

Uzmanlık Tezleri Serisi No: 198

REKABET KURUMU

REKABET HUKUKU
PERSPEKTİFİNDEN
FİİLİN TEKLİĞİ / AYNILIĞI

AYŞE NUR ÖZDEMİR

**REKABET HUKUKU
PERSPEKTİFİNDEN
FİİLİN TEKLİĞİ / AYNILIĞI**

AYŞE NUR ÖZDEMİR

Temmuz 2022

©Bu eserin tüm telif hakları
Rekabet Kurumuna aittir. 2022

Baskı, Temmuz 2022
Rekabet Kurumu-ANKARA

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

Bu tez, Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı Ferhat TOPKAYA, Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı Faik Metin TİRYAKİ, I. Denetim ve Uygulama Dairesi Başkanı Hatice Yavuz, IV. Denetim ve Uygulama Dairesi Başkanı Recep GÜNDÜZ ve II. Denetim ve Uygulama Dairesi Başkan Vekili Burak BÜYÜKKUŞOĞLU'ndan oluşan Tez Değerlendirme Heyeti tarafından 18 Ocak 2021 tarihinde yürütülen Tez Savunma Toplantısı sonucunda yeterli ve başarılı kabul edilmiştir.

Tez yazarı Ayşe Nur ÖZDEMİR, 08.03.2021 tarihinde yapılan Yeterlik Sınavında başarılı olmuş ve Başkanlık Makamının 30.03.2021 tarih ve 23347 sayılı onayı ile Rekabet Uzmanı olarak atanmıştır.

YAYIN NO

381

*Varlığımın en güzel sonucu Umay Deniz'e,
Ve her hal ve koşulda sonsuz sevgilerini hissettiren,
çok kıymetli annem ve babama...*

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR.....	iii
GİRİŞ	1

BÖLÜM 1

FİİL KAVRAMININ ANLAMI VE FİİLİN TEKLİĞİ İLE AYNILIĞI

1.1. FİİL KAVRAMI VE UNSURLARI.....	5
1.1.1. Ceza Hukuku Bağlamında Fiil	5
1.1.1.1. Suç Genel Teorisi Bağlamında Fiil.....	6
1.1.1.2. Ceza Usul Hukuku Bağlamında Fiil.....	7
1.1.2. Rekabet Hukuku Bağlamında Fiil	9
1.2. FİİLİN TEKLİĞİ İLE AYNILIĞI VE REKABET HUKUKU BAĞLAMINDAKİ ÖNEMİ	11
1.2.1. Fiilin Tekliğinin Maddi Önem ve Sonuçları.....	12
1.2.1.1. Doğal Anlamda Hareket Tekliği,.....	12
1.2.1.2. Tipik (Hukuki) Anlamda Hareket Tekliği	14
1.2.1.3. Kesintisiz Kabahatler	14
1.2.1.4. Zincirleme Kabahatler	16
1.2.1.5. Fikri İçtima	17
1.2.1.6. Görünüşte İçtima	19
1.2.2. Fiilin Aynılığının Usuli Önem ve Sonuçları	22
1.2.2.1. Farklı İdari Otoriteler Arasındaki Yetki Çatışması Bakımından Önemi	22
1.2.2.2. Kurum'un İçindeki İdari Usul Bakımından Önemi.....	25

BÖLÜM 2

YABANCI MAHKEMELERİN VE REKABET OTORİTELERİNİN KARARLARI ÇERÇEVESİNDE FİİLİN TEKLİĞİNİN VEYA AYNILIĞININ DEĞERLENDİRİLMESİ

2.1. FİİLİN AYNILIĞININ AİHM KARARLARI ÇERÇEVESİNDE İNCELENMESİ	30
2.1.1. Zolotukhin Kararı Öncesi Durum.....	30
2.1.1.1. Maddi Olay Temelli Yaklaşım.....	30

2.1.1.2. Hukuki Nitelendirme Temelli Yaklaşım	31
2.1.1.3. Karma Yaklaşım	32
2.1.2. Zolotukhin Davası Sonrası Durum.....	33
2.2. FİİLİN AYNILIĞININ ABAD KARARLARI ÇERÇEVESİNDE İNCELENMESİ.....	34
2.2.1. Cezai Davalarda Fiilin Aynılığı.....	36
2.2.2. Rekabet Davalarında Fiilin Aynılığı.....	38
2.2.3. Avrupa Birliği'nin Bütünleşik Yapısında ABAD İçtihadı Çerçevesinde Fiilin Aynılığının Değerlendirilmesi.....	42

BÖLÜM 3

REKABET KURULU İLE MAHKEME KARARLARI VE İLGİLİ MEVZUAT ÇERÇEVESİNDE FİİLİN TEKLİĞİ VEYA AYNILIĞININ DEĞERLENDİRİLMESİ

3.1. USULE İLİŞKİN VERİLEN PARA CEZALARININ SEBEBİNİ TEŞKİL EDEN BAĞIMSIZ DAVRANIŞLAR.....	48
3.2. PARA CEZALARINA İLİŞKİN YÖNETMELİK HÜKÜMLERİ UYARINCA ESASA İLİŞKİN İHLALLERDE TEMEL PARA CEZASININ TESPİT EDİLMESİNDE BAĞIMSIZ DAVRANIŞLAR.....	50
3.2.1. Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik'in 4. Maddesi Bağlamında “Piyasa, Nitelik ve Kronolojik Süreç” Unsurları	52
3.2.1.1. “Piyasa” Deyimi.....	53
3.2.1.2. “Nitelik” Deyimi.....	56
3.2.1.3. “Kronolojik Süreç” Deyimi	61
SONUÇ VE ÖNERİLER.....	64
ABSTRACT	67
KAYNAKÇA	68

KISALTMALAR

- 1/2003 sayılı Tüzük** : Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty (AT Antlaşması'nın 81. ve 82. Maddelerinde Yer Alan Rekabete İlişkin Kuralların Uygulanmasına İlişkin 1/2003 sayılı Tüzük)
- 139/2004 sayılı Tüzük** : Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the Control of Concentrations Between Undertakings (Teşebbüsler Arası Yoğunlaşmaların Kontrolüne İlişkin 139/2004 sayılı Tüzük)
- 1998 AT Ceza Rehberi** : Guidelines on the Method of Setting Fines İmposed Pursuant to Article 15 (2) of Regulation No 17 and Article 65 (5) of the ECSC Treaty
- 2006 AB Ceza Rehberi** : Guidelines on the Method of Setting Fines İmposed on Undertakings Which İnfringe Articles 81 and/or 82 EC Treaty [2006] OJ C210/2
- 406 sayılı TTK** : 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu
- 4646 sayılı DPK** : 4646 sayılı Doğalgaz Piyasası Kanunu
- 4734 sayılı KİK** : 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu
- 5809 sayılı EHK** : 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu
- AB** : Avrupa Birliği
- ABAD** : Avrupa Birliği Adalet Divanı
- AG** : Advocate General (Avrupa Birliği Adalet Divanı Hukuk Sözcüsü)
- AİHM** : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
- AİHS** : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
- ATAD** : Avrupa Topluluğu Adalet Divanı
- ABİDA** : Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Anlaşma
- AİHS 7(4)** : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 7 Numaralı Protokol'ün 4. maddesi
- AYM** : Anayasa Mahkemesi
- BİM** : Bölge İdare Mahkemesi
- BİO** : Bağımsız İdari Otorite

Bkz	: Bakınız
BTK	: Bilgi Teknolojileri Kurumu
C	: cilt
CD	: Ceza Dairesi (Yargıtay)
CISA	: Convention Implementing the Schengen Agreement (Schengen Uygulama Konvansiyonu)
çev	: Çeviren
D	: Daire (Danıştay)
ECN	: European Competition Network (Avrupa Rekabet Ağı)
EPDK	: Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu
İDDK	: İdari Dava Daireleri Kurulu (Danıştay)
İYUK	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
Kanun	: 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun
KK	: 5326 sayılı Kabahatler Kanunu
Komisyon	: Avrupa Birliği Komisyonu
Kurul	: Rekabet Kurulu
Kurum	: Rekabet Kurumu
No	: Number (Sayı)
OJ	: Official Journal (AB Resmi Gazetesi)
par	: Paragraf
Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik	: Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem Ve Karar- lar İle Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik
RG	: Resmi Gazete
S	: sayı
s	: sayfa
Şart	: Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu
TK	: Telekomünikasyon Kurumu
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
vd	: ve diğerleri
vol	: Volume (Cilt)

GİRİŞ

*“Her gün bir yerden göçmek ne iyi,
Her gün bir yere konmak ne güzel,
Bulanmadan, donmadan akmak ne hoş.
Dün dünle beraber gitti cancağızım,
Ne kadar söz varsa düne ait,
Şimdi yeni şeyler söylemek lazım...”*
Hz. Mevlana

Türk idare hukukunda benimsenen idari yaptırım tanımı, Fransız Danıştay (Conseil d’Etat) içtihadı uyarınca, idari bir otoriteden sadır ve haksızlık içeren fiile karşı bastırıcı nitelikte olan kararları^{1,2} karşılamaktadır. Fransız Danıştay’ının idari yaptırımlara ilişkin tanımının benimsenmesinin sebebi, Türk idare hukukunun Fransız idare hukuku içtihadı çerçevesinde şekillenmiş olmasıdır (Gözler, 2009, 13). Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, idari yaptırımların iki temel özelliği; idareden sadır olması ve haksızlık içeren fiile karşılık olmasıdır. Bu kapsamda, depenalizasyon³ eğilimlerinin önemli bir parçası olan rekabet otoritelerinin, idari bir organ olduğu aşikârdır; adı geçen otoriteden sadır olan işlemlerin de kişi üzerinde yükümlendirici sonuç doğurucu nitelikte olanların, “idari” nitelikte olduğunda kuşku bulunmamaktadır.

¹ <https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/dossiers-thematiques/le-juge-administratif-et-les-sanctions-administratives> (Erişim Tarihi: 01.04.2020).

² Nitekim AYM de 23.10.1996 tarih ve E.1996/48, K.1996/41 sayılı kararıyla idari yaptırımları; “idarenin bir yargı kararına gerek olmaksızın, yasaların açıkça verdiği yetkiye dayanarak, idare hukukuna özgü yöntemlerle doğrudan doğruya bir işlemi ile uyguladığı yaptırımlar.” olarak tanımlamıştır.

³ Kavram, bir suç ve cezanın ceza mahkemelerince bakılan bir suç ve olmaktan çıkarılıp idari suç ve ceza haline getirilmesini ifade etmektedir (Ulusoy, 2009, 44).

Yaptırımlar sadece idare hukukuna özgü olmayıp ceza hukuku bağlamında da gündeme gelen işlemlerdir. İdari yaptırımların daha az üzücü ve zarar verici nitelikte olan eylemler karşılığında verildiği; ceza hukuku yaptırımlarının ise, niteliği itibarıyla toplum vicdanını daha çok yaralayıcı ve toplum nezdinde daha çok infiale yol açan eylemlerin karşılığı olarak öngörüldüğü az çok hukuk bilgisi olan herkesçe bilinmektedir. Buna karşılık, idari yaptırımların klasik idare hukuku işlemlerinin tabi olduğu usul ve esaslardan bir miktar farklılaşması gerekmekte ve bu tür işlemler için alışlagelmiş idari usuller dışında ek hukuki güvencelerin sağlanması gerekmektedir (Ulusoy, 2013, 3).

Ülkemizde 765 sayılı TCK'daki cürüm-kabahat ayırımının kaldırılması ve 5236 sayılı KK'nın yürürlüğe girmesiyle en somut olarak başlayan, dünya genelinde de, özellikle 2. Dünya Savaşı sonrasında başlayan depenalizasyon hareketleri (Mahmutoğlu, 2009, 30) kapsamında en etkin idari para cezaları BİO'lar tarafından vermeye başlanmıştır. İlk başlarda bu durumun, pek çok ülkede sorunlu bir durum olarak görüldüğü ve bir “*anomali*” teşkil ettiği söylenebilir (Huteau,2015,224), zamanla idarenin yaptırım uygulama yetkisi, mukteditler tarafından daha aslına ve esasına uygun bir biçimde kullanılmaya başlanmış ve depenalizasyon ile haksızlık içeriği suçlar kadar çok olmayan fiillere karşılık “*etkin, çabuk ve caydırıcı*” hareket etme amacına ulaşılmıştır (Delmas-Marty ve Teitgen-Colly, 1992).

Çalışma kapsamında ilk ele alınacak olan, Kurum'un verdiği idari para cezalarının sebebini oluşturan teşebbüslerin veya teşebbüs birliklerinin fiillerinin anlamı, tekliği veya aynılığı ve bunların maddi ve usuli sonuçlarıdır. İdarenin etkin, çabuk ve caydırıcı davranma amacına ulaşma yolundaki hareketleri çerçevesinde, işlem yaparken tabi olması gereken usul ve esasları ortaya koyan “*idari ceza hukuku*”, idare hukuku veya ceza hukukuna nazaran yeni bir hukuk dalı olup sınırları da adı geçen iki hukuk dalı kadar net değildir. Bu noktada yapılacak her türlü yorumun, idari ceza hukukunun amacı doğrultusunda, idare karşısında güçsüz konumda olan bireyi koruma amacı yanında, idarenin nihai amacı olan kamu düzenini sağlama amacını bağdaştıracak düzlemde olması gerekmektedir. Anılan hususlar aktarılırken, idari yaptırımların tabi oldukları usul ve esasları kesin bir şekilde ortaya koyan bir kodifikasyon bulunmadığından, idare ve ceza

hukukunun şimdiye kadar kodifiye edilmiş ilke ve kurallarından faydalanılacaktır. Bundan dolayı, ceza hukuku bakımından yapılan tespit ve açıklamalar, aksi belirtilmediği sürece ve uygun düştüğü ölçüde, kabahatler ve dolayısıyla rekabet hukuku bakımından da geçerli sayılmalıdır.⁴

İdari yaptırımların yararlandıkları güvenceler bağlamında, hem doktrinin görüşü, hem de AİHM ve ABAD gibi uluslararası mahkemelerin yanında ulusal rekabet otoritelerinin⁵ içtihadı çerçevesinde denilebilir ki, rekabet otoritelerinin verdikleri cezalar, çekirdek ceza hukuku ilkelerinin şemsiyesi altına girmektedir.⁶ AB'nin 2004 yılında büyük genişlemesi neticesinde ulusal seviyedeki rekabet otoritelerinin ve Komisyon'un faaliyetlerinin uyumlaştırılması ve bu kapsamda işbirliği yapılması amacıyla yürürlüğe giren 1/2003 sayılı Tüzük bağlamında *non bis in idem* ilkesi⁷ daha çok önem kazanmıştır. İlkenin uygulanmasında hareket noktasını oluşturan “*idem*”, gerek AB üyesi ülkeler gerekse de Birlik nezdindeki otoriteler ve mahkemelerce tartışma konusu olmaktadır.⁸ İdem kavramına ilişkin

⁴ Suç ile kabahatler arasındaki farkın niteliksel mi yoksa niceliksel mi ayrım olduğu konusunda günümüzde doktrin tarafından ağırlıklı olarak ve KK'nın madde gerekçelerinden (bkz. 2. madde gerekçesi) anlaşıldığı kadarıyla kabul edilen görüş; niceliksel ayırmadır. Yukarıda da değinildiği üzere denilebilir ki; hem suçlar hem de kabahatlerin haksızlık içerdiği kabul edilmekte ve fakat suçların haksızlık içeriğinin daha fazla olduğu düşünülmektedir. Bununla birlikte, ceza, idari yaptırım, idari para cezası vs. olarak adlandırılan kamusal tepkilerin yararlandıkları ulusal hukuki rejimlerin yanında, temel hukuk ilkeleri bağlamında da aralarındaki fark gittikçe silikleşmektedir (Bahçeci, 2018a).

⁵ Bkz. AİHM'in *Engel/Netherlands, Menarini Diagnostics S.R.L./Italie* kararları. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun 31.05.1991 tarihinde kaleme aldığı 11598/85 numaralı *Stenuit* başvurusu için Komisyon'un hazırladığı raporda, Fransız Rekabet Komisyonu'nun verdiği idari para cezasının niteliğinin, *Engel* kriterlerini karşıladığı ifade edilmiş ve bu para cezasının AİHS'in 6. maddesinin korumasına mazhar olduğu ifade edilmiştir. <file:///C:/Users/S792/Downloads/001-46290.pdf> (Erişim Tarihi: 09.04.2020); ABAD'ın Åklagaren v. Hans Åkerberg Fransson kararı. Bunun yanında daha yakın tarihli (17.04.2015) İsveç Pazar Mahkemesi'nin (*Marknadsdomstolen*) *Swedavia* kararına göre de, rekabet ihlallerinden doğan para cezalarının cezai niteliği haiz olduğu söylenmiş ve AİHS'in korumasından faydalanabileceği teyit edilmiştir (Kilpatrick vd., 2018, 247).

⁶ Anılan çekirdek ceza hukuku ilkeleri; soruşturma yapılması ve savunma alınması, suç ve cezaların geçmişe yürütülememesi, lehe kanun uygulanması, kanunilik, masumiyet karinesi ve nihayet *non bis in idem* ilkeleridir (Ulusoy, 2019, 455).

⁷ Türkiye'nin de 1.08.2016 tarihinde yürürlüğe soktuğu AİHS 7(4)'te ifadesini bulan ve “*Aynı şey için ikincisi olmaz*” (Karabel, 2015,3) anlamına gelen ilkenin unsurları; “*fülin aynılığı*” ile “*kişinin aynılığı*”dır. Çalışmanın kapsamı fiilin aynılığı ile sınırlı olduğu için, bu kapsamda yapılan değerlendirmeler, fiili gerçekleştiren kişinin aynı olduğu varsayımıyla yapılacaktır.

⁸ “*İdem*” unsuru, AİHS 7(4)., BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 14/7., Şart'ın 50. maddesinde “*aynı suç (Same offence/même infraction)*”, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nde “*aynı sebep (Same cause/même faits)*”, CISA'nın 54. maddesinde “*aynı fiil (Same acts/même faits)*”, Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü'nde “*aynı davranış. (Same conduct/même actes constitutifs)*” olarak ifadesini bulmuştur.

temel tartışma, “*aynı*” olmakla neyin kastedildiği olup *non bis in idem* ilkesinin uygulanmasında öncelikli tartışılacak husus, aynı⁹ (*idem*=x) hakkında, mükerrer yargılama veya cezalandırma (*bis*=y) yapılamaz denklemindeki x öznesinin belirlenmesidir. Dolayısıyla x’in belirlenmesi, y’ye göre daha önceliklidir ve incelenen konu kapsamında x’in varlığının tespit edilememesi halinde, y’nin de incelenmesine gerek kalmayacaktır (Bahçeci, 2018b, 145).

AG Colomer’in *Gözütok and Brugge* davasındaki mütalaasında¹⁰ belirttiği üzere *non bis in idem* ilkesi, usul ekonomisi yanında, hem hukuki belirliliği hem de eşitliği sağlamaya yaramaktadır. İlkenin belirlilik açısından sağladığı fayda, failin aynı fiilinden dolayı bir daha soruşturma veya cezaya maruz kalmayacağını bilmesidir. Zira cezalandırıcı her düzenlemenin ortak iki amacı cezalandırmak ve caydırmaktır. Bununla birlikte her cezanın “*orantılılık*” çerçevesinden de çıkmaması gerekir. İlkenin eşitliğe hizmeti ise, aynı fiili gerçekleştiren her failin, “*orantılı olması gereken*” cezaya maruz kalmasının sağlanmasıdır. Zira, optimal yaptırım uygulama anlayışı, en uygun cezayı seçerek asgari masraf ile azami caydırıcılığı sağlayabilmektir. Bu kapsamda çalışmanın ikinci bölümünde, rekabet otoritelerinin verdiği idari para cezalarına tabi fiillerin yararlandığı *non bis in idem* ilkesindeki *idem* unsurunun tespitine ve bu bağlamda Birlik rekabet hukuku kapsamında yapılan çıkarımlara yer verilecektir.

Çalışmanın üçüncü bölümünde ise fiilin teklifi veya aynılığının rekabet mevzuatı ve Kurul kararları çerçevesinde nasıl değerlendirildiğine ve bunun sonuçlarına yer verilecektir. Bu kapsamda aynı bölümde birtakım tespitlerde bulunulacaktır. Son bölümde ise işbu çalışma kapsamında edinilen perspektif ile rekabet hukukunda tek veya aynı fiilin nasıl değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin sonuç ve öneriler aktarılacaktır.

⁹ Fiilin teklifi veya aynılığı çoğu zaman aynı anlama gelecek şekilde kullanılsa da; esasen kanımızca aralarında ufak bir nüans bulunmaktadır. Bahsi geçen farklılığa yeri geldiğinde değinilecek olup çalışma kapsamında da, aksi belirtilmediği sürece, aynı anlama gelecek şekilde kullanılacaktır.

¹⁰ Opinion of AG Colomer in Joined Cases C-187/01 and C-385/01 (19.09.2002), par. 49.

BÖLÜM 1

FİİL KAVRAMININ ANLAMI VE FİİLİN TEKLİĞİ İLE AYNILIĞI

1.1. FİİL KAVRAMI VE UNSURLARI

TDK sözlüğünde fiil; “iş, davranış” olarak tanımlanmaktadır.¹¹ Aşağıda detaylıca yer verileceği üzere; fiil kavramı pek çok hukuk dalı bakımından hukuki sonuç doğurmada başlangıç noktası olduğundan, tanımlanması önem taşımaktadır. Bir başka deyişle, hukukun önem atfettiği insan hareketlerinin, hukukun önem atfetmediği hareketlerden ayrılması gerekmektedir.

