceza Hukuku Sempozyumu İçinde, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.173-184.

ÇINAR, A. R. (2004), Hukuka Aykırı Kanıtlar, *TBBĐ*, Sayı:55, s 31-64.

ÇINAR, A., L. (2004), Hukuka Aykırı Kanıtlar, *TBBĐ*, Sayı: 55, s. 31-64, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2004-55-83>, E.T: 05.08.2020

ÇİROĞLU, F. (2020), *Mobil Cihazlarda Adli Bilişim İncelemeleri ve Rekabet Hukukundaki Uygulamalar*, Rekabet Uzmanlık Tezi, Ankara.

DEMİRCİOĞLU, M. Y. (2014), “Rekabet Kurumu Tarafından Yürütülen Soruşturmalarda Teşebbüsler Arası Elektronik Yazışmaların Delil Değeri”, *Bankacılar Dergisi*, Sayı: 88, s. 27-79.

DEVRİM, F. (2009), İdare Hukunda ve Ceza Hukukunda Kartellerle Mücadelede Kullanılan Soruşturma Yöntemleri, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara.

EĞERCİ, A. (2005), *Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi*, Rekabet Kurumu, Ankara.

ERYILMAZ, A. (2013), *Ceza ve Disiplin Hukukunda Hukuka Aykırı Delil*, HUKAB Yayınları, Ankara.

GARNER, B. A. (2010), *Black's Law Dictionary Abridged 9th*, West Group, Saint Paul Minnesota.

GÖKPINAR, M. (2011), *Disiplin Hukukunda Hukuka Aykırı Deliller*, Kazancı Yayınları, Ankara.

GÖLCÜKLÜ F. ve A. Ş. GÖZÜBÜYÜK (2002), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 3. Bası, Ankara.

- GÜNDÜZ, F. E. (2019), “Hukuka Aykırı Elde Edilmiş Delillerin Disiplin Hukukunda Kullanılması”, *YBHD*, Yıl: 4, Sayı: 2019/1, s. 89-114.
- GÜNDÜZ, H. (2009), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Rekabet Hukuk Uygulamasına Etkileri*, Rekabet Uzmanlık Tezi, Ankara.
- GÜNDÜZ, H. (2013), *Rekabet Hukukunda Uygulanan İdari Para Cezaları*, Rekabet Kurumu, Ankara.
- HAFIZOĞULLARI, Z. ve M. ÖZEN (2009), Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 67, Sayı: 4, s. 9-22, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2009-4/1.pdf>, E.T.: 09.09.2020.
- ICN, Anti-Cartel Enforcement Manual, Cartel Working Group, Subgroup 2: Enforcement Techniques, Chapter 3 Digital Evidence Gathering, 03.2010 <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2014/03/ICN-2010-Anti-Cartel-Enforcement-Manual-Chapter-3-Digital-Evidence-Gathering.pdf> E.T.: 09.09.2020.
- ICN, Cartel Enforcement Subgroup 2-ICN Cartels Working Group Anti-Cartel Enforcement Manual, Chapter on Digital Evidence Gathering, 2014.
- İNCEOĞLU, S. (2013), İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Orta Yargısal Hak ve İlkeler, 4. Bası, Beta Yayınları, İstanbul.
- JITKA, L. (2014) “Recorded telephone conversation – legal evidence in administrative proceeding”, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=6e9b1334-1f34-4551-8f20-297d5150a0bc>, E.T: 09.05.2020.
- KALINTIRI, A. (2019), *Evidence Standarts In EU Competition Enforcement The EU Approach*, Hart Publishing, Great Britain.
- KEKEVİ, G. (2008), *ABD, AB ve Türk Rekabet Hukukunda Kartellerle Mücadele*, Rekabet Kurumu, Ankara.
- KILIÇOĞLU, E. (2011), *Medeni Yargılamada Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Delillerin Kullanılması*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- KOCA, M. (2000), “Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirilme Yasağı”, *AÜEHFD*, Cilt: IV.

Kunter, N., F. YENİSEY ve A. NUHOĞLU (2008), *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 16. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul.

