

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2015-4-51
Karar Sayısı : **17-18/272-116**
Karar Tarihi : 01.06.2017

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. Ömer TORLAK
Üyeler : Arslan NARİN, Adem BİRCAN,
Şükran KODALAK; Mehmet AYAN

B. RAPORTÖRLER: Esin AYGÜN, Erdem AKTEKİN, Cüneyd DAL, Noyan DELİBAŞI

C. BAŞVURUDA

BULUNAN : - ING Bank A.Ş.
Temsilcileri: Av. Şahin ARDIYOK, Av. Belit POLAT
Büyükdere Cad. Bahar Sk. No: 13 River Plaza, Kat: 11-12
34394 Levent, İSTANBUL

- (1) **D. DOSYA KONUSU:** Rekabet Kurulunun 20.04.2016 tarih ve 16-14/219-M sayılı kararı uyarınca yürütülen soruşturma kapsamında ING Bank A.Ş.'nin, 4054 sayılı Kanun ve 2010/3 sayılı Dosyaya Giriş Hakkının Düzenlenmesine ve Ticari Sırların Korunmasına İlişkin Tebliğ uyarınca dosyaya giriş talebi.
- (2) **E. İDDİALARIN ÖZETİ:** ING Bank A.Ş. (ING) tarafından yapılan ve Kurum kayıtlarına 05.05.2017 tarihinde giren başvuruda bankaya yöneltilen her bir iddianın detaylarına hâkim olunması ve bilgi asimetrisinin önlenerek teşebbüsün aydınlatılması amacıyla, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (4054 sayılı Kanun) ve 2010/3 sayılı Dosyaya Giriş Hakkının Düzenlenmesine ve Ticari Sırların Korunmasına İlişkin Tebliğ (2010/3 sayılı Tebliğ) uyarınca ING hakkında düzenlenmiş her türlü evrak ve delilin Kurum bünyesinde belirlenen yer ve tarihte incelenmesi talep edilmiştir.
- (3) **F. DOSYA EVRELERİ:** Kurum kayıtlarına 05.05.2017 tarihinde giren başvuru üzerine hazırlanan 26.05.2017 tarihli ve 2015-4-051/BN-13 sayılı Bilgi Notu, görüşülerek karara bağlanmıştır.
- (4) **G. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgili raporda; kurum içi yazışma niteliği taşıyan 03.12.2015 tarih ve 2015-4-051/ÖA sayılı Öneri Raporuna erişim talebinin reddedilmesi gerektiği; kurum içi yazışma niteliği taşıyan özel sektör tüzel kişilerinden elde edilen belgelerin teşebbüs ile ilgili kısımlarının ticari sırlardan arındırılarak Kurum merkezinde herhangi bir elektronik veya mekanik kopyasının alınmadan incelenmek üzere erişime açılacağı; 2010/3 sayılı Tebliğ kapsamında kurum içi yazışma niteliğini haiz pişmanlık başvurusu ve eklerinin teşebbüs ile ilgili kısımlarının ticari sırlardan arındırılarak Kurum merkezinde herhangi bir elektronik veya mekanik kopyasının alınmadan incelenmek üzere erişime açılacağı, telefon görüşmelerine yönelik talebe ilişkin olarak, telefon kayıtlarının teşebbüs ile ilgili kısımlarının Soruşturma Raporunda ticari sırlardan arındırılmak suretiyle teşebbüse gönderilmiş olması nedeniyle değerlendirilmesinin mümkün olmadığı ifade edilmektedir.