1.1.1. Ceza Hukuku Bağlamında Fiil

Fiil kavramı, özel hukukta “*haksız fiil*” ve buna bağlanan sonuçlarda olduğu gibi, ceza hukukunda da “*suçun maddi unsuru*” olması sebebiyle, yaptırımın *conditio sine qua non*’udur.¹² Zira, hukuk insanın psişik dünyasında kalan düşünceleriyle ilgilenmemektedir. İdari yaptırımların konusunu oluşturan fiillerin cezalandırılma rejiminin tespit edilmesi bağlamında, idari ceza hukukunun idare hukukuna nazaran, ceza hukukuyla alanla kesişim alanının daha fazla olmasından dolayı (Ayatar Kızılyar, 2014, 1655), fiilleri tanımlamada suç genel teorisinden faydalanılabilmektedir. Hareket konusunda ceza hukukunda öne sürülen teoriler, kabahatler hukuku doktrininde de esas alındığından ve kabahatler hukukunda farklı bir hareket kavramı da bulunmadığından dolayı, ceza hukuku çerçevesinde yapılan açıklamalar, kabahatler hukukunu da kapsayacak şekilde belirtilecektir (Akbulut, 2014, 249).

¹¹ <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 14.05.2020). Çalışma kapsamında davranış ile hareket, birbirinin yerine geçecek şekilde kullanılacaktır.

¹² Olmazsa olmaz koşul.

Fiilin nasıl tanımlanması gerektiğinden sonra gündeme gelebilecek ikinci sorunsal durum ise, hukukun önem atfettiği davranışların zamanla olan ilişkisi bağlamındadır. Bu kapsamda cevaplanması gereken sorulardan biri, devamlılık arz eden “*davranışlar serisinin*” kaç tane fiile vücut verdiği meselesidir. Akabinde cevaplanması gereken diğer soru ise, bu fiil(ler)e hangi hukuki rejimin ve müeyyidelerin uygulanacağını tespit edilmesidir.

Rekabet hukukunda fiilin ne anlam ifade ettiği meselesine gelmeden önce, öncelikle fiilin maddi ceza hukuku bağlamındaki tanımına, sonrasında ceza usul hukuku bağlamındaki tanımına yer verilecektir.

1.1.1.1. Suç Genel Teorisi Bağlamında Fiil

Ceza Hukukunda cezanın konusunu teşkil eden suçun unsurlarının tasnifi konusunda ceza hukukçuları arasında görüş birliği bulunmamasına rağmen; suçun maddi ve manevi unsurlardan¹³ müteşekkil olduğu, maddi unsurların arasında da fiilin yer aldığı hemen hemen bütün ceza hukukçularınca kabul edilmiştir. Suçun maddi unsurlarının hareket, netice ve nedensellik bağından kurulu olduğu, bunun yanında suçun en önemli unsurunun hareket olduğu savunulmaktadır (Dönmezer ve Erman, 1997, 306). Ayrıca ceza hukuku doktrinde de fiil yerine “*hareket*” kavramını kullanan yazarlar da mevcuttur (Akbulut, 2014, 245).

Fiilin tanımlanmasında doktrinde, temel olarak hareketi veya neticeyi esas alan yazarlar bulunmaktadır. Fiili tanımlamada neticenin esas alınması gerektiğini düşünen yazarlar özetle (Şeker, 2009, 8); fiilin niceliğinin neticeye göre belirleneceğini, bir başka deyişle fiilin hareketin sayısından bağımsız olduğunu savunmaktadır (Yalçın Sancar, 2007, 251). Doktrinin çoğunluğu da bu görüşe katılmaktadır (Göktürk, 2014, 37-39). Buna karşılık; günümüzde hem doktrindeki bazı yazarların kabulüne hem de ceza hukukundaki pozitif düzenlemelere¹⁴ (Akbulut, 2014, 245) bakıldığında ortak kanı; fiilden neticenin değil, hareketin

¹³ Suçun maddi unsurlarının, suçun dış dünyada görünüşünü aldığı şekli; manevi unsurlarının ise fiilin fiili ile fail arasındaki bağlantıyı ifade ettiği söylenebilir.

¹⁴ 5237 sayılı TCK'nın 8. maddesinin ilk fıkrasının son cümlesi; “*Fiilin kısmen veya tamamen Türkiye’de işlenmesi veya neticenin Türkiye’de gerçekleşmesi halinde suç, Türkiye’de işlenmiş sayılır.*” denilmektedir. Bu düzenlemeden, kanun koyucunun fiili, hareket netice ve nedensellik bağının tümünü içerecek şekilde kullanmadığı görülmektedir. Bunun yanında, 5237 sayılı TCK'nın fikri içtimayı düzenleyen maddesinin gerekçesinde de, neticede sapma halleri örnek verilerek, fiili tespit etmede hareketin esas alınması gerektiğini belirtmektedir.

anlaşılması gerektiği yönündedir. Nitekim, KK'nın açık ifadesinden¹⁵ de fiili tanımlamada hareketin esas alınması gerektiği görülmektedir (Kangal, 2011, 88). Bunun yanında fiilin tanımlanmasında neticenin, kanuni tanımda ayrıca ve istisnai hallerde arandığında söz konusu olacağı ve her kabahatte neticenin varlığının aranmayacağı ifade edilmektedir (Kangal, 2011, 101). Nitekim anılan durum Kurul tarafından, *Dörtel Ürünler* kararında¹⁶ da “*kabahatler karşılığı öngörülen idari yaptırımların uygulanmasında; kabahati oluşturan icrai veya ihmali davranışın gerçekleştirildiği zamanın dikkate alınacağı, neticenin bu aşamada dikkate alınmayacağı*” şeklinde dile getirilmiştir.¹⁷

Yargıtay da 765 sayılı TCK döneminde ceza hukukunun konusunu oluşturan fiili tanımlamada neticeye üstünlük tanıyan kararlar vermekteyken¹⁸; 5237 sayılı Kanun döneminde ise, hareket görüşüne önem verildiği görülmektedir.¹⁹

YCGK 23.06.2015 tarih ve E.2013/700, K.2015/241 sayılı kararında, “*hukuken değiştirilemez, bölünemez ve tek nitelikteki fil*” kavramı kullanılmıştır. Kararda “*fil*”den ne anlaşılması gerektiği hususunda, maddi ceza hukuku bakımından fiilin; belirli bir amaca yönelen, kişinin iradesine bağlı olan ve dış dünyada sonuç doğuran²⁰ icrai veya ihmali davranışı olduğu belirtilmiştir.

¹⁵ Zira KK'nın zaman bakımından uygulanmasına ilişkin 5. maddesinin ikinci fıkrası açıkça; “*Kabahat, failin icrai veya ihmali davranışı gerçekleştirdiği zaman işlenmiş sayılır. Neticenin oluştuğu zaman, bu bakımdan dikkate alınmaz.*” hükmünü haizdir. Bunun dışında hükmün ikinci fıkrasına ilişkin gerekçesinde de, “*kabahatin ne zaman işlendiğini belirleme açısından, neticenin meydana geldiği zaman değil, münhasıran fiilin gerçekleştiği zaman dikkate alınır.*” denilmek suretiyle de “*fil*” ile “*icrai/ihmalî davranış*”ın kastedildiği anlaşılmaktadır. Kabahatleri düzenleyen her hükmün hareketi tanımlayarak, kabahati tipine uygun davranışı dizayn ettiği belirtilmektedir.

¹⁶ 04.05.2017 tarih ve 17-15/211-90 sayılı karar.

¹⁷ Doktrin neticeyi, hareket tarafından meydana getirilmek/engel olunmamak suretiyle “*kanunun tarif ettiği dış alemde oluşturulan değişiklik*” olarak tanımlamaktadır (Dönmezer ve Erman, 1997, 380).

¹⁸ Bkz: YCGK, 12.3.1984, E. 1983/1-176, K. 1984/87 sayılı karar : “*... Fiilin tekliği-çokluğu ayrılmada, maddi neticeye üstünlük tanımak gerekir ve buna göre tek ya da çok fiilden bahs olunur...*”, YCGK, 1.8.1982, 4-296/365 sayılı karar : “*...Fiil, dış alemdeki değişiklik olduğuna göre, fiilin esas kısmını netice oluşturur. Şu halde fikri içtiman bulunabilmesi için, her şeyden önce bu neticenin tek olması gerekir. Bu nedenle bakılacak husus, dış alemdeki değişikliğin birden fazla olup olmadığıdır...*”

¹⁹ Bkz. YCGK, 6.7.2010, E. 2010/8-51, K. 2010/162.

²⁰ Doktrin, suçun oluşması bakımından, hareketin neticesinin bulunmasının zorunlu olmadığını kabul etmektedir (Hafızoğulları ve Özen, 2011, 194).

1.1.1.2. Ceza Usul Hukuku Bağlamında Fiil

Usul hukuku bağlamında *non bis in idem* ilkesinden bağımsız olarak, hem yargısal hem idari usul bakımından, inceleme veya soruşturma safhasında maddi vakıaların ortaya konulması son derece önem arz etmektedir. Zira somut olay(lar) ın tespit edildiği ve alındığı iddianame, daha sonradan tesis edilecek idari veya adli işlemler bakımından esas alınmaktadır.

YCGK'nın 23.06.2015 tarih ve E.2013/700, K.2015/241 sayılı kararında ceza usul hukuku bağlamında fiil, “*uyuşmazlığın özünü oluşturan olayın bütünü*” olarak ifade edilmiş ve iddianamede “*filin işlendiği yer, filin süresi, zamanı, kullanılan araçlar, kullanılma biçimleri*” belirtilmek suretiyle bireyselleştirilerek tanımlanan olayların göz önünde bulundurulması gerektiği belirtilmiştir. Ceza usul hukukundaki fiil, maddi ceza hukukundakinden daha geniş kapsamlı bir anlama sahip olmakla birlikte; maddi ceza hukuku anlamındaki tek fiilin, ceza usul hukukunda birden çok fiili ifade etmesi de mümkün değildir. Ayrıca ceza usul hukukunda fiilin ne ifade ettiği konusunda çok fazla görüş ayrılığı bulunmamakta; mevcut görüş ayrılıkları ise, iddianamede **somutlaşan davranışlar ile sıkı bir bağlantı içinde bulunan** ve fakat iddianameye yansımayan davranışları da kapsayıp kapsamadığı yönündedir. Benzer şekilde rekabet hukuku bağlamında usuli anlamda fiilin, önaraştırma veya soruşturma raporunda somutlaşan davranışları kastettiği söylenebilir. Bu meselenin önemi, aşağıda da tartışılacağı üzere, önaraştırma veya soruşturma raporuna konu olmuş olan bir fiilin, daha sonraki bir aşamada başkaca bir önaraştırma veya soruşturma raporuna konu teşkil edip edemeyeceği bakımındandır.

YCGK'nın 23.06.2015 tarih ve E.2013/700, K.2015/241 sayılı kararında ayrıca hukuk devleti, adil yargılanma ve *non bis in idem* ilkelerinin hepsinin de, kişinin tekrar yargılanma ihtimalinden doğan hukuki belirsizlikleri ortadan kaldırmaya yaradığı ve birbirlerini gerçekleştirmede birbirinden ayrı düşünülmemeyeceği belirtilmiş, bu kapsamda aynı fiilden dolayı ikinci kez bir kamu davası açılmasının bu ilkelerin amaçlarını bertaraf edeceği vurgulanmıştır. Bu kararda *non bis in idem* ilkesinin ceza usul hukukunda hem soruşturma hem de kovuşturma aşamasında geçerli olduğu ifade edilmiş ve doktrinin de bu doğrultuda görüş bildirdiği eklenmiştir. Bir başka deyişle, cumhuriyet savcısının kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermesinden sonra, CMK 172/2 hükmü uyarınca, aynı fiilden

dolayı başkaca bir delil bulunmadıkça kovuşturma aşamasına geçilip kamu davası açılmayacağı belirtilmiş ve bu amaçla “*aynı fiilin hukuki tanımlamasının*” da farklı yapılamayacağı vurgulanmıştır.

Bu kapsamda “*kanunilik*” ilkesi bakımından, iddianamede ele alınan davranışların hukuki nitelendirmesi yapılırken, ilgili olduğu mevzuata bakılmalıdır (Ataç, 2010, 44). Burada ikkat edilmesi gereken ise, cezalandırılabilir olanın fiilin hukuki nitelemesinin değil; yargılamanın objektif unsurunu teşkil eden davranış olduğunun hatırd tutulmasıdır. Bir fiilin TCK’ya göre suç teşkil ettiğine kanaat getirilip cezalandırılması sonrasında, aynı fiilin özel bir kanun kapsamında farklı bir ceza yargılamasına konu olması ve sonucunda cezalandırılması mümkün olmamalıdır (Ataç, 2010, 45). Özetle, bir davranışın suç tipine uygun olduğuna karar verilmesi ve soruşturma konusu olmasından sonra, aynı davranışın farklı bir tipe de girdiği gerekçesiyle mükerrer soruşturmaya maruz kalmaması gerekir.

1.1.2. Rekabet Hukuku Bağlamında Fiil²¹

Temelinde idari bir işlem olan idari para cezalarının, iptal davasına konu olması halinde incelenecek idari yaptırımın “*sebep*” unsurunu teşkil etmesi bakımından, Kanun kapsamındaki fiillerin somutlaştırılması önem arz etmektedir. Bu doğrultuda Kanun kapsamındaki fiiller, sistematik açıdan “*esasa ilişkin para cezalarının konusunu oluşturan fiiller*” ve “*usule ilişkin para cezalarının konusunu oluşturan fiiller*”²² olmak üzere ikiye ayrılıp incelenecektir.

Esasa ilişkin para cezalarının konusunu oluşturan fiiller; Kanun’un 4., 6. ve 7. maddelerinde ifadesini bulmuş olan fiillerdir.²³ Bu fiillerin cezalandırılabilmesi

²¹ Kanun kapsamında teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin davranışlarının ne şekilde tipikleştirildiği ortaya konulduktan sonra, Kanun kapsamında yer verilen davranışların Kurul tarafından ilgili mevzuat çerçevesinde hangi ölçütlerde bağımsız sayılıp cezalandırıldıklarına Bölüm III’te yer verilecektir.

²² Usule ilişkin para cezalarının konusunu oluşturan fiiller, anlam bütünlüğünü bozmamak adına Bölüm III’te anlatılacaktır.

²³ Kanunun 4. ve 6. maddeleri kapsamında verilen idari para cezaların konusunu oluşturan davranışlar, tespit edilen bir ihlal sonrası verilmeleri bakımından; 7. madde kapsamında verilen idari para cezalarının konusu olan davranışlara oranla daha kolay tespit edilebilir niteliktedir. Zira, 7. madde kapsamında verilen idari para cezalarının piyasalara öncül olarak müdahale niteliği taşıması (Arı ve Aygün, 2009, 16) nedeniyle somut olarak değerlendirilmesi mümkün olan bir davranışın tespitini güç kılmaktadır. Bu nedenle, 7. madde kapsamında verilen idari para cezalarına çok kısa olarak aşağıdaki bölümlerde değinilecektir.

bakımından dış dünyaya tezahür etmesi, bir başka deyişle, Kanunun koruduğu menfaatin zarar görmüş veya en azından tehlikeye düşmüş olması gerekmektedir. Kanunun 4. maddesinin lafzından açıkça anlaşılmaktadır ki rekabet hukuku bağlamında fiil en genel ifadesiyle, “*anlaşma, eylem, karar*”lardır. Yer verilen eylemlerin teşebbüs veya teşebbüs birliğine atfedilebilirliği için; “*rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacı*” veya “*etki doğurması veya doğurabilecek nitelikte olması*” aranmıştır.²⁴ Madde lafzından görüldüğü üzere rekabet hukukunda da davranışın, Kanun kapsamında değerlendirilebilmesi bakımından sonucunun bulunması şart değildir. Rekabet hukuku literatüründeki “*amaç bakımından ihlaller*” sırf hareket ihlallerine denk nitelikte olarak değerlendirilebilir. Amaç bakımından ihlallerin sırf hareket ihlali olduğuna yönelik değerlendirmeler, Kurul’un 08.04.2021 tarih ve 21-20/247-104 sayılı kararında da geçmektedir.²⁵ Nitekim aynı sonuca işaret eden farklı ifadeler, hem Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik’te “*bağımsız davranışların tespit edilmesi halinde*” şeklinde ifadesini bulmuş; hem de mehaz 2006 AB Ceza Rehberi’nde “*anlaşmanın uygulanması*” fiilin cezalandırılabilirlik değil ve fakat ağırlaştırıcı sebebi olarak görülmüştür.²⁶

4. madde dışında Kanun’un yasakladığı diğer davranış türü, 6. maddede ifadesini bulan davranışlardır. Bu hükümden Kanun’un, teşebbüsün davranışlarını veya diğer teşebbüslerle birlikte davranışlarını cezalandırırken, davranışların vuku bulması yanında, “*kötüye kullanma*” unsurunun da gerçekleşmesini aramıştır. 4. maddeden farklı olarak 6. madde kural olarak²⁷, teşebbüsün davranışının ilgili

²⁴ Kanundaki bu ifadenin YCGK’nın 09.02.2010 tarih ve 2009/9-103, 2010/22 sayılı kararındaki, “*Elverişli/vahim eylemin diğer tabirle araç suçun, hazırlık hareketi aşamasından icra hareketi safhasına geçmesi, en azından teşebbüs boyutuna ulaşması, amaçlanan sonucu doğurabilecek icra hareketi olarak belirginleşmesi gerekir*” ifadesiyle uyumlu bir nitelik arz ettiği görülebilmektedir. Yine 19.10.2010 tarih ve 1-153/206 sayılı kararında da uygulanageldiği kabul edilen objektif teori-Frank formülüne göre; “*...Gerçekleştirilen bir hareketin icra hareketi teşkil edip etmediğinin belirlenmesinde, hareketin harici olarak değerlendirilmesiyle yetinilmemeli, özellikle bu hareketin suçun konusuyla yakın bağlantı içerisinde olup olmadığı ve suçun konusu bakımından tehlikeye sebebiyet verip vermediği de araştırılmalıdır. Bir hareket kısmi olarak tipik olmasa da mahiyeti itibarıyla yapılan değerlendirmeye göre tipik harekete zorunlu olarak bağlı ise icra hareketi sayılmalıdır*” ifadeleriyle uyumlu olduğu görülmektedir.

²⁵ Yer verilen Kurul kararındaki değerlendirmeler, soruşturma zamanasının ihlalin niteliğine göre tespit edilmesi gerektiği argümanı çerçevesinde yapılmıştır.

²⁶ Aynı görüş ve detaylı bilgi için bkz.: (Torre ve Fournier, 2017, 148).

²⁷ Buna karşılık 6. maddenin (a) ve (d) bentlerinde teşebbüsün bizatihi rekabeti bozmayı amaçlayan davranışlarının da rekabet ihlali olarak düzenlendiği görülmektedir.

pazarda etki göstermesini aramaktadır.²⁸ Kanun'un 6. maddesinde davranışın sonucunun arandığı, ayrıca ve açıkça belirtilmiştir.

Bu kapsamda teşebbüs davranışlarının cezalandırılabilir tipe uygunluğu değerlendirilirken, Kanun'un 4. ve 6. maddesi bentleri ile ikincil mevzuat yol gösterici niteliktedir. Belirtildiği üzere, bu noktada önaraştırma veya soruşturma raporunda maddi vakıaların titizlikle somutlaştırılması gerekmektedir.

Komisyon'un da kabul ettiği üzere karteğe taraf bir teşebbüs, anlaşmaya ilişkin organizasyonlarda anlaşmaya katılmama iradesini açıkça ortaya koymadıkça ihlalden sorumlu tutulmakta ve hatta bilgi değişimi sonrasında toplantıyı terk etmiş olmak dahi bu noktada teşebbüsün ihmali davranışından dolayı sorumlu tutulmasına yetmektedir (Ersoy, 2015, 22). Görülmektedir ki rekabet hukukunda da hareket (fiil), hem icrai hem de ihmali hareketleri içerecek şekilde yorumlanmaktadır.

1.2. FİİLİN TEKLİĞİ İLE AYNILIĞI VE REKABET HUKUKU BAĞLAMINDAKİ ÖNEMİ

Yukarıda da ifade edildiği üzere, fiilin tekliği ile aynılığı her zaman örtüşen kavramlar değildir. Fiilin tekliği esasen, failin suç veya kabahati işleme yolunda gerçekleştirdiği birden fazla hareketin hukuken tek bir fiil olarak kabul edilmesi ve tek bir müktedir tarafından tek bir yaptırıma maruz kalmasıyla ilgilidir. Fiilin aynılığı ise failin gerçekleştirdiği hareketlerin bir seri olarak tek olup olmadığıyla ilgilenmekten ziyade, hareketi değerlendiren müktedir(ler)in aynı hareketi müteaddit defalar inceleyip incelemediğiyle alakalıdır. Bir başka anlatımla, fiilin tekliği birden fazla davranış arasında su geçirmez (*watertight*) bir bütünlük olmasını işaret ederken; fiilin aynılığı ise tamamlanmış bir davranışın araya belirli bir zaman girdikten sonra, fiilin tekrardan gündeme gelmesini belirtir. Bu bağlamda rekabet hukukunda da fiilin tekliği genellikle aynı inceleme veya soruşturma kapsamında tartışılması gereken bir husus iken; fiilin aynılığı ise bir inceleme veya soruşturma kapsamında ele alınmış bir meselenin daha sonraki usuli süreçler bakımından ele alınıp alınamayacağı ile alakalı olan bir meseledir.

