

**4054 SAYILI REKABETİN KORUNMASI HAKKINDA  
KANUN'DA YER VERİLEN SORUŞTURMA  
PROSEDÜRÜNÜN ve UYGULAMADA KARŞILAŞILAN  
USUL SORUNLARININ AB HUKUKU BAĞLAMINDA  
DEĞERLENDİRİLMESİ**

İsmail Atalay YOLCU

ANKARA 2003

© Bu eserin tüm telif hakları  
Rekabet Kurumuna aittir. 2003

İlk Baskı, Şubat 2003  
Rekabet Kurumu - Ankara

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

02/07/2001 tarihinde  
Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı İsmail Hakkı KARAKELLE  
Başkanlığında 1 No'lu Daire Başkanı Mehmet Akif ERSİN,  
Baş Hukuk Müşaviri Doç. Dr. Osman Berat GÜRZUMAR,  
Prof. Dr. Ejder YILMAZ ve Prof. Dr. Erdal TÜRKKAN'dan oluşan  
Tez Değerlendirme Heyeti önünde savunulan bu tez,  
Heyetçe yeterli bulunmuş ve Rekabet Kurulu'nun 18/07/2001 tarih ve  
01-34/346 sayılı toplantısında "Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi"  
olarak kabul edilmiştir.

ISBN 975-8301-42-X

YAYIN NO

0093

# İÇİNDEKİLER

Sayfa No

SUNUŞ .....	
GİRİŞ .....	

## Bölüm 1

### SORUŞTURMA PROSEDÜRÜNÜN UYGULAMA ALANI

1.1. BİRLEŞME ve DEVRALMALARIN SORUŞTURULMASI .....	
1.2. BİRLEŞME ve DEVRALMALARIN KURUL'A BİLDİRİLMEMESİ .....	
1.3. ORTAK GİRİŞİMLERE İLİŞKİN İSTİSNALARDA SORUŞTURMA PROSEDÜRÜ .....	
1.4. MUAFİYET ve MENFİ TESPİT TALEPLERİNİN NİTELİĞİNDEN KAYNAKLANAN İSTİSNALAR .....	
1.4.1. Bildirim ve Başvuru Kavramları .....	
1.4.2. Bildirim ve Başvuruların Niteliği Karşısında Açık İhlal Sorunu .....	
1.4.3. AB Hukukunda İtiraz Usulü Karşısında Ceza Bağışıklığı ve Açık İhlal Sorununun Değerlendirilmesi .....	
1.4.4. Bildirim Sistemindeki Farklılıkların Savunma Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi .....	
1.4.5. Bildirim Zamanından Kaynaklanan Sorunlar .....	
1.4.6. Dosyaların Birleştirilmesi .....	
1.4.7. Menfi Tespit Başvurularında Uygulama Farklılıkları .....	

## Bölüm 2

### SORUŞTURMA PROSEDÜRÜNÜN BAŞLATILMASI

2.1. RESEN İNCELEME İLKESİ .....	
2.2. RED KARARLARININ ALINMA SÜRECİ ve DE MİNİMİS YAKLAŞIMININ DEĞERLENDİRİLMESİ .....	

## Bölüm 3

### SORUŞTURMA SÜRECİ ve PROSEDÜR YAKLAŞIMI

3.1. ÖNARAŞTIRMA ve SORUŞTURMA SAFHALARINA İLİŞKİN GENEL DÜZENLEMELER .....	
--	--

- 3.2. AB UYGULAMASINDA PROSEDÜR YAKLAŞIMI ve MEVZUATIMIZDAKİ SORUŞTURMA PROSEDÜRÜNÜN DEĞERLENDİRİLMESİ.....
- 3.3. SORUŞTURMA PROSEDÜRÜNE İLİŞKİN FARKLI YAKLAŞIMLARIN SAVUNMA HAKKI KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ.....
  - 3.3.1. Savunma Hakkı Konusundaki Temel Düzenleme ve Uygulamalar .....
  - 3.3.2. Tarafların Bilgilendirilmesi İlkesi.....
  - 3.3.3. “Statement of Objections” ve Mevzuatımızdaki Karşılığı .....
  - 3.3.4. Halihazırdaki Uygulamadan Kaynaklanan Sorunlar ve Çözüm Önerileri .....
  - 3.3.5. Sözlü Savunma Hakkında Kapsama İlişkin Değerlendirmeler.....
  - 3.3.6. İhlalin Sona Erdirilmesi Sürecinde Savunma Hakları .....

#### **Bölüm 4**

#### **DOSYA MÜFREDATININ OLUŞTURULMASI ve KULLANILMASINDA USUL SORUNLARI**

- 4.1. BİLGİ İSTEME ve YERİNDE İNCELEME YETKİLERİ.....
  - 4.1.1. Bilgi İsteme ve Yerinde İncelemede İlke Sorunları.....
    - 4.1.1.1. Genel Yetkilendirme İlkesi .....
    - 4.1.1.2. Bilgi Verme Yükümlülüğü.....
    - 4.1.1.3. Karar Alma Sürecinden Kaynaklanan Sorunlar ve 4054 Sayılı Kanun’un Yaklaşımı .....
  - 4.1.2. Bilgi İsteme ve Yerinde İnceleme Yetkilerinin Kapsamı .....
  - 4.1.2.1. Bilgi İsteme Yetkisinin Kapsamı .....
  - 4.1.2.1.1. Kimlerden Bilgi İstenebilir?.....
  - 4.1.2.1.2. Mesleki Sırların Korunması .....
  - 4.1.2.1.3. Suçun İkrarı Konusu .....
  - 4.1.2.2. Yerinde İnceleme Yetkisinde Kapsam.....
  - 4.1.2.2.1. Kapsama İlişkin Genel Yaklaşımlar.....
  - 4.1.2.2.2. Uygulamaya İlişkin Sorunlar .....
- 4.2. DOSYAYA GİRİŞİ HAKKI.....
  - 4.2.1 Kapsam .....
  - 4.2.2 Topluluk Organları Tarafından Ortaya Konulan Genel İlkeler.....
    - 4.2.2.1. AB Uygulamasında Mahkemelerin Genel Yaklaşımı.....
    - 4.2.2.2. Komisyon Uygulaması.....
  - 4.2.3. AB Uygulamasındaki Sorunlar Dikkate Alınarak Rekabet Kurulu Uygulamasının Değerlendirilmesi .....
  - 4.2.3.1. Kanun’un Genel Yaklaşımı.....
  - 4.2.3.2. Dosya Bazında Karşılaşılan Sorunlar .....

4.2.3.2.1. Raporların Tebligatı ve “Delil-İç Yazışma” Ayrımından Kaynaklanan Sorunlar .....	
4.2.3.2.2. Çok Taraflı İhlallerde Tebligat Sorunları .....	
4.2.3.2.3. Ticari Sır ve Gizli Bilgi Ayrımından Kaynaklanan Sorunlar .....	
4.2.3.2.4. Taraflar ve Üçüncü Kişiler Açısından Uygulama Farklılıkları .....	

<b>SONUÇ</b> .....	
<b>ABSTRACT</b> .....	
<b>KAYNAKÇA</b> .....	

## SUNUŞ

Rekabet Kurumu 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun tarafından kendisine verilen görevleri yerine getirmenin yanısıra düzenlediği bilimsel etkinliklerle ve yayımladığı eserlerle toplumda rekabet kültürünün yaygınlaştırılmasını da hedeflemektedir. Çeşitli illerde düzenlenen panel ve sempozyumlar, Kurum tarafından çıkarılan Rekabet Dergisi ve diğer yayınlar, mutad hale gelen ve alanında uzman konuşmacılarla konuların geniş bir yelpazede tartışıldığı, herkesin katılımına açık olan Perşembe Konferansları bunun örneklerini oluşturmaktadır.

Kurum tarafından uzmanlık tezlerinin bir seri halinde yayımlanması da bu faaliyetlerin bir parçasını teşkil etmektedir. Rekabet uzman yardımcılarının üç yıllık uygulama birikimleri ile yoğun mesleki eğitim ve araştırmalarını yansıtan uzmanlık tezleri hem Rekabet Kurumu'na hem de diğer ilgililere ışık tutacak önemli birer kaynaktır. Bu tezlerin bir bölümünde rekabet hukuku ve politikasının temel konu başlıklarını içeren teorik hususlar irdelenmiş, diğerlerinde ise rekabet hukuku uygulamaları bakımından öne çıkan sektörlere ilişkin çalışmalar yapılmıştır. Tezlerden bazılarının ait oldukları alanlarda yapılan ilk akademik çalışmalar olmasının yanısıra, bu eserlerin Türkiye'nin halen yürütmekte olduğu ekonomik serbestleşme sürecine de yardım edecek nitelikler taşıdığına inanıyoruz.

Rekabet uzmanlığına yükselme tezleri yaklaşık üç yıllık uygulama deneyiminin ve yurt içi ve yurt dışı eğitim sürecinin ardından, titiz bir akademik araştırma çabasının neticesi olarak ortaya çıkmış ürünlerdir. Ele alınan konular bakımından kaynak olarak kullanılabilir yerli eserlerin yok denecek kadar az olmasının getirdiği zorluk ve ilk olmanın yüklediği sorumluluktan doğan baskı bu çalışmaların değerini bir kat daha arttırmıştır.

Rekabet Kurumu tarafından yayımlanarak ilgililerin ve araştırmacıların hizmetine sunulan bu tez serisini, rekabet hukuku ve politikaları alanındaki bilimsel çalışma sayısının yeterli düzeye ulaşmaktan henüz uzak olduğu ülkemizde önemli bir açığı kapatacağı inancıyla kamuoyuna sunuyoruz.

**Prof. Dr. M. Tamer MüFTüOğLU**  
Rekabet Kurumu Başkanı

## GİRİŞ

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da yer alan usul hükümleri, maddi hukuk kurallarıyla birlikte ele alındığında, 4 ve 6 ncı maddeler kapsamında yürütülen soruşturmalar yanında; muafiyet, menfi tespit ve birleşme-devralma başvurularının değerlendirilmesine yönelik incelemelerin, bazen münferiden, bazen içiçe girmiş bir şekilde düzenlendiği görülmektedir. Bir başka deyişle; Kanun'da yalnızca belirli maddi hukuk kurallarının uygulanmasını gösteren usul hükümlerine yer verilebildiği gibi, farklı maddi hukuk kurallarının uygulanması bakımından ortak usul hükümleri de öngörülmüş bulunmaktadır. Uygulamada karşılaşılan usul sorunlarının önemli bir bölümü, bu düzenleme biçiminden kaynaklanmaktadır.

Kanun'un da uygulama açısından henüz yeterli bir olgunluğa erişmemiş olması, açıklık ve kesinliğe daha fazla ihtiyaç duyulan *usul hukuku* alanında sorun yaşanmasına neden olan başka bir etkidir. Bu konudaki eksiklik; kaynak niteliğindeki AB Rekabet Hukuku'nda, aynen maddi hukuk hükümlerinin uygulanmasında olduğu gibi, usul alanında da düzenleyici metinler yanında *içtihat hukukundan* geniş ölçüde yararlanılmasından kaynaklanmaktadır. Birçok düzenleyici metnin Türkçe'ye çevrilmesi suretiyle gerçekleştirilen mevzuat uyumu sürecinde, bu metinlerde yer alan ve mahkeme içtihatlarıyla çözülmeye çalışılan usul hukukuna ilişkin eksiklikler de mevzuatımıza yansımış bulunmaktadır. Usul sorunlarının birikmesi karşısında, AB Komisyonu'nun idari birimlerince usule ilişkin düzenleyici metinlerde yapılması önerilen değişiklikler incelendiğinde, *case law* olarak nitelenen ve dosya bazında karşılaşılan usul sorunlarının çözümünde mahkeme içtihatlarına başvuru uygulamanın geniş ölçüde sürdürüleceği, önerilerin daha çok ulusal mahkemeler ve rekabet otoriteleriyle işbirliği ve yetki paylaşımına ilişkin, daha genel usul sorunlarının çözümüne yöneldiği görülmektedir.

Bu hususlar göz önüne alınmak suretiyle, tez kapsamında öncelikle "soruşturma" sürecine ilişkin usul hükümlerinin uygulama alanını belirleyen "genel usul kuralları"na yer verilecek, ardından tezin sınırları elverdiği ölçüde;

soruşturma prosedüründe<sup>1</sup> karşılaşılan somut sorunların çözümünde, AB Komisyonu uygulamaları ışığında takip edilebilecek yöntemlere değinilecektir.

Bu açıklamalarda usul kurallarının, maddi hukuk kurallarının daha etkin bir biçimde uygulanabilmeleri yönünden ele alındığının belirtilmesi gerekmektedir. Zira maddi hukuk kuralları mükemmel olsalar da, usul kurallarının etkin bir uygulama önünde engel teşkil etmesi, hukuk alanında sıkça karşılaşılan bir durumdur. Bu sorunların bir kısmının, maddi hukuk alanında olduğu gibi usul alanında da belirli bir olgunluğa erişmiş olan AB uygulaması gözetilerek çözülmesi mümkündür. Ancak sanılanın aksine AB uygulamasında da tüm usul sorunları çözümlenmiş değildir. Ortaya çıkan uygulama ise her yönüyle etkiliğe hizmet eder mahiyette de değildir. Tez kapsamında usul kurallarımızın AB uygulamasıyla karşılaştırmalı bir analizi yapılarak, her iki hukuk sisteminin, etkin bir uygulama sürecinin ortaya çıkarılmasına yarayacak yönlerinin alınması yönündeki önerilere yer verilecektir.

---

<sup>1</sup> Soruşturma kavramı Kanun'da, Kurul tarafından alınan "soruşturma kararı"nı takip eden süreci belirtmek üzere kullanılmaktadır. Tez kapsamında da Kanun'un yaklaşımı benimsenmekle birlikte, "soruşturma prosedürü" ile, çoğu zaman önaraştırmayı ve hatta Kurul'un anlaşma, uyumlu eylem ya da karardan, Kanun'da belirtilen yollardan herhangi biriyle haberdar olmasını da kapsayan süreç kastedilmektedir.



## BÖLÜM 1

# SORUŞTURMA PROSEDÜRÜNÜN UYGULAMA ALANI

Kanun'da 40-59 uncu maddelerden oluşan bölüme, "**Kurul'un İnceleme ve Araştırmalarında Usul**" başlığı verilmiş ve bu bölümde esas itibarıyla 4 ve 6 ncı maddeler kapsamında yürütülen "*önaraştırma*" ve "*soruşturma*" süreçleri düzenlenmiştir.

Ancak 4054 sayılı Kanun'un uygulanması bakımından Rekabet Kurulu tarafından yürütülen inceleme ve araştırmaların, önaraştırma ve soruşturma süreçleriyle sınırlı olmadığı bilinmektedir. Hatta Kanun'un genel yaklaşımı çerçevesinde; 40-59 uncu maddelerde düzenlenen soruşturma prosedürünün, Kurul tarafından yürütülen inceleme ve araştırmalar yanında "*istisnai*" bir süreç olması gerekmektedir:

Kanun'un 4 ve 6 ncı maddelerinde, sırasıyla, rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve uyumlu eylemlerle, hakim durumun kötüye kullanılması yasaklanmış bulunmaktadır. 7 nci maddede ise hakim durum yaratacak ya da mevcut bir hakim durumu güçlendirecek birleşme ve devralmalar yasaklanmaktadır. Bu durumda teşebbüslerden beklenen, öncelikle bu yasaklamalara uygun davranmalarıdır. Soruşturma prosedürü ise ancak bu yasaklamalara uyulmaması halinde gündeme gelmektedir.

Bu yaklaşım çerçevesinde; Kurul'un 5 inci madde çerçevesinde yapacağı muafiyet incelemeleri, 7 nci madde kapsamında birleşme ve devralmalara izin verilmesine yönelik incelemeler ve 8 inci madde kapsamındaki menfi tespit taleplerinin değerlendirilmesi, Kurul'un asıl iş yükünü oluşturan inceleme ve araştırmalar olarak karşımıza çıkmaktadır.

Ne var ki, 40-59 uncu maddelerde düzenlenen soruşturma prosedürünün kapsamının net bir şekilde belirlenebilmesi açısından; Kurul'un, muafiyet, menfi tespit ve birleşme devralmaların kontrolüne yönelik inceleme ve araştırmalarıyla, soruşturma prosedürü arasındaki bağlantının kurulması

gerekmektedir. Bu noktada; bazı maddelerde Kanun'un lafzından, bazı maddelerin ise konuluş amacı dikkate alınarak yorumlanmasından, 40-59 uncu maddelerde düzenlenen usul kurallarının, muafiyet, menfi tespit ya da birleşme-devralmalara ilişkin incelemelerin, **“soruşturmaya dönüşmeleri”** halinde de uygulanacağı vurgulanmalıdır. İnceleme ve araştırmaların konusu dikkate alınmak suretiyle, bu dönüşüm aşağıda açıklanacaktır.

### **1.1. BİRLEŞME ve DEVRALMALARIN SORUŞTURULMASI**

Kanun'un 10 uncu maddesinin ikinci fıkrasından anlaşılacağı üzere, 7 nci madde kapsamına giren birleşme ve devralmalar Rekabet Kurulu'na bildirildikleri tarihten itibaren yapılan 15 günlük ön incelemenin ardından, Kurul söz konusu birleşme veya devralmaya izin vermek ya da işlemi nihai incelemeye almak zorundadır.

İşlemin nihai incelemeye alınması durumunda, Kurul'un, işlemin nihai karara kadar askıda olduğunu ve uygulamaya sokulmayacağını bildiren bir itiraz yazısı yazması gerekmektedir. İkinci fıkranın son bendine göre; **“Bu durumda Kanun'un 40 –59 uncu maddeleri hükümleri uygulanır.”**

Kanun'da “nihai inceleme” denilmesine rağmen, 40-59 uncu maddelere yapılan atfı karşısında, “hakim durum yaratma ya da mevcut bir hakim durumu güçlendirme” ihtimali görülen işlem hakkındaki incelemenin, şeklen soruşturmaya dönüştüğü konusunda tereddüt bulunmamaktadır.<sup>2</sup> Ancak bu durumda ayrıca önaraştırma yapılmasına gerek olup olmadığı tartışılabilir.

Normal koşullarda Kurul'un, önaraştırmaya ya da doğrudan soruşturmaya karar verebileceği gözönüne alındığında, bu durumda da isterse önaraştırma sürecini işletebileceği söylenebilir. Ancak uygulamada, 15 günlük ön inceleme safhasında belirli bir olgunluğa erişmiş olan bu tür dosyalarda, önaraştırma sürecinde zaman kaybına uğranmaması açısından doğrudan 43 üncü maddenin uygulamasına geçilmektedir.<sup>3</sup>

### **1.2. BİRLEŞME ve DEVRALMALARIN KURUL'A BİLDİRİLMEMESİ**

Birleşme ve devralma işlemleri açısından istisnai olarak karşılaşılabilecek başka bir durum ise 11 inci maddede düzenlenmektedir. Buna göre, 7 nci madde kapsamında olup da Kurul'a bildirilmeyen birleşme ve

<sup>2</sup> Bununla birlikte burada 40-59 uncu maddelere yapılan atfın usulle sınırlı olduğunu belirtmek gerekmektedir. Bir başka deyişle nihai incelemeye alınan işlemin esas açısından 4 ya da 6 nci madde ile herhangi bir ilgisi bulunmamaktadır.

<sup>3</sup> 1999 yılında, Adana Çimento Sanayi A.Ş.'nin, Adana Kağıt Sanayi A.Ş.'yi devralmasına ilişkin incelemede bu usul uygulanmıştır.

devralmalar, ön inceleme ve nihai inceleme süreçleri atlanarak, Kanun'da yalnızca "inceleme" olarak adlandırılan bir sürece tabi tutulmaktadır. Ancak bu durumda 40-59 uncu maddelere yapılmış herhangi bir atıf söz konusu değildir.

Kanımsa bu noktada, 40-59 uncu maddelerin, "savunma haklarının korunması"yla ilgili yönü dikkate alınarak yorum yapılması gerekmektedir: Birleşme ve devralma işlemleri 10 uncu maddede belirlenen koşullarda "bidirilmiş" olsa bile, Kurul'un işleme itiraz ettiği hallerde nihai inceleme sürecinin 40-59 uncu madde hükümlerine tabi olacağı belirtilmiş olması karşısında; 11 inci maddenin "b" bendi ile getirilen ağır yaptırımların uygulanabileceği bu tür "inceleme"lerin, tarafların savunma haklarının korunması açısından, soruşturma hükümlerine öncelikle tabi olması gerekmektedir.<sup>4</sup>

### **1.3. ORTAK GİRİŞİMLERE İLİŞKİN İSTİSNALARDA SORUŞTURMA PROSEDÜRÜ**

Birleşme ve devralma incelemelerinde, 40-59 uncu maddelerde düzenlenen usul kurallarına başvuru bir başka durum ise ortak girişimlerle ilgili olarak karşımıza çıkmaktadır.

1997 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in ikinci maddesinde, Kanun'un 7 nci maddesi çerçevesinde değerlendirilecek olan ortak girişimler tanımlanırken<sup>5</sup>, taraflar arasında rekabeti sınırlayıcı etkileri olan ortak girişimler bu tanımın dışında bırakılmıştır.<sup>6</sup> Buradan çıkan sonuç ise işbirliği doğurucu nitelikteki ortak girişim anlaşmalarının esas açısından 4 üncü madde kapsamında değerlendirileceği, dolayısıyla usul açısından da 40-59 uncu madde hükümlerinin uygulanacağı yönündedir.<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> Burada da dosyanın esas açısından 4 ya da 6 ncı maddelerle herhangi bir ilgisi bulunmamaktadır.

<sup>5</sup> "Amaçlarını gerçekleştirmek üzere işgücü ve malvarlığına sahip olacak şekilde bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkan ve taraflar arasındaki veya taraflarla ortak girişim arasındaki rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olmayan ortak girişimler ..."

<sup>6</sup> Söz konusu düzenleme o tarihte yürürlükte olan AB mevzuatı örnek alınarak getirilmiştir.

<sup>7</sup> Dikkat edilecek olursa bu durumda yukarıdakilerden farklı olarak uygulanacak maddi hukuk kuralı da değişmektedir. AB Komisyonu'nun 1998'e kadar süren uygulaması dikkate alınarak getirilen bu usul, ortak girişim dosyalarının sonuçlandırılması bakımından bazı geçişmelere yol açması yönüyle eleştirilmiştir. Bunun üzerine Komisyonu'nun 1998'de başlattığı yeni uygulama ile cooperative-concentrative ayrımı yerine full-function/non-full-function ayrımını temel alan bir yaklaşım benimsenmiştir. Bu ayrıma göre non-full-function olarak nitelenen ortak girişimler doğrudan işbirliği doğurucu olarak nitelenmekte ve esas açısından 81 inci maddeye, usul açısından ise 81 ve 82 nci maddenin uygulanmasına yönelik tüzük hükümlerine tabi tutulmaya devam edilmektedir. Ancak full-function olarak nitelenen ortak girişim dosyalarının

## 1.4. MUAFİYET ve MENFİ TESPİT TALEPLERİNİN NİTELİĞİNDEN KAYNAKLANAN İSTİSNALAR

### 1.4.1. Bildirim ve Başvuru Kavramları

4054 sayılı Kanun'un 10 uncu maddesine göre; "4 üncü madde kapsamına giren anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar yapıldıkları tarihten itibaren bir ay içinde Kurul'a *bildirilir*." Maddenin devamında yer verilen "*Bildirilmemiş* anlaşmalara muafiyet hükümleri uygulanmaz." hükmünden, söz konusu bildirimlerin muafiyet amacıyla yapılacağı sonucu çıkmaktadır.

Menfi tespitle ilgili düzenlemelerin yer aldığı 8 inci maddede ise "bildirim"den değil, "başvuru"dan söz edildiği görülmektedir.

Bu düzenleme AB mevzuatı ile paralellik içindedir. Nitekim AB mevzuatında da "bildirim"in karşılığı olarak kullanılan "*notification*" kavramından, muafiyetten yararlanma amacıyla yapılan bildirimler, "başvuru" karşılığında kullanılan "*application*" kavramından ise menfi tespit amacıyla yapılan başvurular anlaşılmaktadır (Smith, 2001, 21).

### 1.4.2. Bildirim ve Başvuruların Niteliği Karşısında Açık İhlal Sorunu

Yukarıda belirtildiği üzere, 4 üncü maddede yer alan yasaklama karşısında, 4054 sayılı Kanun'un teşebbüslere yüklediği ilk görev rekabeti sınırlayıcı anlaşma ya da uyumlu eylemlere girişilmemesidir. Ancak bu tür anlaşma ya da uyumlu eyleme taraf olan teşebbüslerin, Kanun'da yer verilen muafiyet hükümlerinden yararlanma olanakları vardır. Bu amaçla "bildirim"de bulunabilirler.

Kanun'un bildirim konusundaki yaklaşımını daha iyi kavrayabilmek açısından kanımca 16 ncı maddenin son fıkrasına da bakmak gerekmektedir. Bu fıkraya göre "süresi içinde bildirilmiş anlaşma ve kararlara, bu Kanun hükümlerini açık bir şekilde ihlal etmemeleri durumunda Kurul'un vereceği nihai karara kadar geçecek süre için para cezası uygulanmaz."

Bu durumda, teşebbüslerin taraf oldukları anlaşma ya da karar bu Kanun'u "açıkça" ihlal ediyorsa, bildirilmiş olsa da para cezası uygulanacaktır. Bu noktada, Kanun'un muafiyete ilişkin yaklaşımı dikkate alındığında, çelişkili görünen bir durumla karşılaşılmaktadır:

---

sonuçlandırılması bakımından, dar kapsamlı da olsa bir usul değişikliğine gidilmiş ve söz konusu ortak girişimlerin işbirliği doğurucu etkileri görülürse, esas açısından 81 inci madde kapsamında yürütülecek olan incelemenin, usul yönüyle Birleşme Tüzüğü'ne tabi olacağı belirtilmiş ve zaman kazanılmaya çalışılmıştır.

4 üncü maddede, rekabeti sınırlayıcı anlaşma karar ve eylemler esas itibarıyla yasaklanmış olmakla birlikte, muafiyete ilişkin hükümler aslında teşebbüslere, 4 üncü maddeye aykırı anlaşmalar yapabileceğini tanımlamaktadır. Bu anlaşmaların “süresi içinde” “bildirilmeleri” durumunda yapıldıkları tarihten itibaren, süresi geçtikten sonra “bildirilmeleri” durumunda ise “bildirim” tarihinden itibaren ceza bağışıklığı getirilmiştir. Ancak 16 ncı maddenin son fıkrası Kanun’u açıkça ihlal eden anlaşma ve kararlar açısından ceza bağışıklığını kaldırmaktadır.