H. İNCELEME, GEREKÇE VE HUKUKİ DAYANAK

H.1. Dosyaya Giriş Talebinin Kapsamı

- (5) Rekabet Kurulunun (Kurul) 20.04.2016 tarih ve 16-14/219-M sayılı kararı uyarınca yürütülen soruşturma kapsamında ING tarafından 4054 sayılı Kanun ve 2010/3 sayılı Tebliğ çerçevesinde Kurum bünyesinde incelenmesi talep edilen bilgi ve belgeler şunlardır:
- Öneraştırma Raporu ve ekleri (Belge-80),
 - Soruşturma Raporunda değinilen ve Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'den (TURKCELL) gelen belge (Belge-175),
 - Soruşturma Raporunda değinilen ve Türk Telekomünikasyon A.Ş.'den (TÜRK TELEKOM) gelen belge (Belge-182),
 - Soruşturma Raporunda değinilen ve İpek Kağıt Sanayi ve Ticaret A.Ş.'den (İPEK) gelen belge (Belge-226),
 - Soruşturma Raporunda değinilen ve İstanbul Büyükşehir Belediyesinden (İBB) gelen belge (Belge-260),
 - Soruşturma Raporunda değinilen ve Gama Holding A.Ş.'den (GAMA) gelen belge (Belge-261),
 - Soruşturma Raporunda kısmi içeriğine yer verilen telefon görüşmelerine ilişkin belge (Belge-2),
 - Pişmanlık başvurusu kapsamında sunulan belgeler (Belge-1 ve Belge-2).

H.2. Dosyaya Giriş Talebine İlişkin Değerlendirme

- (6) 4054 sayılı Kanun'un "*Delillerin Toplanması ve Tarafların Bilgilendirilmesi*" başlıklı 44. maddesinin ikinci fıkrasında "*Haklarında soruşturmaya başlandığı bildirilen taraflar sözlü savunma hakkını kullanma taleplerine kadar kurum bünyesinde kendileri ile ilgili düzenlenmiş her türlü evrakın ve mümkünse elde edilmiş olan her türlü delilin bir nüshasının kendilerine verilmesini isteyebilir.*" hükmü yer almaktadır. Buna ek olarak aynı Kanun'un 44. maddesinin üçüncü fıkrasındaki "*Kurul, tarafları bilgilendirmediği ve savunma hakkı vermediği konuları kararlarına dayanak yapamaz.*" hükmü, evrak ve bilgi verilmesinin savunma hakkının esasına ilişkin olduğunu göstermektedir. Nitekim 4054 sayılı Kanun'un 44. maddesinin madde gerekçesinde "*Kurulun soruşturmaları gizli değildir. Savunma hakkının tam olarak kullanılabilmesi için sözlü savunma toplantısına kadar, taraflar Kurulca kendileri ile ilgili düzenlenmiş her türlü evrakın ve delilin bir nüshasını alabilmektedir. Böylelikle savunma hakkının tam ve eksiksiz biçimde kullanılması mümkün olacaktır. Bir başka deyişle, taraflar herhangi bir ummadıkları sürprizle karşılaşmamaktadırlar.*" demek suretiyle konunun önemi açıklanmıştır.

(7) Kurul tarafından yayımlanan 2010/3 sayılı Tebliğ, tarafların kendileri hakkında düzenlenen belgelere erişimini mümkün kılarken bunun istisnalarını da düzenlemiş bulunmaktadır. Teşebbüslerin soruşturma kapsamında kendileri ile ilgili düzenlenmiş bilgi ve belgeleri isteme hakları bulunmakla birlikte, bu bilgi ve belgelere erişimin yine mevzuat hükümlerinin izin verdiği ölçüde gerçekleştirilmesi esastır. Buna ek olarak 2010/3 sayılı Tebliğ'in 6. maddesinde yer alan, "*Taraflar dosyaya giriş hakkı kapsamında, Kurum içi yazışmalar ve başka teşebbüs, teşebbüs birliği ve kişilere ilişkin ticari sır ve diğer gizli bilgileri içerenler hariç olmak üzere, Kurum bünyesinde kendileri ile ilgili düzenlenmiş her türlü evraka ve elde edilmiş her türlü delile erişebilir.*" hükmüyle, tarafların kendileri hakkında düzenlenmiş evrak ve delillere ulaşabileceği ancak kurum içi yazışmaların ve başka teşebbüs, teşebbüs birliği ve kişilere ilişkin ticari sır ve sair gizli bilgi içeren evrakın bu kapsamda yer almadığı ifade edilmiştir. Dolayısıyla hangi belgelerin kurum içi yazışma olduğu veya teşebbüs, teşebbüs birliği ve kişilere ait ticari sır niteliği taşıdığı hususu önem arz etmektedir.