²⁸ Hakim durumun kötüye kullanılmasının tespitine ilişkin analizler hakkında detaylı bilgi için bkz. SÜMER ÖZDEMİR, N. (2015), "Rekabete Aykırı Dışlayıcı Uygulamaların Tespitinde Etki Temelli Yaklaşım ve Etki Standartları", Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, Ankara.

1.2.1. Fiilin Tekliğinin Maddi Önem ve Sonuçları

Ceza hukukunda ele alınan hareket(ler)in yaptırıma tabi tutulmasında, istisnaen suçlar birleştirilir. Yani istisnai durumlarda fiilin tekliği suçların çokluğuna, suçların tekliği fiilin çokluğuna vücut verir. Bu noktada suç sayısını saptamada kural olarak, hareketin veya neticenin sayısı dikkate alınmaz.²⁹

Hareket ile ihlal arasındaki ilişki sonucunda her halükarda dört ihtimal ortaya çıkabilir. Bunlar; bir fiilin bir ihlale, bir fiilin birden fazla ihlale, birden fazla fiilin bir ihlale, birden fazla fiilin birden fazla ihlale sebebiyet vermesi halleridir. Bu kapsamda bir fiilin bir ihlale ve birden fazla fiilin birden fazla ihlale sebebiyet vermesi gerçek içtima teşkil ettiğinden tartışılması gereken bir durum söz konusu olmayacaktır. Bununla birlikte bir fiilin birden fazla ihlale sebebiyet vermesi fikri içtima, birden fazla fiilin tek ihlale sebebiyet vermesi ise aynı neviden içtima (zincirleme suç) hali teşkil etmektedir.³⁰

Fiilden hareketin anlaşılması gerektiğine ilişkin yukarıda yer verilen açıklamalar ışığında, fiilin tekliği meselesini açıklığa kavuşturmada hareketin tekliğine ilişkin teorilerden faydalanmak uygun görünmektedir.

1.2.1.1. Doğal Anlamda Hareket Tekliği^{31,32}

Doğal anlamda hareket tekliği teorisinin özüne göre; **zaman ve mekân³³ bakımından doğrudan ve ayrılamaz bir ilişki içerisinde bulunan hareketler**, tarafsız bir gözlemci tarafından gözlemlendiğinde anlam ifade eden bir ilişki içerisinde tek bir fiil olarak algılanıyorsa, bu hareketler doğal anlamda tek bir hareket olarak kabul edilmektedir (Akbulut, 2014, 639). Olayların zamansal ve

²⁹ Ceza hukukunda “suçların içtimaı” yanında “cezaların içtimaı” kurumu da mevcuttur. Cezaların içtimaı halinde, suçların varlığı değişmemekte, cezalar ise birleşmektedir. Cezaların içtimaı, fiilin karşılığı öngörülen hukuki yaptırımla alakalı bir husus olduğundan çalışmanın kapsamı dışında kalmaktadır.

³⁰ *Zincirleme suç/kabahat*” başlığı altında da anlatılacağı üzere, KK’nın 15. maddesinin ikinci fıkrasındaki “Aynı kabahatin birden fazla işlenmesi halinde her bir kabahatle ilgili olarak ayrı ayrı idarî para cezası verilir.” ifadesinden, zincirleme suç hükümlerinin kabahatler bakımından uygulanmayacağı anlaşılmaktadır (Özen, 2013, 64, 65).

³¹ *Natural unity of conduct*.

³² Bölüm III’te yer verilecek olan “*Usule İlişkin Para Cezalarının Sebebinin Oluşturan Bağımsız Davranışlar*”ın tespitinde bu başlık altında yer verilen teoriden yararlanılacaktır.

³³ Doktrinde, zamansal bağlantının bulunduğu durumlarda genellikle mekânsal bağlantının da var olduğu kabul edilmektedir (Demirtaş, 2016, 133).

mekânsal birliği yanında, iradenin de dışarıdan bakan gözlemciler için teşhis edilebilir olması gerekmekte; bununla birlikte **tek fiil işleme kararına dayanması gerekmemektedir** (Akbulut, 2014, 640).^{34,35} Nitekim tek fiil işleme kararına dayanmanın tespiti, hareketi gerçekleştirenin psişik hali ile ilgili bir husustur. Dolayısıyla dış dünyada bu hususunun tespiti nispeten güçtür.

YCGK'nın 19/12/2017 tarih ve E.2014/4-268, K.2017/561 sayılı kararında, *“zaman mekân yönünden aralarında sıkı bir ilişki olan bu eylemlerin birbirine bağlı tek hareket olarak görüleceğinde kuşku bulunmaması karşısında, eylemlerinin tek imar kirliliğine neden olma suçunu oluşturaacağı”* denilerek, tipik (hukuki) olarak hareket tekliğinin olmadığı yerde suçun niceliğini belirleme, doğal anlamda hareket görüşünün benimsendiği anlaşılmaktadır. Benzer şekilde, Danıştay'ın 27.05.2007 tarih ve E.2005/1237, K.2007/2565 sayılı kararında, *“cezaya konu olan eylemlerin birbirini izlemesi ve iç içe geçmiş olması, eylemlerin aynı süreç ve zaman diliminde gerçekleşmiş olup aralarında kopukluk olmamasından hareketlerin tek bir eylem olarak kabul edilmesi”*nin gerektiği ifade edilerek memurun üç farklı disiplin cezası almasının hukuka aykırı olduğuna hükmedilmiştir. İdari otoritelerin de, Yargıtay ve Danıştay'ın bu içtihadını örnek alarak, zaman ve mekân bakımından birbiriyle sıkı bir ilişki içinde olan hareketleri tek bir fiil kabul edip tek bir cezaya hükmetmesi imkân dahilindedir. Görülmektedir ki, doğal anlamda hareket tekliğinin olduğu durumlarda, fikri içtima gibi, hukuki anlamda hareket tekliği teorisi çerçevesinde mevzuatta ifadesini bulan hükümlerin uygulanmasına gerek kalmamaktadır. Zira hareketler tek kabul edildiğinden, adeta genel kural olan *“tek fiile tek ceza”* uygulamasıyla yetinilmektedir.

Bu noktada Kurul'un *Ege Bölgesi Çimento-2*³⁶ kararından bahsetmek gerekmektedir. Adı geçen kararda, teşebbüslerin aynı ilgili coğrafi pazarda 2002 yılının Nisan ayında başlayan yüksek fiyat tespitine ilişkin uyumlu eylemleri ile fiyat tespitine ilişkin anlaşmaları değerlendirilmiştir. Teşebbüslerin belirlediği

³⁴ Doğal anlamda hareket tekliği teorisi bağlamında tek fiilin görünüş şekilleri ise, tekrarlayan hareketlerle suç tipinin gerçekleştirilmesi (Akbulut, 2014, 640) ve art arda gelen hareketlerle suçun gerçekleştirilmesidir (Koca, 2007).

³⁵ Bununla birlikte ceza hukukunda Toroslu, (2011, 121); Hafizoğulları ve Özen (2011, 197) gibi hareketin ve dolayısıyla fiilin tekliğinin davranışlar arasında önemli bir zaman aralığı olmaması yanında; failin aynı hedefe yönelmiş olmasını arayan ceza hukukçuları da mevcuttur.

³⁶ 02.12.2004 tarih ve 04-77/1108-277 sayılı karar.

fiyatların 2003 yılında kısa bir süre düşmesine rağmen; 2003 yılının Haziran ayında yeni bir yüksek fiyat tespiti yapılmış olmasından dolayı; Kurul aslında, zımnen teşebbüslerin davranışları arasında zamansal kopukluk olmadığını değerlendirmiştir. Bundan dolayı kararda, yatay ihlalden dolayı tek bir cezaya hükmedilmiştir. Görüldüğü üzere aslında Kurul teşebbüslerin davranışlarının doğal anlamda tek olduğunu değerlendirmiştir. Bunun yanında rekabet hukukunda fiilin teklik arz ettiğinden bahsedebilmek için, Bölüm III’te daha detaylı olarak açıklanacağı üzere, aynı ilgili ürün ve coğrafi pazarda gerçekleştirilmiş olmasının da aranması gerekmektedir.

1.2.1.2. Tipik (Hukuki) Anlamda Hareket Tekliği³⁷

Hukuki anlamda hareket tekliği teorisinde, kanuni tanımda tasvir edilen tipe üstünlük tanınmakta ve bu kapsamda cezanın konusunu teşkil eden hareket ister tek olsun³⁸ ister birden çok³⁹ olsun; kanuni düzenlemeden dolayı tek bir cezaya hükmedilmektedir. Bunlar ceza kanununda; bileşik suç⁴⁰, kesintisiz suç, zincirleme suç, görünüşte içtima ve fikri içtima halleri olarak belirlenmiştir. Bununla birlikte, hukuki anlamda hareket tekliğinin söz konusu olabilmesi için de, tıpkı doğal anlamda hareket tekliğinde arandığı gibi, davranışların zamansal ve mekânsal olarak sıkı bir ilişki içerisinde olması gerekir.

1.2.1.3. Kesintisiz Kabahatler

Kesintisiz kabahate vücut veren davranışların sürekliliği yüzünden, ortaya çıkan zararlı durum kesintisiz olarak devam etmektedir. Bu fiillerin, failin iradesinin herhangi bir sebeple kesintiye uğradığı ana kadar devam ettiği kabul edilmektedir (Hafizoğulları ve Özen, 2011, 213). Kesintisiz kabahati oluşturan hareketlerin kısa süreli olarak kesintiye uğraması fiilin işlenmesini kesintiye uğratmamaktadır.⁴¹ Özellikle KK’nın 15. maddesinin ikinci fıkrasında kesintisiz

³⁷ *Legal Unity of Conduct*. Doğal anlamda hareket tekliğinin olduğu durumda tipik anlamda da hareket tek denilebilme, buna karşılık doğal anlamda hareket çokluğu olduğu durumda her zaman tipik anlamda hareket yoktur denilememektedir (Akkaya,2019,11).

³⁸ Örneğin, fikri içtima.

³⁹ Örneğin, seçimlik hareketli suçlar.

⁴⁰ Kabahatler hukukunda bileşik kabahat tipi öngörülmediği için, başlık altında incelenmeyecektir.

⁴¹ Bu kabahat türüne örnek olarak, kaldırırma izinsiz olarak büfe açan ve işleten büfe sahibinin KK’nın 38. maddesini ihlal etmesi verilebilir.

kabahatlerin ne zaman tamamlanmış sayılacağı konusunda özel bir düzenleme mevcuttur. Anılan düzenleme uyarınca, yaptırım kararı verilinceye kadar fiilin tek olduğu söylenmiştir. Böylece, kesintinin gerçekleştiği zaman özel olarak belirlenmiştir. Bir diğer deyişle, klasik kesintisiz suçların kesintiye uğradığı zamanlardan farklı bir düzenlemeye gidilmiştir (Akbulut, 2014, 644). Bununla birlikte hatırdta tutulması gereken, hareketlerin zamansal ve mekânsal olarak sıkı bir bağlantı oluşturduğu durumlarda kesintisiz suç veya kabahat hükümlerinin uygulanamadığı; hareketlerin tek bir fiile vücut verdiği kabul edilmesi gerektiğidir.⁴²

Ankara 12. İdare Mahkemesi'nin 07.03.2019 tarih ve E. 2018/1145, K. 2019/475 sayılı kararında “*ceza hukukunda yer verilen mütemadi suç değerlendirmesinin idari para cezaları için de uygulanabilir olduğu*” değerlendirmesine yer verilmiştir. Benzer şekilde 20.06.2019 tarih ve 19-22/352-158 sayılı; 12.11.2019 tarih ve 19-39/610-263 sayılı kararlar, kesintisiz kabahat müessesinin rekabet hukukunda uygulandığına ilişkin Kurul kararlarına örnektir.

Bu noktada önemle belirtilmesi gereken husus ise, rekabet hukukundaki devam eden tek bir ihlal müessesesi ile kesintisiz ihlaller arasındaki benzerlik ve farklılıklardır. İki müessese arasındaki benzerlikler, ihlalin konusunu oluşturan davranışların veya zararlı durumun sürekli devam etmesi iken; farklılıklardan biri, ihlali gerçekleştiren sùjelerin bir veya birden fazla olabilmesi noktasındadır. Devam eden tek bir ihlal müessesesinin konusu birden fazla fail (teşebbüs/ teşebbüs birliğı) olabilirken; kesintisiz fiilin konusunu tek bir failin oluşturmasıdır. Başka bir farklılık, devam eden tek bir ihlal müessesesi, harekete değıl sonuca odaklanmakta ve ortaya çıkan ihlal ile ilgilenmektedir. Kesintisiz kabahat kavramı ise sonuca değıl harekete odaklanmakta ve sonucun ortaya çıkmasından önceki sonuçla ilgilenmektedir. Öte yandan devam eden tek bir ihlal müessesesindeki ortak bir plan çerçevesinde hareket etme saik ve bilincinin ön plana çıktığı görülmektedir (Ersoy, 2015, 6). Buna karşın, kesintisiz ihlallerin tespitinde, failin saikine bu denli önem atfedilmemektedir.

⁴² Bkz. aynı görüş doğrultusunda yayımlanan YCGK'nın; 26/06/2018 tarih ve E.2015/15389, K.2018/318 sayılı; 21.05.2013 tarih ve E.2012/1543 esas ve K.2013/257 sayılı; 19/12/2017 tarih ve E.2014/4268, K.2017/561 sayılı; 4.CD. 25/02/2019 tarih ve E.2014/39977, K.2019/2810 sayılı kararları.

1.2.1.4. Zincirleme Kabahatler

Zincirleme suç müessesesinde, aynı tipte “*birden çok suçun varlığı*”⁴³, bir “*suç işleme kararı*”na bağlıdır. Zincirleme suçların kabahatler bakımından uygulanması meselesine geçmeden önce belirtilmelidir ki; kesintisiz fiil ile zincirleme fiil sıkça karıştırılmakta olup bunlar arasındaki fark, davranışların zamana yayılımı bakımındandır (Yalçın Sancar, 2007, 247).

KK’nın 15. maddesinin ikinci fıkrasının lafzından⁴⁴ kabahatler bakımından zincirleme suçun kabul edilmediği anlaşılmaktadır. Bunun gerekçesinin, toplumun belirli bir alanındaki veya belirli bir kurumun işleyişine ilişkin düzenin korunması olduğu belirtilmektedir (Akbulut, 2014, 657). Bu kapsamda birden fazla kabahate vücut veren davranışların hep birinin ayrı fiil olarak değerlendirilmesi gerektiğinden, rekabet hukukunda da zincirleme suç müessesesi uygulanmamalıdır.

Kurul’un 02.01.2020 tarih ve 20-01/1-1 sayılı kararının konusu olan olayda, soruşturma kapsamında taraflara öncelikle 25.10.2019 tarihinde gönderilen bilgi isteme yazısına süresi içinde cevap gönderilmemesi üzerine ikinci defa 03.12.2019 tarihinde bilgi isteme yazısı gönderilmiş ve son bilgi isteme yazısına da eksik cevap verilmiştir. Kararda, teşebbüsün iradesinin ilk bilgi isteme yazısına cevap vermemesi ile oluştuğu ve ikinci bilgi isteme yazısı için verilen sürenin dolmasıyla da tamamlandığı belirtilmiştir. Bu nedenle teşebbüsün fiili bir kesintisiz kabahat olarak değerlendirilmiş ve nihayet Kanun’un 16. maddesi gereği “*aynı eyleme tek ceza verilmesi gerektiği*” sonucuna ulaşılmıştır. Öncelikle adı geçen karardaki davranışların esasen “*aynı eylem*” olarak değil; “*tek eylem*” olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Öte yandan, söz konusu eylemin doğal anlamda tek olup olmadığı değerlendirilirse, ortada zamansal olarak birbirinden bağımsız davranışlarla meydana gelen, tamamlanmış ayrı iki kabahat olduğundan doğal anlamda hareket birliğinin mevcut olmadığı sonucuna ulaşılmalıdır. Zira, ilk bilgi isteme yazısına hiç cevap verilmemesine ilişkin kabahat 08.11.2019 tarihinde tamamlanmış; ikinci bilgi isteme yazısına eksik cevap verilmesine ilişkin kabahat ise 13.12.2019 tarihinde tamamlanmıştır. Hukuki anlamda ise,

⁴³ Birden çok suçun işlenip işlenmediğinin belirlenmesinde, birden fazla aynı normun ihlal edilmiş olması aranmaktadır.

⁴⁴ Maddenin ikinci fıkrasının ilk cümlesi; “*Aynı kabahatin birden fazla işlenmesi halinde her bir kabahatler ilgili olarak ayrı ayrı idari para cezası verilir*” hükmünü haizdir.

davranışların farklı zamanlarda “*eksik cevap verme veya hiç cevap vermeme*” iradesiyle gerçekleştirildiği kabul edilirse, sadece zincirleme kabahat hükümleri kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışma konusu olmalıdır. Dosya konusu fiilin kesintisiz fiil olarak değerlendirilebilmesi için, teşebbüsün ilk işlediği fiilin tamamlanmamış olması gerekmektedir. KK sistematığının zincirleme kabahat hükümlerinin uygulanmasını kabul etmemesi sebebiyle bahsi geçen kararda iki ayrı fiil olduğunun kabulü, dolayısıyla teşebbüse iki ayrı idari para cezasının verilmesi gerekmektedir.

1.2.1.5. Fikri İçtima

Fikri içtima hali TCK'nın 44. maddesinde; failin, “*işlediği bir fiil ile birden çok suçun oluşuma sebebiyet vermesi*” olarak tanımlanmıştır. Fikri içtimanın hukuki temelinin “*hukuki düzene isyan etme noktasındaki iradenin tek olmasından dolayı cezanın da tek verilmesi*” ve “*tek bir cezadan fazlasının verilmesinin cezanın amacına aykırı düşmesi*” (Dönmezer ve Erman, 1997b, 382) olduğu kabul edilmektedir. Bunun yanında TCK'nın fikri içtimaya ilişkin maddesinin gerekçesinde, adı geçen müessesenin kabul edilmesinin nedeninin *non bis in idem* ilkesi olduğu belirtilmektedir.⁴⁵ Müessese, tek fiilin ihlal ettiği hukuki değerlerin çokluğuyla, fiilin çeşitli kanuni tiplerle ilişkisini ortaya koymaktadır (Şan, 2014, 84). Öncelikle fikri içtimanın birden çok “*suça veya kabahate*” sebebiyet verilmesi hali için geçerli olacağı unutulmamalıdır. Bir başka deyişle, bir fiil ile bir kabahat bir de suça sebebiyet verilirse, fikri içtima hükümleri uygulanmayacaktır. Benzer şekilde, aynı kanun hükmünün aynı davranış(lar)la birden fazla kez ihlal edilmesi durumunda da fikri içtima hükümleri uygulanamamaktadır (Toroslu, 2010, 325). İhlal edilen farklı hükümlerin farklı tipleri düzenlemesi gerekmektedir (Tekin, 2010, 171).⁴⁶

⁴⁵ <https://www.corpus.com.tr/#!/Yasalar> (Erişim Tarihi: 06.08.2020).

⁴⁶ Fikri içtima hükümlerinin uygulanmasında, sebebiyet verilen suçların icra hareketlerinin tıpatıp mı örtüşmesi gerektiği yoksa kısmi olarak örtüşmesinin yeterli olup olmayacağı hususunda doktrinde görüş birliği yoktur. Doktrinde bu konuda iki görüş sunulmuş olup bunlardan ilki, “*icra hareketlerinin tam aynıyeti*”dir. Bu durumda icra hareketleri tamamen aynı olmakla birlikte farklı neticelere yol açmaktadır. Doktrindeki diğer görüş ise, “*icra hareketlerinin kısmi aynıyeti*”dir. Buna göre, birlik arz eden hareketlerin en azından bir kısmının her iki suç tipinin işlenmesinde etkili olması gerekmektedir. Bu durumda fikri içtimadan bahsedebilmek için, ilk suç tipinin tamamlanmış ve fakat bitmemiş olması ve bitmesinden önce ikinci suç tipinin icra faaliyetlerinin gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir. Bu noktada sırf motivasyon birliği, fikri içtima için yeterli değildir (Koca, 2007).

Fikri içtima müessesesinin, bir fiil ile birden fazla ve fakat **aynı türde** yaptırım öngörülen kanuni tipin ihlaline uygulanan bir müessese olduğu hususunun üzerinde durulması gerekmektedir.⁴⁷ Bu bilgi ışığında, teşebbüsün tek fiilinin Kanun'un hem 4. hem de 6. maddesini ihlal etmesi halinde, fikri içtima müessesesi uyarınca tek bir cezaya maruz kalması gerekmektedir. Bunun yanında yürütülen soruşturma kapsamında fiilin hem 4. hem de 6. madde kapsamında değerlendirilmesi önünde bir engel bulunmamaktadır. Fikri içtimada önem arz eden husus, mükerrer cezalandırmaya gidilmemesi; yalnızca ihlal edilen normlar için öngörülen cezaların en ağırına hükmedilmesidir.