Burada karşımıza çıkan sorun ise, tarafların “muafiyet” talep ettikleri anlaşmanın rekabeti sınırlayıcı olduğunu zaten bilmeleridir. Bir başka deyişle taraflar anlaşmanın ya da kararın “ihlal” niteliğinde olduğunu bilmiyorlarsa, zaten muafiyet talebinde bulunmaları düşünülemez. O halde 16 ncı maddede sözü geçen ve muafiyet talebiyle bildirim yapılsa bile ceza bağışıklığından yararlanamayacak durumda olan “açık ihlaller” nelerdir?

Rekabet Kurulu’nun bu güne kadarki uygulamalarında iki farklı görüşün çatıştığı görülmektedir:

Bunlardan birincisi teşebbüslerce girişilecek bir grup anlaşma ya da kararların, diğerlerinden ayrılarak “açık ihlal” kavramı çatısında toplanması ve bildirim yapılsa bile bunlara muafiyet verilmemesi, istikrarlı bir uygulama ile teşebbüslerin bu konuda bilgilendirilmesi yönündedir. Bu durum 4 üncü maddede tanımlanan anlaşma ve kararların, “açık ihlal” ve “açık olmayan ihlal” şeklinde kuramsal ve hukuksal olarak tanımlanmasını ve açıklanmasını gerektirmektedir.

İkinci görüş ise, 16 ncı maddenin son fıkrasında geçen “bu **Kanun’u** açıkça ihlal etmemeleri” ifadesinden, yalnızca 4 üncü maddenin ihlal edilmesinin anlaşılması gerektiği; dolayısıyla burada 4 üncü maddeyi ihlal ettiği açık olsa bile 5 inci madde çerçevesinde muafiyet alınamayacağı konusunda tereddüt bulunan anlaşmaların kastedildiği, “açık ihlal” olarak nitelenen aykırılıkların ise “muafiyet” koşullarını da sağlamayacağı kesin olarak görülen anlaşma ve kararlar olduğu yönündedir. Dikkat edilecek olursa burada da aslında “muafiyet alamayacağı kesin olarak görülen” anlaşma ve kararların “tanım”ına ihtiyaç duyulmaktadır. Ancak bu tanımın, yalnızca 4 üncü madde çerçevesinde değil, 5 inci maddedeki muafiyet koşulları gözönüne alınarak yapılması gerekmektedir. Oysa 5 inci maddedeki muafiyet koşullarının sağlanması, farklı pazar yapılarında farklı iktisadi analizleri gerekli kıldığından, böyle bir tanımın oluşturulması teorik olarak imkansız gözükmektedir. Bu durumda, her dosyayı kendi özellikleri çerçevesinde ele alan bir yaklaşım geliştirmek ve anlaşma ya da kararın “muafiyet alamayacağı açık olup olmadığı” konusunu, her dosya bazında ayrı ayrı değerlendirmek gerekmektedir.

Ne var ki her iki görüş çerçevesinde de, muafiyetten yararlanmak üzere Kurul'a yapılan bildirimlerin, "her zaman" ceza bağışıklığı sağlamayacağı sonucu ortaya çıkmaktadır. İster yalnızca 4 üncü madde göz önüne alınarak "açık ihlal" tanımı yapılsın, isterse 5 nci madde çerçevesinde muafiyet koşullarının dikkate alındığı dosya bazında bir yaklaşım geliştirilsin, bir grup anlaşma ve kararın "bildirim"e rağmen ceza yaptırımıyla karşılaşması kaçınılmaz gözükmektedir.<sup>8</sup>

### 1.4.3. AB Hukukunda İtiraz Usulü Karşısında Ceza Bağışıklığı ve Açık İhlal Sorununun Değerlendirilmesi

Mevcut haliyle AB'de yürürlükte olan sistemde, "bildirim" mutlak bir ceza bağışıklığı sağlamaktadır. Bu bağışıklık mevzuatımızda olduğu gibi "bildirim" tarihinden itibaren, "*ilke olarak*" Komisyon'un nihai kararına kadar geçerlidir. Ancak bazı hallerde, ceza bağışıklığı daha erken ortadan kalkabilmektedir.

Bunlardan birincisi 17/62 sayılı Tüzüğün 15/6 ncı maddesi gereğince Komisyon'un, ilk inceleme neticesinde 81(3)'ün uygulanamayacağı "kanaatini"<sup>9</sup> taraflara bildirmesi halidir.

İkincisi ise Komisyon tarafından çıkarılan grup muafiyeti tüzüklerinin bazılarında<sup>10</sup> özel olarak öngörülen "itiraz prosedürü" çerçevesinde, Komisyon tarafından, söz konusu anlaşma, karar ya da eylemin "grup muafiyeti" kapsamı dışında kalan bazı hükümlerine "bireysel muafiyet" tanınamayacağını, dolayısıyla grup muafiyeti kapsamındaki hükümlerin de geçerliliğinin askıda olduğunu duyurması ile ortaya çıkmaktadır.<sup>11</sup>

<sup>8</sup> Anlaşıldığı kadarıyla bu durum, "per se ihlal"- "rule of reason" ayırımına dayanan Amerikan Rekabet Hukuku yaklaşımı ile 81(3) üncü maddedeki koşulların sağlanması şartıyla, her anlaşma ya da kararın muafiyetten yararlanabileceği anlayışına dayanan AB sistemi arasındaki çatışmanın, 4054 sayılı Kanun'a yansımaları niteliğindedir. Kurul'un yukarıda açıklanan yaklaşımlarından ilki Amerikan sistemine, ikincisi ise AB Hukukunun yaklaşımına yakın gözükmektedir.

<sup>9</sup> Erken tarihlerde içtihat hukukuyla getirilen ilke gereğince, bu durumda Komisyonun "gereğince karar" alma ve taraflara "hearing" hakkı tanıma zorunluluğu vardır. (Case 8-11/66 Cimenteries v Commission 1967)

<sup>10</sup> Bunlar sırasıyla, Uzmanlaşma Anlaşmaları, Araştırma ve Geliştirme Anlaşmaları, Franchise Anlaşmaları ve Teknoloji Transferi Anlaşmaları Tüzükleridir.

<sup>11</sup> Bu noktada Komisyon'un çıkardığı grup muafiyeti tüzüklerinin sistematığının mevzuatımızdan ayrıldığını belirtmek gerekmektedir. 4054 sayılı Kanun'un 5 inci maddesinin son fıkrasına dayanılarak çıkarılan grup muafiyeti tebliğlerinin hiçbirinde bildirim yükümlülüğüne yer verilmemektedir. Buna rağmen uygulamada, herhangi bir anlaşmanın ya da kararın grup muafiyeti kapsamında olup olmadığının tespiti için yapılmış başvurularla karşılaşmaktadır. Burada gözden kaçırılmaması gereken nokta, Komisyon'un grup muafiyeti kapsamında yapılan başvurularda da, grup muafiyeti kapsamı dışındaki hükümler için, bireysel muafiyet değerlendirmesi yaptığıdır.)

Komisyon'un bu uygulamaları birlikte ele alındığında, esasen 4054 sayılı Kanun'da 16 ncı maddenin son fıkrasıyla ulaşılmak istenen amaca hizmet eden bir mekanizma oluşturulduğu görülmektedir. 16 ncı maddenin son fıkrasında teşebbüslerin Kanun'u açıkça ihlal eden anlaşma ya da kararlara taraf olduktan sonra "bildirim" in sağladığı "ceza bağışıklığı" nın kötüye kullanılmasının önlenmesi amaçlanmıştır. Komisyon uygulamasında ise aynı amaca, yukarıda açıklanan "itiraz" mekanizmaları ile ulaşılmaya çalışılmaktadır.

Komisyon'un uygulaması, yukarıda yer verilen tanım güçlüklerinden dolayı<sup>12</sup>, "açık ihlal" ya da "açık olmayan ihlal" ayırımına dayanan Türk mevzuatına nazaran daha nesnel olarak nitelenebilir.<sup>13</sup>

#### **1.4.4. Bildirim Sistemindeki Farklılıkların Savunma Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi**

Mevzuatımız çerçevesinde, süresi içinde bildirimde bulunulsa da; Kurul'un, söz konusu anlaşma ya da kararın "Kanun'u açıkça ihlal ettiği" kanaatine ulaşması ve soruşturma ya da önaraştırma başlatması riskine karşı, tarafların savunma hakları açısından geliştirilmiş herhangi bir mekanizma bulunmamaktadır.

Kanun'un 9 uncu maddesi çerçevesinde ihlalin sona erdirilmesine ilişkin olarak Kurul tarafından alınacak ihlale son verme kararı ya da tavsiye niteliğindeki görüş bildirme mekanizmalarının, bildirim konu olmuş anlaşma, karar ve uyumlu eylemler açısından, soruşturma süreci öncesinde işletilmesi konusunda tereddütler vardır.

Aşağıda ayrıntılı olarak yer verilmekle birlikte, 9 uncu maddede geçen; "Kurul, ihbar, şikayet ya da Bakanlığın talebi üzerine veya *resen* bu Kanun'un 4,6 ve 7 nci maddelerinin ihlal edildiğini tespit ederse..." ifadesindeki *resen* kavramının, muafiyet ve menfi tespit incelemelerinin soruşturmaya dönüşmesi halini de kapsadığı açıktır. Ancak maddenin devamında, ihlalin ne şekilde sona erdirileceğine, "Kanun'un Dördüncü kısmında belirtilen hükümler"<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> Esasen tüm anlaşma ve kararlara 81(3) üncü madde çerçevesinde rule of reason açısından yaklaşan AB uygulamasında, kuramsal bir "açık ihlal" tanımı bulunmamaktadır. Komisyon kararlarında "pazar paylaşımı, fiyat karteli vs." türünden bazı davranışların 81 inci maddeyi "açıkça ihlal ettiği" yönündeki bazı değerlendirmeler kuramsal bir temele oturtulamamıştır.

<sup>13</sup> Bununla birlikte, itiraz mekanizması ile de AB Hukukunda kötüye kullanma olasılığı ortadan kaldırılamamıştır. Bu mekanizmanın varlığına rağmen, Komisyon'un itiraz edeceği kesin olan anlaşma ve kararların bildirim halinde ceza uygulanıp uygulanmayacağı, tartışma konusudur. Mahkemenin de bu konuda henüz bir içtihadı bulunmamaktadır.

<sup>14</sup> (40-59 uncu madde hükümleri)

çerçevesinde...”, yani soruşturma öncesinde değil, soruşturma süreci “çerçevesinde” karar verileceği hükme bağlanmaktadır. Bu durumda, 9 uncu maddenin nihai karar öncesinde uygulanması mümkünse de, bildirimle soruşturma süreci arasında, taraflar açısından bir koruma mekanizması olarak uygulanması tartışma konusudur.

Bununla birlikte Kanun’da, 9 uncu maddenin uygulanmasından dolayı, taraflar açısından soruşturma safhasında tanınanlar dışında, yazılı ya da sözlü savunma ve cevap hakkı getirilmediği açıktır. Bu durumda 9 uncu maddenin soruşturma süreci öncesinde işletilmesi halinde de, tarafların savunma haklarının geliştirilmesi bakımından usul yönüyle bir katkıda bulunulması mümkün gözükmemektedir.<sup>15</sup> Bu durumda, Komisyon uygulamasında “ceza bağışıklığına” son veren “itiraz usulü”nün gerekçeli karara dayandırılması ve taraflara “cevap (hearing)” hakkı tanınması, savunma hakkının korunması açısından getirilmiş, önemli bir “erken uygulama”<sup>16</sup> olarak değerlendirilmelidir.

#### **1.4.5. Bildirim Zamanından Kaynaklanan Sorunlar**

Bildirim sisteminin niteliğiyle ilgili olarak AB mevzuatı 4054 sayılı Kanun arasında varolan ve uygulamada bazı sorunlar çıkaran önemli bir farklılık da, bildirimlerin zamanına ilişkindir.

4054 sayılı Kanun’un 10 uncu maddesine göre; “4 üncü madde kapsamına giren anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar *yapıldıkları tarihten itibaren bir ay içinde* Kurul’a bildirilir.”

AB mevzuatında ise bildirimle ilişkin usüllerin düzenlendiği mevzuatta, bildirim zamanına ilişkin hükümlere yer verilmemektedir.<sup>17</sup>

Soruşturmaya uğrama riski karşısında, AB uygulamasından çıkan öncelikli sonuç ise, bildirim, Komisyon başka yollarla haberdar olmadan önce yapılması gerektiği yönündedir. Ancak bildirimler, Komisyon kendiliğinden haberdar olmadan yapılsa da, bildirim tarihinden önceki dönem için ceza bağışıklığının geçerli olmadığını ve bu döneme yönelik olarak soruşturma yürütülebileceğini hatırlatmak gerekmektedir.

---

<sup>15</sup> Ancak, Kanun’da bu yönde bir düzenleme yapılmamış olsa da, kanımca; resen inceleme yetkisine sahip olan Rekabet Kurulu’nun, ikincil mevzuatla, bildirim ve soruşturma süreçleri arasında “itiraz” usulüne benzer bir mekanizma yaratması ve taraflara “cevap” hakkı tanınmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır.

<sup>16</sup> İtiraz mekanizması işletilmiş olmasına karşın, 17 sayılı Tüzüğün 3 üncü maddesi çerçevesinde, Komisyon’un ayrıca “ihlale son verme” kararı alabileceğini ve taraflar açısından savunma haklarını bir kez daha işletebileceğini unutmamak gerekir.

<sup>17</sup> “Accession agreements” ve “old agreements” olarak adlandırılan ve yeni üye devletlerin girişi ya da anlaşmanın yapıldığı tarihte var olan eski anlaşmalara ilişkin hükümler saklıdır.



Bu durumda, Komisyon'un itiraz prosedürüyle ulaşmak istediği amaç da dikkate alındığında<sup>18</sup>, bildirimlerin, uygulamaya geçilmeden yapılması gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır.

Burada karşımıza çıkan sorun ise “uygulamadan ne anlaşılması gerektiği”ne ilişkindir. Herhangi bir anlaşma ya da karar, bütün ayrıntılarıyla sonuçlarını doğurmuş ya da doğuruyor olmasa da, piyasada anlaşma ya da karar öncesi döneme göre, “sırf anlaşma ya da kararın varlığına dayalı” *fiili etkiler* ortaya çıkmış ise, Komisyon, anlaşmanın “uygulandığı” ya da fiili etkilerini doğurduğu sonucuna ulaşmaktadır. Dolayısıyla AB mevzuatı çerçevesinde, **“soruşturma riskinin en aza indirilmesi ve ceza bağımsızlığından maksimum düzeyde faydalanılabilmesi”** bakımından, bildirimlerin, anlaşma ve kararlar ortaya çıkar çıkmaz yapılması gerekmektedir.

Normal koşullarda Komisyon, bildirim konusu anlaşma ya da kararın 81(3) üncü maddede düzenlenen muafiyet koşullarından yararlanamayacağını görürse, itiraz prosedürünü işletecektir. Komisyon'un itirazına rağmen, taraflar anlaşmanın muafiyet koşullarını sağladığı konusunda ısrar ederlerse, soruşturma prosedürünün işletilmesi ve ayrıca “ihlale son verme kararı” alınması gündeme gelebilir.

Bu noktada, soruşturma kararı ile bildirim arasında konu bakımından birebir aynılık bulunmak zorunda olmadığı belirtilmelidir. Muafiyet talebiyle yapılan bildirimlerde, Komisyon, genellikle benzer anlaşma ve kararlar ya da aynı anlaşma ve kararın farklı etkileri hakkında “bilgi isteme” yoluna gitmekte, soruşturma prosedürünün işletilmesi ihtiyacı karşısında yerinde inceleme ihtimali de gündeme gelebilmektedir.(Smith, 2001, 44)<sup>19</sup>

AB mevzuatının “bildirim zamanı” konusundaki görünürde esnek tutumuna rağmen, Komisyon, herhangi bir anlaşma ya da karardan “kendiliğinden” haberdar olur ve bildirimden önce soruşturma başlatırsa, bu aşamadan sonra yapılan bildirimlerin hukuki etkileri nelerdir? Bu soruya verilecek cevap; 4054 sayılı Kanun kapsamında Kurul tarafından soruşturma başlatılmasının ardından yapılan bildirimlerin hukuki etkisi konusunda da aydınlatıcı olabilir.

Komisyon'un kendiliğinden haberdar olması ya da şikayetçilerce haberdar edilmesinin ardından yapılmış çok sayıda bildirim bulunmakla birlikte, soruşturma prosedürünün işlemeye başladığının en önemli göstergesi olan,

---

<sup>18</sup> Hatırlanacak olursa buradaki amaç, bildirilmiş olsalar da 81 inci maddeye aykırı olan anlaşma ve kararların uygulanmasından doğacak sakıncaları önlemektir.

<sup>19</sup> Aslında “resen inceleme” ilkesinin farklı bir görünümü mahiyetindeki bu uygulamaya, Komisyon'un soruşturma başlatma eğilimi olmasa da gidilmektedir. Aşağıda değinilecek olan ilke gereğince Komisyon kendisine yapılan bildirimle bağlı olmadığı gibi ayrıca piyasadaki rekabet koşullarına ilişkin maddi gerçekliğin ortaya çıkarılması yükümlülüğü altındadır.

*“statement of objections”*ın taraflara gönderilmesinin ardından yapılan ve Adalet Divanı’nda ele alınan ilk bildirim 1984 tarihlidir.<sup>20</sup>

Sigorta sektörüne yönelik olan söz konusu soruşturma kapsamında “teşebbüs birliği” tarafından yapılan bildirimden ardından, “bildirim tarihinden itibaren” 10 yıl süreyle geçerli olmak üzere muafiyet tanınması kararlaştırılmıştır. Komisyon tarafından hazırlanan iddianamenin yaptırımlarla ilgili bölümünde; “bildirim yapılsa bile, bildirimden önceki dönem için ceza uygulanması gerektiği” belirtilmiştir.<sup>21</sup>

Bu uygulamadan çıkan sonuç ise, soruşturma başlatılmış olmasına rağmen bildirim yapılmasının önemli hukuki etkileri olduğu, “bildirim” yapılmadan “muafiyet”ten yararlanmanın mümkün olmadığı, bildirimden önceki uygulamaların ise en azından soruşturmaya, gerek görülürse de ceza yaptırımına konu olacağı yönündedir.

Mevzuatımızda bildirilmeyen anlaşma ve kararlara muafiyet hükümlerinin uygulanmayacağı, geç bildirim halinde ise muafiyetin, “bildirim” tarihinden itibaren geçerli olacağı açıkça belirtilmektedir. Hatırlanacak olursa, “Kanun’u açıkça ihlal eden” anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar açısından, bildirim yapılmış olsa bile soruşturma ve ceza uygulaması gerektiği konusunda tereddüt bulunmamaktadır.

Ancak, Kanun’un tanıdığı bir aylık bildirim süresi içinde, Kurul’un bildirim öncesinde harekete geçtiği ve soruşturma başlattığı dosyalar açısından bazı sorunlar yaşanmaktadır. Bu durumda da, “açık ihlaller” hariç olmak üzere, “bildirim”den sonraki dönem için ceza bağışıklığının geçerli olduğu konusunda şüphe yoktur. AB uygulamasında “bildirim” için herhangi bir süre öngörülmediğinden, bu tür dosyalarda, “soruşturma kararı ile bildirim arasında geçen sürenin nasıl ele alınacağı” açısından fikir verebilecek bir örnek bulunmamakla birlikte; Kanun’da tanınmış olan bir aylık bildirim süresinin, kötüye kullanıma imkan verecek şekilde yorumlanmaması; Kurul’un, bir aylık “bildirim” süresinin dolmasını beklemeden soruşturma prosedürünü işlettiği, istisnai olarak karşılaşılabilecek bu dosyalar bakımından, “açık ihlal” unsurunun var olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir.

---

<sup>20</sup> (Nuovo CEGAM v Commission, 1984)

<sup>21</sup> Ancak Komisyon bu dosyada bildirimden önceki dönem için de ceza uygulamamıştır. Bu durum, ceza uygulamasına ilişkin AB düzenlemelerin 4054 sayılı Kanun’da yer verilen bir çok düzenlemenin tersine, emredici olmamasından kaynaklanmaktadır. Söz konusu dosyada, tarafların, sektördeki rekabet şartları ile ilgili olarak yaptıkları açıklamaların, ceza “uygulanmamasını” gerektirdiği sonucuna ulaşmıştır. Taraflardan, piyasadaki rekabet koşullarına ilişkin ikna edici açıklamaların gelmediği koşullarda Komisyon, iddianamesinde belirttiği doğrultuda, en azından bildirimden önceki dönemi göz önüne alarak, para cezası uygulamaktadır.

#### 1.4.6. Dosyaların Birleştirilmesi

Bildirimlerle ilgili olarak bahsedilmesi gereken son bir nokta ise, ister zamanında isterse gecikmiş olarak yapılmış olsun, Kurul'un soruşturma prosedürünü işlettiği dosyalarla ilgili olarak yapılan bildirimlerin, Kurul tarafından alınan karar gereğince, aynı dosya kapsamında değerlendirileceğine ilişkindir. Şekil açısından olumlu olarak değerlendirilebilecek olan bu karar, yapılan bildirimlerin içeriğinin, soruşturma konusuyla ne derece örtüştüğü hususu dikkate alındığında tartışmalı sonuçlar doğurmaktadır.<sup>22</sup>

#### 1.4.7. Menfi Tespit Başvurularında Uygulama Farklılıkları

Komisyon uygulamalarının, “*ceza bağışıklığının kaldırılması*” konusunda yukarıda yer verilen üstünlüklerine rağmen, menfi tespit amacıyla yapılan başvuruların bu konudaki hukuki etkisi noktasında, mevzuatımızın daha ileri bir noktayı temsil ettiği görülmektedir.

Kanun'un menfi tespite ilişkin 8 inci maddesine göre Kurul, 13 üncü maddedeki şartlar çerçevesinde menfi tespit kararından her zaman dönebilir, ancak; “*bu durumda taraflara Kurulun görüş değiştirmesine kadar geçen süre için cezai müeyyide uygulanmaz.*”

Bu düzenlemeden anlaşıldığı üzere, menfi tespit için yapılan başvurular da, aynen muafiyet taleplerinde olduğu gibi, taraflar açısından ceza bağışıklığı sağlamaktadır.

Menfi tespit başvurularının bu alandaki etkisinin açık olmadığı AB mevzuatında, Komisyonu'nun, 17/62 sayılı Tüzüğün cezalarla ilgili 15 inci maddesini uyguladığı bir dosyada<sup>23</sup>, yalnızca menfi tespit talebinin ceza bağışıklığı sağlama açısından yeterli olmadığı, maddede geçen “*notification*” kavramının, “*muafiyet*” talebini ifade ettiği yönünde yorum yapılmıştır.

Bu nedenle Komisyon'a yapılan başvurularda, “*menfi tespit verilmediği hallerde muafiyet talep edilip edilmediği*”ne ilişkin soruya verilecek cevabın, ceza bağışıklığından yararlanılabilmesi açısından pratik önemi bulunmaktadır. Komisyon tarafından kullanılan “*bildirim formu*”nun örnek alındığı

<sup>22</sup> Örneğin 1997 yılında çimento sektörüne yönelik olarak yürütülen soruşturma süreci içerisinde; taraflar, bir yandan Kurul'un anlaşma iddialarını reddederken, diğer taraftan bildirim süresinin henüz dolmadığını belirterek “*esasen var olmayan, ancak Kurul'un var olduğunu iddia ettiği*” anlaşmalar hakkında muafiyet talebiyle bildirimde bulunmuşlardır. Yukarıda bahsedilen Kurul kararı esasen bu bildirim üzerine alınmıştır.

<sup>23</sup> (Commission Decision 85/79 EEC John Deere & Co, 1985)

mevzuatımız uygulamasında ise bu yöndeki sorunun, yalnızca, tarafların ek bildirim yükümlülüğünden kurtarılmasına yönelik olduğu görülmektedir.

## **BÖLÜM 2**

# SORUŞTURMA PROSEDÜRÜNÜN BAŞLATILMASI

## 2.1. RESEN İNCELEME İLKESİ

Kanun'un 40 ıncı maddesinde, *“resen ya da kendisine intikal eden başvurular üzerine ...”* ifadesine yer verilmek suretiyle Kurul'un inceleme ya da araştırma prosedürünü nasıl başlatacağı düzenlenmiştir.

Buna göre Kurul prosedürü başlatırken kendisine yapılan başvuruları gözönüne alabileceğı gibi, herhangi bir başvurunun söz konusu olmadığı hallerde de kendiliğinden kovuşturma başlatabilmektedir.

40 ıncı maddenin lafzı gözönüne alındığında, Kurul'a intikal etmiş bir başvuru söz konusu ise *“başvuru üzerine”*, herhangi bir başvuru yapılmadan soruşturma ya da önaraştırma başlatılmış ise *“resen”* incelemeden söz etmek gerekmektedir.<sup>24</sup>

Maddede geçen “başvuru” kavramından ne anlaşılması gerekir? Muafiyet ya da menfi tespit amaçlı bildirim ve başvurular üzerine başlatılan incelemelerin, 4054 sayılı Kanun'un “açıkça” ihlal edildiğı gerekçesiyle ya da Kurul'un alacağı olumsuz bir nihai karara rağmen, başvuru ya da bildirim konusu anlaşmanın uygulanmasına devam edilmesi sebebiyle soruşturma prosedürüne dönüşmesi konusu yukarıda ele alınmış bulunmaktadır. Ancak bu sürece başlangıç teşkil eden, muafiyet ve menfi tespiti ilişkin bildirim ya da başvuruların, 40 ıncı madde çerçevesinde bahsedilen “başvuru” kavramı

---

<sup>24</sup> Yılmaz'a göre bu ayırım yerinde değildir: Kanun'da başvuru üzerine denilmiş olsa da bu Kurul'un “kendiliğinden” harekete geçtiğı gerçeğini ortadan kaldırmaz. (Rekabet Kanunu Uygulamasında Usul ve İspat Sorunları, 1999, 17) Kanımca Yılmaz'ın bu görüşüne katılmak mümkün değildir; Kanun'daki düzenleme 17/62 sayılı Tüzüğün 3 üncü maddesindeki düzenlemeye “genel olarak” paralel olmakla birlikte, AB uygulamasında başvuru üzerine alınan kararların uygulanma süreci ile herhangi bir başvurunun bulunmadığı hallerde alınan kararların uygulanması arasında, özellikle “red” kararı eğiliminin ortaya çıkması halinde ortaya çıkan uygulama farklılıklarının Kurul uygulamalarına da yansıtılması kaçınılmaz olarak gündeme gelecektir.)

çerçevesinde değerlendirilmesi mümkün gözükmemektedir. 40 ıncı madde çerçevesinde “başvuru”dan, soruşturma prosedürünün işletilmesi talebiyle yapılan başvuruları anlamak gerekmektedir. Bu durumda Kurul’un, muafiyet ve menfi tespit incelemelerini soruşturmaya dönüştürmesinde, 40 ıncı maddedeki “*resen*” inceleme yetkisinin kullanıldığı sonucu ortaya çıkmaktadır.