LANG, J. T. (2013), “Legal problems of digital evidence, Journal of Antitrust Enforcement”, Vol: 2, No. 1, s. 44–68.

MADEN, M. (2015), *Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Bakımından Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Delil Yasaklar*, Anayasa Yargısı 32, Ankara.

MICHALEK, M. M. (2015), *Right to Defence in EU Competition Law: The Case of Inspection*, University of Warsaw, Warsaw.

MICHEAL, S. (2016), “Illicit But Admissible Evidence”, <https://eulawenforcement.com/?p=98>, E. T: 10.09.2020.

MICHALEK, M. M. (2014), “Fishing Expeditions and Subsequent Electronic Search in the Light of the Principle of Proportionality of Inspection in Competition Law Cases in Europe”, *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, Vol: 2014, Sayı: 7(10), s 130-157.

NERUDA, R., I. SIMECEK ve L. GACHOVA, (2017) “Regional Court in Brno rejects Competition Office’s Fishing Expeditions” <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=086b7040-b191-45f0-b12b-6dbbc5be8357> , E. T: 28.05.2020.

NOURRY, A. ve C. DUFF, (2014), “Protecting “out of scope” documents in dawn raids – a mixed bag, Briefing Note”, [https://www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/PDFs/Client\\_briefing\\_out\\_of\\_scope1.pdf](https://www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/PDFs/Client_briefing_out_of_scope1.pdf), E.T: 04.03.2020.

OECD (2013), “Latin American Competition Forum Session III: Unannounced Inspections in Antitrust Investigations, Contribution from Spain (CNC)”, [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF\(2013\)16&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF(2013)16&docLanguage=En), E.T: 20.02.2020.

OECD, (2018) “Investigative Powers in Practice – Break-out Session 1: Unannounced Inspections in the Digital Age”, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2018\)7/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2018)7/en/pdf), E.T: 01.05.2020.

ÖZ, G. A. (2005) “Rekabet Hukuku ve Politikası, Rekabet Kurumu”, 2005 yılı İdari Yargı Sempozyumu, Ankara

- ÖZBEK, V. Ö. (2009), “İnternet Ortamında Ortaya Çıkabilecek Bazı Ceza Hukuku Sorunları”, s. 101-158, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/754566>, E.T: 11.05.2020.
- ÖZTÜRK B., M. R. ERDEM (2010), *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 2. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- REID, K. (2011), *A practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, 4th Edition.
- RILEY, A. (2002), “The ECHR Implications of the Investigation Provisions of the Draft Competition Regulation”, *Internal and Comparative Law Quarterly*, Vol: 51, s. 55-89.
- ROXIN, C. (2005), İspat Hukukunun Esasları, (çev.) Yener ÜNVER, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 4, Sayı: 8, s. 265-289.
- ŞEN, E. (2011), *Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, Muhbir*, 2. Bası.
- ŞENOL, C. (2015), *Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Yasağı*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul.
- THEMAAT V. Ve B. REUDER, (2014), *European Competition Law*, Edward Elgar Publishing.
- TORRE, F. C. (2009), “Evidence, Proof and Judicial Review in Cartel Cases”, *World Competition*, Vol: 32, No. 4, s. 505-578.
- TORRE, F. C. ve E. G. FOURNIER (2017), *Evidence, Proof and Judicial Review in EU Competition Law*, *Elgar Competition Law and Practice*, Belgium.
- TOSATO, G. L. ve L. BELLODI, (2006), *EU Competition Law Procedure*, Antitrust-Merger-State Aid, Claeys&Casteels, Belgium.
- ULUSOY, A. (2013), İdari Yaptırımlar, XII Levha Yayınları, 1. Bası, İstanbul.
- UYANIK, P. (2003), *Rekabet Hukuku Açısından Delil*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara.
- ÜNÜBOL, N. (2019), “Rekabet Hukukunda WhatsApp Yazışmalarının Delil Niteliği”, <https://www.mondaq.com/turkey/antitrust-eu-competition-/876720/rekabet-hukukunda-whatsappyaz305351malar305n305n-delil-niteli287i>, E.T:13.09.2020.