Önemle belirtmelidir ki, fikri içtimada esasen suçlar veya kabahatler bağımsızlığını korumaktadır. Bunun en önemli sonucu, failin bir suçtan veya kabahatten dolayı sorumluluğunun ortadan kalkması durumunda, diğer suçtan veya kabahatten dolayı sorumluluğunun devam etmesidir (Hafizoğulları, 2008, 359). Dolayısıyla teşebbüsün Kanun'da ihlal ettiği bir maddeden sorumluluğu ortadan kalkarsa, diğer maddeden sorumluluğu devam edecektir. Söz gelimi, teşebbüsün soruşturma konusu anlaşmasının farklı hükümlerinin Kanun'un hem 4. hem de 6. maddesinin ihlali niteliğinde olması durumunda, 6. maddesini ihlal eder nitelikteki etkinin ortaya konulamaması durumunda, 4. maddesini ihlal eden davranışlarından dolayı sorumluluğu devam edecektir. Benzer şekilde, teşebbüsün birlik arz eden davranışlarından Kanun'un 4. maddesinin ihlali niteliğindeki davranışları soruşturma zamanaşımına uğrarsa; teşebbüs, 6. maddeyi ihlal eden davranışlarından sorumlu tutulabilecektir. Aynı fiilin farklı kanunlarda düzenlenen hükümleri ihlal etmesi haline örnek olarak ise, bir fiilin hem 5809 sayılı EHK'yı hem de Kanun'u ihlal etmesi verilebilir. Bu durumda teşebbüsün 4054 sayılı Kanun kapsamında sorumluluğunun ortadan kalkması halinde aynı fiil, BTK tarafından soruşturma konusu edilebilecek ve idari para cezasına konu olabilecektir.

Bunun dışında, görünüşte içtima başlığı altında da yer verileceği üzere, ihalelere danışıklı teklif verme fiili hem Kanun hem de 4734 sayılı KİK tarafından yaptırıma tabidir. Her iki kanunun aynı fiili müeyyideye tabi tutuma amacı ve

⁴⁷ Zira bu husus bir sonraki başlık altında açıklanacağı üzere, KK'nın 15. maddesinde düzenlemeyi yorumlamak açısından önemlidir.

koruduğu hukuki menfaatin farklı olduğu göz önüne alındığında⁴⁸, bu iki kanun hükmünün ihlali karşılığında öngörülen yaptırımların aynı (idari para cezası) olması halinde fikri içtima hükümleri uygulanmalıdır. Buna karşılık bilindiği üzere, KK'nın 15. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi uyarınca⁴⁹, anılan fiilin Kanun kapsamında idari para cezasına tabi tutulması bunun yanında 4734 sayılı Kanun kapsamında öngörülmüş olan diğer idari yaptırım(lar)ın uygulanması⁵⁰ söz konusu olabilecektir.⁵¹

1.2.1.6. Görünüşte İçtima

Tek bir fiil ile birden fazla ihlale sebebiyet verilmesi durumunda hangi kanun hükmünün uygulanacağı meselesi zaman zaman karışıklığa sebebiyet verebilmektedir. Bu noktada fikri içtima ile görünüşte içtima müesseselerinin arasındaki benzerlik ve farkların ortaya konması gerekmektedir. Görünüşte içtima ile fikri içtima arasındaki benzerlik, fiilin tek olmasından kaynaklanmakta ve fakat; fiile uygulanabilecek tek bir kanun hükmünün bulunması noktasında farklılaşmaktadır. Teknik olarak içtima türü olarak da kabul edilmesi mümkün olmayan görünüşte içtimanın varlığının, fikri içtima hükümlerinin uygulanabilirliğinin sorgulanmasından önce tartışılması gerekir; zira görünüşte içtima varsa, fikri içtima hükümleri uygulanamayacaktır. Görünüşte içtimaya göre failin tek bir fiili ile birden fazla kanun hükmü ihlal edilmiş gibi görünmekte ve fakat bu ihlal edilen hükümlerden sadece biri fiile uygulanabilmektedir. Bu kapsamda görünüşte içtimanın kabahatler hukuku bakımından da uygulanabilir esasları; “özel normun önceliği”, “seçimlik hareketli suçlar” ve “yardımcı normun sonralığı”dır (Çubukçu, 2019, 1186).

⁴⁸ İki kanunun genel amacı ve gerekçesi kıyaslandığında, 4734 sayılı Kanun'da, kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde rekabetin sağlanmasının amaçlandığı; Kanun'da ise amacın mal ve hizmet piyasalarında etkin rekabetin korunması olduğu görülmektedir. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss257m.htm> (Erişim Tarihi: 06.08.2020).

⁴⁹ Belirtilen cümle şu şekildedir: “...kanunda idari para cezasından başka idari yaptırımlar da öngörülmüş ise, bu yaptırımların her birinin uygulanmasına karar verilir.”.

⁵⁰ Bkz. 4734 sayılı Kanun'un 58. maddesinde düzenlenen “ihalelere katılmaktan yasaklanma”. (Detaylı bilgi için bkz.: Gündüz, 2013, s. 88-90).

⁵¹ Bunun dışında hatırdta tutulması gereken, kanunda bir fiil ile birden fazla kabahate sebebiyet verilmesi halinde fikri içtima hükümlerinin uygulanmasının kural olmasına karşılık; kanunda fikri içtimanın uygulanmayacağı açık olarak belirtildiği durumlarda bir fiil ile birden fazla kabahate sebebiyet verilirse fikri içtima hükümleri uygulanmayacaktır (Akkaya, 2019, 13).

Görünüşte içtima hallerinin söz konusu olduğu durumlarda, çoğu zaman özel normun önceliği kuralıyla çözüm yoluna gidilmektedir. Özel normun önceliği, kanunların yaptırım uyguladığı fiilin iki farklı norm tarafından da düzenlenmiş olması ve fakat normlardan birinin, fiili daha detaylı veya diğerine göre daha ek unsurlar içerecek şekilde tanımlamış olması durumunda uygulanır.⁵² Bu noktada Kurul'un *Turkcell-Telsim kararı*⁵³ bahse şayandır. Karar konusu olayda, telekomünikasyon sektöründe faaliyet gösteren bir teşebbüs, tek davranışıyla hem 406 sayılı TTK'yı hem de Kanun'u ihlal etmiştir. Kararda dikkat çeken husus, tek fiilin farklı hukuki menfaatleri düzenleyen kanun hükümlerini ihlal etmesi durumunda hangi kanunun öngördüğü yaptırımın uygulanacağına ilişkin ifadelerdir. Anılan durumun kanunlar ihtilafı müessesesi ile çözümleneceği belirtilmiştir.⁵⁴ Oysa, kanunlar ihtilafının bulunması için ortada tek bir tipe uygunluğun bulunması, bir başka deyişle dış dünyadaki değişikliğin **bütün unsurlarıyla** muhtelif kanun hükümlerinin kapsamına girmesi gerekmektedir (Dönmezer ve Erman, 1997, 383). Buna karşılık fikri içtimada tek eylem ile çeşitli ihlaller meydana gelse de, her bir ihlalin kendine has özellikleri saklı kalmakta, yani ortak **bir unsur** bulunan ihlaller tek bir eylem ile meydana gelmektedir. Bu sebeple fikri içtima tabiri caizse, birbirini kesen ve fakat merkezleri aynı olan iki daire şeklinde tasvir edilmektedir. Netice olarak, iki ayrı kanun hükmünün **koruduğu hukuki konu aynı ise kanunlar ihtilafı**; yok eğer **farklı ise fikri içtima** vardır (Dönmezer ve Erman, 1977, 383). Bu durum farklı kanun hükümlerinin kanun koyucu tarafından farklı sistematikte düzenlenme amacına da uygundur. Nitekim, kanun koyucunun bilerek veya bilmeden aynı hukuki konuyu farklı hükümlerde düzenlemesi durumunda kanunlar ihtilafı ortaya çıkmakta ve söz konusu durum genel-özel kanun, önceki-sonraki kanun prensiplerine göre çözümlenmektedir. Dolayısıyla adı geçen Kurul kararına konu olayda, 406 sayılı TTK ile Kanun'un farklı hukuki konuları içermesinden; kanunlar ihtilafı yerine fikri içtima müessesesinin uygulanması daha uygun düşecektir.

⁵² Bu duruma tipik olarak rüşvet ile görevi kötüye kullanma suçları örnek gösterilmektedir. Fail tipik fiili ile kendisine yarar sağlıyorsa her iki hükmü de ihlal etmesine rağmen, rüşvet suçunun cezası ile cezalandırılacaktır.

⁵³ 09.06.2003 tarih ve 03-40/432-186 sayılı karar.

⁵⁴ Ayrıca kararda, kanunlar ihtilafı müessesesinin uygulanacağı belirtildikten sonra, iki farklı kanun hükmünün öngördüğü yaptırımın da uygulanabileceği belirtilmiştir. Oysa kanunlar ihtilafı müessesesi görünüşte içtima hallerinden birini teşkil etmektedir ve fiile tek bir kanun hükmünün uygulanmasını gerektirir.

Görünüşte içtima hallerinden bir diğeri olan seçimlik hareketli suçlara doktrinde “önceki ve sonraki eylemlerin aynı suçu sonuçlamaları” (İçel, 2008, 44) ismini veren yazarlar da mevcuttur. Bu tür suçlarda suçun kanuni tanımında öngörülen hareketlerin hepsinin yapılması halinde dahi, hareketin **ihlal ettiği hukuki konunun değişmemesi** kaydıyla, kanundaki tek bir hükmün ihlal edildiği kabul edilmekte ve hükmün öngördüğü tek ceza uygulanmaktadır (Çubukçu, 2019, 5-7). Görüldüğü üzere, seçimlik hareketli suçlar kapsamında fiilin tek olduğunun kabul edilebilmesi için önemli olan zamansal ve mekânsal birliktelik arz eden hareketlerin (Akkaya, 2019, 23-26) ihlal ettiği hukuki menfaatin tek olduğunun tespit edilmesidir.⁵⁵ Bu kapsamda kanunun aynı maddesini ihlal eden hareketlerin farklı bentler kapsamında düzenlenmiş olması hali seçimlik hareketli suç örneğini oluşturmaktadır. Örneğin, *Tüpraş* kararında⁵⁶, teşebbüsün zamansal ve mekânsal olarak bağlantı içinde bulunan davranışlarının⁵⁷ Kanun’un 6. maddesinin farklı bentlerini ihlal ettiği değerlendirilmiş ve tek bir para cezasına hükmedilmiştir.

Bunun dışında görünüşte içtima hallerinden sonuncusu ise yardımcı (tali) norm ilkesidir. Bu ilke mevzuatta, “*eylem ayrı bir suç teşkil etmiyorsa*”, “*fiil daha ağır bir suç teşkil etmiyorsa*” gibi ifadelerle düzenlenmektedir (İçel, 2008, 38). Genellikle KK’nın 15. maddesinin üçüncü fıkrası⁵⁸ fikri içtima müessesesinin somutlaştığı hüküm olarak yorumlansa da; bu hükmün yardımcı bir norm olarak görünüşte içtima ilkelerinden birini teşkil ettiği düşünülmektedir. Zira belirtildiği üzere fikri içtima, bir fiilin aynı türden yaptırım öngören normları aynı anda ihlal etmesi sonucunda uygulanması gereken bir kurumdur. Kurul’un *Süleyman Demirel Huzurevi* kararında⁵⁹ yer alan karşı oyda da ortaya konulduğu gibi, ihalelerde danışıklı teklif vermek suretiyle rekabeti engelleme fiili karşılığında sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanması durumunun fikri içtima teşkil ettiği tespiti doğru bulunmamaktadır. Zira Kanun’un uygulanmasında sıkça karşılaşılan

⁵⁵ Bu tip suçlara TCK’nın 235. maddesinde düzenlenen ihaleye fesat karıştırma örnek gösterilmektedir. Ayrıca bkz. Yargıtay 5. CD. 03/05.2016 tarih ve E. 2014/2972, K. 2016/4537 sayılı karar.

⁵⁶ 17.01.2014 tarih ve 14-03/60-24 sayılı karar.

⁵⁷ Teşebbüsün soruşturma konusu davranışları 11.10.2008 ile 01.01.2009 tarihi aralığında gerçekleştirildiği tespit edilmiştir.

⁵⁸ Kanunun “*İçtima*” başlıklı maddesinin üçüncü fıkrası şu şekildedir: “*Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır.*”

⁵⁹ 17.01.2013 tarih ve 13-05/52-29 sayılı karar.

bu durum görünüşte içtima hali teşkil etmektedir ve netice olarak sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanmalıdır. Elbette ki ihalelere danışıklı teklif vermek suretiyle rekabetin engellenmesi fiili için yapılan bu tespitler, kişinin aynılığı unsuru değerlendirilme dışı tutularak yapılan tespitlerdir.

Görüldüğü üzere kabahatler hukuku bakımından da zamansal-mekânsal olarak sıkı bir bağlantı içinde olan ve kanunun aynı maddesinin farklı bentlerini ihlal eden davranışlar, görünüşte içtima hali teşkil etmekte ve ancak tek bir yaptırım uygulanmasını gerektirmektedir. Örneğin teşebbüsün imzaladığı tek bir anlaşma ile Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (e) bentlerini ihlal etmesi halinde tek bir yaptırım uygulanması gerekmektedir. Bunun yanında soruşturma kapsamında ortaya konan davranışların farklı hükümleri ihlal etmesinden dolayı, soruşturma raporunda farklı hukuki nitelendirmeye değerlendirilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır.

1.2.2. Fiilin Aynılığının Usuli Önem ve Sonuçları

İfade edildiği üzere, *non bis in idem* ilkesi, aynı süjenin birden fazla davranışının tek veya aynı kabul edilmesi halinde birden fazla soruşturmaya maruz kalmasını engellemektedir. Bu son durum genellikle teşebbüsün aynı davranışlarının farklı öncül sektörel düzenlemelere tabi olması durumunda gündeme gelse de; Kurum'un kendi içindeki idari usuller çerçevesinde de gündeme gelebilmektedir. Bu kapsamda mesele iki başlık altında incelenecektir.

1.2.2.1. Farklı İdari Otoriteler Arasındaki Yetki Çatışması Bakımından Önemi

Bu başlık altında incelenecek olan husus, konuya tam anlamıyla açıklık getiren bir mevzuat düzenlemesi bulunmaması nedeniyle sorunsal bir durum teşkil etmektedir (Demiröz vd., 2014, 48). Aynı fiilin farklı otoritelerce incelenmesi konusunda ortaya çıkan yetki karmaşasına çözüm getirecek pozitif bir mevzuat düzenlemesinin bulunmaması Kurul kararlarında tutarsızlığa sebebiyet verebilmektedir. AB uygulaması ise *Deutsche Telekom*⁶⁰ kararı sonrasında istikrar kazanmış olup uygulamanın özü, eğer “*sektörel düzenleyici kurum teşebbüsün elini kolunu bağlamamışsa*” rekabet otoritelerinin aynı fiil için müdahale edebilme

⁶⁰ 14.10.2010 tarih ve C-280/08 P sayılı karar.

yetkisinin bulunduğuna dayanmaktadır (Ulusoy, 2016, 7). AB'deki bu durumun esasen, Komisyon'un yetkilerinin, bir nevi “*anayasaüstü*” olarak kabul edilen bir metin olan ABİDA ile düzenlenmiş olmasından kaynaklandığı söylenmektedir (Ulusoy, 2016, 8).

Türk hukukunda aynı fiilin mükerrer soruşturulması hali genellikle, aynı fiilin farklı otoritelerin görev alanına girmesi durumunda ortaya çıkmaktadır. Nitekim aynı idari otoritenin kendi içerisinde yürütülen soruşturmalara daha vakıf olmasından, farklı otoriteler nezdinde yürüyen soruşturmalara kendisinininkine kadar vakıf olmaması doğal karşılanmalıdır.

Kurul'un *Turkcell-Telsim* kararında, TK'nın 406 sayılı TTK'nın 10/V maddesine göre yaptığı işlemler ile Kurum'un, Kanun'un 6. maddesinde göre yaptığı işlemlerin birbirinden farklı olduğu ve her iki kanunun farklı hukuki menfaatleri koruduğu belirtilmiştir. Kurul'un konuyu kendisinin incelemeye yetkili gördüğüne ilişkin karara karşı görüş koyan Kurul üyelerinden ikisi, soruşturma konusunun 406 sayılı TTK'nın TK'ya yetki verip rekabet ihlalini de çözümlenecek bir prosedür öngörmüş olmasından dolayı, uyuşmazlığın Rekabet Kurumu'nun görev ve yetkisi dahilinde olmadığını belirtmiştir. Bunun yanında, karşı görüş koyan üyelerden bir diğeri tarafından, uyuşmazlık konusunun birden fazla kurumun yetkisi dahilinde olması durumunda, uyuşmazlığın idarenin bütünlüğü ilkesi çerçevesinde yetki karmaşasına mahal vermeden çözümlenmesi, bu kapsamda iki kurum arasındaki işbirliği protokolünün itina ile işletilmesi gerektiği; aksi takdirde aynı ve tek eylem için mükerrer ve orantısız cezaların söz konusu olabileceği ifade edilmiştir.

Kurul'un doğalgaz sektöründeki bir teşebbüsün Kanun'un 6. maddesini ihlal edici davranışlarına yönelik yürüttüğü önaraştırma sonucunda verilen İzmirgaz⁶¹ kararında, teşebbüsün hem 4646 sayılı DPK'yı hem de Kanun'u ihlal etmesi ele alınmıştır. Kararda, EPDK'nın aynı anda yürüttüğü soruşturmanın, 4054 sayılı Kanun'u ihlal eden davranışlara son verilmesini sağlayacak nitelikte olmasından dolayı, usul ekonomisi bakımından soruşturma açılmasına gerek olmadığı ifade edilmiştir. Benzer şekilde önaraştırma konusu teşebbüsün, tüketicilerin geçiş maliyetini arttırarak rakiplerinin faaliyetlerini zorlaştıran ve Kanun'un 6.

⁶¹ 08.01.2009 tarih ve 09-01/2-2 sayılı karar.

maddesini ihlal eden davranışların konu edinildiği Çalık-Yeşilirmak⁶² kararında, önaraştırma raporu ve eklerinin EPDK'ya gönderilmesine ve soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar verilmiştir.

Buna karşın, Kurul'un 23.12.2009 tarih ve 09-60/1490-379 sayılı kararında ise hem BTK'nın görev alanına giren hem de 4054 sayılı Kanun'un rekabetçi ortamın tesisi ve korunması bakımından genel nitelikli kanun olmasından dolayı Rekabet Kurumu'nun görev alanına giren davranışların Kurum tarafından denetlemesini kısıtlayan herhangi bir hükmün mevcut olmadığı ifade edilmiştir. Yine, *Enerjisa* kararında⁶³ da, teşebbüsün aynı davranışlarının farklı otoritelerce inceleme konusu edinilmesinin, fiilin hangi kabahatin işlenmesine sebep olduğunun ortaya konması açısından gerekli olduğu⁶⁴, nitekim KK'nın 15. maddesinin birinci fıkrasının da aynı fiilin birden fazla otorite tarafından incelenmesini engellemediği ve fakat aynı fiilin mükerrer cezalandırılmasını engellediği ifade edilmiştir.⁶⁵

Danıştay'ın son dönemde konu hakkında verdiği kararlar da, Kurum'un düzenlenmiş sektörlerde aynı fiil hakkında soruşturma yapmasına engel olmadığı doğrultusundadır. *CLK Akdeniz* kararında⁶⁶, önaraştırma raporunun konusuna ilişkin EPDK tarafından yürütülen bir inceleme bulunduğu gerekçesiyle teşebbüsler hakkında soruşturma açılmamıştır. Buna karşın kararda yer alan karşı oy yazısında da belirtildiği üzere, "*Danıştay'ın herhangi bir piyasanın düzenleyici ve denetleyici regülasyonuna tabi olmasının, kanun veya ikincil düzenlemelerle öngörülen istisnalar dışında, o piyasada yer alan faaliyetleri 4054 sayılı Kanunun kapsamından çıkarmayacağı*"na ilişkin kararları⁶⁷ bulunmaktadır. 11.03.2014 tarih ve E. 2010/4805 K. 2014/832 sayılı Danıştay kararında ise, Kurum'un tüm mal ve hizmet piyasalarında rekabet ihlallerini tespit etmek ve yaptırım uygulamak konusunda genel yetkili kurum olduğu belirtilmiş ve herhangi bir piyasada gerçekleşen rekabet ihlali sonucunda iki BİO'nun alacağı kararlar ve izlediği

⁶² 01.11.2012 tarih ve 12-53/1491-519 sayılı karar.

⁶³ 08.08.2018 tarih ve 18-27/461-224 sayılı karar.

⁶⁴ Ayrıca kararda, sektörel düzenlemenin, teşebbüsün davranış serbestisini kısıtlayıp kısıtlamadığının da dikkate alınmasının gerektiği belirtilmiştir.

⁶⁵ Benzer ifadeler, 01.10.2018 tarih ve 18-36/583-284 sayılı *Bereket-Aydem-Gediz ve Tüpraş* kararlarında da tekrar edilmiştir.

⁶⁶ 22.10.2014 tarih ve 14-42/762-338 sayılı karar.