Hangi “başvurular”ın kastedildiği sorusunun cevabı 41 inci maddenin lafzı gözönüne alındığında daha da netleşmektedir: “Kurul’un *ihbar* ve *şikayet* başvurularında ileri sürülen iddiaları ciddi ve yeterli bulması durumunda, ihbar ve şikayet edenlere ileri sürülen iddiaların ciddi bulunduğu ve araştırmaya başlandığı yazılı olarak bildirilir. Kurul’un gerek *başvuruları* açıkça reddetmesi, ...” ifadelerinden anlaşılacağı üzere, açıkça *ihbar* ve *şikayet* başvuruları kastedilmektedir.

Bu noktada akla gelen soru ise, ihbar ve şikayet başvuruları üzerine Kurul’un soruşturma prosedürünün işletilmesi konusunda ne derece inisiyatif sahibi olduğuna ilişkindir. İhbar ve şikayet başvuruları yapılması halinde de bu konuda Kurul’a geniş yetkiler tanındığı gözönüne alındığında; Kurul’un genel olarak inceleme başlatma konusundaki hareket serbestisi, “*resen* inceleme ilkesi” şeklinde formüle edilebilir mi? 42 nci maddede bu sorunun yanıtı kısmen verilmiş durumdadır:

Buna göre Kurul, “başvuruları” açıkça reddedebileceği gibi idare hukukunun genel ilkeleri çerçevesinde “sessiz kalmak” suretiyle “zımni red” müessesesini de işletebilecektir.<sup>25</sup>

Görüldüğü üzere başvuru halinde de esas itibarıyla Kurul’un soruşturma prosedürünü işletme zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak aynı maddeye göre Kurul’un alacağı açık ya da zımni red kararlarının yargı denetimine tabi olması, bu kararların alınmasında, en azından idari yargıda takdir yetkisinin kullanılması konusunda geçerli olan kriterlere uyulması gerektiği sonucu ortaya çıkarmaktadır.<sup>26</sup> Bu anlamda ihbar ve şikayet başvuruları yapılması halinde, “*resen inceleme*” ilkesinin, yargı denetimine tabi bir “*takdir yetkisi*”nden ibaret olduğu anlaşılmaktadır.

Mevzuatımızın bugün için geçerli olan uygulamasında bu takdir yetkisinin kullanılması yalnızca “yargı” aşamasında denetime tabi tutulurken, AB Komisyonu’nun red kararlarının alınma süreci ve genel olarak “soruşturma prosedürünün işletilmesi” konusundaki uygulamalarının, idari süreçte de bazı

<sup>25</sup> Bu düzenleme olmasaydı da zımni red müessesesinin idare hukukunun genel ilkeleri çerçevesinde işleyeceği konusunda tereddüt bulunmamaktadır.

<sup>26</sup> Ne var ki Kurul’un alacağı açık ya da zımni red kararlarına karşı yargı yoluna gidilmesi halinde, bu kararlar da idare tarafından alınmış tüm kararlar için uygulanan “genel ölçütler” çerçevesinde inceleneceğinden, bu denetimin “yerindelik” boyutuna vardırılması mümkün değildir.

ilkelere bağlandığı gör÷lmektedir. Söz konusu ilkeler ve bu çerçevede en uç noktada yer alan “de minimis” uygulaması aşağıda ele alınmaktadır.

## 2.2. RED KARARLARININ ALINMA SÜRECİ ve DE MINİMİS YAKLAşIMININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Kurul’un, soruşturma prosedürünün işletilmesi konusundaki takdir yetkisinin genişliği ve alacağı “red” kararlarındaki gerekçe gösterme zorunluluğunun sınırları, Komisyon’un “*de minimis*” kapsamındaki uygulamalarının mevzuatımıza ne ölçüde yansıtılabileceği hususunda da tartışma yaratmaktadır.

AB Komisyonu’nun inceleme prosedürünü başlatmasında ya da incelemeye gerek olmadığı yönünde karar almasında geçerli olan ilkeler esas itibarıyla Rekabet Kurulu’nun uygulamalarıyla paralellik içindedir. İhbar ve şikayet ayrımı getirmeksizin<sup>27</sup>, Komisyon’un, başvuru sahibine red kararının *gerekçesini* açıklamak zorunda olduğu 2842/98 sayılı Komisyon Tüzüğü’nün 6 ncı maddesinde belirtilmiştir.<sup>28</sup>

Mevzuatta bu yönde bir hüküm olmamakla birlikte, 1983 yılında bakılan bir davada<sup>29</sup> söz konusu gerekçenin açıklanabilmesi için Komisyon’un, her dosyada “*asgari inceleme*” yükümlülüğü altında olduğu belirtilmiştir.<sup>30</sup> Bu yükümlülüğün ne şekilde yerine getirileceği, 1993 yılında alınan Mahkeme kararında, “başvurularda yer verilen iktisadi ve hukuki analizlerin, kararda yeterince gözönüne alınması gerekir” şeklinde belirtilmiştir.<sup>31</sup>

---

<sup>27</sup> AB mevzuatında bu tür başvuruların “şikayet” şeklinde çevrilebilecek olan “complaint” kavramı altında toplanmıştır. Ancak 1986 yılında Adalet Divanında gör÷len bir davada (Case 145/83, 53/84 Adams v Commission, 1986), Komisyon’a kendiliğinden bilgi sağlayan ve kimliğinin açıklanmamasını isteyen kişilerin bu taleplerinin, dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir. Bunun üzerine Komisyon bünyesinde yayınlanan bir iç genelgede; ihbarda bulunanın kimliğinin bilinmesi halinde sağlanan bilgilerin deşifre edilmesinde ihbar edenin onayının aranacağı, kimliğinin bilinmemesi halinde ise, ihbar eden açısından herhangi bir yaratılıp yaratılmadığı hususunun, Komisyon görevlileri tarafından kendiliğinden araştırılacağı belirtilmiştir (Smith, 2001, 65). Mevzuatımızdaki ihbar-şikayet ayrımını ise, başvuru sahibinin soruşturma açılmasında menfaati olup olmadığı husuna dayandırmak mümkündür.

<sup>28</sup> Bu yapılmadığı takdirde Roma Anlaşmasının 232 nci maddesi çerçevesinde yargı yoluna başvurulabilir

<sup>29</sup> (Case 210/81, Demo-Studio Schmidt v Commission, 1983)

<sup>30</sup> Aynı ilkeye şu dosyalarda da yer verilmiştir; (C-298/83 CICCE v Commission, 1985, Case T-24/90, Automec Srl v Commission, 1992)

<sup>31</sup> (Case T-7/92, SA Asia Motor France v Commission, 1993) Bu dosyada yer verilen analiz, 4054 sayılı Kanun’un uygulanmasında idari yargı sürecinde, Kurul’un iddiaları “ciddi ve yeterli” bulup bulmadığına ilişkin yetkisini kullanırken ne derece objektif olduğuna ilişkin olarak yapılan değerlendirmeye aynı niteliktedir.

4054 sayılı Kanun'un, "red" kararlarını doğrudan idari yargı sürecine gönderen düzenlemelerine karşın 99/63 sayılı Komisyon Tüzüğü'nün 6 ncı maddesi; Komisyon'un şikayeti reddetme eğilimine girmesi halinde, şikayetçinin durumdan haberdar edilmesi ve görüşlerini "yazılı" olarak sunması için belirli bir süre tanınmasını öngörmektedir.<sup>32</sup>

Bu sürenin sonunda Komisyon'un "red" düşüncesinde herhangi bir değişiklik olmazsa, Komisyon tarafından bu eğilimin hala sürdürüldüğünü belirten ikinci bir açıklama<sup>33</sup> gönderilebileceği gibi, açıkça "red" kararı da alınabilir.<sup>34</sup>

Komisyon uygulamasında, soruşturma aşamasında şikayetçilerin de dahil olduğu üçüncü kişiler açısından getirilen savunma haklarına ileride değinilecek olmakla birlikte, soruşturma öncesinde "red" kararlarının alınması sürecine egemen olan ilkeler bu şekilde özetlenebilir. Bu uygulama biçimi, şikayetçiler açısından getirilen bazı kısıtlamalar dışında, "*resen inceleme*" ilkesinin Komisyon'un karar alma sürecinde de büyük ölçüde etkili olduğunu göstermektedir.

Ancak Komisyon'un karar alma sürecindeki takdir yetkisi bu kadarla da sınırlı değildir. 1992'de CFI'da görülen ve yukarıda sözü edilen Automec dosyasında Mahkemin verdiği karar, Komisyon'un sınırlı idari olanaklarını kullanırken, tüm Topluluk organları gibi "öncelikleri belirleme" yetkisinin olduğu yönündedir. AB Rekabet Hukukunda geniş bir uygulama alanı bulan ve "de minimis" olarak kavramalaştırılan "eşik" kriterleri de, geniş ölçüde Mahkeme tarafından yapılan bu yoruma dayandırılmış ve Komisyon tarafından açıklanan "ulusal mahkemelerle işbirliği alanlarının oluşturulması" ya da "üye devletler arası ticaretin etkilenmesi" gibi, çok-uluslu yapılanmadan kaynağını alan gerekçelerle kurumsallaştırılmıştır.

4054 sayılı Kanun'un uygulanması açısından ise Kurul'un böyle bir takdir yetkisine sahip olup olmadığı; red kararları üzerindeki yargısal denetim de

---

<sup>32</sup> "Article 6 letter" olarak bilinen bu uygulamada, Komisyon tarafından yapılan işlem dava edilebilir mahiyette değildir. (Case T-64/89 Automec Srl v Commission, 1991) CFI bu dosyada şikayetçinin görüşlerinden sonra Komisyon kararının değişme ihtimaline dikkat çekmiş, bu ihtimal karşısında yargı yolunun gerekmebileceği kanaatine ulaşmıştır.

<sup>33</sup> Bu açıklama ikinci bir mektup şeklinde yapılırsa da dava edilebilir niteliktedir.

<sup>34</sup> Açıkça "red" kararı alınması durumunda, aynen şikayetçiye bilgi verilmesi halinde olduğu gibi, karara dayanak teşkil eden ekonomik ve hukuksal analizlere, mahkemenin değerlendirme yapabilmesine olanak sağlayacak ölçüde yer verilmelidir. (Joined Cases 142,156/84 BAT and Reynolds v Commission, 1987; Case 119/97P Ufex v Commission, 2000)



gözönüne alındığında, “resen inceleme” ilkesinin “*resen incelememe*” ilkesini de içinde barındırıp barındırmadığı konusu henüz tartışmalıdır.<sup>35</sup>

### **BÖLÜM 3**

---

<sup>35</sup> 4 ve 6 ncı maddelerde yer verilen yasaklamaların mutlaklığı ve AB Hukukunda, ulusal mevzuatla topluluk mevzuatı arasındaki uygulama araç ve amaçlarının farklılığına dayalı unsurların mevzuatımızda yer almaması, “de minimis” kapsamındaki düzenlemeleri, “rekabetin önemli ölçüde sınırlanması” kriterine bağımlı kılmaktadır. Ancak bu kriterin ne ölçüde uygulanabileceği ise Mahkeme’nin yorumuna bağlıdır.

## SORUŞTURMA SÜRECİ ve PROSEDÜR YAKLAŞIMI

### 3.1. ÖNARAŞTIRMA ve SORUŞTURMA SAFHALARINA İLİŞKİN GENEL DÜZENLEMELER

Kanun'un 40 ıncı maddesinde önaraştırma ve soruşturma kavramlarına yer verilmiş ve önaraştırmaya gerek olmaksızın, soruşturma kararının alınabileceği açıkça düzenlenmiş olmakla birlikte; Kurul tarafından önaraştırma yapılmasına karar veridiği hallerde, önaraştırma ve soruşturma süreçleri arasındaki iliŐkinin ne olacağı konusu açık bir biçimde ele alınmamıştır.

40 ıncı maddenin lafzı dikkate alındığında, önaraştırma, *soruşturmaya gerek olup olmadığının tespiti* amacıyla yapılır. 43 üncü maddeye göre ise, *"Kurul'un soruşturmaya başlama kararı kesindir."* Her iki hüküm birlikte ele alındığında önaraőtırmanın, *"geri alınması olanaksız"* olan bir soruşturma sürecinin "gerekli olup olmadığının" tespiti amacıyla yapılacağı görülmektedir.

Geri alınamamasından da anlaşılacağı üzere; soruşturma kararı, tarafların hukuki durumlarında değişiklik yaratan *"kurucu"* bir niteliğe sahiptir. Bu kararlar birlikte taraflar, kararda yer verilen hususlara ilişkin görüşlerini bildirme ve savunma hakkı olanakları tanınmak suretiyle, bizatihi kararın tartışmaya açıldığı bir sürece dahil edilmektedirler.

Kanun'un önaraştırmaya ilişkin 40-42 nci maddeleri incelendiğinde, söz konusu maddelerde yer verilen hükümlerin, *"tarafların"* hukuki durumlarına ilişkin herhangi bir değişiklik öngörmediği, Şikayet ve ihbar dilekçelerinde yer verilen iddiaların ciddi bulunması durumunda ise, yalnızca üçüncü kişi durumundaki *"muhbir ve Şikayetçilere"* bilgi verme zorunluluğunun ortaya çıktığı görülmektedir.

Benzer Şekilde, Kurul'un başvuruları açıkça reddetmesi ya da zımnı red müessesini iŐletmesi halinde de, taraflar açısından dosya kapanmakla birlikte doğrudan ya da dolaylı menfaati olduğunu belgeleyen *"herkes"*in, yargı yoluna başvurabileceği belirtilmektedir.

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere, soruşturma safhasıyla önaraştırma safhası arasındaki en temel farklılık, Kurul ile tarafların, "iddiaların mesnedinin tartışılması" hususunda karşı karşıya gelip gelmemeleriyle ilgilidir. Bir başka deyişle soruşturma kararı alınıncaya kadar, taraflara yöneltilmiş

herhangi bir suçlama değil, önaraştırma safhasının sonunda Kurul kararına dönüşebilecek olan şüpheler söz konusudur.<sup>36</sup> Nitekim 43 üncü maddeye göre taraflara tanınan ilk yazılı savunma hakkı, söz konusu şüphelerin soruşturma kararıyla birlikte “iddia” ya dönüştürülmesi ve taraflara tebliğ edilmesiyle birlikte ortaya çıkmaktadır.

Bu anlamda önaraştırma döneminin sonunda alınan soruşturma kararı, önaraştırma konusuna ilişkin “şüphe”lerin, tarafların da dahil edildiği bir süreçte tartışmaya açılan “iddia”lara dönüşümü anlamına gelmektedir.

Bu dönüşüm esnasında, şüpheler ve iddialar arasında birebir aynılığın tesis edilmesi her zaman mümkün olmadığı gibi, bu yönde çaba gösterilmesi de, Kanun’un önaraştırma ve soruşturma safhalarının nitelikleri hakkındaki yaklaşımına ters olacaktır.<sup>37</sup>

### **3.2. AB UYGULAMASINDA PROSEDÜR YAKLAŞIMI ve MEVZUATIMIZDAKİ SORUŞTURMA PROSEDÜRÜNÜN DEĞERLENDİRİLMESİ**

Önaraştırma sürecindeki koşullar, AB Komisyonu tarafından yürütülen ve “preliminary investigation”<sup>38</sup> olarak adlandırılan inceleme sürecine de genel olarak hakim olmakla birlikte, Topluluk Hukukunun soruşturma sürecine yaklaşımında bazı temel farklılıklar olduğu görülmektedir.

Rekabet Kurulu tarafından yürütülen soruşturmaların bir çoğunda, “iddiaların genişletilmesi” meselesi tartışılmış olmakla birlikte, taraflar, daha çok soruşturma kararında yer verilen iddiaların, soruşturma sürecinin sonunda genişlemesi konusunu gündeme getirilmişler, önaraştırma safhasındaki iddialarla, soruşturma sürecinin bağlantısı konusunda herhangi bir itiraz öne sürülmemiştir.

---

<sup>36</sup> İhbar ve şikayet dilekçelerinde yer verilen ya da Kurul’un kendiliğinden başka yollarla hakkında bilgi sahibi olduğu unsurlar, şüpheden ileri giden ve kolaylıkla iddiaya dönüştürülebilecek hususlarsa, doğrudan doğruya soruşturma kararı alınması beklenir.

<sup>37</sup> Kurul’un kendiliğinden soruşturma başlatma yetkisi karşısında bu çaba anlamsız görünmektedir. Ne var ki oldukça kısa rağmen önaraştırma safhasının, bilgi isteme ve yerinde inceleme yetkilerinin kullanılması açısından oldukça yoğun bir dönem olduğu ve bu dönemde elde edilen bilgi ve belgelerin soruşturma safhasında kaçınılmaz olarak kullanıldığı, hatta çoğu zaman soruşturma safhasında bu bilgi ve belgelere yenilerini eklemenin mümkün olmadığı gözden kaçırılmamalıdır.

<sup>38</sup> “Preliminary investigation” kavramı 2988/74 sayılı Tüzük hariç olmak üzere AB mevzuatındaki düzenleyici metinlerde kullanılmamaktadır. Bu kavrama daha çok, yerinde inceleme ve bilgi istemeye ilişkin kararlarda rekabetten sorumlu Komisyoner tarafından hazırlanan ve teşebbüslere sunulan dökümanlarda, incelemenin başlatıldığını belirtmek üzere yer verilmektedir. (Smith, 2001, 106)

Buradan “önaraştırma ve soruşturma safhalarının formel olarak birbirinden kopuk süreçler olduğu” görüşünün, soruşturmaya uğrayan teşebbüslerce de kabul edildiği ve uygulamanın da bu yönde ilerlediği anlaşılmaktadır. Bu durum AB Komisyonu’nun inceleme ve araştırmalarında benimsenen “procedure” yaklaşımından ayrılmaktadır.

Hemen belirtmek gerekirse “procedure” ya da “procedural rules” kavramları AB Komisyonu uygulamasında genel olarak “usul”e ilişkin tüm kuralları kapsayacak şekilde kullanılmakla birlikte, 4054 sayılı Kanun’da kullanılan önaraştırma ve soruşturma kavramlarının tam karşılıklarını AB mevzuatında bulmak mümkün değildir.

Genel olarak “önaraştırma”yı ifade eden “preliminary investigation” terimi, yalnızca 2988/7 sayılı Ceza Uygulamalarında Süre Kurallarına İlişkin Tüzük’te kullanılmıştır.<sup>39</sup> AB mevzuatının Türkçe’ye çevrilmesi sonucu sıklıkla karşılaştığımız ve “soruşturma” kavramının karşılığı olarak kullanılan “inquiry” teriminin de, yalnızca 17/62 sayılı Tüzük’te, sektör çapında gerçekleştirilen soruşturmaları belirtir şekilde kullanıldığını görmekteyiz.

Esasen AB Hukukunda, 4054 sayılı Kanun’da yer verilen önaraştırma ve soruşturma dönemlerinde, Rekabet Kurulu, taraflar ve üçüncü kişiler arasında gerçekleşen ilişkilerden oluşan yargı benzeri süreci tam olarak karşılayacak bir terim bulunmamaktadır. Bununla birlikte söz konusu sürece karşılık olabilecek en yakın kavram, AB mevzuatında yer alan “proceedings”<sup>40</sup> terimidir ki; bu terim de bazen önaraştırma ya da soruşturma dönemini, bazen bunların her ikisini de birlikte karşılayacak şekilde, kimi zaman ise yalnızca “statement of objections” olarak adlandırılan ve iddianame niteliğinde olduğu söylenebilecek belgenin hazırlanmasından sonra gelen ve genellikle “hearing” uygulamalarını kapsayan dönemi belirtir şekilde kullanılabilir.

Yukarıda yer verilen terimlerin kullanılış şekilleri dikkate alındığında, AB Komisyonu uygulamasında 81 ve 82 maddelere aykırılıkların tespiti ve

---

<sup>39</sup> Buradaki kullanım, iddianamenin(statement of objections) hazırlanmasına kadar olan tüm inceleme sürecini kapsayacak şekildedir; bu anlamda her olayda “preliminary investigation” aşamasının zorunlu olarak karşımıza çıktığı söylenebilir. 4054 uygulamasında ise, her olayda formel olarak önaraştırmaya gerek olmadığı, Kurul’un doğrudan soruşturma açabileceği hatırlanmalıdır. Bununla birlikte uygulamada her dosyada, Kurum bünyesinde yürütülen bir ilk inceleme aşamasının bulunduğu bilinmektedir. Bu anlamda “preliminary investigation” kavramı şeklen ilk inceleme sürecine daha yakındır.

<sup>40</sup> “Proceeding” teriminin genellikle “initiation of proceeding” biçiminde kullanıldığı görülmektedir ki Topluluk Hukuku çerçevesinde inceleme sürecinin ne olarak adlandırıldığından çok ne zaman başlatıldığı konusu önem arz etmektedir. Bu durum, ihlallerin cezalandırılması için uygulanan zamanaşımı sürelerinin, inceleme sürecinin başlatılmasıyla kesilmesinden kaynaklanmaktadır.

önlenmesine yönelik prosedürün; önaraştırma, soruşturma ya da soruşturma sonrası dönemlerin kesin çizgilerle birbirinden ayrılmasına dayalı ve bu ayırım temeline oturan sıkı usul kurallarının uygulanmasını gerektiren Türk Rekabet Hukuku'ndan ayrıldığı söylenebilir.

### **3.3. SORUŞTURMA PROSEDÜRÜNE İLİŞKİN FARKLI YAKLAŞIMLARIN SAVUNMA HAKKI KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ**

AB uygulaması ve mevzuatımız arasında soruşturma prosedürünün ele alınması açısından mevcut olan temel farklılıklara yukarıda yer verilmiştir. Ancak söz konusu farklılıkların esasa ilişkin yansımalarının tespit edilebilmesi bakımından, teşebbüsler karşısında Komisyon'a ve Rekabet Kurulu'na tanınmış olan bir dizi yetkiyi içeren soruşturma sürecinin, teşebbüsler açısından ne ifade ettiğine bakılması gerekmektedir.

Bu nedenle, AB uygulaması ve Türk mevzuatı arasında, önaraştırma, soruşturma ya da sözlü savunma dönemi gibi soruşturma prosedürü içinde yer alan çeşitli süreçler itibarıyla yapılacak bir karşılaştırma yerine, taraflara tanınan "savunma haklarının korunması" noktasından hareket edilmesi ve söz konusu farklılıkların savunma hakkı karşısında ne ifade ettiğine bakılması, kanımca daha anlamlı sonuçlar doğuracaktır.

#### **3.3.1. Savunma Hakkı Konusundaki Temel Düzenleme ve Uygulamalar**

Mevzuatımızda kullanılan terminoloji esas alınmak suretiyle, savunma hakları konusunda her iki mevzuat grubunun da yazılı ve sözlü savunma hakları<sup>41</sup> olmak üzere iki yönlü bir yaklaşım sergilediği söylenebilir.

4054 sayılı Kanun'un yazılı savunma haklarına ilişkin hükümlerine bakıldığında; 43 üncü maddede ilk yazılı savunmadan, 45 inci maddede ikinci yazılı savunma ve ayrıca raportörlerin görüş yazısına karşı kullanılacak bir cevap hakkından söz edildiği görülmektedir.

Münferiden düzenlenmiş olan bu savunma hakları yanında 44 üncü maddede yer alan, "*soruşturma safhasında, bu Kanun'u ihlal ettiği iddia edilen kişi veya kişiler kararı etkileyebilecek her türlü bilgi veya delili her zaman Kurul'a sunabilirler*" hükmü karşısında Kanun'un, yazılı savunma hakkı

---

<sup>41</sup> Şekli açıdan bakıldığında AB Hukukunda yazılı-sözlü savunma ayırımına "reply" ve "hearing" kavramlarının karşılık geldiği görülmektedir. Ancak esas açısından "reply" kavramı mevzuatımızda da kullanılan " yazılı cevap" hakkından öte, yazılı ya da sözlü olarak kullanılacak cevap haklarının tamamını bünyesinde toplayan genel bir savunma hakkını ifade etmektedir.

bakımından yalnızca süreyle sınırlı bir yaklaşımı benimsediği, bunun dışında tarafların sınırsız bir yazılı savunma hakkına sahip oldukları söylenebilir.<sup>42</sup>

Yazılı savunma konusunda AB uygulamasına bakıldığında ise “statement of objections”ın hazırlanmasından itibaren, aynı belgede Komisyon tarafından tespit edilecek süre içinde kullanılması gereken bir savunma hakkından söz edildiği görülmektedir.<sup>43</sup> Ancak bu hakkın belirlenen süre içerisinde kaç defada kullanılacağı konusuna herhangi bir sınırlama getirilmemiştir.<sup>44</sup>

Yazılı savunma hakkı yanında, mevzuatta yer verilmemiş olmakla birlikte, içtihatlarla oluşturulmuş olan bir de yazılı düzeltme hakkından söz etmek mümkündür.<sup>45</sup>

Yazılı savunma hakları konusundaki yaklaşımlar genel olarak karşılaştırıldığında, mevzuatımızın, inceleme süreçlerinin birbirinden sıkı şekilde ayrılmasında olduğu gibi burada da daha formel bir yaklaşımı sergilediği, ancak taraflara soruşturma safhasının bitimine kadar her tür delili Kurul’a sunma olanağı sağlaması yönüyle, savunma haklarının korunması bakımından daha etkin bir düzenlemeyi içerdiği söylenebilir.

Bu farklılık esas itibarıyla Komisyon’un “hearing” uygulaması konusundaki yaklaşımından kaynaklanmaktadır. Şöyle ki; Komisyon tarafından yürütülen incelemelerde esas olan taraflara “hearing” hakkının tanınmasıdır (Smith, 2001, 120). Ancak söz konusu hak sözlü olarak kullanılabilirdiği gibi, yazılı olarak da kullanılabilir (Kerse, 1998, 188). 99/33 sayılı Komisyon Tüzüğünde de bu konuya atıf yapılmış ve yazılı usulün iyi idarenin önemli bir ilkesi olduğu belirtilmiştir.<sup>46</sup> Buradan çıkan sonuç ise tarafların esas itibarıyla ayrıca yazılı savunma haklarının olmadığı, yazılı savunma anlamına gelen düzenlemelerin, esasen sözlü savunma hakkının öncelikle yazılı olarak kullanılmasından ibaret olduğudur.

---

<sup>42</sup> Buradaki süre sınırı soruşturma safhasının sonu olarak belirlenmektedir. Soruşturma safhasının ne zaman sona erdiği konusunda değişik görüşler bulunmakla birlikte, sözlü savunma aşamasında ispat vasıtalarının kısıtlanmış olması karşısında genel kabul gören yaklaşım, soruşturma raporunun taraflara tebliğiyle birlikte soruşturma safhasının da sona erdiği yönündedir.