ÜSTÜN, G. F. (2018), “Disiplin Soruşturmalarda Hukuka Aykırı Deliller”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 24, Sayı: 1, s. 17-35.

VOLPHIN, C. (2013), *Evidence and Proof In EU Comp. Law: Between Public and Private Enforcement*.

WHISH R. ve D. BAILEY (2012), *Competition Law*, Seventh Edition, Oxford Universty Press, Oxford.

WILS, W. (2008), *Efficiency and Justice in European Antitrust Enforcement*, Hart Publishing.

YALÇINKAYA, M. (2015), *Rekabet Hukuku Uygulamaları Kapsamında Elektronik Delil*, Rekabet Uzmanlık Tezi, Ankara.

YASİN, M. (2015), *İdari Yargılama Usulünde İspat*, 1. Bası, XII Levha Yayınları, İstanbul.

YAYLAK, C. (2017), *İdari Yargılama Usulünde Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi*, İstanbul.

YILMAZ, E. (1999), “Rekabet Kanunu Uygulamasında Usul ve İspat Sorunları”, *Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları* içinde, Rekabet Kurumu, Ankara, s. 79-130.

YILMAZ, E. (2004), “Rekabet Hukukunda Deliller, Delillerin Toplanması ve Değerlendirilmesi Üzerine Düşünceler”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-II* içinde, 9 Nisan 2004, Kayseri, s. 67-88.

YURTCAN, E. (1996), *Ceza Yargılaması Hukuku*, İstanbul.

### **AYM, Danıştay, Yargıtay, İdare Mahkemesi ve AYİM Kararları**

Bölge İdare Mahkemesi, 8. İdari Dava Dairesi, E:2021/570; K:2021/1746 sayılı kararı.

Ankara 12. İdare Mahkemesi, E:2021/1934, K:2021/2213 sayılı kararı.

Ankara 18. İdare Mahkemesi, E:2020/343, K:2021/527 sayılı kararı.

Danıştay 12. Daire, E. 2017/6148, K.2010/2851 sayılı kararı.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E. 2007/17220, K. 2008/12614 sayılı karar, 20.10.2008

- Danıştay 12. Daire, E. 2010/64, K. 2011/474 sayılı karar, 4.2.2011.
- Ankara 14. İDM, E. 2018/1106, K. 2019/681 sayılı karar, 29.03.2019.
- YHGK, E. 2002/2-67, K. 2002/148 sayılı karar.
- AYM, E.1990/12, K.1991/7 sayılı karar, 04.04.1991.
- Danıştay 13. Daire, E. 2006/4084, K. 2008/3628 sayılı karar, 08.04.2008.
- AYM, E. 1999/2, K. 2001/2 sayılı karar, 05.01.2002.
- Danıştay 12. Daire, E. 2001/774, K. 2002/976 sayılı karar, 14.3.2002.
- DVDDK, E. 2007/493, K. 2008/754 sayılı karar, 26.12.2008.
- YCGK, E. 7-160/2009, K. 264/2009 sayılı karar, 17.11.2009.
- Danıştay İDDK, E. 2010/1391, K. 2011/273 sayılı karar, 21.4.2011.
- AYM, E. 2010/28, K. 2011/139 sayılı karar, 20.10.2011.
- AYM, E.2012/106, K.2012/190 sayılı karar, 29.11.2012.
- AYM, E. 2012/93, K. 2013/8 sayılı karar, 10.01.2013.
- YCGK, E. 2013/483, K. 2013/599 sayılı karar, 10.12.2013.
- AYM, E. 2014/178, K. 2014/178 sayılı karar, 21.11.2014.
- AYM, E.2013/114, K.2014/184 sayılı karar, 4.12.2014.
- AYİM, E. 2014/2, K. 2014/1151 sayılı karar, 16.12.2014.
- AYM, E.2014/100, K.2015/6 sayılı karar, 14.01.2015.
- Başvuru No: 2014/7738, İlknur Yüksel Başvurusu, 13.07.2016,
- Danıştay 10. Daire, E. 2001/1405, K. 2003/4903 sayılı karar, 09.12.2003.
- Danıştay 13. Daire, E:2006/5791, K:2008/6795 sayılı karar, 14.10.2008.
- Danıştay 13. Daire, E.2019/521, K.2019/2625 sayılı karar,18.09.2019.
- Danıştay 16. Daire, E. 2015/3643, K. 2015/6993 sayılı karar, 11.11.2015.
- Danıştay 16. Daire, E. 2015/14258, K. 2015/4219 sayılı karar, 1.7.2015.
- Danıştay 4. Daire, E. 2006/451, K. 2006/2009 sayılı karar, 20.10.2006.