⁶⁷ Bkz. 18.04.2011 tarih ve E. 2008/4519 K. 2011/1655 sayılı, 08.05.2012 tarih ve E. 2008/14245 K. 2012/960 kararlar.

usuller ve amaçları arasında farklılık bulunduğu ifade edilmiştir. Ayrıca, herhangi bir BİO'nun bir fiil hakkında aldığı karar ve tedbirlerle, rekabet ihlalini sona erdirmesi, ihlalden doğan zararı ortadan kaldırması halinde, Kurul'un aynı fiille ilgili soruşturma yapması konusunda takdir yetkisinin bulunduğu belirtilmiştir. Burada dikkat çeken husus, Kurul'un yaptırım uygularken, diğer düzenleyici ve denetleyici otoritelerin aynı fiil hakkında uygulamış olduğu yaptırımları dikkate alması gerektiğinin ifade edilmiş olmasıdır.⁶⁸ Görüldüğü üzere konu hakkında Kurul ve Danıştay, aynı fiilden dolayı hem sektörel düzenleyicilerin hem de Kurul'un soruşturma yürütmesinin önünde bir engel olmadığı şeklinde yorum yapmaktadır.

Aynı fiil hakkında hem Kurum'un hem de sektörel düzenleyici ve denetleyici otoritelerin mükerrer soruşturma yapmasını mümkün gören yaklaşım isabetli bulunmasa da; en azından daha önceden farklı idari otorite tarafından verilmiş cezanın dikkate alınacağına dile getirilmesi, hukukun genel ilkeleri bakımından iç rahatlatıcıdır. Zira rekabet hukuku Türk hukukunda AB Hukuku'ndaki gibi anayasaüstü bir mevzuat ile düzenlenmemekte ve dolayısıyla otoriteler arasında bir altlık-üstlük ilişkisi bulunmamaktadır. Bunun yanında, Rekabet Kurumu'nun düzenlenmiş sektörlerdeki “tamamlayıcı” fonksiyonunun “özel kanun-genel kanun” yorum tekniği çerçevesinde Kurum aleyhine sonuç doğuracağı da ifade edilmektedir (Ulusoy, 2016, 9).⁶⁹

1.2.2.2. Kurum'un İçindeki İdari Usul Bakımından Önemi

Aynı fiilin mükerrer soruşturmaya maruz kalmasına ilişkin değinilmesi gereken diğer bir husus da, Kurum'un kendi içinde yürüttüğü idari usul bakımındandır. Ceza usul hukukundaki soruşturma aşaması, Kurul'un önaraştırma aşamasına⁷⁰,

⁶⁸ Aynı ifade için bkz. 13. D. 13.02.2012 tarih ve E.2008/13184, K.2012/359 sayılı karar.

⁶⁹ Ulusoy bu görüşüne dayanak olarak, ABD'deki *Trinko* içtihadı sonrasında ortaya konan yaklaşımı göstermektedir. İçtihat, aynı fiil hakkında sektörü düzenleyen ve rekabeti korumaya yönelik hükümler içeren spesifik bir kanun bulunması durumunda rekabet otoritesinin fiile müdahale yetkisinin bulunmaması doğrultusundadır (ayrıca bkz.: Köktürk, 2012, 67).

⁷⁰ Ceza muhakemesindeki soruşturma aşamasının Kurum nezdinde yürütülen önaraştırma sürecine benzetilmesinin nedeni; hem soruşturma aşamasında hem de önaraştırma aşamasında, maddi gerçeğe ulaşma yolunda bulguların toplanmasının gerçekleştirilmesidir. Nitekim soruşturma/önaraştırma sürecinde yeterli şüphe oluşmazsa, bir sonraki aşama olan kovuşturma/soruşturma aşamasına geçilmesine yetkili makamlarca gerek bulunmayabilmektedir.

ceza usulündeki kovuşturma aşaması ise soruşturma aşamasına⁷¹ benzetilirse; Yargıtay’ın fiilin tekliği hakkında ortaya koyduğu görüşün⁷² Kurul’un tahkik ettiği fiiller bakımından da uygulanması gerektiği kabul edilmelidir. Depenalizasyon sonucu ulusal ülkelerin hukuk sistemlerinde yer edinen BİO’lar yaptırım uygulama yetkilerini o denli etkili ve çarpıcı biçimde kullanmaktadırlar ki; AİHM’in bazı kararları ve bazı yazarlar (Yılmaz, 1999, 112) tarafından rekabet otoriteleri adeta “*yarı yargısal*” nitelikte kabul edilmektedir. Buna karşın doktrinin diğer bir kısmı ve yargı kararları⁷³, rekabet otoritelerinin yargısal niteliğinin bulunmadığını ve idari teşkilat içerisinde yer aldığını söylemektedir. Bu kapsamda rekabet otoritelerinin en azından cezalandırma yolunda izledikleri usul bakımından yargısal usullere yakınlaştıkları söylenebilecektir.⁷⁴ Bu açıdan, yaptırım muhataplarıyla yaptırımı uygulayan otoriteler arasındaki hukuksal bağın derecesiyle ters orantılı olarak, yaptırım uygulamada kabul edilen usullerin yargısal usullerle benzerlik derecesi artmalıdır (Ulusoy, 1999, 8). İfadeyi netleştirmek gerekirse, yaptırım uygulayan otorite ile yaptırımı maruz kalan arasındaki hukuki ilişki ne denli zayıflarsa, cezalandırılanın yararlandığı hukuki güvenceler o denli artmalıdır (Ulusoy, 2003, 136). Sonuç olarak Kurum’un da, hem izlediği idari usulün, hem de yaptırım uyguladığı sùjelerle arasındaki hukuki bağın niteliği çerçevesinde, yargısal usullere en yakın usulleri uygulaması gerektiği kabul edilebilir.

Bu kapsamda Kurum’un idari para cezasına hükmederken izlediği idari usul bağlamında, teşebbüsün fiilinin önaraştırmaya konu olması ve Kanun kapsamında ceza almaması durumunda aynı fiilden soruşturma açılmaması; fiilin soruşturmaya konu olması durumunda ise aynı fiilin mükerrer soruşturmaya konu

⁷¹ Kovuşturma ile soruşturmanın benzetilmesinin nedeni; her iki süreçte de bulunan bulguların değerlendirilmesi ve nihai karara bu aşamalar neticesinde varılmasıdır. Bunun yanında hem kovuşturma hem de soruşturma aşamasında, fiilin üzerine atıldığı şahıs(lar), savunma hakkını etkin şekilde kullanabilmektedir.

⁷² Bkz. Başlık: “1.1.1.2. Ceza Usul Hukuku Bağlamında Fiil”

⁷³ Danıştay 10.D. 13.01.1999 tarih ve E.1998/5735; İDDK 22.03.1999 E.1999/134 K.1999/134 sayılı karar.

⁷⁴ Bir otoritenin mahkeme kabul edilip edilmeyeceği noktasında hem ABAD’ın (bkz. 16.02.2017 tarih C-503/15 sayılı karar) hem de AİHM’in (bkz. 43509/08 sayılı *Menarini* kararı) kabul ettiği birtakım kriterleri rekabet otoriteleri tam anlamıyla karşılayamasalar bile, rekabet otoritelerinin izledikleri idari usullerin yargısal usullere benzerliği bulunmaktadır.

olmaması gerektiği söylenebilecektir.⁷⁵ Dolayısıyla önaraştırma veya soruşturma raporunda somutlaşan davranışlar ile raporda ortaya konmayan ve fakat bunlarla zamansal ve mekânsal olarak yakından ilişkili olan davranışlar, tek fiil olarak değerlendirilmelidir.

Özetle yukarıdaki bölümlerde de vurgulandığı üzere, soruşturma raporlarında teşebbüsün soruşturma konusu davranışlarının, delilleriyle birlikte net ve somut şekilde ortaya konması son derece önem arz etmektedir.

⁷⁵ Yapılan bu tespitler, ilk soruşturmanın esasa ilişkin bir sebeple karara bağlanması veya ihlalle ilgili başkaca delillerin ortaya çıkmaması durumunda geçerlidir.

BÖLÜM 2

YABANCI MAHKEMELERİN VE REKABET OTORİTELERİNİN KARARLARI ÇERÇEVESİNDE FİİLİN TEKLİĞİNİN VEYA AYNILIĞININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Fiillin teklîği veya aynılığı hususu, uluslararası hukuk bağlamında ifadesini *non bis in idem* ilkesinin “*idem*” unsurunda bulmaktadır. İlkenin uluslararası ceza hukuku bağlamındaki önemine de bu noktada değinmek gerekmektedir. Köklerini Roma Hukuku’nda *exceptio rei judicatae*’de⁷⁶ bulan ve *bis in eadem*’i⁷⁷ engelleyen ilkenin başlangıç unsuru “*idem factum*”dur.⁷⁸ *Non bis in idem*, failin fiilinden dolayı soruşturulması sonucunda hüküm giymesi/beraat etmesinden sonra; aynı fiilden dolayı tekrar soruşturulmasını ve ceza almasını engelleme amacını taşımaktadır. İlkeye rağmen herhangi bir şekilde ikinci defa failin aynı fiilinden soruşturulması durumunda; ilk soruşturmadan alınan cezanın, ikincisinden mahsup edilmesinin gerektiği söylenmektedir.

Karşılaştırmalı ceza hukuku bağlamında ilkenin *idem* unsurunu tanımlamada ülkeler genel olarak, ya dış dünyada gözlemlenebilen insan hareketlerine (maddi vakıalara önem veren yaklaşım) ya da anılan hareketlerin hukuk sistemindeki nitelendirmesine (hukuki nitelendirmeye önem veren yaklaşım) önem veren yaklaşımı benimsemektedirler (Vervaele, 2013, 212). Bu kapsamda çoğu ülkenin

⁷⁶ Kesin hüküm def’i.

⁷⁷ Tekrar yargılama.

⁷⁸ Maddi vakıaların aynılığı bağlamında kullanılmakta olup “*idem*” unsuru hem “*idem factum*”u içeren hem de “*idem crimen*”i (ihlallerin aynılığı) içeren bir üst kavramdır. İdem factum, ihlali oluşturan maddi vakıalar veya davranışlar anlamına gelmektedir. Bununla birlikte idem crimen, ihlalin hukuki nitelendirmesini kastetmekte olup “suç”u tanımlar. Bir başka deyişle *idem factum* ihlalin maddi; *idem crimen* ihlalin hukuki tanımlamasıdır. Detaylı bilgi için bkz: TRACOGNA, C. (2011), “Ne Bis in Idem and Conflicts of Jurisdiction in the European Area of Liberty, Security And Justice”, LESIJ, No:XVIII.

ceza hukuku sisteminde maddi vakıalara dayanan yaklaşımın kabul edildiği⁷⁹, nispeten daha azında hukuki nitelendirmenin tercih edildiği⁸⁰ ve hatta aynı hukuki nitelendirmenin aynı hukuki menfaati korumasının arandığı⁸¹ belirtilmektedir (Sluiter vd., 2013, 475, 476).

Giriş bölümünde de açıklandığı üzere, rekabet otoritelerince soruşturma kapsamındaki davranışların kaç fiile vücut verdiği net bir şekilde ortaya konulmalıdır. Aksi takdirde, arzu edilen “*optimal cezalandırma*” hedefi gerçekleştirilemeyecektir. Bunun en çarpıcı örneği, Hindistan Rekabet Komisyonu’nun (*Competition Commission of India: CCI*) *Kiratpur Sahib Truck* kararından⁸² gözlemlenebilmektedir. *CCI*, Kamyoncular Derneği’ni hem hâkim durumun kötüye kullanılması, hem de rekabeti kısıtlayıcı anlaşma teşkil eden davranışından dolayı iki ayrı para cezasına çarptırmıştır. Kararda rekabet hukuku anlamında teşebbüs sayılan dernek, kamyonculuk servisleri için fiyatları sabitlemek suretiyle kartel kurmaktan; bunun yanında Kiratpur (Punjab) bölgesinde hâkim durumda bulunup bu durumunu derneğe üye olmayan kamyoncuların faaliyette bulunmalarını engellemek suretiyle kötüye kullanmaktan dolayı soruşturma konusu olmuştur. *CCI*’nin derneğin aynı davranışını iki ayrı ihlal olarak değerlendirip iki ayrı cezaya hükmetmesinin gerekçesi olarak caydırıcılığı hedeflemesi makul kabul edilebilirse de; derneğin davranışlarının birbiriyile ilişkili olup olmadığını incelememiştir. Bu nedenle *CCI*’nin hukukun genel ilkeleri mertebesine ulaşmış *non bis in idem* ilkesini açıkça görmezden geldiği aşikardır.⁸³ Bu kapsamda rekabet otoritelerinin, teşebbüslerin fillerini soruşturması ve cezalandırmasında, uluslararası ve ulusüstü mahkemelerin içtihadının yol gösterici olacağı düşünülmektedir.

⁷⁹ Maddi yaklaşımı tercih eden ülkeler arasında Avusturya, Belçika, Japonya, İtalya gibi ülkelerin bulunduğu belirtilmektedir (Sluiter vd., 2013, 475).

⁸⁰ Anglo-Sakson sistemin benimsendiği İngiltere, Avustralya, ABD gibi ülkelerde ise hukuki nitelendirmenin benimsendiği belirtilmektedir (Sluiter vd., 2013, 475).

⁸¹ Hukuki nitelendirme yanında hukuki menfaatin de benzer olmasını arayan ülkeler arasında Finlandiya, Hollanda’nın olduğu belirtilmektedir (Sluiter vd., 2013, 476).

⁸² 04.02.2015 tarih ve 43/2013 sayılı karar.

⁸³ <https://www.concurrences.com/en/bulletin/news-issues/february-2015/The-Indian-Competition-Commission-72368> (Erişim Tarihi: 27.04.2020).

2.1. FİİLİN AYNILIĞININ AİHM KARARLARI ÇERÇEVESİNDE İNCELENMESİ

AİHM'in geçmiş tarihli kararlarında⁸⁴ rekabet ihlalleri karşılığında verilen para cezalarının cezai nitelikte olduğu kabul edilmiştir. Bu doğrultuda fiilin aynılığı, AİHM içtihadı çerçevesinde, ceza ve idari ceza hukuku ekseninde değerlendirilmelidir.

Bu noktada içtihada değinmeden önce giriş kısmında da ifade edildiği üzere fiilin aynılığının AİHS 7(4)'te ifadesini bulan *non bis in idem* ilkesinin unsurlarından biri olarak düzenlendiği hatırlatılmalıdır. İdem unsurunun *non bis in idem* ilkesinin en önemli unsuru olduğu kadar, tespit edilmesi en zor unsur olduğu da belirtilmektedir (Bockel, 2010, 11). Zira *idem*, davranışlara hukuki önem atfetmede bağlantı noktası teşkil etmektedir. Sınırsız sayıda oluşabilecek davranış kombinasyonunda hukukun nerede başlayıp nerede bittiğini her zaman somutlaştırmak da kolay olmayabilmektedir. Bu doğrultuda, AİHM'in "*idem*" unsurunu yorumlayışı; mahkemenin konuya net bir açıklama getirdiği kararı "*Zolotukhin Kararı*" öncesi ve sonrası olmak üzere ikiye ayrılarak incelenecektir.

2.1.1. Zolotukhin Kararı Öncesi Durum

AİHM'in *Zolotukhin* kararı öncesinde *idem* unsurunu yorumlama tarzı, her önüne gelen dava özelinde farklılaşabilmekteyken; Mahkeme, karar sonrası konu hakkındaki yorumunu, standart ve objektif bir çerçeveye oturtmuştur. *Zolotukhin* kararı öncesinde ise AİHM'in yaklaşımı; "*Maddi Olay Temelli, Hukuki Nitelendirme Temelli ve Karma*" olarak üçe ayrılabilir.

2.1.1.1. Maddi Olay Temelli Yaklaşım

AİHM'in *Gradinger/Austria* kararında⁸⁵, Avusturya mevzuatında aynı fiilin hem cezai hem de idari yaptırıma tabi olması durumunda *non bis in idem* ilkesinin uygulanabilirliği tartışılmış ve başlangıç noktası olarak fiilin aynılığının tespitinde, fiilin maddi ve esaslı unsurlarına vurgu yapılmıştır. Bu kararda dile getirilmese de olaydaki asıl önemli husus; taksirle ölüme sebebiyet verme suçu

⁸⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. *Jussila/Finland, Lily France SA/ France, Menarini Diagnostics S.r.l./Italy* kararları.

⁸⁵ 23.10.1995 tarih ve 15963/90 sayılı karar.

içerisinde eriyen alkollü araç kullanma davranışının, aynıyet oluşturacak şekilde ikinci bir cezaya bağlanmasıdır (Bahçeci, 2018a, 259). Başvuru konusu olayda başvurucu, aynı fiilinden dolayı iki kez soruşturulmuştur. Taksirle ölüme sebebiyet verme suçunun özel hali olarak alkollü haldeyken taksirle ölüme sebebiyet verme suçundan beraat eden başvurucunun beraatinin akabinde, alkollü halde araç kullanma fiilinden dolayı idari yaptırıma maruz kaldığı, bu durumun da *non bis in idem* ilkesine aykırılık teşkil ettiği ifade edilmiştir. Kararda, farklı otoritelerce ele alınan suç veya kabahatlerin aynı davranışa dayanıp dayanmadığının tartışılmıştır. Sonuç olarak, fiillerin aynılığının değerlendirilmesine ilişkin dile getirilen en önemli husus; “*idem*” unsurunun “*idem factum*” esas alınarak belirlenmesi gerektiğidir. AİHM bu bakış açısını aktarırken, farklı suçları düzenleyen mevzuat hükümlerinin amacının ve doğasının farklılaştığını; dolayısıyla da davranışların hukuki nitelendirmesinin fiillerin aynılığı tespit edilirken esas alınamayacağını göstermiştir.

2.1.1.2. Hukuki Nitelendirme Temelli Yaklaşım

Fiilin hukuki nitelendirmesinin benimsendiği *Oliveira/Switzerland* kararının⁸⁶ konusu olayda, başvurucu hız sınırına uymadığı için kar ve buzla kaplı yolda aracının kontrolünü kaybetmesi sonucunda yolun karşı tarafına geçerek diğer bir araca çarpmış, çarptığı araç da başka bir araca çarptığı için sürücülerin ciddi yaralanmasına sebep olunmuştur. Başvurucunun hem hız sınırına uymadığı, hem de taksirle başkasının yaralanmasına sebebiyet verdiği gerekçesiyle iki kez para cezasına çarptırılması ele alınmıştır. Kararda, tek bir fiil ile birden fazla suçun oluşumuna sebebiyet verilmesi durumunun tipik örneğinin (fikri içtima⁸⁷) olduğu belirtilmiştir. Bu durumda aynı davranışın tek otorite tarafından soruşturulması kaydıyla aynı fiile mükerrer ceza verilmesinin *non bis in idem* ilkesine aykırılık teşkil etmeyeceği belirtilmiştir.⁸⁸ *Non bis in idem* ilkesinin de esasen aynı davranışın farklı otoritelerce soruşturulmasını, verilen cezaların kümülatif olmaması koşuluyla engellemediği eklenmiştir.

⁸⁶ 30.07.1998 tarih ve 1998-V sayılı karar.

⁸⁷ *Concours idéal d'infractions*.

⁸⁸ Zira kararda fikri içtima ilkesinin gereği olarak, fiil için farklı hükümlerin öngördüğü cezalardan sadece en ağırının verileceği belirtilmiştir.

Mahkeme'nin *Oliveira* davasındaki tespitlerine karşılık, karara karşı oy yazan yargıç Repik'in tespitleri ilgi çekicidir. Repik, aynı fiilin tespitinde, suçun esaslı unsurunun mu yoksa hukuki nitelendirmesinin mi esas alınması gerektiği hususunda yaptığı değerlendirmede; *non bis in idem* ilkesinin, kınananın aynı fiilinden dolayı tekrar cezalandırılması yanında, soruşturulmasını da engellemeye hizmet ettiğini belirtmiştir. Bu doğrultuda Repik, *Gradinger* davasında olduğu gibi Mahkeme'nin fiilin aynılığının tespitinde, hukuki nitelendirmeye değil; suçun esaslı unsuruna bakması gerektiğini belirtmiştir. Yargıç, somut başvuruda Mahkeme'nin fiilin aynılığının tespitinde, hukuki nitelendirmeyi esas aldığını ve içtihatla böylesine bir farklılık olmasının izah edilemez olduğunu eklemiştir. Gerçekten, yargıç Repik'in belirttiği gibi AİHM fiilin aynılığının tespitinde, *Gradinger* davası ile *Oliveira* davası bakımından kendi içinde çelişkiye düşmüştür. Zira Mahkeme *Oliveira* kararında, davranışı ele alan her otoritenin fiili farklı bir hukuki nitelendirmeye başvurduğunu, dolayısıyla mükerrerlik olmadığını belirtmiştir. AİHM'in bu ikircikli bakış açısı *Franz Fischer* davasına kadar bir takım kararlarda da devam ettirilmiştir.