<sup>43</sup> Bu süre iki haftadan az olamaz ve gerektiğinde uzatılabilir. (2842/98 sayılı Tüzük md. 3/5). Uygulamada genellikle 2 aylık bir süre verilmektedir, ancak bu süre de “complex”olarak nitelenen dosyalarda uzatılabilmektedir. Dosyanın aciliyeti ve iddialara cevap verilmesi için ne kadar süre gerektiği konusu, sürenin tespitinde dikkate alınmalıdır.

<sup>44</sup> Genel kural bu hakkın bir defada kullanılması yönündedir. 2842/98 sayılı Tüzüğe göre Komisyon, süresi dışında verilen savunmaları dikkate almak zorunda değildir, ancak kendiliğinden değerlendirmeye alabilir.

<sup>45</sup> (Case T-334/94, Sarrío SA v. Commission 1998, para 380-81)

<sup>46</sup> “Whereas the various persons entitled to submit comments must do so in writing, both in their own interest and the interest of good administration, without prejudice to oral procedures where appropriate to supplement the written evidence.”

Hemen belirtmek gerekir ki, 4054 sayılı Kanun'un sözlü savunma hakkı konusundaki yaklaşımı, Komisyon uygulamasından önemli ölçüde farklılıklar içermektedir. Soruşturma safhasının sona ermesiyle birlikte sona eren yazılı savunmaların ardından ayrı bir usulle düzenlenen sözlü savunma hakkının, yazılı savunma ile birlikte düşünülmesi yerinde değildir.

### 3.3.2. Tarafların Bilgilendirilmesi İlkesi

Türk Hukuku ve AB uygulamasında prosedüre egemen olan ilkeler genel olarak "tarafların bilgilendirilmesi" esasında birleşmektedir. Prosedür içerisinde yer alan süreçlerin adlandırılmaları bakımından bir çok farklılık yer almasına rağmen, konuya tarafların bilgilendirilmesi mantığıyla yaklaşıldığında, uygulamada ortaya çıkan bazı sorunların çözülmesi de mümkündür.

Kanun'un 44 üncü maddesinin son fıkrasında yazılı ya da sözlü ayrımı yapılmaksızın, "Kurul, tarafları bilgilendirmediği ve savunma hakkı vermediği konuları kararlarına dayanak yapamaz." hükmü yer almaktadır. 17/62 sayılı Tüzük'te de benzer şekilde, Komisyon'un taraflara yönelttiği suçlamalar hakkında "hearing" hakkı tanınması gerektiği, 2842/98 sayılı Komisyon Tüzüğü'nde ise, tarafların iddialar hakkında yazılı olarak bilgilendirilmeleri gerektiği ve Komisyonun, yalnızca tarafların görüşlerini aldığı konularla ilgilenebileceği belirtilmiştir.<sup>47</sup> Tüzüklerde yer verilen bu ilkeler, içtihat hukukunda da geniş ölçüde uygulama alanı bulmuştur.<sup>48</sup>

Her iki düzenlemeden de çıkan sonuç, Kurul'un ve Komisyon'un tarafları bilgilendirmedikleri ve savunma hakkı tanımadıkları konuları kararlarına dayanak yapamayacakları şeklindedir. Ancak Komisyon uygulamasında bilgilendirme mekanizması ile savunma hakkı arasındaki bağlantının hangi noktada kurulacağına ilişkin tereddütler giderilmiş olmasına rağmen, mevzuatımızda bu konunun yorumu açık olduğunu belirtmek gerekir. Bu konu özellikle iddiaların genişletilmesi açısından önem arz etmektedir.

Kanun'un 43 üncü maddesinde ilk yazılı savunma için tanınan sürenin başlaması, taraflara iddiaların türü ve niteliği hakkında yeterli bilginin verilmesi koşuluna bağlanmış olmasına rağmen, 44 üncü maddede yer alan "Kurul tarafları bilgilendirmediği ve savunma hakkı vermediği konuları kararlarına dayanak yapamaz" ifadesi karşısında, soruşturma sürecinin herhangi bir

---

<sup>47</sup> Bu bilgilendirme işlemi genel olarak iddianamenin taraflara gönderilmesiyle yapılmaktadır. Ancak çok taraflı ihlallerde Komisyon, resmi gazetede duyuru yapma yöntemini de kullanabilmektedir.

<sup>48</sup> (Case 85/76 Hoffman-La Roche v Commission, 1979 p.14, Joined Cases C- 89/55 etc Ahlström v Commission 1993)

safhasında taraflara yeterli bilgi verilmek suretiyle yeni iddialar tesis edilebilir mi? sorusu gündeme gelmektedir.

Kanımcı bu sorunun karşılaştırma yöntemiyle çözümlenebilmesi için, Komisyon tarafından hazırlanan ve taraflara gönderilen yegane suçlayıcı belge konumundaki, “statement of objections”ın niteliklerine bakmak gerekmektedir.

### 3.3.3. “Statement of Objections” ve Mevzuatımızdaki Karşılığı

“Statement of objections”, Komisyon tarafından alınan bir ara karar olması nedeniyle, dava edilmesi mümkün olmayan bir belgedir.<sup>49</sup>

İkinci olarak, hazırlanması uzun bir süreci gerektirmektedir. Bir başka deyişle; herhangi bir dosyada bu belgenin hazırlanması, Komisyon’un üzerindeki iş yükünün büyük bir bölümünün kalkması anlamına gelmektedir. Çünkü söz konusu belge hazırlanıp taraflara gönderildikten sonra, yalnızca tarafların yazılı ya da sözlü savunmaları alınmakta ve değerlendirme aşamasına geçilmektedir. Komisyon tarafından yürütülen incelemelere bilgi ve belge sağlayan yerinde inceleme ve bilgi isteme yetkileri, büyük çoğunlukla bu belgenin hazırlanmasından önce kullanılmaktadır.

Komisyon’un idari kademelerinin çalışmaları sonucunda hazırlanan bu belgenin içeriği 3 bölümden oluşmaktadır:

Birinci bölümde bilgi isteme ve yerinde inceleme yetkilerinin kullanılması ya da diğer yollarla elde edilen ve iddialara dayanak teşkil eden bilgi ve belgeler yer almaktadır.

İkinci bölümde bu bilgi ve belgelerin, 81 ve 82 nci maddeler karşısında ayrıntılı bir hukuksal değerlendirmesi yapılmakta ve iddialar ortaya konmaktadır.

Üçüncü bölümde ise söz konusu aykırılıkların giderilmesi için öngörülen yaptırımlara yer verilmektedir.<sup>50</sup> Ancak Komisyon’un, cezaların düzeyi ile ilgili ayrıntılı bir tahlil yapma zorunluluğu yoktur. Ne var ki, ihlalin ağırlığıyla birlikte ne kadar sürdüğü ve bunun cezalara nasıl yansıtılacağı gibi hususlar ayrıntılı olarak açıklanmalı ve taraflar bilgilendirilmelidir.<sup>51</sup> Pioneer<sup>52</sup> dosyasında Adalet Divanı; Komisyon Kararında belirlenen cezanın, “statement of objections” da ifade edilen süre unsurunu gözardı ettiği gerekçesiyle azaltılmasına karar vermiştir.

---

<sup>49</sup> (Case 60/81 IBM Commission, 1981; Cases T-10-12/92, T 15/92 Cimenteries v Commission, 1993)

<sup>50</sup> Burada ceza önerilerine de yer verilebilmektedir (Smith, 2001,109).

<sup>51</sup> (17/62 sayılı Tüzük, madde 15)

<sup>52</sup> (Cases 100-103/80 Musique Diffusion Française v Commission, 1983)



Komisyon bu belgede taraflara yönelttiği suçlamaları eksiksiz biçimde tanımlamak zorunda olmakla birlikte<sup>53</sup>, ana hatları anlaşılır biçimde ortaya konan iddiaların desteklenmesi için, ileriki aşamalarda ortaya konması muhtemel tüm unsurların sergilenmesi zorunluluğu yoktur.<sup>54</sup>

İki yaklaşım arasındaki denge Komisyonun 1992’de sonuçlandırdığı Shell dosyasında içtihat hukukuyla kurulmuştur.<sup>55</sup> Söz konusu dosya, belgede yer verilen iddialara dayanak teşkil eden ve Komisyon’un elinde tuttuğu dava dosyasında var olduğu anlaşılan bazı belgelerin ekte gönderilmemesi üzerine, CFI’da dava edilmiş, mahkeme ise: Komisyon’un değerlendirmeye tabi tuttuğu belgelerin taraflarca görülmesi ve aynı belgelerin taraflar lehine de kullanılması olasılığının ortadan kaldırılmaması gerektiği kanaatine ulaşmıştır.<sup>56</sup>

Temel nitelikleri bu şekilde özetlenebilecek olan belgenin hazırlanmasının ardından Komisyonun üzerinde çok fazla işyükü kalmadığı konusuna yukarıda değinilmişti. Nitekim aynı belgede tarafların iddialara ne kadar süre içerisinde cevap vermek zorunda oldukları belirlenmek durumundadır.<sup>57</sup> Bu süre iki haftadan az olamayacağı gibi uzatılması da mümkündür.<sup>58</sup> Komisyon 1993 yılında söz konusu süreleri belirli bir standarda bağlama eğiliminde olduğunu duyurmuştur.<sup>59</sup>

Komisyon geçmişte yalnızca bir defaya mahsus olmak üzere, IBM<sup>60</sup> dosyasında altı aylık bir cevap süresi uygulamıştır. Ancak söz konusu duyurunun ardından, Komisyon’un değerlendirme aşamasına geçmesi için iki ya da üç aylık sürelerle uyulan bir uygulamaya geçilmiştir. İhtiyati tedbir başvurularının söz konusu olduğu ve “hızlandırılmış dosyalar” olarak adlandırılan incelemelerde ise, minimum süre olan iki haftalık cevap süresi uygulanmaktadır. (Smith, 2001, 111)

Söz konusu belgenin, gerek mevzuatta ve gerekse içtihat hukukunda sık sık üzerinde durulması, Komisyon’un nihai kararına dayanak teşkil etmesinden kaynaklanmaktadır. Bu noktadaki kritik soru, Komisyon’un söz konusu belgede yer vermediği bir hususu, ya da bu belgede yer verilmekle birlikte, doğru olmadığı anlaşılan bir hususu tespit etmesi halinde gündeme gelmektedir.

---

<sup>53</sup> (Cases 100-103/80 Musique Diffusion Française v Commission, 1983)

<sup>54</sup> (Case 48/69 ICI v Commission, 1972) In this Dyestuffs case, the ECJ said that; to safeguard the rights of defence in administrative proceedings it suffices that undertakings be informed of the essential factual elements on which the objections are based

<sup>55</sup> (Case T-11/89 Shell International Chemical Co Ltd v Commission, 1992)

<sup>56</sup> Aynı dosyada, benzer şekilde tarafların, “statement of objections” a karşı Komisyon’a gönderdikleri ek belgelerin de Komisyon lehine kullanılabilmesi belirtilmiştir.

<sup>57</sup> (2842/98 sayılı Tüzük, madde 3(4))

<sup>58</sup> (2842/98 sayılı Tüzük, madde 14)

<sup>59</sup> 23 üncü Rekabet Politikası Raporu’na göre bu süreler ortalama önem arzeden dosyalarda iki, karmaşık dosyalarda ise üç ay olarak uygulanacaktır.

<sup>60</sup> (Case IBM v Commission, 1981)

Komisyon bu durumda, savunma haklarının korunması ilkesine uygunluğun sağlanması amacıyla, “*supplementary statement of objections*” olarak adlandırılan bir ek iddianame hazırlama yoluna gitmek zorundadır.<sup>61</sup> Söz konusu ek iddianame de, aynen ilk iddianamenin sahip olduğu özellikleri taşımak durumundadır.<sup>62</sup>

Aynı gözlükle Türk rekabet mevzuatına baktığımızda ise “statement of objections”a karşılık gelen uygulamanın tespit edilmesinde bazı güçlükler olduğu görülmektedir.

43 üncü maddede yer verilen, iddiaların türü ve niteliği hakkında bilgi verilmesine ilişkin uygulama, doğrudan soruşturma açılan hallerde hiçbir hazırlık yapılmadan, önaraştırma yapılan hallerde ise, 1 aylık bir hazırlık sürecinin sonunda gerçekleştirilmek durumundadır ki; her iki halde de belge ve bilgilerin sergilenmesi ve 4 ve 6 ncı maddeler karşısında, hukuksal açıdan sağlıklı olarak değerlendirilmesi konusunda eksiklikler ortaya çıkmaktadır.

Bu noktada Komisyon’un bilgi ve belgelerin toplanması ve değerlendirilmesi amacıyla kullandığı ve ileride ayrıntılarına değinilecek olan, bilgi isteme ve yerinde inceleme yetkilerinin, herhangi bir formel “soruşturma” ya da “önaraştırma” kararına bağlı olmaksızın, doğrudan idari birimlerce; ya da idari birimlerden gelen talep üzerine, rekabetten sorumlu Komisyoner’in yetkilendirmesiyle kullanılabilirdiğini, dolayısıyla henüz formel bir süreç başlatılmadan da, bu yetkilerin kullanımı suretiyle uzun bir hazırlık dönemi geçirildiğini hatırlatmak gerekmektedir.<sup>63</sup>

Ayrıca 43 üncü madde, “statement of objections” in en önemli içerik özelliklerinden biri olan, yaptırım meselesinden hiç söz etmemektedir. Bunun nedeni ise, suçun ağırlığı ve süre konularında önaraştırmayı yürütenler tarafından getirilecek önerilerin, ayrıntılı bir analize ve zamana ihtiyaç göstermesidir.

4054 sayılı Kanun’un sistematığı içerisinde düşünüldüğünde ve önaraştırma yapılmadan da soruşturma başlatılabileceği göz önüne alındığında, Komisyon tarafından süre kısıtına bağlı olmaksızın gerçekleştirilen hazırlık dönemine benzer bir sürecin, en erken soruşturma döneminde tamamlanabileceği anlaşılmaktadır. Nitekim Kanun’un 43 üncü maddesinde sözü edilen bilgi verme

---

<sup>61</sup> (Case 48 /69 ICI v Commission, 1972)

<sup>62</sup> (Joined Cases T-39/92 and T 40/92 Groupement des Cartes Bancaires and Europay nternational v Commission, 1994) Söz konusu dosyada ek iddianame, cevap süresi belirtilmeden gönderildiği için, karar CFI’da bozulmuştur.

<sup>63</sup> Kurumumuz bünyesinde önaraştırma ya da soruşturma öncesinde, Kurum içi bir prosedür halinde yürütülmekte olan ilk inceleme aşamasının önemine, çözüm önerilerine ilişkin bölümde değinilecektir.

yükümlülüğü, maddede açıkça ifade edildiği üzere, **“ilk yazılı savunma süresinin başlaması”** içindir. Savunma hakkının korunması açısından bakıldığında, 43 üncü madde dışında taraflar açısından getirilmiş iki yazılı savunma hakkı daha mevcut olduğu gibi, ayrıca taraflar **“soruşturma safhasında... kararı etkileyebilecek her türlü bilgi ve delili”** Kurul’a sunma olanağına sahiptirler.

Tüm bunların haricinde, AB uygulamasından farklı olarak, tarafların, yazılı savunmalarla hiçbir bağlantısı olmayan bir de sözlü savunma hakları bulunmaktadır. AB uygulamasında “statement of objections”ın hazırlandığı ve taraflara gönderilerek, “hearing” haklarını yazılı ya da sözlü olarak kullanmalarının istenildiği aşamaya, Türk rekabet hukuku uygulamasında, ancak bu noktada gelinebilmektedir. Dikkat edilecek olursa bu görüşlerde şekli ölçütler değil, dosyanın nihai karar süreci içinde ne derece ilerlediği gözönüne alınmaktadır. Bu çerçevede taraflara yönlendirilecek iddiaların, ikinci yazılı savunma haklarının kullanılabilmesi için hazırlanması gerekli olan ve taraflara tebligatı yapılan “soruşturma raporu”nda geniş ölçüde şekillenmesi beklenebileceği gibi, tarafların bu ana kadar yapmış oldukları savunmalar ve savunma eklerinde sundukları yeni belgeler de gözönüne alınarak, raportörlerce hazırlanan ek görüş yazısında da iddialara son şekli verilebilir. Nitekim tarafların bu ek görüşe de 30 gün içinde cevap verme olanakları mevcut olduğu gibi, sözlü savunma hakları halen saklıdır.<sup>64</sup>

### **3.3.4. Halihazırdaki Uygulamadan Kaynaklanan Sorunlar ve Çözüm Önerileri**

Yukarıda örneklendiği gibi kartel soruşturmalarında taraflara yöneltilen iddiaların ya da soruşturmanın, yeni iddiaları ve teşebbüsleri de kapsayacak şekilde genişletilmesinden kaynaklanan usul sorunları, AB Komisyonu’nun da uygulamada karşılaştığı meselelerdir. Ancak bu sorun Komisyon uygulamasında, “statement of objections” olarak adlandırılan ve bir Komisyon kararı mahiyetindeki belge esas alınarak çözümlenmesine ve gerektiğinde “supplementary statement of objections” olarak adlandırılan ek iddianame hazırlama yoluna gidilmesine rağmen, Türk rekabet hukuku uygulamasında aynı sorun, 43 üncü maddede yer verilen “iddiaların türü ve niteliği hakkında yeterli bilgi verilmesi” noktasında düğümlenmiş durumdadır.

Gerçekten de Rekabet Kurulu’nun bugüne kadar yürüttüğü soruşturmaların bir çoğunda, Kurul’un aldığı soruşturma kararında yer verilen

---

<sup>64</sup> 4054 sayılı Kanun’un 46 ncı maddesinde: “Sözlü savunma toplantısı, tarafların cevap dilekçesi ya da savunma dilekçelerinde sözlü savunma hakkını kullanmak istediklerini belirtmeleri üzerine yapılır.” ifadesi yer almaktadır.

iddiaların, raportörlerce hazırlanan soruşturma raporunda, nitelik ve tarafları itibarıyla genişlediği ya da daraldığı gözlenmiştir. Hatta raportörlerin, savunmaları dikkate alarak hazırladıkları ve taraflara sundukları ek görüş yazısında da iddialara yeni şekil vermeleri gündeme gelmiştir.

Bu tür dosyalarda tarafların en çok üzerinde durdukları konu, 43 üncü madde çerçevesinde kendilerine yapılan bildirim ve bilgi verme işlemlerinin şekil açısından “Kurul kararı” mahiyetinde olduğu, soruşturma sürecinde ise nihai karar haricinde bir başka “Kurul kararı”ndan söz edilmediği, soruşturma heyetinin Kurul kararı olmadan iddiaların türü ve niteliğinde herhangi bir değişiklik yapamayacaklarına ilişkindir.

Oysa 43 üncü maddeye baktığımızda taraflara iki tür bildirim yapıldığını görmekteyiz:

Bunlardan biri Kurul tarafından alınan soruşturma kararıdır. Diğeri ise ilk yazılı cevap süresinin başlayabilmesi için gerekli olan “açıklayıcı” bilgilerdir. Hemen belirtmek gerekirse, Kanun’da, bu “açıklama”nın, şeklen “Kurul kararı” mahiyetinde olması gerektiği yönünde bir zorunluluk bulunmamaktadır. Kurul bu tür açıklamaları soruşturma kararı ışığında, “soruşturma heyeti” ne de yaptırabilir. Dolayısıyla, salt şekil açısından bakılsa bile, iddiaların türü ve niteliği hakkında açıklayıcı bilgiler içeren ve Kurum tarafından gönderilen söz konusu yazının, Komisyon uygulamasındaki “statement of objections”a benzetilmesi yerinde değildir.

Ancak Kurul ya da Kurul adına soruşturmayı yürüten soruşturma heyetinin iddialarına, mutlak suretle bu aşamada son şekli verilmek isteniyorsa, o zaman yapılması gereken şey; Kurul kararının taraflara tebligatı ile söz konusu bilgi yazısının tebligatının birbirinden ayrılması ve ancak soruşturma heyeti bilgi ve belge birikimi bakımından belirli bir düzeye geldiği anda bu yazının hazırlanarak taraflara tebliğ edilmesidir. Bu durumda da tarafların, yalnızca Kurul kararında “iddialara” ilişkin olarak yer verilen bilgileri yeterli görüp, ilk yazılı savunma haklarını kullanmalarının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır.

Ancak, tarafların, bu aşamadan sonra da, iki yazılı ve bir sözlü savunma haklarının varolduğu dikkate alındığında, bu çözümün Kanun’un etkin bir şekilde uygulanması ile savunma haklarının korunması arasında denge kurulması açısından en iyi yol olmadığı aşikardır.

Yukarıda değinildiği gibi ikinci yol, Kurul adına hareket eden raportörler ve Kurul üyesinden oluşan soruşturma heyetinin<sup>65</sup> tesis ettiği işlemlerin, Kurul

---

<sup>65</sup> Madde 44: “ Kurul adına hareket eden ve Kurul tarafından belirlenip görevlendirilen Kurul Üyesi ve raportörlerden oluşan bir heyet, ...”

adına yapıldığının ve soruşturma sürecindeki ek görüş yazısı hazırlanana kadar, iddialara son şeklinin verilmesi konusunda soruşturma heyetinin yetkili olduğunun kabul edilmesidir.<sup>66</sup>

Üçüncü bir çözüm yolu ise bugüne kadar etkin bir şekilde uygulanamadığı bilinen ve daha çok Kurum içi yazışmalardan oluşan bir süreci temsil eden “ilk inceleme” döneminin, ciddi bir araştırma evresine dönüştürülmesi ve önaraştırma döneminde çoğu kez gereği gibi yapılamayan araştırmaların, bu dönemde tamamlanmasıdır. Hemen anlaşılacağı üzere bunun yapılabilmesi için, Kurul’a tanınmış olan bilgi isteme ve yerinde inceleme yetkilerinin uygulanmasına ilişkin esaslarda bir değişikliğe gidilmesi ve uygulamanın, AB Komisyonu uygulamasına paralel hale getirilerek, bu yetkilerin kullanımının “formel” inceleme süreçlerine bağlı olmaktan çıkarılması gerekmektedir.<sup>67</sup>

### 3.3.5. Sözlü Savunma Hakkında Kapsama İlişkin Değerlendirmeler

17/62 sayılı Tüzüğün 19 uncu maddesinde, diğer maddelere atıf yapılmak suretiyle tarafların hangi hallerde sözlü cevap haklarının bulunduğu belirtilmiştir. Buna göre Komisyon aşağıdaki kararları almadan önce sözlü savunma taleplerini değerlendirmek zorundadır<sup>68</sup>:

- 1- Menfi tespit,
- 2- İhlale son verilmesi,
- 3- 81(3) kapsamında bireysel muafiyet,
- 4- Bireysel muafiyetin yenilenmesi, geri alınması ya da koşullarının değiştirilmesi,
- 5- Maktu ceza uygulaması,
- 6- Süreli para cezası uygulaması.

Burada, 4054 sayılı Kanun’da sözlü savunmaya ilişkin olarak getirilen düzenlemelerle karşılaştırıldığında göze çarpan en temel farklılık, mevzuatımızda sözlü savunmanın, yalnızca soruşturma sürecinin sonuna özgülenmiş olmasıdır. 46 ncı maddeye göre; **“Sözlü savunma toplantısı,**

---

<sup>66</sup> Bunun uygulamaya geçirilebilmesi açısından en pratik yol, yargıya intikal eden dosyaların herhangi birinde mahkemenin bu yönde içtihat oluşturmasıdır. İkincil bir mevzuatla yetki devri gündeme gelebilir. Bu durum, Komisyon kararı alınması konusunda rekabetten sorumlu Komisyoner’e yetki delegasyonu yapılmış durumdaki AB uygulamasına da uygun olacaktır. Ancak söz konusu yetki devrinin de yargıya intikal ettirilmesi ve yasaya aykırılığının tespit edilmesi halinde yasa değişikliği gerekmektedir.

<sup>67</sup> Kanımca, Kanun değişikliği yapılmaksızın ikincil mevzuatla uygulamaya böyle bir yön verilmesi mümkündür. Konu, bu yetkilerin kullanımıyla ilgili bölümde ayrıca ele alınacaktır.

<sup>68</sup> (17/62 sayılı Tüzük, m.19)

***tarafkların cevap dilekçesi ya da savunma dilekçelerinde sözlü savunma hakkını kullanmak istediklerini bildirmeleri üzerine yapılır.”***

Salt 46 ncı maddenin lafzı gözönüne alındığında, soruşturma sürecinin sonunda getirilen sözlü savunma hakkının, Komisyon’un yukarıda sayılan uygulamalarından 5 incisine, yani 81 ve 82 nci maddeye aykırılığın tespiti halinde, maktu para cezası uygulaması öncesinde “hearing” hakkı tanınması durumuna tekabül ettiği, bunun çok sınırlı bir savunma hakkını temsil ettiği izlenimi ortaya çıkmaktadır.

Ancak Kanun’un inceleme ve araştırmalardaki usul kurallarını düzenlediği 40-59 uncu maddelerinin, “usul ortaklığı” çerçevesinde muafiyet ve menfi tespit talepleriyle birleşme ve devralmalara ilişkin incelemelerin, soruşturmaya dönüşmesi halinde de uygulanacağı hatırlanacak olursa, mevcut düzenlemenin kapsamının sanıldığı kadar dar olmadığı anlaşılmaktadır. Bu durum Komisyon’un ve Rekabet Kurulu’nun, menfi tespit ve muafiyet talepleriyle birleşme ve devralmalarla ilgili başvuruları değerlendirmesindeki temel yaklaşım farklılıklarından kaynaklanmaktadır.

Hatırlanacak olursa Komisyon, Birleşme ve devralmalara ilişkin başvuruları 81 ve 82 nci maddelerin uygulanmasına yönelik usul kurallarının tamamen dışında tutmakta ve bu başvuruların değerlendirilmesi Birleşme ve Devralmalar Tüzüğü çerçevesinde yürütülmektedir.

Muafiyet ve menfi tespit başvurularının değerlendirilmesinde ise yukarıda yer verilen itiraz usulü ve açık ihlale ilişkin düzenlemeler ışığında, söz konusu incelemelerin soruşturmaya dönüşmesi durumunda, sözlü savunma hakkı tanınmış durumdadır. Bu noktada belirtmek gerekir ki; Komisyon uygulaması, söz konusu başvurulara herhangi bir itiraz getirilmediği hallerde, 4054 sayılı Kanun’da yer verilen düzenlemelerden daha ileri bir noktadadır. Şöyle ki:

Mevzuatımız çerçevesinde, başvuru konusu anlaşma ya da eylemler zamanında bildirilmemişse ya da Kanun’u “açıkça ihlal eder durumda” ise, 40-59 uncu maddeler arasındaki önaraştırma ve soruşturma hükümleri uygulanacak ve soruşturma sonunda sözlü savunma hakkının kullanılması gündeme gelecektir. Ancak bu koşullar haricinde, 40-59 uncu maddelerin uygulanması gündeme gelemeyeceğinden, bu kapsamda yer verilen sözlü savunmaya ilişkin hükümlerin uygulanması mümkün değildir.