(8) Talebin değerlendirilmesi kapsamında incelenmesi gereken 2010/3 sayılı Tebliğ'in "*Kurum İçi Yazışmalar*" başlıklı 7. maddesinde;

"(1) Kurum içi yazışmalar, Kurulun aldığı nihai kararlar bakımından hazırlayıcı işlem niteliğinde olan birimler arası yazışmalardır.

(2) Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 6 ncı maddesinin üçüncü fıkrası ve 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrası çerçevesinde elde edilen bilgi ve belgeler ile Kurumun diğer kamu kurumları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları veya özel sektör gerçek ve tüzel kişileri gibi bilgisine başvuru alanlarla yaptığı yazışmalar da iç yazışma olarak kabul edilir."

hükümlerine yer verilmiştir. Buna göre Kurul'un alacağı nihai karara kadar gerçekleştireceği hazırlayıcı işlem niteliğindeki yazışmalar, Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmeliği (Pişmanlık Yönetmeliği) kapsamında sunulan bilgi ve belgeler ve Kurumun bilgisine başvurduğu kamu veya özel sektör üçüncü kişileriyle yaptığı yazışmalar iç yazışma olarak kabul edilmektedir.

(9) Buna ek olarak 2010/3 sayılı Tebliğ ile tarafların dosyaya erişim haklarının ne şekilde kullanılacağına dair de bir düzenleme getirilmiştir. İlgili tebliğin "*Dosyaya giriş hakkının kullandırılması*" başlıklı 10. maddesi şu şekildedir:

"(1) Dosyaya giriş hakkı, ilgilinin talebi de dikkate alınarak; dosya mevcudunda bulunan ve erişime açılan evrakın fotokopi yolu ile çoğaltılmış nüshalarının veya elektronik kopyalarının verilmesi ya da gönderilmesi suretiyle kullandırılabilir.

(2) Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 6 ncı maddesinin üçüncü fıkrası ve 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrası çerçevesinde elde edilen bilgiler ile aklayıcı ya da suçlayıcı delil niteliği bulunan diğer kurum içi yazışmalar, Kurum merkezinde incelenebilir."

(10) Madde metni değerlendirildiğinde, her ne kadar 2010/3 sayılı Tebliğ'in 6. maddesinde tarafların kurum içi yazışmalara erişemeyeceği ifade edilmişse de, Tebliğ'in 7. maddesi kapsamında tanımlanan kurum içi yazışmalara erişimin tamamen engellenmediği ancak aklayıcı ya da suçlayıcı delil niteliği bulunan diğer kurum içi yazışmaların Pişmanlık Yönetmeliği kapsamında yapılan başvurularda sunulan belgeler ile benzer şekilde Kurum merkezinde incelenebileceğinin düzenlediği anlaşılmaktadır.