### **Avrupa Komisyonu Kararları**

Case COMP/E-1/38.823, *PO/Elevators and Escalators*, 21.02.2007.

Case IV/33.884, *Nederlandse Federative Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied and Technische Unie*, O.J. 2000 L. 39.

### **ABAD ve Genel Mahkeme Kararları**

Case 46/87 and 227/88, *Hoechst AG. v. Commission*, 21.09.1989.

Case 46/87, *R Hoechst v. Commission*, ECLI:EU:C:1987:167.

Case 85/87, *Dow Benelux v. Commission*, 18.10.1989.

Case C606/18 P, *Nexans v. Commission*, 16.07.2020

Case C-94/00, *Roquette Freres SA v. Commission*, 22.10.2002.

Case T-135/09, *Nexans vs. Commission*, 14.11.2012

Case T-340/04, *France Télécom SA v Commission of the European Communities*, 08.03.2007.

Case T-54/14, *Goldfish and Others v. Commission*, 08.09.2016.

Cases 97/87, 99/87, *Dow Chemical Ibérica and Others vs Commission*, 17.10.1989.

Cases 46/87 and 227/88 *Hoechst v. Commission*, 14.03.2011.

Case C-109/10 P, *Solvay vs Commission*.

### **AB Üye Ülke Kararları**

Regional Court Kararı, 29 A 165/2016 – 150 sayılı kararı, 31.03.2017.

CMC'in Case /DC/0503/14 *Fabricantes de Turrón* kararı 07.04.2016.

Audiencia Nacional, D. Claudio, Almendra y Miel SA y Confectionary Holding SL v CNMC, No 136/2014, ES:AN:2016:2986 sayılı kararı, 18.7.2016.

Lahey Mahkemesi'nin, C-09-540282-KG ZA 17-1288 sayılı kararı, 22-11-2017.

Çek Cumhuriyeti Yüksek İdare Mahkemesi'nin, 62 Af 24/2011-159 sayılı kararı.

ACM'nin, ACM/19/035612 sayılı kararı, 10.12.2019.



**AİHM kararları**

- Başvuru No: 43509/08, *A. Menarini Diagnostics S.R.L. v. Italy*, 27.9.2011.
- Başvuru No: 10590/88, *Barbera, Messegue and Jabardo v. Spain*, 06.12.1988.
- Başvuru No: 32559/96, *The Fortum Corporation v. Finland*, 15.7.2003
- Başvuru No: 2324/08, *Societe Bouygues Telecom v. France*, 13.3.2012.
- Başvuru No: 5100/71, *Engel and Others v. Netherlands*, 08.06.1976.
- Başvuru No: 6903/75, *Deweert v. Belgium*, 27.02.1980.
- Başvuru No: 8544/79, *Öztürk v. Almanya*, 21.02.1984.
- Başvuru No: 9912/82, *Lutz v. Germany*, 25.08.1987.
- Başvuru No: 10862/84, *Schenk v. Switzerland*, 12.07.1988.
- Başvuru No: 10862/84, *Schenk v. Switzerland*, 12.7.1988.
- Başvuru No: 12505/86, *Wischnewski v. Germany*, 11.10.1988.
- Başvuru No: 12505/86, *Wischnewski v. Germany*, 11.10.1988.
- Başvuru No: 13274/87, *T.S and F.S. v. Italy*, 6.9.1990.
- Başvuru No: 13274/87, *T.S and F.S. v. Italy*, 6.9.1990.
- Başvuru No: 11598/85, *Steniut v. France*, 27.02.1992.
- Başvuru No: 14448/88, *Dombo Beheer BV v. Netherlands*, 27.10.1993.
- Başvuru No: 18996/91, *Garryfallou v. Greece*, 24.9.1997.
- Başvuru No: 25829/94, *Teixeria de Castro v. Portugal*, 9.6.1998.
- Başvuru No: 26138/95, *Lauko v. Slovakia*, 02.09.1998.
- Başvuru No: 39846/98, *Brennan v. U.K.*, 16.10.2001.
- Başvuru No: 53892/00, *Lilly France v. France*, 14.10.2003
- Başvuru No: 73053/01, *Jussilia v. Finland*, 23.11.2006
- Başvuru No: 22978/05, *Gafgen v. Germany*, 03.06.2008.
- Başvuru No: 30457/06, *Robathin v. Avusturya*, 30.07.2012.