Oysa Komisyon uygulamasına baktığımızda, yukarıdaki sıralamada 1, 3 ve 4 üncü maddelerde yer alan menfi tespit kararı, bireysel muafiyet kararı ve bireysel muafiyet kararındaki değişikliklere ilişkin her kararda, sözlü savunma hakkının tanındığı görülmektedir. Esasen buradaki sözlü savunma hakkı, yukarıda literatüre ilişkin bölümlerde açıklanadığı üzere, cevap hakkına tekabül eden bir uygulamadır ve taraflar açısından değil, daha çok üçüncü kişiler

açısından hüküm ifade etmektedir. Nitekim menfi tespit ya da muafiyet alması muhtemel olan tarafların bu karara karşı herhangi bir itirazlarının olması düşünülemez.<sup>69</sup>

Sözlü savunma haklarının kapsam açısından karşılaştırılmasındaki ilginç konulardan biri, yukarıda yer verilen sıralamada 2 nci maddede geçen, “ihlale son verme kararları”nın alınma sürecindeki “hearing” uygulamalarıdır. Bu konu, “ihlale son verme” kararlarının, genel olarak soruşturma prosedürüyle bağlantısının ortaya konulması açısından da önem arzettiği için, ayrıca ele alınacaktır.

### 3.3.6. İhlalin Sona Erdirilmesi Sürecinde Savunma Hakları

17 sayılı Tüzüğün 3 üncü maddesine göre; Komisyon, 81 ve 82 nci maddelerin ihlal edildiğini tespit ederse, teşebbüsler ve teşebbüs birliklerine, ihlale son verilmesini emreden bir kararını ***bildirebilir***. Yine aynı maddeye göre; Komisyon, böyle bir karar almadan önce, ihlalin nasıl sona erdirileceğine ilişkin görüşlerini taraflara ***iletir***.

Görüldüğü gibi Tüzüğün 3 üncü maddesinde yer verilen bu düzenlemeler, Komisyon üzerine herhangi bir zorunluluk getirmemektedir. Komisyon bu maddelere dayanarak, yukarıda “proceedings” olarak adlandırdığımız süreç esnasında sona erdirilmiş olsa bile<sup>70</sup>, sürecin ortasında ya da nihai kararla birlikte<sup>71</sup>, hatta nihai karar sonrasında da<sup>72</sup> söz konusu ihlalin sona erdirilmesini isteyebilmektedir.

---

<sup>69</sup> Uygulamayı biraz açmak gerekirse, bu tür dosyalarda Komisyon, bildirilen anlaşma hakkında değerlendirme yapabilmek için genel olarak anlaşmayla ilgili menfaati olabilecek “üçüncü kişilerle” bağlantıya geçmekte ve bunlardan talep gelmesi halinde “hearing” hakkı tanımaktadır. Ancak bu dosyalarda tarafların da hearing hakkına sahip olduğunu belirtmek gerekir.

<sup>70</sup> Bir çok Komisyon kararında “likely effects” olarak adlandırılan ve esasen yasaklanan olayla birlikte, taraflarca girişilmesi muhtemel davranışların da 81 ve 82 nci maddeye aykırı olduğunu bildiren bu tür kararların, “duyurucu” ya da “declaratory” mahiyette olduğunu belirtmek gerekmektedir. Örnek Dosyalar; (Grundig-Consten 1964, Thell/Watta 1997, Distillers 1978, Maize Seed 1978, Pioneer Hi-fi 1980, Peroxygen Pruducts 1985). Ancak bu kararlar taraflar açısından duyurucu mahiyette olsalar bile, Komisyon tarafından aykırılığın tespit edilip duyurulması, üçüncü kişiler açısından ulusal mahkemelerde dava açmaları halinde önem arz etmektedir.

<sup>71</sup> Örnek olaylar; (Sugar 1973, Brooke Bond Liebig 1978, White lead 1979, AEG-Telefunken 1982, Ford Werke AG (Distribution System) 1983, Van den Bergh Foods Limited 1998).

<sup>72</sup> Örnek olaylar; (IM-Rules 1980, British Telecommunications 1982, Hudson’s Bay 1988, Eurofix-Hilti 1988, Dutch cranes 1995, Novalliance/Systemform 1997, Irish Sugar 1997)

Komisyon, zorunlu olamamakla birlikte, karar alma yetkisini birçok dosyada kullanmış, ancak görüş bildirme yoluna gitmemiştir.<sup>73</sup>

Komisyon'un soruşturma süreci sonunda aldığı ceza kararlarıyla, 17/62 sayılı Tüzüğün 3 üncü maddesi çerçevesinde aldığı tespit kararlarını birbirine karıştırmamak gerekmektedir. Dosyanın geldiği aşama gözönüne alınarak, "cevap hakkı"nın farklı görünüşleri mahiyetindeki yazılı ve sözlü savunma haklarının birbiri ardından kullanılması mümkünse de, Komisyon tarafından alınan ihlale son verme kararları genellikle daha ayrıntılı bir karar olan "statement of objections"ın taraflara tebliğinden sonraya rastlamaktadır. Bu durumda taraflar ihlale son verme kararına "yazılı itirazlarını" bildirmekle yetinmekte, sözlü savunma haklarını "statement of objections" a karşı kullanmaktadırlar. Ancak teorik olarak da olsa ihlalin tespiti ve sona erdirilmesine ilişkin kararlar karşısında da, tarafların hearing haklarını sözlü olarak kullanma olanakları vardır.<sup>74</sup>

İhlale son verme kararları ile "statement of objections" ın, birbirinden ayrı iddialar içermesi halinde<sup>75</sup>, tarafların sözlü cevap haklarını ayrı ayrı kullanmaları gündeme gelebilmektedir. Nitekim Mahkeme GVL dosyasında; Komisyonun, "ihlale son verme" kararlarında, "statement of objections" da yer verilecek hususları ayrıntılı olarak tartışma zorunluluğunun bulunmadığını belirtmiştir.<sup>76</sup>

Yukarıda yer verilen açıklamalardan çıkan sonuç ise ihlale son verme kararları ile "statement of objections"ın ayrı unsurlar içermeleri ya da ihlale son verme kararının nihai karardan sonra alınması halleri hariç olmak kaydıyla, tarafların genel olarak bir kez sözlü savunma haklarını kullandıkları yönündedir.

4054 sayılı Kanun'da, 17/62 sayılı Tüzüğün 3 üncü maddesine tekabül eden 9 uncu maddede yer verilen düzenlemelere baktığımızda ise, karar alma ve

---

<sup>73</sup> Roma Anlaşması'nın 189 uncu maddesi gereğince, tavsiye kararları bağlayıcı değildir. Komisyon bugüne kadar tavsiye bildirme yoluna gitmediği için, bu alandaki içtihat hukuku da gelişmiş değildir. Ancak "karar alma" yetkisinin kullanıldığı bir dosyada Mahkeme; tavsiyelerin bağlayıcı olmadığını hatırlattıktan sonra, buna rağmen, taraflar tavsiyelere uyarlarsa, nihai kararda cezanın takdirinde gözönüne alınması gereken hafifletici sebeplerin ortaya çıkacağı görüşünü bildirmiştir. (MagillTV Guide; C-241&242/91 RTE & ITP v Commission, 1995)

<sup>74</sup> Burada dikkat edilmesi gereken husus taraflara tanınan cevap haklarının, şekli olarak "Komisyon kararları"na karşı değil, ister ihlale son verme kararı olsun, isterse "statement of objections" kapsamında tebliğ edilmiş olsun, kararlarda yer verilen "suçlamalara" karşı geliştirildiğidir.

<sup>75</sup> Bu durum çok istisnai olarak ortaya çıkmaktadır.

<sup>76</sup> (Case 7/82 GVL v Commission, 1983)



görüş bildirmeye ilişkin hükümlerin emredici şekilde kaleme alındığı görülmektedir.<sup>77</sup>

Bu düzenleme karşısında, 40-59 uncu maddeler arasında yer almasa da, önaraştırma ya da soruşturma prosedürünün işletildiği ve 4, 6 ya da 7 nci maddelerin ihlal edildiği sonucuna ulaşılan her dosyada, Rekabet Kurulu'nun 9 uncu madde çerçevesinde bildirim yükümlülükleri ortaya çıkmaktadır. Bir başka deyişle, 9 uncu maddenin uygulaması 40-59 uncu maddelerle düzenlenen prosedürün içine alınmış durumdadır.

Kanun'un sözlü savunmaya ilişkin açık hükümleri karşısında, 9 uncu maddenin uygulanması açısından ayrıca sözlü savunma hakkından bahsetmek olanaksız olmakla birlikte, muafiyet ve menfi tespit başvurularının soruşturmaya dönüşmesi halinde olduğu gibi, 40-59 uncu maddelerin işletildiği her dosyada, 9 uncu maddenin nihai karar öncesinde işletilmesine yönelik bir ikincil mevzuat oluşturulmasına herhangi bir engel bulunmamaktadır. Söz konusu ikincil mevzuat çerçevesinde, AB Komisyonu uygulamasına benzer şekilde, taraflara "cevap" hakkı tanınmasının, savunma haklarının korunması açısından olumlu bir uygulama olacağı düşünülmektedir.<sup>78</sup>

## BÖLÜM 4

---

<sup>77</sup> 9 uncu maddede: "Kurul ihbar, şikayet ya da Bakanlığın talebi üzerine veya resen bu Kanun'un 4,6 ve 7 nci maddelerinin ihlal edildiğini tespit ederse bu Kanun'un 4 üncü Kısmında belirtilen hükümler çerçevesinde, rekabetin tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları kapsayan bir kararı **bildirir**. Kurul, birinci fıkraya göre bir karar almadan önce ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine ihlale ne şekilde son vereceklerine ilişkin görüşlerini yazılı olarak **bildirir**." hükmü yer almaktadır.

<sup>78</sup> 9 uncu maddede geçen "ihlalin tespiti" kavramını, 40-59 uncu maddelerde düzenlenen önaraştırma ve soruşturma süreçlerinin tamamlanması koşuluna bağlamamak gerekmektedir. Teşebbüslere uygulanacak para cezaları belirlenirken "süre" unsurunun dikkate alınması gerekliliği karşısında, 9 uncu madde çerçevesinde bildirilen bir "ihlale son verme" kararına uyulması halinde, teşebbüsler açısından olumlu sonuçlar ortaya çıkacağı açıktır. Dolayısıyla maddede geçen "ihlalin tespiti" kavramından, Kurul'un, soruşturma sürecinde elde ettiği bilgiler çerçevesinde, ihlalin tanımlanması ve gerekçelendirilmesine yetecek düzeye ulaşmasını anlamak gerekmektedir.

## **DOSYA MÜFREDATININ OLUŞTURULMASI ve KULLANILMASINDA USUL SORUNLARI**

4054 sayılı Kanun'la getirilen maddi hukuk kurallarının ihlal edilip edilmediğine ilişkin olarak, Kurul tarafından yürütülecek inceleme sürecinin; karara esas teşkil edecek olan dosya müfredatının oluşturulmasına yönelik olarak Kurul'a tanınmış olan "bilgi isteme" ve "yerinde inceleme" yetkilerinin kullanılması<sup>79</sup> ile tarafların savunma haklarının korunması anlayışı ve gizlilik ilkeleri çerçevesinde "dosyaya giriş hakkı"<sup>80</sup> tanınması arasında denge gözetilmesine dayandığı görülmektedir. Konu aşağıda bu sıralamayla ele alınmaktadır.

### **4.1. BİLGİ İSTEME ve YERİNDE İNCELEME YETKİLERİ**

#### **4.1.1. Bilgi İsteme ve Yerinde İncelemede İlke Sorunları**

##### **4.1.1.1. Genel Yetkilendirme İlkesi**

Bilgi isteme ve yerinde inceleme yetkilerinin düzenlendiği 14 ve 15 inci maddelerin her ikisi de; "Kurul bu Kanun'un kendisine verdiği görevleri yerine getirirken..." ifadeleriyle başlamaktadır. Söz konusu düzenlemeden anlaşılacağı üzere, Kurul'un bilgi isteme ve yerinde inceleme yetkilerinin kullanılması konusundaki irade serbestisi, oldukça geniş bir şekilde tanımlanmaktadır.

Bununla birlikte Kanun'un verdiği "her türlü" görevin yerine getirilmesi sırasında bu yetkilerin kullanılabileceğini düşünmek, açıkça amacı aşan bir yorum olacaktır. Örneğin 62 nci maddede; çalışma esasları ve muhasebe sistemi konularında Kurul'a verilen görevlerin yerine getirilmesi sırasında bu yetkiler kullanılmayacağı gibi, söz konusu yetkilere bu alanlarda ihtiyaç da duyulmamaktadır.

Dolayısıyla "görev" kavramından, Kanun'un amaç maddesine uygun şekilde, maddi hukuk kurallarının uygulanmasına yönelik işlemleri anlamak

<sup>79</sup> Bu süreç AB Hukukunda "fact finding process" olarak adlandırılmaktadır.

<sup>80</sup> Kavram AB Hukukunda kullanılan "access to the file" ifadesinin çevirisi mahiyetindedir.

gerekmektedir. Bu yaklaşımın doğal sonucu ise, söz konusu yetkilerin, rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlarla, hakim durumun kötüye kullanılmasına yönelik “yasaklamaların uygulanması”na ve birleşme-devralma işlemlerinin “denetlenmesine” yönelik “işlemler” kapsamında kullanılabilceği yönündedir.<sup>81</sup>

Kanun’un bu yaklaşımı, bilgi isteme ve yerinde inceleme konularında, Kurul’a, “görevlerini yerine getirme” amacıyla sınırlı bir “genel yetki” tanıdığı şeklinde yorumlanabilir.

Bu noktada gündeme gelen ikinci bir tartışma ise, Kurul’un bu yetkileri kullanırken “formel” bir inceleme ya da araştırma sürecine gereksinimi olup olmadığıyla ilgilidir. Bir başka deyişle, bu yetkilerin kullanımı, yukarıda yer verilen “görev” tanımı çerçevesinde, Kanun’da düzenlenen şekli inceleme süreçlerinden bağımsız olarak gündeme gelebilir mi?

Bu soruya verilecek cevap, Kurul, başvuru üzerine ya da resen herhangi bir konunun 40-59 uncu maddeler çerçevesinde incelenmesi eğilimine girdiği zaman, bir aylık önaraştırma süreci öncesinde, Kurum bünyesinde yürütülen ilk inceleme aşamasına işlevsellik kazandırılması bakımından önem arz etmektedir. Böylece Kurul’a tanınmış olan “genel yetki”nin sınırları da çizilmiş olacaktır.

Hemen belirtmek gerekirse; AB Komisyonu’nun uygulamasında “bilgi isteme” ve “yerinde inceleme” yetkilerinin kullanılması, formel inceleme sürecine bağlı değildir. Bu durum söz konusu yetkilerin kullanılışındaki amaç farklılığından kaynaklanmaktadır.

Şöyle ki; AB uygulamasında Komisyon’un, başvuru üzerine ya da resen inceleme başlatma yetkisi bulunmakla birlikte; Komisyon resen inceleme yetkisini, genellikle bilgi isteme ve yerinde inceleme yetkilerinin kullanılmasıyla elde ettiği delillere dayandırmaktadır. Bir başka deyişle, bu yetkiler “soruşturma” kapsamında kullanılabilceği gibi, formel soruşturma sürecinin başlatılmasına gerek olup olmadığına tespiti amacıyla da kullanılabilir.<sup>82</sup> Dolayısıyla ortada Komisyon’a yapılmış herhangi bir başvuru ya da Komisyonca başlatılmış herhangi bir inceleme olmadan, konusu “yalnızca” bilgi isteme ya da yerinde inceleme olan Komisyon kararları alınabilmektedir.

---

<sup>81</sup> Bu noktada “4, 6 ve 7 nci maddeler” biçiminde bir formülasyon yapılmasının sakıncalı olduğu hatırlatılmalıdır. Yukarıda değinildiği üzere anlaşma, karar ve uyumlu eylemlerle birleşme-devralmalara ilişkin “maddi hukuk kurallarına”, başka Kanun maddelerinde de yer verilmektedir.

<sup>82</sup> (Case 85/87 Dow Benelux NV v Commission, 1989). Bu dosyada Adalet Divanı, yerinde inceleme başlatılabilmesi için Komisyon’un elinde “somut delil” olması gerektiği iddiasıyla, Komisyon tarafından alınan yerinde inceleme kararının iptali istemini reddetmiş ve bizzat yerinde incelemenin somut delil elde etmek amacıyla olduğunu belirtmiştir.

Bu noktada dikkat çekilmesi gereken husus, Komisyonca alınan bu tür kararların asıl konusu bilgi isteme ya da yerinde inceleme olmakla birlikte, incelemenin hangi amaçla yapıldığı hakkında “genel” bilgi verme yükümlülüğünün bulunduğudır. Ancak söz konusu bilgi verme yükümlülüğü, teşebbüslere yöneltilmiş bir “suçlama” mahiyetinde olmadığı gibi, konunun ayrıntılarına girilmesine de gerek yoktur.<sup>83</sup>

Kanun’un 15 inci maddesinde incelemenin konusu ve amacına yapılan vurgu dikkate alındığında, 4054 sayılı Kanun’un sistematığı içerisinde de bilgi isteme ve yerinde inceleme konularında tanınmış olan “genel yetki”nin, Kanun’da yer verilen şekli inceleme ve araştırma süreçleri ile sınırlı olmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır.

Bu konuda yapılacak değerlendirmelere esas teşkil edebilecek ilginç bir düzenleme de, Kanun’un 44 üncü maddesinde 14 ve 15 inci maddelere yapılan atıfla ilgilidir. 44 üncü maddede Kurul tarafından görevlendirilen “soruşturma heyeti”nin, 14 ve 15 inci maddelerde düzenlenen yetkileri “soruşturma safhasında” kullanabileceği belirtilmektedir. Söz konusu düzenleme, Rekabet Kurulu tarafından yürütülen soruşturmalarda bazı teşebbüsler tarafından, “14 ve 15 inci maddelerde yer verilen yetkilerin “yalnızca” soruşturma safhasında kullanılabilmesi” şeklinde yorumlanmış ve önaraştırma döneminde elde edilen delillerin “hukuki” olmadığı iddia edilmiştir.

Ancak, Kurul’a tanınan yetkiler “genellik” çerçevesinde ele alındığında, 44 üncü maddede yer verilen bu hükümde soruşturma safhasına değil, “soruşturma heyeti”ne vurgu yapıldığı görülecektir. Bir başka deyişle 14 ve 15 inci maddelerde yer verilen yetkiler genel olarak “Kurul”a tanınmış olmakla birlikte, soruşturma safhasında bu yetkilerin “doğrudan soruşturma heyeti tarafından” da kullanılabilmesi ifade edilmektedir.

#### **4.1.1.2. Bilgi Verme Yükümlülüğü**

4054 sayılı Kanun’un 14 üncü maddesinde, Kurul’un “bilgi isteme” yetkisini kullanırken, taraflara konu hakkında ne ölçüde bilgi sağlama yükümlülüğünde olduğu açık olmamakla birlikte, “gerekli” gördüğü bilgileri isteyebileceği belirtilmekle, bilgi isteminin muhataplarına, “gereklilik” koşulunun açıklanması zorunluluğu getirilmiş bulunmaktadır. Bunun yapılabilmesi için, incelemenin konusu ile istenen bilgi arasında bir illiyet bağının kurulması ve muhataplara bildirilmesi gerekmektedir.

Bu düzenleme biçimi AB mevzuatına da paralellik arz etmektedir. Nitekim 17/62 sayılı Tüzüğün bilgi isteme yetkisiyle ilgili 11 (1) inci

---

<sup>83</sup> Bilgi verme yükümlülüğüne aşağıda değinilecektir.

maddesinde “gerekli bilgi”<sup>84</sup> kavramına vurgu yapılmış ve konu Komisyon’un ve Mahkemenin bazı kararlarında ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

CFI tarafından 1992’de alınan bir karara<sup>85</sup> göre, gereklilik koşulu, Komisyon’un ihlal şüphesi ile istenen bilgi arasında illiyet bağı kurulabiliyorsa sağlanmış olmaktadır. Bu karar 1994’te Adalet Divanı tarafından teyid edilmiştir.<sup>86</sup>

Bilgi istemindeki gereklilik koşulu 17 sayılı Tüzüğün 11(3) üncü maddesinde farklı bir ifadeyle ele alınmıştır.<sup>87</sup> Burada yer verilen, bilgi isteminin “yasal temeli ve amacı” ifadeleri, esasen istenen bilginin “gerekliliğini” göstermeye yönelik olarak yorumlanmaktadır. Mahkemenin “gereklilik” unsurunun ne olduğuna ilişkin olarak SEP dosyasında aldığı karar, 1994 ve 1995 yıllarında alınan iki ayrı kararda<sup>88</sup> tekrar yorum konusu olmuş, bilgi isteminin “gerekliliğinin” ortaya konulabilmesi için, Komisyon’un “yasal temel ve amaç”a ilişkin olarak ayrıntılı bilgi verme yükümlülüğünün olmadığı, Tüzüğün ilgili maddesinin yasal temel olarak gösterilmesi ve ispatlanmak istenen şüphelerden genel olarak bahsedilmesinin yeterli olduğu belirtilmiştir.

Bilgi isteminde muhataplara ne ölçüde bilgi verileceğine ilişkin olarak 17/62 sayılı Tüzük’te yer alan ve mahkemelerin yorumu sonucu ortaya çıkan bu ayrıntıların, Kanun’un 14 üncü maddesinde yer verilen “gereklilik” unsurunun açıklanmasında, kıyas yoluyla uygulanması kanımca yerindedir.

4054 sayılı Kanun’da yerinde incelemenin düzenlendiği 15 inci maddeye bakıldığında, “gerekli gördüğü hallerde” ifadesinin burada da kullanıldığı görülmektedir. Bu düzenlemeden çıkan sonuç ise, bilgi istemine benzer şekilde, yerinde inceleme halinde de “gereklilik” koşulunun açıklanması gerektiği yönündedir.

Yine benzer şekilde, gereklilik koşulu AB mevzuatında “gerekli inceleme”<sup>89</sup> kavramı altında toplanmıştır. Bilgi istemine ilişkin düzenlemelerde olduğu gibi burada da, yerinde incelemenin muhataplarına, incelemenin gerekli olduğunun gösterilebilmesine yönelik olarak bilgi verme yükümlülüğü öngörülmektedir. 17/62 sayılı Tüzük’te bu doğrultuda:

- 1- İncelemenin konusu ve amacı,
- 2- Hangi tarihte yapılacağı,

---

<sup>84</sup> “The Commission may obtain all **necessary information**...”

<sup>85</sup> (Case T-39/90 SEP v Commission, 1992)

<sup>86</sup> (Case C-36/92P SEP v Commission, 1994)

<sup>87</sup> “In its request the Commission shall state the legal basis and the purpose of the request...”

<sup>88</sup> (Case T-46/92 Scottish Football Association v Commission, 1994 Case T-34/93 Societe Generale v Commission, 1995)

<sup>89</sup> “The Commission may undertake all **necessary investigations**...”

- 3- Para cezaları,
- 4- Adalet Divanına başvuru hakkı

unsurlarına inceleme kararında yer verilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu unsurlar, Adalet Divanı tarafından, Roma anlaşmasının 253 üncü maddesinde yer verilen, Komisyon kararlarının gerekçeli olma zorunluluğu zorunluluğu ile birlikte ele alınmış ve Komisyon kararında bu unsurlara kısaca yer verildiği takdirde “gereklilik” koşulunun yerine geleceği belirtilmiştir.<sup>90</sup> Mahkeme bu yorumunu Hoechst<sup>91</sup> ve Dow Benelux<sup>92</sup> dosyalarında yinelemiştir.

4054 sayılı Kanun’un 15 inci maddesinin ilk fıkrasında yer verilen “gereklilik” koşulunun sağlanmasındaki usul de, AB mevzuatına benzer şekilde, maddenin son fıkrasında; “Uzmanlar incelemeye giderken yanlarında incelemenin konusunu, amacını ve yanlış bilgi verilmesi halinde idari para cezası uygulanacağını gösteren bir yetki belgesi bulundururlar” şeklinde düzenlenmiştir. Bu durumda, muhataplara incelemenin konusu ve amacı hakkında “genel” bilgi verilmesi ve cezaya ilişkin hususların hatırlatılması, “gereklilik” koşulunun sağlanması açısından yeterli görülmelidir.

#### 4.1.1.3. Karar Alma Sürecinden Kaynaklanan Sorunlar ve 4054 Sayılı Kanun’un Yaklaşımı

Yukarıda belirtildiği üzere bilgi isteme ve yerinde incelemeye ilişkin yetkiler mevzuatımızda esas itibarıyla “Kurul”a tanınmıştır. Buradan çıkan öncelikli sonuç ise, Kurul’un bu yönde bir iradesi olmadığı hallerde bu yetkilerin kullanılmayacağı yönündedir. Ancak Kurul’un, bu yetkilerin kullanımında iradesini ne şekilde ortaya koyacağına ilişkin ikincil düzenlemeler yapmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır.

Bu noktada gündeme gelen kritik soru ise, söz konusu ikincil mevzuatla, bilgi isteme ve yerinde inceleme yetkilerinin kullanılması konusundaki “karar” alma sürecinde, delegasyon mekanizmasının oluşturulup oluşturulamayacağına ilişkindir. Hemen belirtmek gerekirse Kurul’un bugüne kadar süren uygulamalarında, bilgi isteme ya da yerinde inceleme yetkilerinin kullanılması konusunda “karar alma” yoluna gidilmemiştir.<sup>93</sup>

Kanun’un para cezalarıyla ilgili 16 ncı maddesinin ikinci fıkrasında yer alan; “**Kurul kararıyla** bilgi isteme ya da yerinde inceleme hallerinde eksik, yanlış ya da yanıltıcı bilgi verilmesi halinde yüz milyon lira” para cezası verileceğine ilişkin hüküm ise, söz konusu yetkilerin kullanılmasındaki karar

<sup>90</sup> (Case 136/79 National Panasonic (UK) Ltd v Commission, 1980)

<sup>91</sup> (Case 46/87, 227/88 Hoechst v Commission, 1989)

<sup>92</sup> (Case 85/87 Dow Benelux NV v Commission, 1991)

<sup>93</sup> Yetki belgelerinde yer verilen “... her türlü bilgiyi isteyebilir, yerinde incelemelerde bulunabilir” gibi ifadelerin “karar” olarak nitelenmesi kanımca mümkün değildir.

mekanizmasına ayrı bir önem verildiğini göstermektedir. Bu noktada akla gelen soru ise, Kurul kararı olmadan da bilgi isteme ya da yerinde inceleme yetkilerinin kullanılıp kullanılmayacağına ilişkindir.