2.1.1.3. Karma Yaklaşım

Franz Fischer kararında⁸⁹ ise başvurucu kendi iradesiyle alkol alıp hem alkollü araç kullanmaktan idari soruşturmaya ve idari yaptırıma; hem de alkollü halde araç kullanırken taksirle ölüme sebebiyet vermekten cezai soruşturmaya maruz kalmış ve cezalandırılmıştır. Kararda, farklı suçlara sebebiyet veren aynı davranışın farklı otoritelerce mükerrer soruşturulması durumunda, AİHM'in incelemesi gerekenin, farklı otoritelerin ele aldığı davranışın aynı esaslı unsurları barındırıp barındırmadığı olması gerektiği ifade edilmiştir.⁹⁰ AİHM'in fiilin aynılığını değerlendirmede edindiği bu perspektif, 2009 yılında verdiği *Zolotukhin* kararına kadar devam etmiştir.⁹¹

⁸⁹ 29.05.2001 tarih ve 37950/97 sayılı karar.

⁹⁰ Ayrıca aynı görüş için bkz. 41731/98; 36855/97 sayılı kararlar.

⁹¹ Bkz. dipnot 92.

2.1.2. Zolotukhin Davası Sonrası Durum

Mahkeme *Zolotukhin* kararında⁹², *non bis in idem* ilkesinin rekabet hukuku bakımından uygulanmasında önemli çıkarımlar yapılmasına olanak sağlayan tespitlerde bulunmuştur (Lundeholm, 2011, 42). AİHM aynı fiilin tanımlanmasında, *Zolotukhin* kararına değin üç farklı yaklaşımın benimsendiğini belirtmiştir. İlk yaklaşım, *Gradinger* davasında olduğu gibi fiilin hukuki nitelendirmesinden bağımsız olarak, fiili davranışlar (*idem factum*) bakımından tanımlanmaktadır. İkinci yaklaşım, *Oliveira* davasında olduğu gibi, ihlallerin aynılığına (*idem crimen*) önem veren yaklaşımdır.⁹³ Üçüncü yaklaşım ise, fiilin aynılığında suçun esaslı unsurlarına vurgu yapan, *idem crimen* ile *idem factum* arasında yer bulan bir (Vetzo, 2018, 60) yaklaşımdır.⁹⁴ Bu yaklaşım her davada somut olayın esaslı unsurunun tespitinde objektif ve tutarlı bir tutum edinilememesine sebep olmuştur. Nitekim, esaslı unsur yaklaşımının kabul edildiği *Franz Fischer* kararından farklı olarak AİHM, 2006 yılında *Hauser-Sporn* davasında⁹⁵ farklı suçlara sebebiyet veren davranışları incelerken; failin davranışları gerçekleştirirken farklı amaç güttüğünü ve fiilin aynı olmadığını değerlendirmiştir. Bunun dışında *Zolotukhin* kararından bir yıl önce *Garetta* kararında⁹⁶ ise, davranışların ağırlık, netice, korunan sosyal değer ve failin taşıdığı amaç bakımından farklılaştığı; bundan dolayı da aynı esaslı unsurlara sahip olmadıkları gerekçesiyle cezalandırılan fiilin aynı olmadığı söylenmiştir. Mahkeme bütün bu yaklaşımlar sonucunda aynı fiili tanımlamada her başvuruda farklı yorum yapmasından dolayı oluşan hukuki belirsizliği gidermek ve hukuki öngörülebilirlik ile eşitliği sağlamak adına *Zolotukhin* davasına kadar zühur eden bütün yaklaşımları uzlaştırmış, bu kararda yeni bir yaklaşım geliştirmiştir. Buna göre Mahkeme, aynı fiilin nitelendirmesinde hukuki tasvire önem vermenin, ilkenin yorumlanmasında son derece kısıtlayıcı bir bakış açısına yol açacağını, dolayısıyla aynı fiilin “*tamamen özdeş veyahut büyük ölçüde özdeş olgular*”⁹⁷dan kaynaklanması gerektiğini belirtmiştir. Netice olarak aynı fiili tanımlamada, zamansal ve mekânsal olarak birbiriyle ayrılmaz

⁹² 10.02.2009 tarih ve 14939/03 sayılı karar.

⁹³ Bkz. *Göktan/Turkey; Gauthier/France; Öngün/Turkey* kararları.

⁹⁴ Bkz. *Franz Fischer; W.F./Austria; Sailer/Austria* kararları.

⁹⁵ 07.12.2006 tarih ve 37301/03 sayılı karar.

⁹⁶ 04.03.2008 tarih ve 2529/04 sayılı karar.

⁹⁷ Bkz. par. 82: “*identical facts or facts which are substantially the same.*”

bir şekilde bağlantılı⁹⁸ davranışların aranması gerektiği, bir başka ifadeyle, *non bis in idem* ilkesinin “*aynı olaylar veya özünde aynı olan olaylar*”ın yeniden soruşturulması ve cezalandırılması yasağını kastettiği⁹⁹ ifade edilmiştir. Bu yaklaşım, Mahkeme’nin sonrasında verdiği pek çok kararda da benimsenmiştir¹⁰⁰. Görüldüğü üzere, *Zolotukhin* davasından itibaren, aynı fiilin tanımlanmasında AİHM, ulusal hukuktaki nitelendirmeyi dikkate almamakta ve doğal anlamda hareket teklifi teorisine yakın bir betimleme yapmaktadır.

2.2. FİİLİN AYNILIĞININ ABAD KARARLARI ÇERÇEVESİNDE İNCELENMESİ

Şart’ın 50. maddesinde ifadesini bulan, adı geçen şartın kabul edilmesinden önce de, CISA’in 54. maddesinde¹⁰¹ yer alan *non bis in idem* ilkesi, genel itibarıyla her ulusal ülkenin kendi hukuk sisteminin egemen olduğu sınırlar dahilinde geçerli olan bir ilke olsa da; ilke Avrupa bütünleşmesinde ulusüstü bağlamda da anlam ifade etmektedir. Başka deyişle, ilkenin anlamı Birlik sınırları içerisinde, klasik olarak uluslararası bağlamından birtakım farklılıklar arz etmektedir. Rekabet hukukunun etkinliğini sağlamada önemli bir enstrüman olan para cezalarının caydırıcı ve cezalandırıcı nitelikte olması gerektiği 1/2003 sayılı Tüzük’ün çeşitli maddelerinden de görülebilmektedir.¹⁰² Birlik rekabet hukuku, AB bütünleşmesinin üçüncü sütunu olan “Özgürlük, Güvenlik ve Adalet” alanı içerisinde değerlendirilmekte ve bu kapsamda *non bis in idem* ilkesi de Birlik

⁹⁸ Bkz. par. 84: “*Set of concrete factual circumstances... inextricably linked together in time and space...*”

⁹⁹ par. 82.

¹⁰⁰ Bkz. *Nykanen/Finland; A nd B/Norway* kararları.

¹⁰¹ Adı geçen madde şu şekildedir: “*A person whose trial has been finally disposed of in one Contracting Party may not be prosecuted in another Contracting Party for the same acts provided that, if a penalty has been imposed, it has been enforced, is actually in the process of being enforced or can no longer be enforced under the laws of the sentencing Contracting Party.*” (Çev [A.N. Özdemir]: “*Âkit Tarafların herhangi birinde soruşturması tamamlanan kimse, ceza aldığı, cezası infaz edildiği, cezasının infaz edilmekte olduğu veya Âkit Tarafın mevzuatı çerçevesinde artık cezasının infaz edilemez olması sebebiyle, başka bir Âkit Tarafı aynı fiil sebebiyle tekrar kovuşturulamaz.*”

¹⁰² Örneğin Tüzük’ün 23. maddesinde, fiyat belirleme, müşteri/pazar paylaşımı, kota anlaşmaları gibi ihlallerin en ağır şekilde cezalandırılması gerektiği hususu yer almaktadır.

kapsamında ulusal sınırları aşan boyutta dikkate alınması gereken bir ilke olarak değerlendirilmektedir. Aşağıda örnekleriyle ortaya konulacağı üzere, anılan Tüzük kapsamında Birlik rekabet hukukuyla ulusal rekabet hukukunun paralel uygulanması mümkün olabildiğinden, bu durum sıkça aynı fiili hangi rekabet otoritesinin ele alacağı noktasında tereddütler yaratabilmektedir.

Avrupa bütünleşmesinin temel amaçları doğrultusunda, AB sınırları içerisinde hem pazar içinde mal ve hizmetlerin serbest dolaşımının hem de etkin rekabetin bir arada sağlanması önem arz etmektedir. Bununla birlikte, idari ve cezai yaptırımların arasındaki sınırın giderek muğlaklaşması Avrupa bütünleşmesine de sirayet etmiş ve aynı fiilin zaman zaman hem idari hem de cezai yaptırıma maruz kalması sonucu ortaya çıkmıştır. İdem unsuru AB’de özellikle antitröst hukuku bağlamında, diğer ulusal rekabet hukuku sistemlerinden daha problematik bir yapı arz etmektedir. İdem unsurunun ABAD içtihadı çerçevesinde incelenmesi de AİHM içtihadının incelenmesinde olduğu gibi; öncelikle ceza hukuku, sonrasında rekabet hukuku bağlamında incelenecektir.

AB’nin *sui generis* bütünleşik yapısından dolayı, bir üye ülkenin ulusal rekabet otoritesi (*National Competition Authority: NCA*) ile başka bir üye ülkenin *NCA*’sı tarafından yürütülen soruşturmalarda (yatay); veya *NCA* ile Komisyon nezdinde yürüten soruşturmalarda (dikey) yetki çatışması doğabilmektedir. Buna karşılık, üye olmayan üçüncü bir ülke ile Komisyon’un aynı davranış bakımından yürüttüğü soruşturma bakımından *non bis in idem* ilkesinin uygulanabilirliğini araştırmaya gerek yoktur. Zira CISA ve ABİDA, yalnızca ona taraf olan Birlik’i ve üye ülkeleri bağlayıcı nitelikte olan anlaşmalardır. Buna karşılık hukukun genel ilkesi mertebesinde olan *non bis in idem* ilkesinin en azından; aynı fiil için üye olmayan ülkeye verilmiş olan yaptırımın sonradan Birlik üyesi ülkelerde yapılan soruşturmalarda dikkate alınmasını gerektirdiğini belirten yazarlar da bulunmaktadır.¹⁰³ Yaptırımın dikkate alınmasının gerekmesiyle alakalı olan bu durum, ülkelerin cezai alana ilişkin yetkilerini paylaşması anlamına

¹⁰³ Aynı görüş için bkz. Separate Opinion of Judge Pinto de Albuquerque (annexed to the judgment A and B Norway, 15.11.2016, No: 24130/11 and 29758/11) ve (Vervaele, 2013, 217).

gelmektedir. Dolayısıyla her ülkenin hukuk politikası, kendi tercihi doğrultusunda farklılaşabilmekte ve ülkeleri daha önceden başka bir ülke tarafından verilmiş olan yaptırım dikkate almaya zorlayacak bir uluslararası düzenleme de bulunmamaktadır. Bu nedenle üye olmayan ülkeler ile Birlik üyesi olan ülkeler, birbirlerinin verdikleri yaptırım kararlarını dikkate almak konusunda isteksiz davranabilmektedir.

2.2.1. Cezai Davalarda Fiilin Aynılığı

ABAD'ın *non bis in idem* ilkesiyle alakalı olarak ve fakat rekabet hukukundan bağımsız olarak verdiği ilk karar *Gutmann* kararıdır.¹⁰⁴ Bu kararda Mahkeme, aynı davranıştan dolayı memura farklı disiplin cezası verilmesinin yanında iki ayrı disiplin soruşturmasının yürütülmesinin, aynı hukuk sistemi içerisinde *non bis in idem* ilkesini ihlal edeceğini ifade etmiştir. Kararda Mahkeme, başvuru konusu olay bakımından fiillerin aynı olup olmadığını değerlendirirken, memur hakkında önceki yürütülen soruşturma raporunun içeriğinde net olarak ortaya konması gereken ve fakat net olarak ortaya konulmamış olan maddi vakıalara bakmıştır. Kararda *non bis in idem* ilkesinin uygulanabilirliği bakımından, soruşturma raporlarında vakıaların ortaya net bir şekilde konmasının ne kadar önemli olduğu hatırlatılmıştır.

ABAD'ın *Van Esbroeck* kararında¹⁰⁵, bir âkit devletten narkotik madde ihracatı ve diğer bir âkit devlete narkotik madde ithalatının, aynı fiil olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorulmuştur. Bu kapsamda ABAD, öncelikle aynı fiil kavramının, fiili teşkil eden davranışların doğasıyla ilişkili olup davranışların hukuki nitelendirmesiyle ilgisinin bulunmadığını belirtmiştir. Dolayısıyla bir diğer devlette aynı fiil için yapılan farklı hukuki nitelendirmenin veya hukuki nitelendirme kapsamında korunan hukuki menfaatin farklı olmasının, *non bis in idem* ilkesinin uygulanmasına engel olmayacağı belirtilmiştir. Kararda ayrıca, aynı fiilin tanımlanmasında; somut davranışların tanımlanması, bir başka deyişle, birbirine ayrılmaz bir şekilde bağlı olan somut vakıaların esas alınması gerektiği de belirtilmiştir.¹⁰⁶ Somut vakıaların ayrılmaz bir şekilde birbirine bağlı olduğu

¹⁰⁴ 05.05.1966 tarih 18/65 ve 35/65 sayılı karar.

¹⁰⁵ 9.03.2006 tarih ve C-436/04 sayılı karar.

¹⁰⁶ par.36.

tespit edilirken de, uyuşmazlık konusu maddi davranışların zamansal, mekânsal ve konusal olarak birbirine ayrılmaz şekilde bağlı olup olmadığının araştırılması gerektiği ifade edilmiştir.¹⁰⁷ ABAD'ın Mart 2006 tarihinden sonraki ceza hukukuna ilişkin kararlarında da fiilin aynılığının tespitinde *Van Esbroeck* kararında ortaya konulan esaslar dikkate alınmıştır.¹⁰⁸

Van Esbroeck kararına mütalaa veren AG Colomer'in tespitleri ise *idem* unsurunun tanımlanması bakımından önem arz eder niteliktedir. Colomer aynı fiili tanımlarken üç ayrı değerlendirmenin yapılabileceğini söylemiştir. Colomer, bu değerlendirmeleri; davranışların (*idem factum*) ortaya konulması, davranışların hukuki nitelendirilmesinin tespiti, ihlalin nitelendirilmesiyle korunan hukuki menfaatin dikkate alınması¹⁰⁹ olarak üçe ayırmıştır. İlk bakış açısı çerçevesinde davranışları nitelendirmede herhangi bir yorum farklılığına mahal olmadığını; zira uluslararası hukuk boyutunda *idem* unsurunun tespitinde *idem factum*'un¹¹⁰ esas alındığını dile getirmiştir. Buna karşılık ikinci ve üçüncü bakış açısının, Birlik içerisinde çok sayıda hukuk sistemi olmasından dolayı, Birlik anlaşmalarıyla gerçekleştirilmesi hedeflenen amaçlarla ters düşeceğini belirtmiş ve *non bis in idem* ilkesinin uluslararası anlamda hiçbir zaman uygulanamayacağı gerekçesiyle benimsenmemesi gerektiğini eklemiştir.

Yine cezai alana giren bir davranıştan dolayı ABAD, *Norma Kraaijenbrink* kararında¹¹¹ ise; uyuşmazlık konusu davranışların “zamansal, mekânsal ve konusal olarak ayrılmaz bir bütün” oluşturduğunun ortaya konulamaması durumunda; fiilin aynılığının, sadece “*failin aynı suç işleme amacı*” ile tespit edilmemesi gerektiğini belirtmiştir.

Gözlemlenebileceği üzere, 2009'daki *Zolotukhin* davasında AİHM'in fiilin aynılığının tespitinde ortaya koyduğu aynı esaslar daha önceki tarihlerde ABAD tarafından gündeme getirilmiştir.

¹⁰⁷ par.38.

¹⁰⁸ Bkz. 28.09.2006 tarih ve C-150/05 sayılı *Jean Leon Van Straaten v Staat der Nederlanden and Republik Italie*, 28.09.2006 tarih ve C-467/04 sayılı *Gasparini and Others*, 18.07.2007 tarih ve C-288/05 sayılı *Jürgen Kretzinger* kararları.

¹⁰⁹ par. 43.

¹¹⁰ Colomer, *idem factum*'un da soruşturma konusu olan davranışlar olduğunu ve bunun ortaya çıkarılmasının geçmişte meydana gelen olayların ortaya konulmasından başka bir şey olmadığını dile getirmiştir.

¹¹¹ 18.07.2007 tarih ve C-367/05 sayılı karar.

2.2.2. Rekabet Davalarında Fiilin Aynılığı

Roma Anlaşması'nın rekabet ihlallerine yönelik 85. ve 86. maddelerinin uygulanmasına ilişkin hükümler içeren 17/62 sayılı Tüzük'ün yürürlükte olduğu dönemde¹¹², aynı davranışın sebep olduğu rekabet ihlallerinin farklı hukuk sistemlerinde cezalandırılmasının ele alındığı ilk kararlar *Walt Wilhelm*¹¹³ ile *Boehringer*¹¹⁴ davalarıdır.¹¹⁵ *Walt Wilhelm* kararında, aynı anlaşmanın Komisyon'un önüne gelmeden önce *NCA* tarafından ele alınmasının Birlik hukukunun yeknesak uygulamasına hanel getirmeyeceği, zira her hukuk sisteminin aynı anlaşmayı farklı açılardan ele aldığı belirtilmiştir. İdem unsurunun ele alındığı *Boehringer* davasında, Komisyon ile Amerikan rekabet otoritelerince soruşturma konusu olan davranışların aynı anlaşma olarak değerlendirildiği; bununla birlikte, anlaşmanın amaçları ve coğrafi kapsamı bakımından farklılıklar gösterdiği ifade edilmiştir. Bunun yanında Komisyon'un cezalandırdığı davranışlarla ABD'de cezalandırılan davranışların farklı ilgili ürün pazarında gerçekleştirildiği belirtilmiştir. Mahkeme'nin bu kararından da görülmektedir ki; rekabet hukukunda fiilin aynılığının tespitinde, anlaşmanın ilgili olduğu coğrafi pazar yanında ilgili olduğu ürün pazarının da aynı olması aranmaktadır.

Boehringer davasına mütalaa veren AG Mayras¹¹⁶, aynı fiil için farklı hukuk sistemlerinde soruşturma yürütülmesinin mümkün olduğunu; zira ABD'de dahi, aynı fiil için federe bir devlet tarafından verilen cezanın daha sonradan federal devlet tarafından verilen cezadan mahsup edilmesini gerektirmediğini belirtmiştir.¹¹⁷ Bundan dolayı evleiyetle, Birlik'in nispeten yeni bir hukuk dalı

¹¹² 1/2003 sayılı Tüzük'ün yürürlüğe girmesinden önce yürürlükte bulunan 17/62 sayılı Tüzük döneminde, her üye devletin rekabet otoritesi kendi yetkisi kapsamındaki ihlallere kendi ulusal rekabet mevzuatını uygulamıştır.

¹¹³ 13.02.1969 tarih ve C-14/68 sayılı karar. Bu karar Birlik içerisinde meydana gelen rekabet ihlallerini konu edinmektedir.

¹¹⁴ 14.12.1972 tarih ve C-7/72 sayılı karar. Bu karar hem Birlik içerisinde hem de üye olmayan ülkede etki doğuran rekabet ihlalini konu edinmektedir.

¹¹⁵ Opinion of AG Colomer in Cases C-187/01 and C-385/01, (19.09.2002), par. 51.

¹¹⁶ Opinion of AG Mayras in Case 7-72 (19.11.1972)

¹¹⁷ 10.05.2007 tarih ve C-328/05 sayılı *SGL Carbon AG* kararı ile 18.05.2006 tarih ve C-397/03 P sayılı *Archer Daniels* kararlarında ABAD benzer ifadeler kullanmıştır. Buna göre, Birlik üyesi olmayan her ülkenin kendi sınırları içerisinde meydana gelen rekabet ihlallerinin, o ülkenin hukuk kurallarına tabi olduğu belirtilmiştir. Bundan dolayı her ülkenin rekabet ihlalleri için, ceza veya idare hukukuna ilişkin sonuçlar öngörmüş olabileceği belirtilmiştir. Bundan dolayı Birlik dışındaki ülke ile Birlik içindeki bir ülkede soruşturulan aynı fiilin mükerrer cezalandırılmasını engelleyen bir normun bulunmadığı belirtilmiştir.

olan rekabet hukukunda da ceza hukukundakine benzer yorum yapılabileceğini; Komisyon'un rekabet ihlallerine karşılık verdiği cezaların şeklen idari, madden de cezai alana ilişkin olduğunu ifade etmiştir. Mütalaanın fiilin tespiti ve aynılığının tespiti bakımından esas çapıcı cümleleri ise şu şekildedir:

Komisyonun verdiği para cezaları, Roma Anlaşması'nın 85. maddesinde ifadesini bulan ve üye ülkeler arasında ticareti etkileyebilecek olan ve Birlik içinde amaç veya etki bakımından rekabeti engelleyici, kısıtlayıcı veya bozucu anlaşmalar, teşebbüs birliği karar veya davranışları karşılığında verilmektedir. Bu cezalar, maddede bahsi geçen türde anlaşmalar, teşebbüs birliği karar ve davranışlarının zarar verici etkileri için verildiğinden; bu eylemlerin potansiyel veya mevcut olarak etki gösterdiği bölge, ihlalin esaslı unsurlarındandır.