**Rekabet Kurulu Kararları**

- 16.05.2002 tarih ve 02-29/339-139 sayılı kararı.  
18.02.2003 tarih ve 03-10/114-52 sayılı kararı  
09.07.2003 tarih ve 03-49/556-221 sayılı kararı  
29.11.2004 tarih ve 04-74/1084-270 sayılı karar.  
13.07.2005 tarih ve 05-46/669-171 sayılı karar.  
25.07.2006 tarih ve 06-55/712-202 sayılı karar.  
19.01.2007 tarih ve 07-07/43-12 sayılı karar.  
23.09.2010 tarih ve 10-60/1274-480 sayılı karar.  
18.04.2011 tarih ve 11-24/464-139 sayılı karar.  
18.04.2011 tarih ve 11-24/464-139 sayılı karar.  
17.11.2011 tarih ve 11-57/1510-538 sayılı karar.  
16.10.2012 tarih ve 12-50/1445-492 sayılı kararı.  
05.11.2013 tarih ve 13-61/851-359 sayılı karar.  
16.01.2014 tarih ve 14-02/35-14 sayılı karar.  
27.10.2016 tarih ve 16-35/603-268 sayılı karar.  
03.07.2017 tarih ve 17-20/318-140 sayılı karar.  
28.11.2017 tarih ve 17-39/636-276 sayılı karar.  
29.03.2018 tarih ve 18-09/157-77 sayılı karar.  
08.08.2018 tarih ve 18-27/461-224 sayılı karar.  
01.10.2018 tarih ve 18-36/583-284 sayılı karar.  
20.06.2019 tarih ve 19-22/353-159 sayılı karar.  
20.06.2019 tarih ve 19-22/353-159 sayılı karar.  
09.01.2020 tarih ve 20-03/28-12 sayılı karar.

### **İlgili Mevzuat**

ACM Açıklayıcı Not

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği

Avusturya İnceleme Rehberi

Ceza Muhakemeleri Kanunu

CMC Açıklayıcı Not

İdari Yargılama Usul Kanunu

İmar Kanunu

Kabahatler Kanunu

Komisyon Açıklayıcı Not.

Türk Ceza Kanunu

### **Diğer Kaynaklar**

Case C-511/06 P *Archer Daniels Midland v. Commission*, ECLI:EU:C:2008:604.  
(AG Mengozzi'nin görüşü).

*Societe Stenuit v. France*, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Raporu, 11.07.1989.

AG Kokott Opinion in Case C-37/13 P *Nexans SA and Nexans France SAS vs Commission*

AG Kokott Opinion 12.03.2020, in Case C606/18 P, *Nexans v. Commission*,.

Opinion of AG Wahl 14.2.2015, in Case C-583/13 P, *Deutsche Bahn v. Commission*



Üniversiteler Mahallesi  
1597. Cadde No: 9  
06800 Bilkent - Çankaya /ANKARA  
[http:// www.rekabet.gov.tr](http://www.rekabet.gov.tr)