Kanun'da yer alan bu tür çelişkili düzenlemeler, esasen usule ilişkin bazı maddelerin, AB mevzuatındaki muadil hükümlerin çevirisi mahiyetinde olmasından kaynaklanmaktadır. Söz konusu yetkilerin kullanımında delegasyon mekanizmasının kullanılması ya da Komisyon'un karar alma yoluna gitmesine bağlı uygulama farklılıkları AB mevzuatında da mevcuttur.

17/62 sayılı Tüzüğün 11 ve 14 üncü maddelerinde bu yetkiler, aynen mevzuatımızda olduğu gibi "Komisyon"a tanınmıştır. Ancak hem bilgi isteme hem de yerinde inceleme konusunda, Komisyon'un şekli bir karar alması ile bu yetkilerin idari birimlerce kullanılması arasında farklılıklar getirilmiştir. Ayrıntılarına girmek gereksiz olmakla birlikte, bu konudaki en temel farklılık, söz konusu yetkilerin şekli bir Komisyon kararı olmadan kullanılmaları halinde, muhatapların bilgi verme ya da yerinde inceleme yapılmasına izin verme yükümlülüklerinin olmaması ve bu durumda herhangi bir ceza öngörülmemesidir.

Ancak Komisyon'un şekli bir karar alması ile bu yetkilerin kullanılması doğrultundaki "iradesini" ortaya koymasını birbirine karıştırmamak gerekir. Ortada şekli bir karar olmasa da, söz konusu yetkiler Komisyon adına kullanılmaktadır. Bu durumda, Komisyon tarafından yapılan iç düzenlemelerle, Rekabetten Sorumlu Genel Müdürlüğün ilgili birim amirleri, bilgi istemek amacıyla "mektup" yazmaya ve yerinde inceleme yapılması amacıyla "yetkilendirme" işlemi yapmaya yetkili kılınmıştır. Komisyon'un doğrudan "karar" aldığı hallerde de, 5 Kasım 1980 tarihli karar gereğince, Komisyon adına bu kararı almaya rekabetten sorumlu Komisyoner yetkili kılınmıştır. Bir başka deyişle Komisyon doğrudan "karar" alma yetkisini de delege etmiş durumdadır.

Söz konusu delegasyon mekanizmasının "kollektif sorumluluk" ilkesine aykırı olduğu iddiası ilk kez AKZO<sup>94</sup> dosyasında ileri sürülmüş, ancak mahkeme tarafından reddedilmiştir. Sonuç olarak belirtmek gerekirse; her iki halde de Komisyon iradesini delegasyon mekanizması ile ortaya koymakla birlikte, Komisyon adına alınmış "şekli" bir karara ya da "yetkilendirme" mekanizmasına dayalı uygulama farklılıkları devam etmektedir.

Bu durumda, 16 ncı maddede "Kurul kararı"na özel bir atıfta bulunulduğu ve kaynak niteliğindeki AB mevzuatı ve uygulaması göz önüne alındığında, 4054 sayılı Kanun'un uygulanması açısından da, bilgi isteme ve yerinde inceleme yetkilerinin kullanılması konusunda, Kurul kararı alınması ya

---

<sup>94</sup> (Case 5/85 AKZO Chemie BV and AKZO Chemie UK Ltd v Commission, 1986)

da idari birimlerce işlem tesis edilmesi arasında bir farklılaştırmaya gidilmesinin yerinde olacağı düşünülmektedir.

Kanun'un 44 üncü maddesinde "soruşturma heyeti"nin bilgi isteme ve yerinde inceleme yetkilerini kullanabileceği belirtilmekle, esasen söz konusu yetki devri, "soruşturma" aşamasına özgü olmak üzere, bizzat Kanun tarafından yapılmıştır. Dolayısıyla bu aşamada soruşturma heyetinin, esasen Kurul'a tanınmış olan yetkileri, yine Kurul adına kullanması söz konusudur. Bu durumda soruşturma heyetinin bilgi isteme ya da yerinde inceleme kararı alması halinde, Kurul adına alınmış bir "karar"ın varolduğu kabul edilebilir.<sup>95</sup>

Bunun dışında kalan hallerde Kurul'un ne şekilde karar alacağı ya da Kurul adına karar alma yetkisini ne şekilde devredeceği<sup>96</sup> ikincil mevzuatla belirlenmesi gereken konulardır. Ortada herhangi bir karar yokken, 14 ve 15 inci maddede düzenlenen yetkilerin, yine "Kurul adına" idari birimlerce kullanılmasındaki usul ilkeleri de ikincil mevzuatla ortaya konulabilir, ancak bu hallerde 16 ncı maddede yer verilen cezai yaptırımın uygulanamayacağıının bilinmesi gerekir.

#### **4.1.2. Bilgi İsteme ve Yerinde İnceleme Yetkilerinin Kapsamı**

Yukarıda bilgi isteme ve yerinde inceleme yetkilerinin kullanılmasında esas olan "gereklilik" koşulunun ne şekilde yerine getirileceği açıklanmış bulunmaktadır. Bu koşulun yerine getirildiğinin gösterilmesi ve taraflara bu konuda bilgi verilmesi, bilgi isteme ve yerinde inceleme yetkilerini kullanan idari organların sorumluluğu olarak tanımlanabilir.

Bunun karşısında söz konusu idari organların, bu yetkilerin kapsamı çerçevesinde kullanabilecekleri yetkiler bulunmaktadır. Kapsama ilişkin bu bölümde bu yetkiler ve sınırları belirlenmeye çalışılacaktır.

##### **4.1.2.1. Bilgi İsteme Yetkisinin Kapsamı**

###### **4.1.2.1.1. Kimlerden Bilgi İstenebilir?**

Bilgi isteme yetkisine kapsam açısından yaklaşıldığında ilk akla gelen soru, "kimlerden bilgi istenebileceği"ne ilişkindir: 4054 sayılı Kanun'un 14 üncü maddesine göre, "tüm kamu kurum ve kuruluşlarından, teşebbüslerden ve teşebbüs birliklerinden" bilgi istenebilir.

<sup>95</sup> Uygulamada soruşturma heyeti tarafından alınmış şekli bir yerinde inceleme ya da bilgi isteme kararı da bulunmamaktadır.

<sup>96</sup> Kollektif sorumluluk konusunda AB Hukuku ile Türk Hukukunun farklı yaklaşımları olabileceği gözden kaçırılmamalıdır.



Bu düzenleme biçiminde hemen dikkati çeken husus, bilgi istenebilecek kurum ve kuruluşlarla, teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin nitelikleri ile ilgili herhangi bir kısıtlamaya gidilmemesidir. Kamu kurum ve kuruluşları farklı bir şekilde ifade edilmekle birlikte<sup>97</sup>, AB mevzuatında da teşebbüs ve teşebbüs birlikleri için paralel bir düzenleme yer almaktadır. Buradan çıkan genel sonuç, şu şekilde özetlenebilir:

Bilgi isteme yetkisinin kapsamı, anlaşma ya da karara taraf olan teşebbüs ya da teşebbüs birlikleriyle sınırlı değildir. AB Komisyonu 17/62 sayılı Tüzüğü'nün 11 inci maddesinde yer verilen “teşebbüs ve teşebbüs birliği” kavramlarını, 81 inci maddede kullanıldığı şekliyle anlama ve uygulama eğilimindedir. Dolayısıyla, 81 inci madde kapsamında teşebbüs ve teşebbüs birliği olarak tanımlanabilen her gerçek ve tüzel kişiden bilgi istenebilir.

Komisyon bu yöndeki anlayışını ilk kez, “üçüncü kişi” kategorisinde değerlendirdiği şikayetçilerden bilgi isteme yoluna giderek kullanmıştır.<sup>98</sup>

#### **4.1.2.1.2. Mesleki Sırların Korunması**

AB mevzuatında olduğu gibi 4054 sayılı Kanun'da, başka kanunlarla korunan mesleki önceliklere ilişkin istisnalara yer verilmediği görülmektedir. Bu anlamda, teşebbüs ve teşebbüs birliklerine<sup>99</sup> hukuk, muhasebe, maliye vs. konularda profesyonel hizmet sağlayan gerçek ve tüzel kişiler de genel olarak bilgi isteme yetkisi kapsamındadır.

Bunlar içinde özellikle müvekkil ve avukatlar arasındaki ilişkiler tartışma yaratmaktadır. AB uygulamasına bakıldığında da bu konudaki istisnaların, mevzuatımıza benzer şekilde, “savunma hakkının korunması” ya da “profesyonel gizliliğin korunması” kavramlarına dayandırıldığı görülmektedir. Ancak bu koruma mekanizmaları daha çok ulusal mevzuatlardan kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla 17/62 sayılı Tüzüğü'nün uygulanması kapsamında bu nitelikteki bilgilerin Komisyon yetkililerince “alınmasının” önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Asıl sınırlama, bu bilgilerin kullanılması ve deşifre edilmesiyle ilgilidir. Bu yaklaşımın gelişimi şu şekilde olmuştur:

Vekil ve müvekkil arasındaki yazışmaların bilgi istemine konu olup olamayacağı Adalet Divanı'nda 1982'de görülen bir davada sorgulanmıştır.<sup>100</sup> Buna göre;

<sup>97</sup> AB mevzuatında teşebbüs ve teşebbüs birlikleri yanında “üye ülke hükümetleri ve üye ülkelerin yetkili kurumları” ifadeleri yer almaktadır.

<sup>98</sup> (Case 298/83 CICCE v Commission, 1985)

<sup>99</sup> 4054 sayılı Kanun kapsamında Kamu Kurum ve Kuruluşlarını da dahil etmek gerekmektedir.

<sup>100</sup> (Case 155/79 AM&S Europe v Commission, 1982)

- 1- Yazışmalar vekilin savunma hakkının kullanılmasını ilgilendiriyorsa ve
- 2- İşçi işveren ilişkisinin bulunmadığı “bağımsız” avukatlarla sözleşme ilişkisi çerçevesinde yapılmış yazışmalar söz konusuysa, 17/62 sayılı Tüzüğün muhataplar lehine yorumlanması gerekmektedir.

Adalet Divanı'nın kararına göre bu koruma, prensip olarak, Komisyon'un inceleme prosedürünü başlatmasından sonra yapılan yazışmaları kapsar. Ancak, prosedürün başlatılmasından önce yapılan ve soruşturma konusuyla “doğrudan” ilgili olan yazışmalar da aynı korumadan yararlanmaktadır.

Bağımsız avukatlardan ne anlaşılması gerektiği konusunda, AM&S davasında Adalet Divanı'nın bildirdiği görüşün, CFI tarafından Hilti<sup>101</sup> davasında ilginç bir şekilde uygulandığını görmekteyiz: Bu dosyada Mahkeme, teşebbüs bünyesinde işçi-işveren ilişkisi çerçevesinde çalışıyor olmasına rağmen, hukuk departmanından alınan bazı yazışmaların, bağımsız avukatlardan “sözleşme ilişkisi” çerçevesinde sağlanan görüşleri tekrar ettiğini tespit etmiş ve bu belgelerin koruma kapsamında olduğunu bildirmiştir.

Söz konusu uygulamalardan anlaşılacağı üzere, belirli istisnalar haricinde üçüncü kişilerden bilgi istenmesinin önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Bununla birlikte bilgi isteme yetkisinin kapsamı ile muhatapların bilgi verme yükümlülüğünü birbirine karıştırmamak gerekmektedir. Komisyonun bilgi istemleri, genel olarak istenen bilgiye sahip olma ihtimali yüksek olan teşebbüs ve teşebbüs birliklerine yöneltilmektedir.<sup>102</sup> Muhatapların istenen bilgiye sahip olmama olasılığı her zaman mevcuttur. Bu durumda ise Komisyon'un “yerinde inceleme” yetkisini kullanarak ya da başka yollarla, istenen bilginin verilmediğini ispat etmekten başka başvurabileceği bir yol bulunmamaktadır.

AB uygulamasında ulusal mevzuatlarla Topluluk mevzuatı arasındaki ilişkiden kaynaklanan bu uygulama biçiminin, Türk Hukukuna ne ölçüde yansıtılabileceği ve Kanun'lar arasındaki ilişkiye dayalı olarak nasıl bir çözüm getirileceği konusunda ise Danıştay kararlarının beklenmesi gerekmektedir.

#### **4.1.2.1.3. Suçun İkrarı Konusu**

Bilgi isteminin sınırlarını belirlemek bakımından önem arzeden bir başka nokta ise “suçun ikrarı” noktasında karşımıza çıkmaktadır. Özellikle ceza

---

<sup>101</sup> (Case T-30/89A Hilti v Commission, 1990)

<sup>102</sup> Bu teşebbüs ve teşebbüs birlikleri “trade witnesses” olarak tanımlanan ve genel olarak inceleme konusu pazarda faaliyet gösteren teşebbüs ve teşebbüs birliklerini kapsamaktadır (Smith, 2001, 72).

hukukunda uygulama alanı bulan ikrara ilişkin ilkeler, bilgi isteme yetkisine ilişkin uygulamalarda ne anlam ifade etmektedir?

Adalet Divanı Orkem<sup>103</sup> ve Solvey<sup>104</sup> dosyalarında, Komisyon'un bilgi isteme yetkisinin sınırlarını bu yönüyle belirlemeye çalışmıştır. Mahkemeye göre her ulusal mevzuatta ikrar konusu ayrı bir şekilde ele alınmakla birlikte, 81 ve 82 nci maddelerin uygulanması bakımından taraflar ikrara zorlanamaz.

Bu genel yaklaşım yanında, Mahkemenin 1995 yılında gördüğü Societte Generale<sup>105</sup> dosyasında verdiği karar, ikrara ilişkin ilkelerin uygulanması bakımından daha pratik bir öneme sahiptir. Buna göre Komisyon'un tarafları ikrara zorlayıp zorlamadığının tespitinde, "soru sorma" ve "belge talep etme" yollarında hangisine başvurduğu önemlidir.

Hemen belirtmek gerekirse, bu kararlarda öncelikle Komisyon'un bilgi isteme yetkisi çerçevesinde "somut belge" talep edebileceği hususu açıklığa kavuşturulmuştur.<sup>106</sup>

Kararda ikrarla ilgili olarak ise, Komisyon'un "suçun ikrarına yol açacağı kesin olsa bile", var olduğunu bildiği belgeleri talep edebileceği ve bunun ikrara zorlama anlamına gelmeyeceği, ancak söz konusu suçun işlenip işlenmediğine ilişkin "genel sorular" soruluyorsa, bunun zorlama olarak yorumlanması gerektiği belirtilmiştir.

Ceza hukukundan kaynaklandığı açık olan söz konusu ilkenin, 4054 sayılı Kanun'un uygulanması açısından, "idari usul"<sup>107</sup> kanununa sahip olmayan Türk Hukukuna nasıl yansıtılacağı da Mahkeme kararlarıyla somutlaşacaktır.

#### **4.1.2.2. Yerinde İnceleme Yetkisinde Kapsam**

4054 sayılı Kanun'un 14 üncü maddesinde, yerinde incelemenin kapsamına ilişkin olarak, görünürde oldukça ayrıntılı, uygulamada ise birçok soruna yol açan düzenlemelere yer verilmiştir. Hemen belirtmek gerekirse, ne kadar ayrıntılı olarak düzenlenirse düzenlensin, teşebbüs ve teşebbüs

---

<sup>103</sup> (Case 374/87 Orkem v Commission, 1989)

<sup>104</sup> (Case 27/88 Solvay&Cie v Commission, 1989)

<sup>105</sup> (Case T-34/93 Societte Generale v Commission, 1995)

<sup>106</sup> Komisyon'un, bilgi isteme yetkisi çerçevesinde somut belge talep ettiği ilk dosyalar oldukça eski tarihlidir. (Commission Decision 76/593/EEC CSV, 1976 ve Commission Decision RAI/UNİTEL, 1978)

<sup>107</sup> Burada belirtilen konu, AB üyesi ülkelerin bir çoğunda "general administrative law" olarak anılan ve bir bütün olarak idarenin işleyişinde kişisel hak ve özgürlüklerin korunmasına yönelik kuralları içeren özel bir yasanın hukukumuzda yer almadığıdır. Bununla birlikte, anayasa başta olmak üzere diğer yasalarda idarenin işleyişine ilişkin genel ilkelere yer verildiği herkesçe bilinmektedir.

birlikleriyle, rekabet otoritesi yetkililerinin doğrudan karşı karşıya buldukları bu alanda, hukuki sorunların yaşanmaması olanaksızdır.

Nitekim 17/62 sayılı Tüzük'te mevzuatımıza oranla çok daha ayrıntılı düzenlemeler yer almasına karşın, yerinde incelemeye ilişkin birçok konu içtihat hukuku sayesinde açıklığa kavuşturulmuş ve çözüme ulaştırılmıştır. Konunun hem teşebbüs ve teşebbüs birlikleri, hem de rekabet otoritesi yetkilileri yönüyle pratik önem arzemesi sebebiyle, bu bölümde öncelikle kapsama ilişkin genel ilkelere yer verilecek, ardından karşılaşılan sorunlar esas alınmak suretiyle AB Komisyonu ve Rekabet Kurulu uygulamaları irdelenecektir.

#### **4.1.2.2.1. Kapsama İlişkin Genel Yaklaşımlar**

Kanun'un 15 inci maddesinde teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin; defterlerinin, her türlü evrak ve belgelerinin incelenebileceği, gerekirse suretlerinin alınabileceği, her türlü mal varlığına ilişkin mahallinde incelemeler yapılabileceği belirtilmektedir. Bu düzenleme biçimi ilk bakışta teşebbüs ve teşebbüs birliği yetkililerinin kişisel hak ve özgürlüklerine müdahaleye kadar varan yetkiler tanıdığı izlenimi yaratmaktadır.

AB mevzuatında yukarıda yer verilen yetkilere ek olarak, teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin binalarına, topraklarına ve nakliye araçlarına “giriş hakkı”ndan söz edilmektedir. Ancak bunun, uygulamada farklılık yaratmayacağını hemen belirtmek gerekmektedir. Teşebbüs ve teşebbüs birliklerine ait olan bu yerlere girilmeden yerinde inceleme yapılması düşünülemeyeceğinden, söz konusu giriş hakkının, mevzuatımız çerçevesinde de var olduğunu kabul edilmelidir.

Özellikle “giriş hakkı” esas alınmak suretiyle, AB mevzuatı çerçevesinde tanınan bu geniş yetkilerin kişisel hak ve özgürlüklerle olan ilişkisi, National Panasonic<sup>108</sup> davasında Adalet Divanı'nda tartışılmıştır. Bu dosyada Mahkeme, İnsan Hakları Sözleşmesinin 8 inci maddesinde tanınan korumaların, kamu yararı gerekçesiyle sınırlanmasının önünde herhangi bir engel bulunmadığı, 17/62 sayılı Tüzük'te yer verilen düzenlemelerin bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.

4054 sayılı Kanun'un uygulanması bakımından da, 15 inci maddede yer verilen yetkilerin, teşebbüs ve teşebbüs birliklerinde “arama” yapılması sonucunu doğuracak şekilde uygulandığı, bu durumun Anayasa'da aramaya

---

<sup>108</sup> (Case 136/79 National Panasonic v Commission, 1980)

ilişkin olarak yer verilen ilkelere<sup>109</sup> uygun bir düzenleme yapılmadığı sürece hukuki olmadığı, birçok dosyada belirtilmiştir.<sup>110</sup>

Adalet Divanının National Panasonic davasında tartıştığı konu, Komisyon'un arama yetkisinin olup olmadığı değildir. Bu dosyada 17/62 sayılı Tüzükte yer verilen yetkilerin, kişisel hak ve özgürlükler üzerinde getirdiği sınırlamaların hukuksal olup olmadığı tartışılmıştır. Rekabet Kurulu'nun, 15 inci madde çerçevesinde teşebbüs ve teşebbüs birliklerinde yapmış olduğu incelemelerin de "arama" olarak nitelenmesi mümkün değildir. Herşeyden önce Yasa'da "arama" kavramından söz edilmemektedir.<sup>111</sup> Bu durumda 17/62 sayılı Tüzük'e paralel olarak getirilen düzenlemelerin uygulamada ne ifade ettiği ve sınırları belirlenmek durumundadır.

National Panasonic davasındaki genel itirazın ardından, söz konusu "giriş hakkı"nın, konut dokunulmazlığına aykırı olduğu yönünde daha spesifik bir iddia, Dow<sup>112</sup> ve Hoechst<sup>113</sup> davalarında ileri sürülmüş, Adalet Divanı "konutlar" açısından getirilen bu korumanın "ticari" meskenleri kapsamadığını belirtmiştir.<sup>114</sup>

Söz konusu "giriş hakkı"nın "arama" niteliğini taşımadığı konusundaki ikinci temel gösterge ise, "zorla giriş" hakkının olmamasıdır. Yine Hoechst dosyasında Komisyon yetkililerinin girişleri engellenmiş, 17/62 sayılı Tüzüğün 14/6 ncı maddesinde yer verilen, üye ülke rekabet otoriteleriyle işbirliği yapılmasına ilişkin hüküm çerçevesinde Alman Rekabet Kurumu'ndan yardım talep edilmiş, ancak gerekli mahkeme kararı alınamamıştır. Bu durumda teşebbüse para cezası uygulamaktan başka bir seçenek kalmamıştır.<sup>115</sup>

---

<sup>109</sup> Hemen belirtmek gerekirse bu ilkelerin en önemlisi aramaya ilişkin bir mahkeme kararının alınmasıdır.

<sup>110</sup> Örnek: 1999 yılında Adana Çimento A.Ş.'nin Adana Kağıt Sanayi A.Ş.'yi devralmasına ilişkin işlemin nihai incelemeye alınması sonucunda yapılan yerinde inceleme, söz konusu gerekçelerin öne sürülmesi sebebiyle yarıda kesilmiş ve süreli para cezası uygulanmıştır.

<sup>111</sup> Örneğin, Sermaye Piyasası Kanunu'nda, SPK yetkililerinin "ne şekilde arama yapacakları" ayrıntılı olarak düzenlenmiş bulunmaktadır.

<sup>112</sup> (Case 85/87 Dow Benelux v Commission, 1989)

<sup>113</sup> (Case 46/87, 227/88 Hoechst v Commission, 1989)

<sup>114</sup> Smith (2001, 89)'e göre bu ayrımın pratikte önemi yoktur: çünkü belirli evrakın konutlara götürülmesi suretiyle saklanması durumunda da, Komisyon er geç bunu farkedecek ve "eksik bilgi sağlamak" sebebiyle para cezası uygulayacaktır. White paper çerçevesinde yapılması beklenen değişikliklerle ise, konutların da bu sebeple incelenmesi olanağı getirilmektedir.

<sup>115</sup> Bu noktada belirtmek gerekir ki, ulusal mevzuatlar, 17/62 sayılı Tüzük'te yer verilen yetkilerin uygulanabilmesi açısından "mahkeme kararı" gerektiği yönünde ise, incelemenin gerçekleştirilebilmesi için mahkeme kararına ihtiyaç duyulmaktadır. Ancak bu durumda da inceleme "arama" niteliği kazanmamaktadır ve gerçekleştirilememesi halinde "Topluluk mevzuatı çerçevesinde" yalnızca para cezası uygulanabilir. Mahkeme kararlarının alınması durumunda ise

4054 sayılı Kanun'un uygulanması bakımından da "zorla giriş" hakkının bulunmadığı, bu durumun, çoğu zaman güvenlik güçleriyle birlikte gidilen "arama"dan bariz bir fark olarak nitelenmesi gerektiği konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Bu durumda mevzuatımız çerçevesinde de para cezası uygulanmasından başka bir yol bulunmamaktadır.<sup>116</sup>

Giriş hakkının korunması yanında incelemenin tümünü etkilemesi bakımından önem arzeden ve Orkem dosyasında ortaya çıkan ikinci bir ilke ise, Adalet Divanı Kararında "aktif işbirliği yükümlülüğü" olarak kavramlaştırılmıştır. Hukukumuz açısından da uygulanabilirliği konusunda tereddüt bulunmayan bu ilke gereğince, yerinde incelemeye ilişkin yetkilerin, teşebbüslere yüklenen işbirliği yükümlülüğü çerçevesinde yorumlanması gerekmektedir.

Yine incelemenin tümünü etkilemesi bakımından bahsedilmesi gereken başka bir ilke ise, Hoechst dosyasında Adalet Divanı tarafından "orantılılık" şeklinde ifade edilmiştir. Bu ilke Komisyon tarafından yayınlanan açıklayıcı notta da kabul edilmiş ve açıklanmış olmasına rağmen<sup>117</sup>, uygulamada bu ilkelerin hayata geçirilmesi oldukça sorunlu bir süreçtir.

National Panasonic dosyasında, teşebbüse haber verilmeden yapılan bir yerinde incelemenin, ancak ağır bir ihlalin varlığına dayanabileceği, aksi halde "idari yetkilendirme" mekanizmasının kullanılması ve önceden haber verilmesi gerektiği, bu yapılmadığı takdirde orantılılık ilkesinin baştan çiğnenmiş olacağı iddiasıyla Adalet Divanı'na yapılan başvuruda Mahkeme; "orantılılık" ilkesinin uygulanması açısından Komisyon'un, "her dosyanın özelliklerini göz önüne almak kaydıyla" tam bir takdir yetkisine sahip olduğunu belirtmiştir.

#### **4.1.2.2.2. Uygulamaya İlişkin Sorunlar**

Yerinde inceleme konusundaki teorik tartışmalar bir yana, somut olarak inceleme sürecine bakıldığında şu hususları tespit etmek mümkündür:

#### **İncelenebilecek Evrak ve Belgeler**

---

ulusal düzeyde öngörülen ek yaptırımlar uygulanabileceğinden, incelemenin yapılması kolaylaşmaktadır.

<sup>116</sup> Para cezaları genel olarak tezin kapsamı dışında tutulmakla birlikte, yerinde incelemenin engellenmesiyle ilgili olarak getirilen para cezalarının "sürelili para cezası" ile sınırlı tutulmasından kaynaklanan bir eksikliğe bu noktada değinmek gerekmektedir. Bu konuda her gün üzerinden uygulanacak sürelili para cezası dışında herhangi bir ceza öngörülmediğinden, uygulamada incelemenin ilk gününde engelleme ile karşılaşıldığı, ikinci gün ise incelemeye izin verilmek suretiyle sürelili para cezası uygulamasının durdurulduğu hallerle karşılaşılmaktadır. Oysa AB mevzuatında engelleme halinde sürelili para cezası yanında ağır bir maktu ceza da öngörülmüş durumdadır.