H.2.1. Öneraştırma Raporu ve Eklerine Erişim Talebinin Değerlendirilmesi

- (11) ING, dosyaya giriş başvurusunda, Öneraştırma Raporunun önemli bilgiler içerdiğini belirterek savunma hakkının etkin kullanılmasının sağlanması amacıyla 03.12.2015 tarih ve 2015-4-051/ÖA sayılı Öneraştırma Raporu ve eklerinin (Belge-80) kendileriyle paylaşılmasını talep etmiştir. Söz konusu talebin 2010/3 sayılı Tebliğ kapsamında karşılanıp karşılanamayacağına yönelik yapılacak değerlendirmede öncelikli olarak yukarıda talep edilen belgenin kurum içi yazışma niteliğinde olup olmadığı ve daha sonra eğer bu niteliği haiz ise teşebbüsü aklayıcı ya da suçlayıcı delil niteliğinin bulunup bulunmadığının tespit edilmesi gerekmektedir.
- (12) Danıştay 13. Dairesi, 16.03.2007 tarih ve E:2005/6715 ve K:2007/1416 sayılı kararında, Kurul tarafından öneraştırma sonucunda alınan soruşturma açılması kararının iptali istemini değerlendirmiştir. Daire, kararında, *“İdari işlemlerin yukarıda belirtilen niteliği ve dava konusu işlemin içeriği birlikte değerlendirildiğinde; dava konusu Kurul kararının, kesin ve yürütülebilir bir işlem olmadığı, buna karşılık nihai kararın tesisine yönelik hazırlayıcı işlem olduğu sonucuna ulaşmıştır. Bu duruma göre 2577 sayılı Kanunda yer alan yasal düzenleme karşısında, idari davaya konu edilebilecek nitelikleri taşımayan, soruşturma açılmasına yönelik dava konusu Rekabet Kurulu kararının iptali isteminin esasının incelenmesi olanağı bulunmamaktadır.”* ifadeleri ile soruşturma açılması kararının nihai kararın tesisine yönelik hazırlayıcı bir işlem olduğu tespitini yapmıştır.
- (13) Bu çerçevede, hazırlayıcı işlem niteliğindeki soruşturma açılması kararına kadarki dönemde Kurum bünyesinde hazırlanan Öneraştırma Raporunun hazırlayıcı işlem niteliğinde birimler arası birer yazışma olduğuna şüphe bulunmamaktadır.
- (14) Ulaşılan noktada değerlendirilmesi gereken bir diğer durum söz konusu raporun 2010/3 sayılı Tebliğ’in 10. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında *“aklayıcı ya da suçlayıcı delil niteliğine yönelik kısımlarının”* bulunup bulunmadığıdır. Kurulun soruşturma açılmasına gerek olup olmadığına tespiti için gerçekleştirdiği, bilgi ve belge toplamaya ilişkin 30 günlük sürecin sonunda hazırlanan Öneraştırma Raporu, tarafların 4054 sayılı Kanun’u ihlal ettiklerine veya etmediklerine ilişkin herhangi bir yargı içermemektedir. Nitekim Öneraştırma Raporu, öneraştırma sürecinde elde edilen bilgi ve belgeler ile raportörlerin soruşturma açılmasına gerek olup olmadığına ilişkin görüşünün Kurul’un bilgisine sunulmasından ibarettir. Bu noktada hatırlatılmalıdır ki, öneraştırma döneminde elde edilen tüm deliller, soruşturma sürecinin değişik aşamalarında tarafların tam erişimine açıktır. Tarafla ilgili kullanılan tüm deliller soruşturma bildiriminde tarafa iletilmekte, ayrıca Soruşturma Raporunun tebliği esnasında, eğer ilgili teşebbüse yönelik 4054 sayılı Kanun’u ihlal ettiğine dair bir iddia var ise, bu iddiayı desteklemek için kullanılan deliller Soruşturma Raporu ekinde bir kez daha taraflara sunulmaktadır.
- (15) Bu kapsamda, hazırlayıcı kurum içi yazışma olan ve niteliği gereği taraf hakkında 4054 sayılı Kanun’u ihlal ettiğine dair herhangi bir iddia içermeyen Öneraştırma Raporunun, 2010/3 sayılı Tebliğ’in 10. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında teşebbüsün erişimine açılmayacağı sonucuna ulaşılmıştır.
- (16) Sonuç olarak, 03.12.2015 tarih ve 2015-4-051/ÖA sayılı Öneraştırma Raporu ve eklerinin erişime açılmasına yönelik talep kabul edilemeyecektir.