Rekabetin kısıtlanması, uzun bir süre devam eden ve pek çok ülkenin sınırlarında gerçekleşen bir seri davranışları içeren ihlallerdir. Fiillerin aynılığın bahsedebilmek için, ihlal teşkil eden davranışların aynı olması yetmez; ihlalin potansiyel/mevcut etkilerini doğurduğu bölgenin farklı olması, fiilin aynı olarak nitelendirilmesine engel teşkil eder. Dolayısıyla üçüncü bir ülke tarafından rekabet ihlaline verilen cezayı da Komisyon'un dikkate alması gerekmez.¹¹⁸

24.01.2003 tarihinde yürürlüğe giren 1/2003 sayılı Tüzük' kadar rekabet ihlallerinin mükerrer soruşturulmaları hususu sıkça gündeme gelmiştir. 1/2003 sayılı Tüzük ile Birlik rekabet kurallarının işbirliği içerisinde uygulanabilmesi için önemli düzenlemeler getirilmiştir. 1/2003 sayılı Tüzük'ün 01.05.2004 tarihinden itibaren uygulanmaya başlamasıyla, Birlik rekabet hukuku kapsamında fiilin aynılığı farklı bir perspektiften değerlendirilmeye başlanmıştır.

Aynı fiilin hem Komisyon hem de İtalyan Rekabet Otoritesi (ICA) tarafından cezalandırılmasının konu edinildiği *Aalborg Portland* kararında¹¹⁹ ABAD, Komisyon ile ICA'nın fiili cezalandırmada farklı amaçlar güttüğünü söylemiş ve bu nedenle de fiilin aynılığının söz konusu olmadığını ifade etmiştir¹²⁰. Bunun yanında Mahkeme, *non bis in idem* ilkesinin unsurlarından olan *idem*'in tanımlanmasında, *üç unsurun* bir arada bulunması gerektiğini belirtmiştir: “*olayların tekliği*”, “*failin tekliği*”, “*korunan hukuki menfaatin tekliği*”.¹²¹

Toshiba Corporation and Others kararında¹²², *idem* unsurunun tespitinde, teşebbüslerin rekabeti kısıtlayıcı, bozucu, engelleyici amacının veya mevcut/potansiyel etkisinin meydana geldiği bölge ve zaman diliminin dikkate alınması

¹¹⁸ Çev.: A.N.Özdemir.

¹¹⁹ 07.07.2004 tarih ve C-204/00 P sayılı karar.

¹²⁰ par. 339-340.

¹²¹ par. 338.

¹²² 14.02.2012 tarih ve C-17/10 sayılı karar.

gerektiği dile getirilmiştir.¹²³ Bunun yanında Mahkeme, olayda vakıaların aynı olmamasından dolayı *idem* unsurunun sağlanmadığını belirtmiştir.¹²⁴ Karara mütalaa veren AG Kokott da, 1998-2004 yılları arasında faaliyet gösteren kartelin faaliyetlerinin hem Komisyon hem de Çek Rekabet Otoritesi (CCA) tarafından soruşturma konusu olmasının *non bis in idem* ilkesine aykırı olmadığını belirtmiştir. Komisyon *Toshiba Corporation* adlı karteli, Çek Cumhuriyeti'nin AB'ye üyeliğinden sonraki dönemde gerçekleştirdiği (1.05.2004 sonrası) rekabet karşıtı faaliyetlerinden dolayı cezalandırmış; buna karşılık CCA ise 1.05.2004'ten önce Çek Cumhuriyeti sınırları içerisinde gerçekleşen veya gerçekleşme ihtimali bulunan rekabet karşıtı etkileri cezalandırmıştır. Dolayısıyla Kokott, "*aynı olmayan davranışların*" cezalandırıldığını söylemiştir¹²⁵ ve "*kartelin mevcut/potansiyel etkilerini doğurduğu bölge ve zamanın aynı olmadığı*" vurgusunu yapmıştır.¹²⁶ Kokott buna karşılık, rekabet ihlallerinde de ABAD'ın *idem* unsurunun varlığını tespit ederken aradığı üç unsuru eleştirmiş, bu noktada ABAD'ın AİHM'in *Zolotukhin* kararına paralel şekilde diğer ceza hukuku davalarında benimsediği vakıa bazlı değerlendirmenin rekabet davalarında da esas alınması gerektiğini; nitekim Birlik mevzuatının, AİHS 7(4) maddesinin sağladığı güvencelerden daha azını sunması için hiçbir sebep bulunmadığını belirtmiştir.¹²⁷ Bununla birlikte, ABAD'ın *Toshiba* davasında verdiği karardan üç unsurlu yaklaşımın kaderini belirleyecek bir yorum çıkarmak mümkün olmamıştır; zira Mahkeme, vakıaların aynı olmadığını söyleyerek hukuki menfaatin varlığının veya yokluğunun değerlendirmesini yapmamıştır.

AG Wahl da *PZU* kararına¹²⁸ verdiği mütalaa¹²⁹, Kokott ile benzer ifadeler kullanmış ve üç unsurlu yaklaşımı eleştirmiştir. Rekabet hukukunun, ceza hukuku ile idare hukuku arasında bir alanda bulunduğundan bahseden Wahl, şu çarpıcı tespitlerde bulunmuştur:

¹²³ par. 99.

¹²⁴ par.98.

¹²⁵ Opinion of AG Kokott in Case C17/10 (08.09.2011), par.117.

¹²⁶ Kokott bu değerlendirmenin ise ne korunan hukuki menfaat ile ne de fiillerin hukuki nitelendirmesiyle alakası olduğunu eklemiştir.

¹²⁷ par. 131.

¹²⁸ 03.04.2019 tarih ve C-617/17 sayılı karar.

¹²⁹ Opinion of AG Wahl in Case C-617/17 (28.11.2018).

Rekabet hukukunun sadece “çekirdek” ceza hukukuna ait bir alan olmaması, ... Şart’ın sunduğu güvencelerden rekabet hukukunun yararlanmasını engellemek için bana göre yeterli sebep teşkil etmemektedir.¹³⁰

Wahl, aynı teşebbüsün aynı davranışından dolayı birden fazla ulusal rekabet otoritesi tarafından soruşturulmaması ve cezalandırılmaması bakımından fiilin aynılığında zaman ve mekân bakımından birbiriyle sıkı bir bağlantı içinde bulunan davranışların tespitinin yeterli olduğunu, kişinin de aynı olması durumunda *non bis in idem* ilkesinin uygulama alanı bulacağını söylemiştir.¹³¹ ABAD ise PZU kararında, hem Komisyon’un hem de ulusal rekabet otoritesinin aynı fiili ele alıp almadığının tespitinde, teşebbüsün sadece davranışının değil aynı zamanda davranışının etki doğurduğu zaman ve bölgenin de dikkate alınması gerektiğini belirtmişse de¹³², karara konu olayda “bis”¹³³ unsurunun yokluğu nedeniyle *non bis in idem* ilkesinin ihlal edilmediğine hükmetmiştir. Bundan dolayı anılan mahkeme kararından da, fiilin aynılığında hukuki menfaat unsurunun aranıp aranmayacağına ilişkin çıkarımda bulunmak mümkün olmamıştır. Bununla birlikte Birlik çapındaki her bir rekabet otoritesinin aynı fiili farklı açılardan ele almasından dolayı, adı geçen AG’lerin görüşlerinin aksine; aynı fiilin tespitinde hukuki menfaat unsurunun aranmasının gerektiğini düşünen yazarlar da mevcuttur.¹³⁴

¹³⁰ par. 46.(çev: A. N. Özdemir).

¹³¹ Bunun yanında Wahl da, tıpkı Kokott’un *Toshiba* kararındaki mütalaasında belirttiği gibi, olayda *non bis in idem* ilkesinin uygulanamayacağını; zira Polonya Rekabet Otoritesi’nin teşebbüsün fiilini Polonya’nın AB üyeliğinden (1 Mart 2004) önce soruşturup cezalandırdığını, oysa Komisyon’un fiili 1 Mart 2004 sonrasındaki davranışları ve etkileri bakımından ele aldığı ifade etmiştir.

¹³² par. 17.

¹³³ İlkenin *bis* unsuru, mükerrer anlamına gelmekte olup aynı fiilin birden fazla soruşturulması/cezalandırılmasına ilişkin ayağı temsil eder.

¹³⁴ <https://www.concurrences.com/en/review/issues/no-3-2020/articles/untangling-the-inextricable-the-notion-of-same-offence-in-eu-competition-law-95557-en> (Erişim Tarihi: 07.09.2020). Ayrıca adı geçen makalede, aynı fiilin tespitinde hukuki menfaatin aranmayacağı durumun; aynı fiilin birden fazla aynı tipte yaptırıma yol açması durumunda (birden fazla idari veya cezai yaptırım) uygulanması gerektiği de belirtilmektedir. Kanımızca yazarın makalede ele aldığı husus, fikri içtima prensibinin Birlik rekabet hukukunda uygulanabilirliğiyle alakalı olup aynı fiilin maddi sonuçlarına ilişkindir. Buna karşılık kaleme alınan husus, aynı fiilin tespitiyle alakalı bir konu değildir.

2.2.3. Avrupa Birliği'nin Bütünleşik Yapısında ABAD İçtihadı Çerçevesinde Fiilin Aynılığının Değerlendirilmesi

Bugün itibarıyla *non bis in idem* ilkesinin uluslararası anlamda bağlayıcılığını sağlayacak bir metin bulunmasa dahi, CISA'nın 54. maddesinin ilkenin Birlik sınırları dahilinde uygulanmasına imkân vermesi sebebiyle, ilkenin en geniş coğrafyada bağlayıcılığını sağlayan ilk uluslararası metin olduğu söylenmektedir (Vervaele, 2013, 218). Bununla birlikte, Birlik rekabet hukukunda *non bis in idem* ilkesinin uygulanmasında *idem*'den ne anlaşılması gerektiği hakkında herhangi bir mevzuat hükmü bulunmayıp konuya içtihat kapsamında bir açıklık getirilmeye çalışıldığı için rekabet ihlallerine ilişkin yatay ve dikey yetki çatışmaları ortaya çıkabilmektedir.

Komisyon'un 2009 yılında hazırladığı 5 yıllık çalışma raporunda¹³⁵, *non bis in idem* ilkesinin, tek fiilin aynı soruşturma kapsamında tespit edilen birden fazla hukuki normu ihlal etmesi halinde uygulanması gereken cezai rejimle alakalı bir mesele olmadığı¹³⁶; ilkenin aynı fiilin önce bir otorite tarafından soruşturulup cezalandırılması akabinde başka bir otorite tarafından ele alınıp alınmaması, alınıyorsa bunun nasıl olması gerektiğiyle alakalı bir mesele olduğu belirtilmiştir. Zira başlıkta da vurgulandığı üzere AB'nin *sui generis* yapısında aynı fiil, yatay ve dikey yetki çatışmalarına maruz kalabilmekte veyahut aynı otoritenin yürüttüğü usul kapsamında birden fazla hukuki nitelendirmeye soruşturma konusu olabilmektedir. Bununla birlikte bir üye ülkenin rekabet otoritesinin soruşturma konusu ettiği fiilin hem Birlik mevzuatını hem de ulusal rekabet mevzuatını ihlal etmesi, aynı fiile ülkenin bağladığı maddi sonuçlar bakımından tartışılması gereken bir meseledir.

Bu kapsamda Birlik rekabet hukukunda aynı fiilin yatay veya dikey yetki çatışmasına sebep olması durumu dört farklı açıdan değerlendirilip toparlanabilmektedir.¹³⁷ Öncelikle, Birlik üyesi olmayan üçüncü ülkelerin

¹³⁵ Communication From The Commission To The European Parliament And The Council Report on the Functioning of Regulation 1/2003 (29.04.2009).

¹³⁶ *Toshiba* kararı bu yanlış yorumun örneği olarak gösterilmiştir. Zira *Toshiba* kararında, aynı rekabet otoritesi tarafından farklı hukuki normları ihlal eden tek fiil ele alınmıştır. Bu durum da *concurrency idéale* müessesesini teşkil etmektedir.

¹³⁷ Bu noktada yapılacak değerlendirme *non bis in idem* ilkesinin hem usuli hem de maddi sonuçları bakımındandır.

NCA'ları ile Komisyon nezdinde yürüten farklı soruşturmaların söz konusu olması halinde; ilgili pazarların farklı olduğu gerekçesiyle soruşturulan fiilin aynı olmadığı tespit edildiği kararlar nadiren bulunsa da¹³⁸; bu husus daha ziyade¹³⁹ aynı fiilin farklı yargı sistemlerinin görev alanına girdiği gerekçesiyle ilkenin uygulanmasının zorunlu olmadığı şeklinde karara bağlanmaktadır.¹⁴⁰

İkinci olarak, aynı fiilin Komisyon nezdinde mükerrer soruşturulması ve cezalandırılması; verilecek kararı etkileyecek nitelikte aynı fiille alakalı başkaca unsurların ortaya çıkması veyahut aynı fiille ilgili verilen ilk kararın usuli gerekçelerle bozulması hali dışında, yasaktır¹⁴¹. Üçüncü olarak; aynı fiilin önce *NCA* sonra Komisyon veya tam tersi olacak şekilde soruşturulması veya cezalandırılması durumu (dikey yetki çatışması) ise Şart'ın 50. maddesi kapsamında en problematik konuyu teşkil etmektedir.¹⁴² Zira aynı fiilin art arda gelecek şekilde Komisyon veya *NCA* tarafından soruşturulmasını tam anlamıyla yasaklayan bir düzenleme bulunmamaktadır.¹⁴³ Bu doğrultuda Petr (2008, 397), Komisyon'un veya *NCA*'nın aynı fiilin sonuç doğurduğu coğrafi bölgelerin farklı olması koşuluyla art arda ele almasının *non bis in idem* ilkesiyle çelişmeyeceğini belirtmektedir. Buna karşılık AG Colomer ise, davranışın sonuç doğurduğu coğrafi bölgenin ihlalin esasıyla ilgili olmayıp ihlalin ağırlığıyla alakalı bir mesele olduğunu ve davranışın sonuç doğurduğu coğrafi bölgenin farklı olduğundan bahisle aynı ilkenin mükerrer soruşturulması durumunda, ilkenin ihlal edilmediğinin söylenemeyeceğini düşünmektedir.¹⁴⁴ Bu konuda öneri sunan Federico (2011, 253,254), ihlalin üçten fazla üye ülkede sonuç doğurması durumunda soruşturmayı Komisyon'un yürütmesi gerektiğini, zira Komisyon'un

¹³⁸ Bkz. en yakın tarihli ABAD'ın *Archer Daniels* kararı.

¹³⁹ Zira ABAD içtihadı çerçevesinde anlatıldığı üzere, Şart'ta ifadesini bulan *non bis in idem* ilkesi aynı fiilin AB sınırları içerisinde mükerrer soruşturulması/cezalandırılmasını engellemektedir.

¹⁴⁰ ABAD'ın *Showa Denko* kararı.

¹⁴¹ Bu noktada Komisyon, aynı fiil için daha önce yürütülmüş olan soruşturmada ortaya konan maddi vakıalar ile güncel vakıaların karşılaştırmasını yapacaktır. Vakıaların aynı olduğunun tespit edilmesi halinde, *non bis in idem* ilkesi uygulama alanı bulacaktır. Her hukuk sisteminde olduğu gibi, maddi vakıaları karşılaştırabilmek bakımından, soruşturma raporunda davranışların net ve somut bir şekilde ortaya konulması önem taşımaktadır.

¹⁴² Anılan durum, 1/2003 sayılı Tüzük'ün 3. maddesi kapsamında Birlik rekabet mevzuatı ile ulusal rekabet mevzuatının aynı anda uygulanması halinden ayrı bir durum olarak değerlendirilmelidir.

¹⁴³ Buna karşılık 1/2003 sayılı Tüzük, *NCA*'lar ile Komisyon arasında işbirliği yapılmasına ilişkin hükümler içermektedir.

¹⁴⁴ Opinion of AG Colomer in case C-213/00 P,(11.02.2003), par. 94.

üye ülkelerden daha geniş bir bölgede soruşturma yapma yetkisi bulunduğunu; buna karşılık, ihlalin üç üye ülkeden daha az sayıda ülkenin sınırları içinde sonuç doğurması durumunda ise soruşturmanın adem-i merkezîyet ilkesi gereği daha etkin şekilde soruşturulabilmesi için yetkinin *NCA*'larda olması gerektiğini düşünmektedir.

Dördüncü durum ise, aynı fiilin, üye ülkelerin *NCA*'ları tarafından paralel ya da art arda olacak şekilde soruşturulmasıdır (yatay yetki çatışması). Sonraki soruşturmayı yürüten *NCA*'nın süreci askıya almasına veya durdurmasına yönelik doğrudan herhangi bir düzenleme bulunmama ile birlikte Federico (2011, 255), ihlalin sonuç doğurduğu bölgenin farklı olmasına dayanılarak farklı otoritelere aynı fiili soruşturma yetkisi verilemeyeceğini dile getirmektedir. Bunun yanında yatay yetki çatışmasının önlenmesi adına Federico, (2011, 258), üye ülkelerin rekabet otoritelerine, ulusal sınırlarını aşan şekilde cezalandırma yetkisi verilmesini¹⁴⁵, hem yatay hem dikey yetki çatışmasının önlenmesi için de 2004/C 101/03 sayılı Komisyon Duyurusu'nun¹⁴⁶ hukuken bağlayıcı hale getirilmesini önermektedir.

Bu dört durum dışında, 1/2003 sayılı Tüzük uyarınca Birlik rekabet hukuku ile ulusal rekabet hukukunun paralel uygulanabilirliğinin *non bis in idem* ilkesine aykırı olmadığı düşünülmektedir. Bununla birlikte aynı fiil hakkında her iki mevzuatın ihlaline verilecek cezaların yığılmaması gerekir.¹⁴⁷ Bu noktada paralel uygulamanın yaratacağı sorunları önlemek adına, Birlik rekabet mevzuatı ile ulusal rekabet mevzuatının paralel uygulanmasına imkân veren 1/2003 sayılı Tüzük'ün 3. maddesinin değiştirilmesi önerilmektedir (Federico, 2011, 260).

Birlik rekabet hukukunda fiilin aynılığının değerlendirilmesinde Wahl ve Kokott'un isabetli olarak ortaya koyduğu görüşler esas alınmalıdır. Zira adı geçen *AG*'ler, antitröst hukukunda izlenen usulün ceza hukukuna benzerliği dolayısıyla,

¹⁴⁵ Federico'nun yer verilen argümanının, aynı fiilin birden fazla rekabet otoritesinin yetkisi alanına girmesi durumunda, fiili ilk ele alan otoritenin, ulusal sınırlarını aşan cezalandırma yetkisinin olması halinde, diğer üye ülkenin rekabet otoritesinin aynı fiili tekrar soruşturup cezalandırmaya gerek duymaması için önerildiği düşünülmektedir.

¹⁴⁶ Detaylı bilgi için bkz.2004/C 101/03 sayılı Commission Notice on Cooperation within the Network of Competition Authorities (27.04.2004). Bunun yanında Federico, yatay yetki çatışmasını önlemek ve *non bis in idem* ilkesinin etkin bir şekilde uygulanması için, anılan Komisyon Duyurusu'na bir fiil hakkında soruşturma yürüten *NCA*'nın, diğer bir *NCA*'nın haberdar olmasını sağlayacak bir usul öngören düzenleme konulmasını önermektedir (Federico, 2011, 261).

¹⁴⁷ ABAD da *PZU* kararında bu hususun *non bis in idem* ilkesine aykırı olmadığını teyit etmiştir.

non bis in idem ilkesinin *idem* unsurunun tespitinde, ceza hukukunda izlenen metottan farklı bir metot izlenmesi için gerekçe bulunmadığını söylemekte ve Mahkeme’yi “*hukuki menfaatin tekliği*” şartından vazgeçmeye davet etmektedir. Zira 1969 yılında Birlik rekabet hukuku ile ulusal rekabet hukukunun farklı amaç güttüğü söylenebilecek olsa da; *günümüzde* AB üyesi ülkelerin ulusal rekabet hukuklarının ABİDA’nın 101. ve 102. maddeleri ile paralel şekilde düzenlendiğini ifade eden yazarların¹⁴⁸yanında, AG’ler de üye ülkelerin rekabet hukukları ile Birlik’in rekabet hukukunun koruduğu hukuki menfaatin aynı olduğunu dile getirmektedir.¹⁴⁹ Görüldüğü üzere “*hukuki menfaatin aynılığı*” unsuru pek çok yönden eleştirilmekte ve aranıp aranmaması gerektiği noktasında tutarlı bir yaklaşım benimsenememektedir. “*Hukuki menfaatin aynılığı*” şartı, rekabet hukukunu ilgilendiren soruşturma veya yargılamalar bakımından, *idem* unsurunun tespitinde tartışılması gereken bir mesele değil; *non bis in idem* ilkesinin somut olaya uygulanabilirliği noktasında tartışılması gereken bir mesele olmalıdır.