<sup>117</sup> (Dealing with the Commission, Brussels, 1997, para 5.1)

İnceleme “arama” yetkisini içermese de, uygulamada aramaya yakın olan yetkiler kullanılmaktadır. 4054 sayılı Kanun’da yer alan “defterlerini, her türlü evrak ve belgelerini” ifadelerine karşılık gelen ve AB mevzuatında “the books and other business records” şeklinde ifade edilen kavramları, Komisyon’un nasıl yorumladığına bakılacak olursa; mali kayıtlar, üretim, satış ve seyahatlere ilişkin kayıtlar, günlükler, toplantı notları, iç ve dış yazışmalar, yetkililerin belirli dönemlerde kullandıkları telefon ve fax kayıtlarını içeren ajandalar, elektronik posta kayıtları, fotografik materyaller vs. den oluşan ve tüketici olmayan bir yöntemle sayılan unsurların kapsandığı görülmektedir.<sup>118</sup>

Kerse (1999, 137)’ye göre Topluluk mahkemeleri, Komisyon’un bilgiye ulaşma hakkını, bilgi depolama teknolojisindeki gelişmelere paralel bir “giriş hakkı” nı kapsayacak şekilde yorumlama eğilimindedir. Dolayısıyla bilgisayar teknolojisine bağlı kayıt sistemlerinin gelişmesiyle birlikte, “the books and business records” kavramının içeriği de değişmektedir.

#### **Evrak ve Belgelerin “Yerinde” Görülmesi**

Arama yetkisine benzerliğin ortaya konulması açısından önem arzeden bir uygulama sorunu da, Komisyon yetkililerinin, teşebbüs bünyesinde yer alan “tüm” kayıt ve belgeleri yerinde görme konusundaki talepleridir. Esasen Rekabet Kurulu’nun uygulamasında da yaşanan bir çok sorun bu noktada ortaya çıkmaktadır.

Hemen belirtmek gerekirse “tüm” kayıt ve belgelerin kontrol edilmesi her dosyada uygun olan bir yöntem olarak karşımıza çıkmamaktadır. Aksine belirli dökümanların sunulması gerektiği, tüm dökümanların Komisyon yetkililerine açılmasının, aktif işbirliği yükümlülüğünün ihlal edildiği anlamına geleceği, Fabbrica Pisana dosyasında Komisyon tarafından ifade edilmiştir. Komisyon’un bu kararda ifade etmeye çalıştığı şey, teşebbüs yetkililerinin, “aktif işbirliği yükümlülüğü” çerçevesinde, talep edilen evrak ve belgeleri “bulma” yükümlülüğü altında olduklarıdır.

Buna karşılık Adalet Divanı’nın Hoechst dosyasında aldığı kararda; “Komisyon yetkililerinin, yalnızca spesifik bilgi ve belge isteme yetkisine sahip olduğunun kabul edilmesi” halinde, incelemenin gidişatının teşebbüs yetkililerinin inisiyatifine kalacağı, bu durumda 17/62 sayılı Tüzük’te yer verilen “giriş hakkı”nın anlamsız hale geleceği; yetkililere tanınan giriş hakkının, bu yerlerde bulunan evrak ve belgelerin yerinde tespit edilmesi hakkını da içerdiği belirtilmektedir.

---

<sup>118</sup> (Dealing with the Commission, Brussel, 1997, para. 5.6)

Kerse (1999)'ye göre Fabrica Pisana ve Hoechst dosyalarındaki yaklaşımlar arasındaki denge aslında daha erken tarihli bir dosyada<sup>119</sup> kurulmuş bulunmaktadır. Buna göre gerekli araştırmayı yaparak, aradığı bilgi ve belgelere ulaşmak, Komisyon yetkililerinin görevidir. Teşebbüsler üzerine düşen görev ise yetkililere yardımcı olmaktır. Bu nedenle teşebbüs yetkililerinin, evrak ve belgelerden araştırma konusuyla ilgili olanların tespit edilmesi sürecinde, Komisyon yetkililerine yardımcı olmaları gerekmektedir. Mahkemenin bu yorumundan çıkan sonuç ise, Komisyon'un, "arama" yetkisine sahip olmamakla birlikte, teşebbüs bünyesinde yer alan dökümanların inceleme konusuyla ilgili olup olmadıklarını tespit etme hakkına sahip oldukları yönündedir. Komisyon CSM-NV kararında, yerinde incelemeyi gerçekleştirenlerin, herhangi bir belgenin inceleme konusuyla ilgili olmadığını görmeleri halinde, bu tür evrakı incelemeye son verme yükümlülüğü altında olduklarını belirtmiştir.

Arama yetkisi ile benzerliği ve farklılıkları belirlendikten sonra, tekrar evrak ve belge tanımına dönülerek, yerinde incelemelerin Komisyonca oldukça etkin bir şekilde yerine getirildiğinin vurgulanması gerekmektedir. Örnek vermek gerekirse; Yetkililer öncelikle, son dönemlerde kullanılan ajandalar ve buralarda teşebbüsün işleri ile ilgili olarak bağlantı kurulmuş olan telefon ve fax numaralarını talep etmekte, bunların sunulmaması halinde teşebbüs yetkililerinin odalarında yer alan dökümanların, konu ile ilgili olup olmadıklarını kontrol etme yoluna gitmektedirler.

#### **Teşebbüs Yetkililerine Ulaşamaması**

Evrak ve belgelerin incelenmesi sürecinde 4054 sayılı Kanun'un uygulanması bakımından da sıkça karşılaşılan bir durum, teşebbüs bünyesinde belirli yetkililerin bulunmadıkları gerekçesiyle belirli evrakın incelenmesine izin verilmemesidir.

Bu durum Komisyon'un FNICF kararına<sup>120</sup> konu olmuş ve üst düzey yöneticilerin inceleme esnasında yerlerinde olmamasının, belgelerin sunulmasına engel teşkil etmeyeceği belirtilmiştir.

Rekabet Kurulu'nun incelemelerinde de sıkça rastlanan benzer bir durum ise bazı yöneticilerin teşebbüs bünyesinde olmamaları nedeniyle bunlara ait ofislerin incelenmesine izin verilmemesi halidir. AKZO<sup>121</sup> davasında bu durum yerinde incelemenin engellenmesi olarak yorumlanmış ve teşebbüse 5000 ECU para cezası verilmiştir.

#### **Teşebbüslerin Yönlendirme Eylemleri**

---

<sup>119</sup> (Case 155/79 A.M. & S. v Commission,1882)

<sup>120</sup> (Commission Decision 82/756/EEC, 1982)

<sup>121</sup> (Commission Decision 94/735/EC, 1994)



Komisyon'un, Tüzüğü'nün 14(2) nci maddesi kapsamında gerçekleştirilen yerinde incelemelerdeki usule ilişkin açıklayıcı notta yer verdiği diğer bir husus, teşebbüslerin, incelemenin gidişatını kontrol altına almak ya da ertelemek amacı olmamak kaydıyla, Komisyon Görevlilerini, konu ile ilgili "menfi ispat vasıtaları"na yönlendirme hakkına sahip olduklarıdır.

### **Evrak ve Belgelerin Fotokopilerinin Alınması**

Aynı açıklayıcı notta, defterlerin ve ticari kayıtların fotokopilerinin alınması konusunda teşebbüslerin olanaklarından faydalanılmış ise masrafların iade edileceği belirtilmekte, teşebbüslerin böyle bir görevi olup olmadığı konusunda ise açıklık getirilmemektedir.<sup>122</sup>

Masrafların kim tarafından karşılanacağı bir yana, evrak ve belgelerin incelenmesine izin verilmekle birlikte, fotokopilerinin alınmasının engellenmesi, CSM<sup>123</sup> dosyasında yerinde incelemenin engellenmesi olarak yorumlanmıştır.

### **Sözlü Açıklamalarda Uygulama Sorunları**

Yerinde incelemelerde, hem Türk mevzuatı hem de AB uygulaması açısından sorunlar yaşanan bir başka konu ise, teşebbüs yetkililerinden "sözlü açıklama" istenmesi halidir.

Komisyon uygulaması açısından Mahkemenin yorumuna ihtiyaç duyulan ilk mesele, yetkililerin bu kapsamda "ne tür sorular sorabilecekleri" ya da "hangi konularda" soru sorabilecekleriyle ilgili olmuştur.

Bazı hukukçular bu yetkinin geniş yorumlanması gerektiği kanaatinde.<sup>124</sup> Ancak Adalet Divanı, bilgi isteme ve yerinde inceleme yetkilerinin bağlantısı konusunda yorum yaptığı National Panasonic davasında; bilgi istemelerinde teşebbüsler açısından getirilmiş olan "bilgi verme yükümlülüğü" ve "süre"ye ilişkin tedbirlerin, sözlü açıklama istemleri ile safdışı edilmemesi gerektiği kanaatine ulaşmıştır.

Buradan çıkan sonuç ise Komisyon yetkililerinin, cevaplanması süre gerektiren sorular soramayacakları yönündedir. Bu durumda, Kerse (1999, 142-144)'ye göre yalnızca "incelemeye tabi tutulan evrak ve belgelerden kaynaklanan" sorular sorulabilir. Bu sorular, doğrudan bu belgelerle ilgili

---

<sup>122</sup> Rekabet Kurulu tarafından yürütülen incelemelerde bu konunun sorun yarattığı herhangi bir dosyaya rastlanmıştır değildir, ancak bu durum ileride de sorun yaşanmayacağı anlamına gelmemektedir, nitekim kimi incelemelerde teşebbüslerde bulunan fotokopi cihazları günlerce kullanılmaktadır.

<sup>123</sup> (Commission Decision 92/500/EEC, 1992). Aynı dosyada, söz konusu belgelerin fotokopilerinin alınmasına incelemenin ikinci gününde müsaade edilmiş olması, ceza uygulaması açısından hafifletici bir sebep olarak telakki edilmiştir.

<sup>124</sup> Ferry, Procedure and Powers of the EEC Commission in Anti-Trust Cases, 1979, p.126-127

olabileceği gibi, bu belgelerden yola çıkılmak kaydıyla “inceleme konusu ihlale ilişkin” de olabilir.

Sözlü açıklamalar konusunda uygulamada sorun yaratan bir diğer husus ise, kimlerden sözlü açıklama istenebileceğiyle ilgilidir. Smith (2001, 92)’e göre 17/62 sayılı Tüzük “teşebbüs yetkilileri” ile değil, teşebbüslerle ilgilenmektedir. Yani sorulara kimin cevap vereceği önemli değildir. Komisyon yetkilileri açısından önemli olan sorulara doyurucu cevapların alınabilmesidir. Smith bu konudaki yaklaşımını, yetkililere, sorulara doyurucu cevap verecek personelin eşlik etmemesi halinde, teşebbüsün aktif işbirliği yükümlülüğünü yerine getirmedeği ve yerinde incelemenin engellendiği şeklinde yorumlanması gerektiği noktasına kadar ileri götürmektedir.

Sözlü açıklamaların tutanağa geçirilmesi konusu Komisyon tarafından yürütülen iki dosyada tartışma konusu olmuştur. Bunlardan ilkinde<sup>125</sup> görevliler tarafından tutulan tutanağın içeriğinin, mahkeme kararıyla düzeltilmesi talep edilmiş, ancak istem mahkemece reddedilmiştir. İkincisinde ise<sup>126</sup> tutanağın tümü dava edilmiş, ancak Mahkeme, tutanak tutulmasının nihai bir işlem olmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir.

### **İncelemelerde Danışman Bulundurma Hakkı**

Yerinde incelemelerde teşebbüslerin hukuk danışmanlarından faydalanma yönündeki talepleri de incelenmenin ertelenmesine yol açtığı sürece, uygulamada sorun yaratmaktadır.

İncelemelerde Komisyon yetkililerine eşlik etmek üzere danışman çağırma hakkı, son olarak Dow ve Hoechst Kararlarında Mahkeme tarafından vurgulanmıştır. Ancak Adalet Divanı’nın National Panasonic davasında aldığı karar uygulama açısından daha pratik bir önem arz etmektedir:

Bu dosyada Komisyon yetkililerinden, danışman gelinceye kadar incelemenin ertelenmesi talep edilmiş, ancak yetkililer bu talebe uymamışlardır. Nihai kararın Mahkemede incelendiği sırada bu konu gündeme getirilmiş, Mahkeme teşebbüsün herhangi bir hakkının zedelenmediği sonucuna ulaşmıştır.

Danışman bulundurma konusuna, Komisyon’un yerinde incelemelerdeki usule ilişkin açıklayıcı notlarında şu şekilde yer verilmektedir:

Danışman bulundurma gerekçesiyle yerinde incelemelerde erteleme yönündeki taleplerin değerlendirilmesinde, teşebbüs bünyesinde hukuk departmanı bulunup bulunmadığı<sup>127</sup>, Komisyon yetkililerinin “giriş” hakkının tam olarak tanınıp tanınmadığı, teşebbüs bünyesindeki evrak ve belgelerin

<sup>125</sup> (T-9/97 Elf Atochem v Commission, 1997)

<sup>126</sup> (Case IBM v Commission, 1981)

<sup>127</sup> Eğer varsa bu talep dikkate alınmayacaktır.

olduğu gibi korunması konusunda pratik önlemlerin alınıp alınmadığı konularında yetkililere garanti sağlanması koşuluyla, inceleme “gereği” kadar ertelenebilir.

### **İkrara İlişkin İlkelerin Uygulanabilirliği**

Bugüne kadar yerinde incelemelerin, Komisyon görevlilerince, suçun ikrarı sonucunu doğurabilecek şekilde gerçekleştirildiği iddiasından kaynaklanan herhangi bir dava bulunmamaktadır.

Esasen suç unsurlarının elde edilmesine yönelik delil elde etmek amacıyla yapılan yerinde incelemelerde, bu konudaki ilkelerin nasıl uygulanacağı konusu oldukça tereddütlüdür.

Smith (2001, 99-100)’e göre bilgi isteme yetkisinin kullanılmasında ikrara ilişkin olarak Orkem ve Solvay davalarında Adalet Divanı tarafından ortaya konan ilkelerin, yerinde incelemelerde de uygulanmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır.<sup>128</sup>

### **Dosya Müfredatının İncelemeye Özgülenmesi**

17/62 sayılı Tüzüğün 20(1) inci maddesi gereğince, “yerinde inceleme” esnasında elde edilen bilgi ve belgeler, yalnızca ilgili inceleme kapsamında kullanılabilir. Uygulamada ise Komisyon’un bu prensibi çok katı bir şekilde algılamadığı görülmektedir.

İlk kez Dow Benelux dosyasında, Komisyon tarafından alınan “yerinde inceleme” kararı aleyhine dava açılmış ve yerinde inceleme kararının, başka bir dosyada elde edilen bilgilere dayandığının, açıkça ortada olduğu savunulmuştur.

Mahkeme kararında, bilgi ve belgelerin “kullanılması” ifadesinden ne anlaşılması gerektiğine açıklık getirilmiştir. Buna göre; herhangi bir araştırmada “yerinde incelemede” elde edilen bilgi ve belgeler, başka bir araştırma sonunda alınacak nihai kararda “ispat vasıtası” olarak kullanılamaz. Ancak Komisyon’un bu bilgi ve belgelere dayanarak yeni bir soruşturma başlatması hukuka uygundur.

Rekabet Kurulu tarafından yürütülen bazı soruşturmalarda da, daha önce Kurum bünyesinde yürütülen incelemelerde elde edilen bilgilerin kullanıldığı bilinmektedir. AB uygulaması karşısında bu durumun hukuka uygun olup olmadığı konusunda bazı tartışmalar yaşandığı bilinmektedir. Bu konuda şu hatırlatmalarla yetinilecektir;

---

<sup>128</sup> Uygulamanın somut olarak nasıl gerçekleştirileceği konusuna açıklık getirilmemektedir.

1- Mevzuatımızda, 17/62 sayılı Tüzükte bilgi ve belgelerin kullanılmasıyla ilgili olarak yer verilen kısıtlamalara karşılık gelen herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

2- Dolayısıyla konunun değerlendirmesi, ancak “hukukun genel ilkeleri” çerçevesinde yapılabilir.

3- Komisyon’un bu yöndeki uygulaması, yalnızca “yerinde inceleme” esnasında elde edilen bilgi ve belgeler için geçerlidir. Örnek vermek gerekirse, “bilgi isteme” yoluyla ya da herhangi bir araştırma kapsamında “şikayet” sonucu elde edilmiş olan bilgi ve belgelerin, başka araştırmalar kapsamında kullanılması konusunda herhangi bir kısıtlama mevcut değildir.

## **4.2. DOSYAYA GİRİŞ HAKKI**

### **4.2.1. Kapsam**

Savunma haklarına ilişkin açıklamalarda belirtildiği üzere, rekabet otoritelerinin bilgi isteme ve yerinde inceleme yetkilerinin kullanılması yoluyla ya da başka şekillerde elde ettiği bilgilerin “taraf”lara açıklanmasında uyulması gereken ilkeler, savunma hakkının ne derece etkin bir şekilde kullanıldığının göstergesidir.

Aynı ilkeler “üçüncü kişiler” açısından ise rekabet otoritelerine verilmiş olan “sır saklama” yükümlülüğüne uyulup uyulmadığının ölçüsüdür.

Bu çerçevede konu, hem taraflar hem de üçüncü kişiler açısından birlikte ele alınmaya çalışılacaktır. Ancak bu noktada şunu belirtmek gerekir ki; 4054 sayılı Kanun’da yer verilen düzenlemeler, yukarıda yer verilen sitematikten uzak ve oldukça dağınıktır:

Kanun’un 40-59 uncu maddelerinin uygulanması çerçevesinde, “Kurul’un kararına dayanak teşkil eden konular hakkında tarafların bilgilendirilmesi” konusundaki genel yükümlülük yanında, Kurul kararlarının yayınlanması sırasında, “taraf”ların ticari sırlarının korunması 53 üncü maddede ayrıca ele alınmış, “yasaklar”a ilişkin 25 inci maddede ise genel bir sır saklama yükümlülüğü getirilmiştir.

Tüm bu düzenlemelerin, taraflar açısından “savunma hakkının korunması” ve üçüncü kişiler açısından “gizlilik ilkelerinin uygulanması” anlayışı çerçevesinde ele alınması ve uygulamaya bu doğrultuda yön verilmesi gerekmektedir.

Bununla birlikte AB Komisyonu uygulamasında da dosyaya giriş hakkına ilişkin tartışmaların, dosya müfredatının, “taraf”lara ne ölçüde açılması

gerektiği noktasından başladığı, ardından üçüncü kişilere ilişkin esasların bu tartışmaya eklendiğini belirtmek gerekmektedir.

#### **4.2.2. Topluluk Organları Tarafından Ortaya Konulan Genel İlkeler**

##### **4.2.2.1. AB Uygulamasında Mahkemelerin Genel Yaklaşımı**

Adalet Divanı'nın 1966'da konuya ilişkin olarak aldığı ilk karar<sup>129</sup>, savunma haklarının korunması açısından; “dosya müfredatının taraflara tamamen açılmasının gerekli olmadığı”, iddialara hukuki ve iktisadi açıdan dayanak teşkil eden hususların<sup>130</sup> sunulmasının yeterli olduğu yönündedir.

Adalet Divanı 1979'da aldığı bir kararında<sup>131</sup> ise bir adım daha atmış ve “ihlale dayanak teşkil eden dökümanların”, görüşlerini bildirmek üzere taraflara sunulması gerektiğini belirtmiştir. Bu kararda ortaya konulan ilkenin çok geçmeden “tersinden” uygulandığı görülmektedir: Mahkeme 1983 yılında baktığı bir davada<sup>132</sup>, alınan bir Komisyon kararında taraflara bildirilmeyen bir belgeye dayanılmışsa, kararın hukuka uygun olup olmadığının takdirinde, söz konusu belgelerin Mahkeme tarafından gözardı edileceğini duyurmuştur.

Dikkat edilecek olursa bu iki dosyada ortaya konan ilkeler, Komisyon'un “ihlalin varlığını” tespit eden kararına dayanak teşkil eden belgeleri kapsamaktadır.<sup>133</sup> Oysa Rekabet Kurulu uygulamasından da bilindiği üzere, dosya müfredatı, yalnızca karara dayanak teşkil eden belgelerden oluşmaktadır. CFI'nın “diğer belgeleri” de kapsayan kararlarıyla, AB uygulamasında yargının konuya nasıl yaklaştığı netleşmiş bulunmaktadır:

Solvay<sup>134</sup> dosyasında CFI, Komisyon'un “ihlali tespit eden” kararına dayanak teşkil etmese de, dosya müfredatı içerisinde “ihlalin yokluğuna” delil teşkil edebilecek belgelerin olabileceğini, dolayısıyla “silahların eşitliği”<sup>135</sup> ilkesi çerçevesinde tüm dosya müfredatının taraflara sunulması gerektiğini belirtmiştir. Bu yorum 2000 yılında CFI'da görülen çimento dosyalarında<sup>136</sup> tekrar edilmiştir.

<sup>129</sup> (Case 56,58/64 Consten & Grundig v Commission, 1966)

<sup>130</sup> Kararda “facts” olarak geçmektedir. Ancak bunun somut belgeleri mi yoksa belgelere dayalı somut olguları mı kastettiği çok açık değildir.

<sup>131</sup> (Case 85/76 Hoffmann-la Roche v Commission, 1979)

<sup>132</sup> (Case 107/82 AEG-Telefunken v Commission, 1983)

<sup>133</sup> Ayrıca Komisyon'un sır saklama yükümlülüğüne de değinilmemektedir. Buradan çıkan sonuç, sır saklama yükümlülüğü kapsamında ifşa edilmemesi gereken dökümanların, doğal olarak karara da dayak teşkil edemeyeceği yönündedir

<sup>134</sup> (Case T-30/91 Solvay SA v Commission, 1995)

<sup>135</sup> Kararda söz konusu ilkeden, “equality of arms” şeklinde söz edilmektedir.

<sup>136</sup> (Joined Cases T-25-95/104-95 Cimenteries v Commission, 2000)

Bu noktada dikkat çekilmesi gereken nokta, tüm dosya müfredatının taraflara sunulmamış olmasının “tek başına” kararın iptali için yeterli olmadığı, dosya kapsamında gerçekten “ihlalin yokluğu”na delil teşkil edebilecek belgelerin bulunması gerektiğidir.<sup>137</sup>

#### 4.2.2.2. Komisyon Uygulaması

Komisyon, Adalet Divanı tarafından 1982 ye kadar ortaya konulmuş olan ilkeleri, savunma haklarının korunması açısından daha da ileri götüren bir yaklaşımla, ilk kez 12 nci Rekabet Raporu’nda ortaya koymuştur. Bu raporda ortaya konulan prosedüre göre;

Aleyhinde soruşturma yürütülen teşebbüsler, “iddianame”yle birlikte gönderilen bir liste ile Komisyon’un elinde bulunan belgelerden haberdar edilecektir. Bu liste aynı zamanda, tarafların taleplerine her zaman açık olan belgeleri belirleyecektir. Raporunda, bazı belgelerin taraflara verilmeyeceği ise açıkça belirtilmektedir. Bunlar;

- Ticari sır içeren belgeler,
- Komisyon’un iç yazışmaları ve
- “gizlidir” ibaresi içeren belgelerdir.

Eğer taraflar bu tür belgelerden herhangi birini talep ederlerse, Komisyon gizlilik ilkeleri çerçevesinde yalnızca bu belgelerin bir “özetini” verebilecektir.

Komisyon’un 1982 tarihli Rapor’da benimsemiş olduğu pratik yaklaşım, CFI tarafından Hercules<sup>138</sup> dosyasında, Adalet Divanı’nın 1983 tarihli AEG-Telefunken kararında ortaya koymuş olduğu yaklaşım hatırlatılmak suretiyle eleştirilmiş ve Komisyon’un gizlilik taşıyan belgeler hakkındaki tutumunun, bu belgelerin karara dayanak teşkil etmesi halinde uygulanamayacağı belirtilmiştir.

CFI’nın eleştirileri ışığında, Komisyon gizlilik içeren belgelere ilişkin tutumunu 1997 tarihli Notice’de tekrar gözden geçirmiş ve söz konusu belgelerin deşifre edilmemesi esas olmakla birlikte, ihlalin kanıtlanması açısından bunun yapılması gerekli ise; “tarafların savunma hakları, ihlalin giderilmesindeki kamu yararı ve belgenin deşifre edilmesinden kaynaklanacak zararları” göz önüne alan bir değerlendirme yapacağını, bu değerlendirmede;

- Söz konusu belgenin ihlalle doğrudan ilgili olup olmadığı,
- İspat gücü,
- İspat açısından bu belgenin açıklanmasının kaçınılmaz olup olmadığı,
- Belgede içerilen bilgilerin hassasiyet derecesi,

<sup>137</sup> (Joined cases T-305/94, 335/94 LVM v Commission, 1999)

<sup>138</sup> (Case T-7/89 SA Hercules Chemicals NV v Commission, 1991)

- İhlalin ciddiyeti,  
gibi unsurları dikkate alacağını duyurmuştur.

Komisyon'un gizlilik içeren belgelerle ilgili uygulaması, halen bu prensipler ışığında yürütülmektedir. Teşebbüsler bu prensipler ışığında, söz konusu belgelerin deşifre edilmemesi gerektiğinde ısrar ederlerse<sup>139</sup>, söz konusu uyuşmazlığın çözümü "Hearing Officer"a devredilmektedir. Bu Komisyon görevlisi, Komisyon tarafından yapılan değerlendirmenin geçersiz olduğuna karar verebileceği gibi, değerlendirmenin yerinde olduğuna ve belgenin deşifre edilmesi gerektiğine de Komisyon adına karar verebilmektedir.<sup>140</sup>

1997 tarihli Notice'de tarafların bilgi ve belge taleplerinin uygulamada nasıl değerlendirileceğine de değinilmiştir. Komisyon burada 1982 tarihli Raporundan itibaren yürüttüğü uygulamanın aksine, dosyada yer alan belgelerin listesiyle birlikte, "statement of objections"a, yalnızca karara dayanak teşkil eden belgelerin ekleneceğini, diğer belgelerin ise talep edilmesi halinde Komisyon binalarında görülebileceğini belirtmiştir. Dolayısıyla "statement of objections"ın gönderilmesinden önceki bilgi ve belge talepleri de değerlendirmeye alınmayacaktır.

1997 tarihli Notice'de, gizlilik içeren belgeler hakkında "hearing officer" a tanınan yetkiler saklı kalmak kaydıyla, bunun dışındaki belgeler ya da "statement of objections" a eklenen listeye ilişkin itirazların çözümü de "hearing officer"a devredilmiştir. Ancak "hearing officer"ın bu konuda alacağı kararların CFI'da dava edilmesi mümkün değildir.