H.2.2. Soruşturma Raporunda Yer Verilen ve Özel Sektör Tüzel Kişilerinden Elde Edilen Belgelere Erişim Talebinin Değerlendirilmesi

- (17) ING'nin dosyaya giriş talep formunda incelemeyi talep ettiği belgeler arasında özel sektör tüzel kişilerinden elde edilen belgeler de yer almaktadır. Bu kapsamda Soruşturma Raporunda kısmi içeriklerine yer verilen TURKCELL'den gelen Belge-175, TÜRK TELEKOM'dan gelen Belge-182, İPEK'ten gelen Belge-226, İBB'den gelen Belge-260 ve GAMA'dan gelen Belge-261'in belirlenecek tarih ve saatte Kurum bünyesinde incelemeye açılması talep edilmektedir.
- (18) 2010/3 sayılı Tebliğ'in yukarıda yer verilen 7. maddesinin ikinci fıkrasında, özel sektör gerçek ve tüzel kişileri gibi bilgisine başvuru alanlarla yapılan yazışmaların kurum içi yazışma olduğu belirtilmiştir. Tebliğ'in 10. maddesinin ikinci fıkrasında ise aklayıcı ya da suçlayıcı delil niteliği bulunan kurum içi yazışmaların, Kurum merkezinde incelenebileceği ifade edilmiştir.
- (19) 2010/3 sayılı Tebliğ hükümleri dikkate alındığında, söz konusu belgelerin teşebbüsle ilgili kısımlarının Kurum merkezinde incelenebileceği, ancak incelemeye açılacak belgeler arasında 2010/3 sayılı Tebliğ hükümleri uyarınca ticari sır barındıran belgelerin, ticari sır niteliğindeki içeriklerden arındırılarak teşebbüsün erişimine açılması gerektiği değerlendirilmektedir.
- (20) Ayrıca Kurum merkezinde gerçekleştirilecek inceleme esnasında, Tebliğ'in 10. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen farklı usul ile korunduğu anlaşılan belgelerin gizliliğinin temin edilmesi amacıyla teşebbüs yetkililerinin belgelere erişimleri esnasında herhangi bir kayıt tutmamaları ve yine bu kapsamda yanlarında telefon, kayıt cihazı, bellek, fotoğraf makinesi ve not defteri benzeri kayıt tutmaya yarayacak cihaz/eşya bulundurmamaya özen göstermeleri gerektiği değerlendirilmektedir.

H.2.3. Pişmanlık Başvurusu Kapsamında Elde Edilen Belgelere Erişim Talebinin Değerlendirilmesi

- (21) ING dosyaya giriş başvurusunda, pişmanlık başvurusu kapsamında sunulan belgelerin, savunma hakkının etkin şekilde kullanılabilmesi açısından büyük önem taşıması nedeniyle teşebbüsle paylaşılmasını talep etmektedir. Bunun yanı sıra Soruşturma Raporunda kısmi içeriğine yer verilen telefon görüşmelerine ilişkin Belge-2'nin paylaşılması istenmektedir. Ancak telefon görüşmelerine ilişkin Belge-2'nin esasen pişmanlık başvurusunun eki olması sebebiyle ING tarafından talep edilen her iki husus bu başlık altında birlikte değerlendirilmektedir.
- (22) Konu ilgili olarak 2010/3 sayılı Tebliğ'in yukarıda yer verilen 7. maddesinin ikinci fıkrasında pişmanlık başvurusu kapsamında elde edilen bilgi ve belgelerin kurum içi yazışma olduğu belirtilmiştir. Tebliğ'in 10. maddesinin ikinci fıkrasında ise pişmanlık başvurusu kapsamında elde edilen bilgi ve belgelerin, Kurum merkezinde incelenebileceği ifade edilmiştir.

- (23) 2010/3 sayılı Tebliğ hükümleri dikkate alındığında, söz konusu belgelerin teşebbüsle ilgili kısımlarının Kurum merkezinde incelenebileceği, ancak incelemeye açılacak belgeler arasında 2010/3 sayılı Tebliğ hükümleri uyarınca ticari sır barındıran belgelerin, ticari sır niteliğindeki içeriklerden arındırılarak teşebbüsün erişimine açılması gerektiği değerlendirilmektedir. Kurum merkezinde gerçekleştirilecek inceleme esnasında, 2010/3 sayılı Tebliğ'in 10. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen farklı usul ile korunduğu anlaşılan belgelerin gizliliğinin temin edilmesi amacıyla teşebbüs yetkililerinin belgelere erişimleri esnasında herhangi bir kayıt tutmamaları ve yine bu kapsamda yanlarında telefon, kayıt cihazı, bellek, fotoğraf makinesi ve not defteri benzeri kayıt tutmaya yarayacak cihaz/eşya bulundurmamaya özen göstermeleri gerektiği değerlendirilmiştir¹.
- (24) Telefon görüşmeleri bakımından ise, teşebbüsle ilgili kısımlarının ticari sırlardan arındırılmak suretiyle Soruşturma Raporunun içeriğinde teşebbüse gönderildiği ve böylelikle teşebbüse etkin savunma imkânı sağlandığı belirtilmelidir. Bu bakımdan teşebbüsle ilgili olmayan, teşebbüse karşı herhangi bir aklayıcı veya suçlayıcı bilgi içermeyen görüşme kayıtlarının teşebbüsün erişimine açılmasının mümkün olmadığı değerlendirilmektedir.

I. SONUÇ

- (25) Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre, Rekabet Kurulunun 20.04.2016 tarih ve 16-14/219-M sayılı kararı uyarınca yürütülen soruşturma kapsamında ING Bank A.Ş. tarafından yapılan dosyaya giriş hakkının kullanılması talebine ilişkin olarak;
- Kurum içi yazışma niteliği taşıyan 03.12.2015 tarih ve 2015-4-51/ÖA sayılı Öneri Raporuna erişim talebinin reddine,
 - Kurum içi yazışma niteliği taşıyan özel sektör tüzel kişilerinden elde edilen belgelerin teşebbüs ile ilgili kısımlarının ticari sırlardan arındırılarak Kurum merkezinde herhangi bir elektronik veya mekanik kopyasının alınmadan incelenmek üzere erişime açılmasına,
 - 2010/3 sayılı Tebliğ kapsamında Kurum içi yazışma niteliğini haiz Pişmanlık Başvurusu ve eklerinin teşebbüs ile ilgili kısımlarının ticari sırlardan arındırılarak Kurum merkezinde herhangi bir elektronik veya mekanik kopyasının alınmadan incelenmek üzere erişime açılmasına,
 - Telefon kayıtlarının teşebbüs ile ilgili kısımlarının Soruşturma raporunda ticari sırlardan arındırılmak suretiyle teşebbüse gönderilmiş olması, geri kalan kısımların ise teşebbüsle ilgili olmaması nedeniyle, telefon görüşmelerine yönelik talebin reddine

gerekçeli kararın tebliğinden itibaren 60 gün içinde Ankara İdare Mahkemelerinde yargı yolu açık olmak üzere, OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.

¹ Nitekim Avrupa Birliği Komisyonu da benzer yöntemi benimsemekte ve yayımladığı "Leniency Notice" belgesinde, pişmanlık başvurusuna ilişkin erişimde, başvuruda yer alan herhangi bir bilginin elektronik/mekanik vb. araçlarla kopyasının alınamayacağını hüküm altına almaktadır. 2006/C 298/11 sayılı Kartel Dosyalarında Cezalardan Bağışıklık ve Cezalardan İndirime Dair Komisyon Bildirisi, paragraf 33.