### **4.2.3. AB Uygulamasındaki Sorunlar Dikkate Alınarak Rekabet Kurulu Uygulamasının Değerlendirilmesi**

#### **4.2.3.1. Kanun'un Genel Yaklaşımı**

AB uygulamasında Solvay dosyasında CFI tarafından ortaya konan ve "silahların eşitliği" ilkesi çerçevesinde, tüm dosya müfredatının "taraflara" açılmasını gerektiren yorum, 4054 sayılı Kanun'un 44 üncü maddesinde açıkça mevzutumıza girmiş bulunmaktadır.

---

<sup>139</sup> Bu noktada Komisyon ve ilgili teşebbüs arasında söz konusu belgenin deşifre edilmesi konusunun istişare edildiğini belirtmek gerekmektedir. Komisyon belgenin açıklanmasına yönelik kararını en az bir hafta önceden teşebbüse bildirmek zorundadır. Bu durumda ilgili teşebbüsün CFI'da karara karşı dava açma hakkı vardır

<sup>140</sup> (Commission Decision 94/810/EC on the terms of reference of hearing officers in competition procedures before the Commission)

Buna göre; “Haklarında soruşturmaya başlandığı bildirilen taraflar sözlü savunma hakkını kullanma taleplerine kadar Kurum bünyesinde kendileri ile ilgili olarak düzenlenmiş olan her türlü evrakın ve mümkünse elde edilmiş olan her türlü delilin bir nüshasının kendilerine verilmesini isteyebilir. Kurul, tarafları bilgilendirmediği ve savunma hakkı vermediği konuları kararlarına dayanak yapamaz.”

Dikkat edilirse bu düzenlemede, elde edilmiş olan delillerin bir nüshasının “*mümkünse*” verilmesi öngörülmektedir. Kanımca bu hükmü, bu bölümün başında açıklanan “Kurul’un sır saklama yükümlülüğü” çerçevesinde ele almak gerekmektedir. Buradan çıkan sonuç; taraflara dosyaya giriş hakkı tanınırken sır saklama yükümlülüğüne uyulması gerektiği, bu yükümlülük çerçevesinde taraflara sunulması mümkün olmayan belgelerin, karara dayanak teşkil ettirilmemesi gerektiği yönündedir.

#### **4.2.3.2. Dosya Bazında Karşılaşılan Sorunlar**

##### **4.2.3.2.1. Raporların Tebliğatı ve “Delil-İç Yazışma” Ayrımından Kaynaklanan Sorunlar**

Kanun’un 44 üncü maddesinde, Kurum bünyesinde düzenlenmiş olan evrak açısından “her zaman”, deliller açısından ise “mümkünse” tarafların bildirilmesi esası getirilmiş olmasına rağmen, 45 inci madde çerçevesinde “soruşturma raporu”nun taraflara tebliği bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Soruşturma raporunun ise delillere dayandığı açıktır. Bu durumda raporun tebliği, delillerin de tebliği anlamına gelmektedir. Uygulamada Raporlarda yer alan bazı delillerin taraflara iletilmediği, raporun ilgili sayfalarının boş bir şekilde tebliğ edildiği bilinmektedir. Bu durumda tarafların bilgilendirilmesi esasına aykırı mı hareket edilmektedir?

Bu noktada cevaplanması gereken ilk soru, Kanun’un “iç yazışmalar” için herhangi bir koruma getirip getirmediğidir.

Bilindiği üzere Kanun’un, Kurum içi yazışmalara ilişkin herhangi bir özel düzenlemesi bulunmamaktadır. Soruşturma raporu için özel düzenlemeler öngörülmüş olmakla birlikte, ortada herhangi bir mahkeme içtihadı da bulunmazken, iç yazışmalara ilişkin olarak AB hukukunda geçerli olan ilkeler Kurul uygulamasına yansıtılabilir mi?

Bu sorunların çözümü için öncelikle, soruşturma raporunun “iç yazışma olup olmadığı” meselesine açıklık getirmek gerekmektedir. Fikir vermesi açısından AKZO dosyasında Mahkemenin yaptığı ilginç bir yoruma bu noktada değinmek gerekmektedir: Bu dosyada, yerinde inceleme sonrasında müfettişler tarafından Komisyon bünyesinde hazırlanan “rapor”un taraflara verilmediği



gerekçesiyle kararın iptali istenmiş, ancak Mahkeme “rapor”un iç yazışma olduğuna karar vermiştir.<sup>141</sup> Ne var ki Komisyon uygulamasında taraflara gönderilen “suçlayıcı” mahiyetteki asıl belge “statement of objections” olduğundan, Mahkeme bu yorumu kolayca yapabilmıştır. Oysa Kanun’un 45 inci maddesi çerçevesinde soruşturma raporunun tebligatından kaçınılamayacağı açıktır.

Tartışmaya açık olmakla birlikte bu noktada, soruşturma heyeti tarafından hazırlanan ve Kurul üyelerine sunulan raporla, delillerin bir kısmının ayıklandığı ve taraflara tebliğ edilen rapor arasında bir ayırım yapmak gerekmektedir. Burada yapılan ayıklama işlemi, Kurul’un kararına dayanak teşkil edecek delillerle diğer deliller arasındaki ayrımı ortaya koymaktadır. Dolayısıyla Kurum bünyesinde tutulan rapor bir iç yazışma olmakla birlikte, taraflara tebliğ edilen nüshanın “Kurul kararına dayanak teşkil edecek olan hususların belirlendiği” “suçlayıcı” bir belge olduğu görülmektedir. Bu yaklaşım çerçevesinde “iddiaların genişletilmesi” ile ilgili olarak yaşanan bir çok sorun da çözüme kavuşturulacaktır. Sonuçlara bakılacak olursa;

- 1- AB hukuku terminolojisi kapsamında, soruşturma raporu esas itibarıyla bir iç yazışmadır.
- 2- 4054 sayılı Kanun’un iç yazışmalara ilişkin yaklaşımı açık değildir.
- 3- İç yazışmalara ilişkin ilkeler kıyas yoluyla uygulanabilir olsa da soruşturma raporunun tebligatı açısından, Kanun’da öngörülen özel düzenlemelerin uygulanacağı açıktır.
- 4- Kanun’un, sır saklama yükümlülüğü çerçevesinde, delillerin taraflara verilmesiyle ilgili olarak getirdiği “mümkünse” koşulu, soruşturma raporunun tebligatı esnasındaki ayıklama işlemiyle yerine getirilmektedir. Bu anlamda Kurul’un mevcut uygulamasının yerinde olduğu söylenebilir.

#### **4.2.3.2.2. Çok Taraflı İhlallerde Tebligat Sorunları**

Rekabet Kurulu’nun soruşturma raporundaki ayıklama işlemi neticesinde, farklı taraflara gönderilmek üzere ortaya çıkan farklı raporlara benzer şekilde, Komisyon uygulamasında da, farklı taraflara “statement of objections”ın yalnızca “ilgili” bölümlerinin gönderilmesi, uygulamada karşımıza çıkan bir olgudur.

Çimento dosyasında, bu farklılaştırmaya ilişkin AB uygulamasının, tarafların savunma hakları üzerinde herhangi bir sınırlama getirmediği, tarafların kendileri açısından yer verilmiş olan iddialara cevap vermelerinin yeterli olduğu

---

<sup>141</sup> (Case C-62/86 AKZO Chemie BV v Commission, 1991)

belirtilmiştir. Rekabet Kurulu uygulamasında da, taraflar açısından hangi iddialara yer verildiği açık olduğu sürece sorun yaşanmayacağı düşünülmektedir.

Bununla birlikte PVC dosyasında, taraflardan gelen bir talep üzerine Komisyon, uygulamada da sonuç doğurabilecek oldukça ilginç bir yorum yapmıştır: Taraflar bu dosya kapsamında kendilerine “statement of objections”la birlikte iletilen bilgi ve belgelerde farklılıklar olduğunu, dolayısıyla, birlikte Komisyon’a gelerek, dosyanın tümünü görmek istediklerini belirtmişlerdir. Bunun üzerine Komisyon, Rekabet Genel Müdürlüğü’ne gelmelerine gerek olmadığını, ellerinde bulunan bilgi ve belgeleri karşılıklı olarak değişmek suretiyle tüm belgeleri görebileceklerini belirtmiştir. Ancak Komisyon, ticari sırlarının karşılıklı olarak açıklanması suretiyle “rekabetin yeniden sınırlanması” sonucunun ortaya çıkması ihtimalini göz önünde bulunduracağını da duyurmuştur. Bu hususlar Komisyon’un nihai kararına<sup>142</sup> da yansıtılmıştır.

#### **4.2.3.2.3. Ticari Sır ve Gizli Bilgi Ayrımından Kaynaklanan Sorunlar**

4054 sayılı Kanun’da ticari sır ve gizli bilgi ayrımına ilişkin bir düzenleme getirilmemiştir. Esasen konu AB Hukukunda da uygulama ile netleştirilmeye çalışılmıştır.

Adalet Divanı konuyla ilgili olarak herhangi bir görüşü ileri sürmemiştir. 1986 tarihli AKZO dosyasında Komisyon, tarafların “herhangi bir belgenin ticari sır içerdiği” yönündeki değerlendirmesinin “önemli” olduğunu, ancak belirleyici olmadığını belirtmiştir. Bu konudaki takdir yetkisi nihai olarak Komisyon’un elindedir.<sup>143</sup>

Buna karşılık Komisyon, “gizlidir” ibaresi konulan tüm dökümanları “gizli belge” olarak değerlendirme eğilimindedir. Buradaki farklılık, uygulamada ticari sır içeren belgelerin daha hassas bir şekilde ele alınıyor olmasından kaynaklanmaktadır:

İspat açısından gerekli olduğu hallerde, yukarıda yer verilen prosedür çerçevesinde, gizli bilgiler “özet halinde” deşifre edilebilirken, ticari sırların korunması gerekmektedir.<sup>144</sup>

CFI’nın Postbank<sup>145</sup> davasında ticari sır-gizli bilgi ayrımına getirdiği yorum ise şu şekildedir; Bilgi ya da belgenin kamuoyuna değil, yalnızca belirli

---

<sup>142</sup> (Commission Decision 89/190/EEC, 1989)

<sup>143</sup> Hearing Officer tarafından alınan karara karşı yargı yolunun açık olduğu hatırlanmalıdır.

<sup>144</sup> White paper çerçevesinde yapılması planlanan değişikliklerle, uygulamadaki bu ayrım ortadan kaldırılacak ve ispat için gerekli olan hallerde ticari sır içeren belgelerin de açıklanmasının yolu açılacaktır

kişi ya da teşebbüslere verilmesi halinde bile ticari çıkarların zedelenmesi sonucu ortaya çıkıyorsa, “ticari sır” söz konusudur. Aksi halde gizli bilgiden söz etmek gerekmektedir.

#### **4.2.3.2.4. Taraflar ve Üçüncü Kişiler Açısından Uygulama Farklılıkları**

Gerek AB uygulaması ve gerekse mevzuatımız açısından, dosyaya giriş hakkı kapsamında buraya kadar özetlenen düzenlemeler, “taraf”lara ilişkindir. Bir başka deyişle, “dosyaya giriş hakkı” esas itibarıyla taraflar açısından getirilmiş ve “savunma haklarının korunmasına” özgülmiş bir olgudur.

Ancak başlangıçta belirtildiği üzere dosyaya giriş hakkının “üçüncü kişiler” için de bir anlamı vardır. Özellikle hakim durumunu kötüye kullanma eğilimi içindeki teşebbüsler aleyhine, “üçüncü kişiler” tarafından sağlanmış olan bilgilerde gizlilik ilkelerine uyulması, üçüncü kişilerin ekonomik çıkarlarının korunması bakımından önem arz etmektedir. Ancak üçüncü kişilerin ekonomik çıkarlarının korunması her zaman dosyaya giriş hakkı tanınmasını gerektirmemektedir.

Hemen belirtmek gerekirse, şikayetçiler de rekabet hukuku bağlamında “üçüncü kişi” kavramı altında telakki edilmektedir. Matra Hachette dosyasında CFI “şikayetçilerin de dahil olduğu üçüncü kişilerin”, soruşturmaya uğrayan “taraf”larla aynı ölçüde dosyaya giriş hakkına sahip olmadığını belirtmiştir.

Ancak Komisyon’un 1997’de yayınladığı Notice’de, “şikayetin reddedilmesi eğiliminin ortaya çıkması halinde”, şikayetçinin durumdan haberdar edileceği, bu durumda red kararının hangi bilgi ve belgelere dayandığı ile sınırlı olmak üzere, şikayetçiye de dosyaya giriş hakkı tanınacağı duyurulmuştur. Komisyon’un elinde bu tür belgeler varsa şikayetçiye vermek zorundadır. Belgeye dayanmayan “red kararı eğilimi” şikayetçi tarafından “hearing officer”a götürülebilir ve bu eğilimin, gerekçeli bir karar olarak ifade edilmesi talep edilebilir. Bu gerekçeli kararın CFI’da dava edilmesi mümkündür.<sup>146</sup>

4054 sayılı Kanun’un uygulaması bakımından da, dosyaya giriş hakkının esas itibarıyla “taraf”lara tanındığı belirtilmişti. Bu anlamda soruşturma raporlarının “şikayetçilere” de tebliğ edilmesinin, yerinde bir uygulama olmadığı belirtilmelidir.

---

<sup>145</sup> (Case T-353/94 Postbank NV v Commission, 1994)

<sup>146</sup> Komisyon’un aldığı açık ya da zımnî red kararlarının da ayrıca dava edilebileceği gözden kaçırılmamalıdır.

Ŗikayetçilere yapılacak bildirimlerin kapsamı 42 nci maddede açıkça düzenlenmiştir. Buna göre; iddiaların ciddi ve yeterli bulunması halinde araştırmaya başlandığı bildirilmelidir. Kanun burada, Kurul'un, Ŗikayet doğrultusunda hareket ettiği halleri kapsamaktadır. Ŗikayetin reddedilmesi eğiliminin ortaya çıkması halinde ise AB uygulamasında geçerli olan ilkelerin uygulanması konusunda herhangi bir engel bulunmamaktadır.

**SONUÇ**

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un "maddi hukuk kuralları" olarak nitelenen 4, 6 ve 7 nci maddeleri itibarıyla, büyük ölçüde AB rekabet mevzuatındaki muadil hükümlerle benzeştiği bilinmektedir.

Bu benzeşme, mevzuatın lafzıyla sınırlı kalmayıp; Rekabet Kurulu'nun yaklaşık dört yıllık uygulamasında, AB rekabet mevzuatının uygulanmasından "birinci" derecede sorumlu olan AB Komisyonu kararları ile bu kararların yargısal denetimini yürüten Adalet Divanı ve Bidayet Mahkemesi kararları da göz önünde bulundurulmak suretiyle, içtihat alanına da yayılmaya çalışılmıştır.

Uluslararası işbirliği sürecine hangi isim verilirse verilsin, mevzuat uyumu sürecinde, öncelik sürekli olarak esasa ilişkin hükümlere tanınmaktadır. Usul alanındaki uyumlaştırma çabaları ise, ülkelerin idari yapılanmalarındaki farklılıklara bağlı olarak, temkinli karşılanmaktadır.

Usul alanındaki bu genel eğilimlere rağmen son yıllarda, esasa ilişkin hükümlerde ne kadar ortaklık tesis edilirse edilsin, maddi hukuk kurallarının uygulanmasını gerçekleştirecek uygun usul kurulları tesis edilmediği sürece, söz konusu mevzuat uyumunun gereği gibi oluşturulamayacağı, hatta yanlış usul kurallarına yer verilmesi halinde hiç oluşturulamayacağı görüşü ağırlık kazanmaya başlamıştır. Bunun sonucu olarak usul alanında işbirliği arayışları ortaya çıkmıştır.

Bu gelişim, usul alanında işbirliği sağlanmasına yönelik iki ya da çok taraflı anlaşmalarla başlatılmış ve hızlı bir biçimde ilerlemiş olmakla birlikte; taraflar, işbirliğinin iyi işlemediği kanısına vardıklarında, kendi mevzuatlarının uygulama alanında olmasa da, kendi pazarlarını etkileyen rekabet ihlallerine doğrudan müdahale etme ve uluslararası kurallar çerçevesinde kendi yaptırımlarını uygulama hakkını sürekli olarak saklı tutmuşlardır.

Ancak "extra-territoriality" olarak nitelenen bu sürecin, uygulamada çok iyi işlemediği, özellikle yaptırım aşamasında birçok aksaklıkla karşılaştığı çabuk farkedilmiş; usul alanındaki işbirliği, yerini "ortak usul kurallarının oluşturulması" fikrine terketmeye başlamıştır.

Bu noktada usul kurallarının, bu gelişimi etkileyen önemli bir yönüne değinmek gerekmektedir: Her ne kadar usul olarak nitelense de, prosedüre ilişkin bazı kurallar, diğerlerinden farklı olarak, uygulamayı esastan etkileyen bir özelliğe sahiptir. Nitekim bu durum hukuk sistemimizde de genel kabul görmüş, usul kuralları genel olarak "esas etkileyen ve etkilemeyen" kurallar olmak üzere ikiye ayrılmıştır.

Rekabet hukukunun uygulanmasında ortak usul hükümlerinin tesis edilmesine yönelik sürecin, bu ayrımı göz önüne aldığı görülmektedir. Farklı idari yapılanmalardan kaynaklanabilecek uygulama farklılıkları, esas etkilemediği sürece işbirliği alanının dışında tutulmakta, uygulamanın bütünü

etkileyebilecek “ilke” mahiyetindeki usul kurallarında ortaklık tesis edilmesi yeterli görülmektedir.

Nitekim bu ortaklığın geliştirilmesine paralel olarak, ülkeler “extra-territoriality” kapsamında elde etmeye çalıştıkları kazanımlarını, uygulamanın daha etkin olacağına duyulan inançla, işbirliği anlaşmalarına “positive comunity” olarak nitelenebilecek hükümler koyarak sağlama yolunu tercih etmeye başlamışlardır. Kendi pazarını etkileyen rekabet ihlallerinde, diğer tarafın idari organlarını harekete geçirmek suretiyle, bir taraftan yetki uyumsuzlukları önlenmekte, diğer taraftan, rekabet kurallarının etkin uygulaması ile teşebbüslerin haklarının korunması arasında denge arayışına dayanan usul kuralları, uluslararası düzeyde kurumsallaştırılmaktadır.

Rekabet kurallarının uygulanmasında “maddi gerçekliğin ortaya çıkarılması”, en temel hak ve özgürlüklerden sayılan “savunma hakkının korunması”, idari prosedürün işletilmesinde “şeffaflığın” sağlanması ve karar alma sürecinde “hukuka uygunluğun tesis edilmesi” gibi ilkeler bunlara örnek olarak gösterilebilir.

Söz konusu ilkelerin hayata geçirilmesi ise, usul kurallarının yorumlanmasında ortak bir yol izlenmesine bağlıdır. Ancak usul kurallarının mahiyeti gereği “açıklık ve kesinlik”e ihtiyaç göstermesi, bazı farklılıkların “yorum”la aşılması imkansız hale getirmekte, bu alanda mevzuat değişikliği kaçınılmaz olarak karşımıza çıkmaktadır.

Tez kapsamında, Kurul’un nihai kararına kadar süren “idari” soruşturma prosedürüne egemen olan ilkeler ve uygulamada karşılaşılan sorunlar, bu yaklaşım çerçevesinde ele alınmış, ortak yorumla aşılabilecek noktalar ve mevzuat değişikliği gerektiren alanlar tezin sınırları elverdiği ölçüde tespit edilmeye çalışılmış, nihai kararlar ve yaptırımların uygulanma süreci ile yargısal denetim boyutu ise kapsam dışında tutulmuştur.

Son olarak belirtmek gerekirse; usul alanındaki uyum gereksiniminin, maddi hukuk alanından farklı olarak, ilkelerle sınırlı olduğunu tekrar etmekte fayda vardır. Karşılaştırmalarda esas alınan AB Rekabet Hukuku’nun nihayetinde “uluslarüstü” mahiyette olduğu, ulusal mevzuata katkı yapabileceği yönlerin daha objektif bir biçimde tespit edilebilmesi için, üye ülke rekabet otoritelerinin uygulamalarını da göz önüne alan bir değerlendirmeye ihtiyaç duyulduğu belirtilmelidir.

## **ABSTRACT**

Through the harmonisation process between the EU and Turkish legislations in the field of Competition, considerable degree of similarity in the

terms of substantial rules has been reached right after the adoption of the Act no:4054 for the Protection of Competition.

There is no doubt that this similarity arising from the wording of the relevant legislation has to be turned out to be an actual “compliance” by the appropriate interpretation of the substantial rules towards reaching a parallelism.

The procedural rules, on the other hand, have not been paid sufficient interest as they have been considered to have less importance in regards of creating a plain area of competition.

However, this assessment has failed as it has been observed in any case, because of neglecting the fact that it is the procedural rules which give the way to an effective application of both competition law and policy.

Taking into consideration the experiences of the EU administrative and judicial bodies competent of application of the competition rules, it can be drawn as a conclusion that the procedural rules also need much time as the substantive rules do, to reach a sufficient degree of certainty.

It is evident that the judicial interpretation of these procedural rules was always in favor of the Commission, delaying the modernisation of proceedings in the competition cases. This policy can be justified in the context of need for a cooperation between the EU institutions towards the development of a common market across Europe.

The general approach was that minimum standards of procedural rules for the creation of a balance between the effective application of the competition rules and the protection of the rights for a defence could be a good reason to compare the EU and Turkish legislation.

In this context, some practical solutions were tried to be come up with, where it is possible to do by simply looking at the case law. A few suggestions for the amendment of certain articles also were put forward where contradictions in the Turkish legislation are envisaged to seem as obstacles in front of the fundamental principles of a reasonable way of public administration.

The superiorities of the Turkish legislation, especially regarding the formal approach to the anti-trust cases in carrying out the investigations and enjoying the fact-finding powers assigned to it by law, were also identified and dealt with.

However, the need for comparing the Turkish procedural rules with an EU memberstate is still crucial to determine the effectiveness of proceedings before the Competition Board.



## KAYNAKÇA

ASLAN, Y. (1992), *Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku*, Ankara Directorate-General Competition, (1997), “Dealing With The Commission, Notifications, Complaints, Inspections and Fact-finding Powers”, Brussels

ESİN, A. (1998), *Rekabet Hukuku*, İstanbul

FERRY, C. (1979), *Procedure and Powers of the EEC Commission in Antitrust Cases*, London

JOSHUA, M. (1982), "Requests for Information in EEC Factfinding Procedures", *E.C.L.R.*, 173-185

KERSE, C. (1998), *E.C. Antitrust Procedure*, Fourth Edition, London

NAZERALİ J. D. COWAN (1999), "Modernising the Enforcement of EU Competition Rules-Can the Commission Claim to be preaching to the Converted?", *E.C.L.R.*, 442-445

ÖZ, G. (1999), "AB Rekabet Hukukunda Son Gelişmeler", Rekabet Kurumu Perşembe Toplantıları

SMİTH, M. (2001), *Competition Law Enforcement & Procedure*, London

WESSELİNG, R.(1999), "The Commission White Paper on Modernisation of EC Competition Law: Unspoken Consequences and Incomplete Treatment of Alternative Options", *E.C.L.R.*, 420-433

YILMAZ, E.(1999), "Rekabet Kanunu Uygulamasında Usul ve İspat Sorunları"

**AB Komisyonu, Adalet Divanı ve CFI Kararları  
(Tez'de yer verilen sıralama esas alınmıştır.)**

"Case 8-11/66 Cimenteries v Commission, 1967

"Case 84/191 Nuovo CEGAM v Commission, 1984

"Commission Decision 85/79 EEC John Deere & Co, 1985

"Case 145/83, 53/84 Adams v Commission, 1986

"Case 210/81, Demo-Studio Schmidt v Commission, 1983

"Case 298/83 CICCE v Commission, 1985

"Case T-24/90, Automec Srl v Commission, 1992

"Case T-7/92, SA Asia Motor France v Commission, 1993

"Case T-64/89 Automec Srl v Commission, 1991

"Joined Cases 142,156/84 BAT and Reynolds v Commission, 1987

"Case 119/97P Ufex v Commission, 2000

"Case T-334/94, Sarrio SA v. Commission, 1998

"Case 85/76 Hoffman-La Roche v Commission, 1979

"Joined Cases C- 89/55 etc Ahlström v Commission, 1993

"Case 60/81 IBM Commission, 1981

"Cases T-10-12/92, T 15/92 Cimenteries v Commission, 1993

"Case 48/69 ICI v Commission, 1972

"Case T-11/89 Shell International Chemical Co Ltd v Commission, 1992

“Joined Cases T-39/92 and T 40/92 Groupement des Cartes Bancaires and Europay International v Commission, 1994  
“Case 241-242/91 RTE & ITP v Commission, 1995  
“Case 7/82 GVL v Commission, 1983  
“Case 85/87 Dow Benelux NV v Commission, 1989  
“Case T-39/90 SEP v Commission, 1992  
“Case C-36/92P SEP v Commission, 1994  
“Case T-46/92 Scottish Football Association v Commission, 1994  
“Case T-34/93 Societe Generale v Commission, 1995  
“Case 136/79 National Panasonic (UK) Ltd v Commission, 1980  
“Case 5/85 AKZO Chemie BV and AKZO Chemie UK Ltd v Commission, 1986  
“Case 155/79 AM & S Europe v Commission, 1982  
“Case T-30/89A Hilti v Commission, 1990  
“Case 374/87 Orkem v Commission, 1989  
“Case 27/88 Solvay & Cie v Commission, 1989  
“Case 46/87, 227/88 Hoechst v Commission, 1989  
“Commission Decision 82/756/EEC, 1982  
“Commission Decision 94/735/EC, 1994  
“Commission Decision 92/500/EEC, 1992  
“Case T-9/97 Elf Atochem v Commission, 1997  
“Case 56,58/64 Consten & Grundig v Commission, 1966  
“Case 85/76 Hoffmann-la Roche v Commission, 1979  
“Case 107/82 AEG-Telefunken v Commission, 1983  
“Case T-30/91 Solvay SA v Commission, 1995  
“Joined Cases T-25-95/104-95 Cimenteries v Commission, 2000  
“Joined cases T-305/94, 335/94 LVM v Commission, 1999  
“Case T-7/89 SA Hercules Chemicals NV v Commission, 1991  
“Commission Decision 94/810/EC, 1994  
“Case C-62/86 AKZO Chemie BV v Commission, 1991  
“Commission Decision 89/190/EEC, 1989  
“Case T-353/94 Postbank NV v Commission, 1994

### **AB Komisyonu Tüzükleri**

Council Regulation No 17 implementing Articles 85 and 86 [*now 81 and 82*] of the Treaty

Council Regulation No 2988/74 (limitation periods in proceedings and the enforcement of sanctions)

Commission Regulation No 3385/94 (form A/B)

Commission Regulation (EC) No 2842/98 of 22 December 1998 on the hearing of parties in certain proceedings under Articles 85 and 86 [*now 81 and 82*] of the EC Treaty