Yakın dönemde ABAD’ın karara bağladığı *Marine Harvest*¹⁵⁰ davası, bir rekabet ihlaline ilişkin olmasa da; para cezalarına ilişkin 139/2004 sayılı Tüzük’ü¹⁵¹ ve aynı fiilin anılan Tüzük kapsamında mükerrer cezalandırılmasını konu edinmesi bakımından ilgi çekicidir. Buna göre, Komisyon nezdinde değerlendirilmesi gereken bir devralma işleminin 18.12.2012 tarihinde kapanış işlemi gerçekleştirilmiş¹⁵² ve teşebbüs tarafından 09.08.2013 tarihinde Komisyon’a bildirimde bulunulmuş, Komisyon işleme teşebbüsün taahhütleri çerçevesinde 30.09.2013 tarihinde izin vermiştir. Ancak sonrasında, devralan tarafın Aralık 2012 tarihinde, fiili kontrolü elde ettiği tespit edilmiştir. Bu durumun 139/2004 sayılı Tüzük kapsamında hem bildirim yükümlülüğüne ilişkin 4/1. maddeyi, hem de bekleme yükümlülüğüne ilişkin 7/1. maddeyi ihlal ettiği belirtilerek iki ayrı para cezasına hükmedilmiştir. Teşebbüs kararı yargı yoluna götürürken,

¹⁴⁸ Silke BRAMMER, *Cooperation between National Competition Agencies in the Enforcement of EC Competition Law*, 2009, s 375.

¹⁴⁹ Opinion of Advocate General Colomer delivered on 11 February 2003 in case C-217/00 P, par. 173; Opinion of Advocate General Wahl delivered on 29 November 2018 in case C-617/17, par. 40.

¹⁵⁰ 04.03.2020 tarih ve C-10/18 P sayılı karar.

¹⁵¹ Council Regulation No:139/2004 on the Control of Concentrations Between Undertakings (20.04.2004).

¹⁵² Teşebbüs bu işlemi gerçekleştirirken, Komisyon nezdinde inceleme devam ederken, fiili olarak kontrolün devredilmeyeceğini belirtmiştir.

iki cezanın da aynı fiili konu aldığı gerekçesine dayanarak Mahkeme'den iki istemde bulunmuştur. İlki Komisyon'un *non bis in idem* ilkesine aykırı hareket ettiğinin tespit edilmesi, ikincisi ise teşebbüsün tek fiili olduğundan bahisle içtima kurallarının uygulanmasıdır. AG Tanchev¹⁵³, ilk isteme ilişkin olarak olayda *non bis in idem* ilkesinin uygulanabilirliğinin olmadığını¹⁵⁴, zira ilkenin Birlik içerisinde aynı fiilden dolayı ABİDA'nın 101. veya 102. maddesi kapsamında mükerrer soruşturulmayı yasakladığını belirtmiştir. Oysa Tanchev olayda, Komisyon'un aynı inceleme kapsamında iki ayrı ihlalin mevcut olup olmadığını araştırmadığını ve 139/2004 sayılı Tüzük'e aykırılıkları tespit ettiğini eklemiştir. Diğer taraftan Tanchev'in, ikinci isteme ilişkin yorumu ise teşebbüs ile aynı yönde olmuştur. Buna göre, Birlik rekabet hukukunda içtimaya ilişkin kurallar bulunmasa da üye ülkelerin ceza hukukunda benimsedikleri içtımının esaslarından esinlenilebilecektir.¹⁵⁵ Bu kapsamda dava konusu olayda teşebbüsün tek fiili¹⁵⁶ bulunduğundan ya fikri içtima ya da görünüşte içtima kuralının uygulanması gerektiğini belirtmiştir. 139/2004 sayılı Tüzük'ün 4. ve 7. maddesinin aynı hukuki konuyu düzenlemesi sebebiyle¹⁵⁷ görünüşte içtima hükümlerinin uygulanmasının uygun olacağını, bu kapsamda cezaya esas alınması gereken kuralın 7. madde olduğunu, zira 7. maddenin 4. maddeyi de kapsadığını ifade etmiştir. Buna karşılık ABAD ise Tanchev'in mütalaasını kararına esas almamış ve Genel Mahkeme'nin isabetli olarak, anılan Tüzük'ün 4. ve 7. maddelerinin farklı hukuki konuları ele aldığı şeklindeki yorumunu benimsemiştir. Karar, AG'nin, Birlik rekabet hukukunda aynı fiil ile farklı hükümlerin ihlal edilmesi halinde, üye ülkelerin ceza hukuku sistemlerindeki içtima hükümlerinin uygulanabilirliğini tartışması bakımından dikkat çekicidir. Bunun yanında karar, ABAD'ın Komisyon'a teşebbüslerin yoğunlaşmalarında ağır cezalar verebilmesi için adeta açık çek verdiği şeklinde de yorumlanmaktadır.¹⁵⁸

¹⁵³ Opinion of AG Tanchev in case C-10/18 P, (26.08.2019).

¹⁵⁴ par.103.

¹⁵⁵ par.139-142.

¹⁵⁶ Tanchev, olayda, Aralık 2012'de gerçekleşen kapanış işlemi ile 139/2004 sayılı Tüzük'ün hem 4. hem 7. maddesinin ihlal edildiğini belirtmiştir.

¹⁵⁷ Her iki hükmün de, yoğunlaşma işlemlerinin bildirilmesi ve izin alınması öncesinde uygulanması sebebiyle doğabilecek rekabete aykırı sonuçları önlemeyi amaçladığını belirterek olayda tek bir hükmün uygulanması gerektiğini bildirmiştir, (par. 144).

¹⁵⁸ <https://www.concurrences.com/en/review/issues/no-2-2020/case-comments/concurrent-offenses-the-court-of-justice-of-the-european-union-confirms-the> (Erişim Tarihi:29.06.2020)

Bütün bunların dışında, ABAD içtihadı için asgari standardın AİHS ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlükler olması gerektiği ve dolayısıyla ABAD içtihadının AİHM içtihadından daha yüksek koruma standardı sağlaması gerektiğini (Louis ve Accardo, 2011, 112) düşünülmektedir. Bu kapsamda esas olarak fiilin aynı olup olmadığının değerlendirilmesinde davranışların “*zamansal ve mekânsal olarak sıkı bir bağlantı içinde bulunması*” gerekliliğinin yanında, aynı ilgili ürün ve coğrafi pazarlarda gerçekleştirilmiş olmasının da aranması gerekmektedir. ABAD’ın *idem* unsurunu yorumlarken benimsediği yaklaşımın da, 1/2003 sayılı Tüzük’ün Birlik çapında rekabet politikalarının uyumlaştırma gayesi çerçevesinde, AİHM ile aynı yönde evrilmesi gerekmektedir (Rosiak, 2012, 128; Simpson, 2019, 368). Böylesine bir yorum, AB’nin ilerleyen zamanlarda AİHS’e taraf olması halinde de mantıklı bir çerçeveye oturacaktır.

BÖLÜM 3

REKABET KURULU İLE MAHKEME KARARLARI VE İLGİLİ MEVZUAT ÇERÇEVESİNDE FİİLİN TEKLİĞİ VEYA AYNILIĞININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Çalışmanın bu bölümünde fiilin teklifi veya aynılığının rekabet hukukunda ilgili mevzuat ve Kurul içtihadı kapsamında ne şekilde tespit edildiği belirlenecektir. Bu minvalde özellikle Kurul içtihadına kaynaklık eden Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik hükümleri de değerlendirilecektir.

3.1. USULE İLİŞKİN VERİLEN PARA CEZALARININ SEBEBİNİ TEŞKİL EDEN BAĞIMSIZ DAVRANIŞLAR

Kanun kapsamında verilen idari para cezalarının konusunun, usule ilişkin para cezaları ile esasa ilişkin para cezaları olmak üzere ikiye ayrılarak inceleneceği yukarıda belirtmiştir.¹⁵⁹ Kanun'un 16.¹⁶⁰ ve 17.¹⁶¹ maddelerinde düzenlenen usule ilişkin para cezalarının *non bis in idem* ilkesine uygunluğu doktrinde sıkça

¹⁵⁹ Bkz. başlık "1.1.2. Rekabet Hukukunda Fiil".

¹⁶⁰ "Madde 16 - Kurul,...

c) Kanununun 14 ve 15.maddelerinin uygulanmasında eksik, yanlış ya da yanıltıcı bilgi veya belge verilmesi ya da bilgi veya belgenin belirlenen süre içinde ya da hiç verilmemesi,

d) Yerinde incelemenin engellenmesi ya da zorlaştırılması,
hallerinden...idari para cezası verir...

Kurul, üçüncü fıkraya göre idari para cezasına karar verirken,...verilen taahhütlere uyup uymaması, incelemeye yardımcı olup olmaması...dikkate alır."

¹⁶¹ "Madde 17- Kurul, teşebbüs ve teşebbüs birliklerine, 16.maddenin birinci fıkrasında belirtilen cezalar saklı kalmak kaydıyla,

a) Nihai karar veya geçici tedbir kararı ile getirilen yükümlülöklere ya da verilen taahhütlere uyulmaması,

b) Yerinde incelemenin engellenmesi ya da zorlaştırılması,

c) Kanununun 14 ve 15 inci maddelerinin uygulanmasında, istenen bilgi veya belgenin belirlenen süre içinde verilmemesi, *durumunda her gün için,...idari para cezası verir."*

tartışılmaktadır.¹⁶² Bu tartışmalar özellikle şu maddeler kapsamında verilen idari para cezalarının sebebini oluşturan davranışların, aynı fiil olup olmadıkları üzerine yoğunlaşmaktadır: 16. maddenin birinci fıkrasının (c) bendindeki “...*eksik, yanlış ya da yanıltıcı bilgi veya belgenin..., belirlenen süre içinde...verilmemesi*” ile 17. maddenin birinci fıkrasının (c) bendindeki “...*istenen bilgi ve belgenin belirlenen süre içinde verilmemesi.*”; 16. maddenin birinci fıkrasının (d) bendindeki “*yerinde incelemenin engellenmesi*” ile 17. maddenin birinci fıkrasının (b) bendinde aynı biçimde ifade edilen eylem; 17. maddenin birinci fıkrasının (a) bendindeki “*nihai karar veya geçici tedbir kararı ile getirilen yükümlülüklerle ya da verilen taahhütlere uyulmaması*” ile 16. maddenin beşinci fıkrasında esasa ilişkin ihlallere uygulanacak para cezasında ağırlaştırıcı bir unsur teşkil eden davranış.

16. maddenin birinci fıkrasının (c) bendinin cezalandırdığı fiil, Kurul’un yerinde inceleme veya bilgi isteme yetkileri kapsamında eksik, yanlış yanıltıcı bilgi verilmesi veya bu bilgilerin istendiği taraftan belirlenen süre **içinde** eksik veya hiç verilmemesi iken 17. maddenin birinci fıkrasının (c) bendindeki fiil ise bilgi isteme ve yerinde inceleme yetkileri çerçevesinde bilgi istenen tarafa verilen sürenin dolmasından itibaren **her geçen gün** için verilmektedir.¹⁶³ Dolayısıyla yer verilen iki maddede bahsi geçen fiiller arasında “*zamansal*” olarak birlik ya da bağlantı bulunmamaktadır. Yine hem 16. maddenin birinci fıkrasının (d) bendinde, hem 17. maddenin birinci fıkrasının (b) bendinde yaptırıma bağlanan “*Yerinde incelemenin engellenmesi*” fiili bakımından da aynı yorumu benimsemek mümkündür. Zira 16. maddedeki yaptırım, zamansal olarak engellenmenin gerçekleştiği **an** için verilmekte ve fiil engellenmenin gerçekleştiği an tamamlanmakta; oysa ki 17. maddedeki yaptırım yerinde incelemenin engellenmesi ile başlayan ve incelemenin gerçekleştirildiği ana kadar **geçen süre** için verilmektedir. Bu doğrultuda iki düzenleme arasında zaman bakımından kopukluk olduğundan madde kapsamında düzenlenen eylemler, doğal anlamda hareket tekliği teorisi çerçevesinde, tek olarak değerlendirilmemelidir. Buna karşılık, “*getirilen yükümlülüklerle ya da verilen taahhütlere uyulmaması*”

¹⁶² Bu konudaki tartışmalar için bkz. KOCABAŞ ,B. “Kanunda Düzenlenen İdari Para Cezalarının Tabi Olduğu Hukuki Rejim Ve Ceza Hukuku İlkelerinin Bu Alanda Uygulanabilirliği”; GÜNDÜZ, H. “Rekabet Hukukunda Uygulanan İdari Para Cezaları”, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, 2013.

¹⁶³ Madde metninde geçen ifade “...*yükümlülüklerle uyulması için belirlenen sürenin dolmasından itibaren verilebilir...*” şeklindedir.

davranışının hem nispi para cezasına maruz kalması hem de esasa ilişkin ihlale uygulanacak para cezasında ağırlaştırıcı unsur olarak dikkate alınmasının *non bis in idem* ilkesine aykırı olduğu düşünülmektedir. Zira iki maddede belirtilen davranışlar arasında zamansal ve mekânsal olarak sıkı bir bağlantı bulunduğundan dolayı fiilin tek olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

Önaraştırma ve soruşturma kapsamında kurum meslek personelinin yerinde inceleme ve bilgi isteme yetkilerini kullanması sırasında, teşebbüslerin yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde, Kanun'un 16. maddesi kapsamında idari para cezasına hükmetmesine ilişkin olarak 13.02.2019 tarih ve 19-07/86-36 sayılı karardan bahsetmek gerekmektedir. Kararda, teşebbüste yapılan yerine incelemenin engellendiği ve bilgi isteme tutanağındaki sorulara cevapların Kurum'a gönderilmemesi, raporör görüşünde tek eylem olarak değerlendirilmiştir. Buna karşılık Kurul, Kanun'un 16. maddesinin hem (c) bendi hem de (d) bendi uyarınca iki ayrı idari para cezasına hükmetmiştir. Oysa iki ayrı para cezasına hükmedilmesi, kararın başında yapılan "tek eylem" nitelendirmesini anlamsız kılmıştır. Zira kararda isabetli olarak "zamansal ve mekânsal" olarak sıkı bir bağlantı içinde bulunan davranışların "tek" olduğu belirtilmişse, hükmedilecek para cezasının da tek olması gerekmektedir.

3.2. PARA CEZALARINA İLİŞKİN YÖNETMELİK HÜKÜMLERİ UYARINCA ESASA İLİŞKİN İHLALLERDE TEMEL PARA CEZASININ TESPİTİ EDİLMESİNDE BAĞIMSIZ DAVRANIŞLAR

Kanun'un para cezalarını düzenleyen 16. maddesinin 5727 sayılı Kanun ile değişik son fıkrası; Kurul'un vereceği idari para cezalarının, çıkarılacak yönetmeliklerle düzenleneceği hükmünü haizdir. Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik öncesinde Kanun kapsamında verilen para cezalarının aynı Kanun'un 16. maddesine göre tespit edildiği bilinmektedir. Buna karşılık, eski yönetmelik öncesinde Kurul'ca hükmedilen para cezaları nesnellik, tutarlılık ve şeffaflıktan uzak olduğu gerekçesiyle eleştirilmekte olduğundan, Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik'in genel amacına bakıldığında cezaların tayininde "*şeffaflık, nesnellik ve tutarlılık*" unsurları göze çarpmaktadır (Arı ve Aygün, 2009, 15). Temel para cezasının sebebi olan bağımsız davranışların tespitinde Kurul uygulaması,

Yönetmelik'in 4. maddesi¹⁶⁴ kapsamında gerçekleştirilmesi şeklindedir. Bu çerçevede anılan yönetmeliğin belirtilen amaçları doğrultusunda uygulamaya ışık tutması beklenen tespitlerde bulunulmalıdır.

Söz konusu yönetmelik hükümleri çerçevesinde belirlenecek temel idari para cezalarının sebebini teşkil eden “*bağımsız davranışlar*”ın hangi ölçütlere göre tespit edileceği meselesi daha önce ifade edildiği üzere, *non bis in idem* ilkesiyle de yakından ilişkilidir.

Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik hükümlerini incelemeyen önce, para cezalarına ilişkin AB mevzuatına bakıldığında, 01.09.2006 tarihinde yürürlüğe giren Ceza Rehberinden önceki 1998 AT Ceza Rehberi'nin¹⁶⁵ 1. maddesinde temel para cezasının belirlenmesinde, “*ihlalin ağırlık ve süresinin*” dikkate alındığı görülmektedir. İhlalin ağırlığı değerlendirilerek yapılırken doğasının ve etki doğurduğu coğrafi bölgenin büyüklüğünün dikkate alınacağı öngörülmüş ve buna göre ihlaller; “*çok ağır ihlaller, ağır ihlaller, hafif ihlaller*” şeklinde sınıflandırılmıştır. Dolayısıyla ihlalin ağırlığını belirleyecek olan “*ihlalin doğası*”nın, ihlalin yapılan bu üçlü tasniften hangisine girdiğiyle alakalı bir mesele olduğu düşünülmektedir.¹⁶⁶ 1998 tarihli rehberi revize eden 2006 tarihli rehber, cezanın, teşebbüsün Birlik sınırları içinde yaptığı satışların değeri göz önünde bulundurulmak suretiyle belirlenmesini öngörmesi bakımından önemli değişiklikler getirmiştir. 2006 AB Ceza Rehberi'nde temel para cezası belirlenirken teşebbüsün ihlalinin doğrudan veya dolaylı olarak ilişkilendirilebileceği coğrafi pazarda yaptığı satışların değeri oranında, ihlalin ağırlığı ile ihlalin devam ettiği sürenin göz önünde bulundurulacağı (Bockel, 2009, 103) belirtilmiştir. Teşebbüsün satış değeri oranında temel cezanın üst ve alt sınırlar dâhilinde belirlenmesinde ise, ihlalin doğası, ihlale taraf teşebbüslerin pazar paylaşımları, ihlalin coğrafi boyutu ile uygulanıp uygulanmadığına ilişkin esasların dikkate alınacağı ifade edilmektedir. Görüldüğü üzere AB mevzuatında yaptırıma uygulanabilecek fiilin

¹⁶⁴ İlgili Yönetmelik'in “*Para Cezasının Belirlenmesine İlişkin İlkeler*” başlıklı 4. maddesinin ilgili hükmü şu şekildedir: “*Temel para cezası, Kanunun 4 üncü veya 6 ncı maddelerinde yasaklanmış, piyasa, nitelik ve kronolojik süreç olarak birden fazla bağımsız davranışın saptanması halinde, her bir davranış için ayrı ayrı hesaplanır.*”

¹⁶⁵ Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 15(2) of Regulation No 17 and Article 65(5) of the ECSC Treaty [1998] OJ C 9/3.

¹⁶⁶ Nitekim fiyat tespiti, pazar paylaşımı gibi çok ağır ihlallerin, doğası itibarıyla çok ağır ihlaller olduğu *Thyssen Stahl; Schindler Holding and Others; Eni* kararlarında da belirtilmiştir.

sayısının belirlenmesine dair ifadeler bulunmamakta; yalnızca para cezasının hesaplanmasında dikkate alınması gereken ölçütlere yer verilmektedir. Bu kapsamda mehz mevzuatın, Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik hükümleri uyarınca tespit edilecek bağımsız davranışların tavrına ışık tutacak yönünün bulunmadığı düşünülmektedir.¹⁶⁷

3.2.1. Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik'in 4. Maddesi Bağlamında “Piyasa, Nitelik ve Kronolojik Süreç” Unsurları¹⁶⁸

Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik'te temel para cezasının hesaplanmasında, Kanun'un 4. ve 6. maddelerinin ihlali kapsam dâhilinde tutulmuş; buna karşılık 7. maddeye aykırılık halleri kapsama alınmamıştır. Bu durumun temel nedeninin, yatay veya dikey işbirliği anlaşmaları ile hâkim durumun kötüye kullanılmasından doğan rekabet ihlalleri için verilen idari para cezalarının, izinsiz gerçekleştirilen birleşme ve devralmalar için verilen idari para cezalarından amaç ve nitelik açısından farklılaşması olduğu söylenmektedir. Şöyle ki; 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddesi kapsamında değerlendirilen ihlallere verilen para cezaları ardıl bir nitelik arz etmekteyken; 7. madde kapsamında verilen idari para cezaları öncül bir nitelikte rekabetçi ortamı tehdit edebilecek yoğunlaşmaları önlemeyi amaçlamaktadır (Arı ve Aygün, 2009, 16).

Yönetmelik hükümleri uyarınca; temel para cezası, Kanun'un 4. veya 6. maddelerinde yasaklanan, “*piyasa, nitelik ve kronolojik süreç*” olarak birden fazla bağımsız davranışın saptanması halinde, her bir davranış için ayrı ayrı

¹⁶⁷ 1998 AT ve 2006 AB Ceza Rehberlerinde temel para cezasının hesaplanmasında “*ihlalin ağırlığı*”nın tespitinde “*ihlalin doğası*”nın belirleyici olduğu yukarıda belirtilmiştir. Para cezalarının belirlenmesinde ihlalin ağırlığına ilişkin açıklayıcı düzenlemeler içeren Hollanda örneğine bakıldığında (*Guidelines for the Setting of Fines in Relation to the Imposition of Fines Pursuant to Section 57 of the Competition Act.*), 1998 AT Ceza Rehberi'ne benzer şekilde, ihlallerin hafif, ağır ve çok ağır olmak üzere üçe ayrıldığı görülmektedir (Aygün, 2008, 54). Bu doğrultuda “*nitelik*” deyiminin, “*ihlalin doğası*” ve “*ihlalin ağırlığı*” ile alakalı bir kavram olup olmayacağı sorusu akla gelmektedir. Buna karşılık Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik hükümleri kapsamında ihlalin ağırlığıyla ilişkilendirilebilecek 5. madde hükmü, rekabet ihlallerini “*karteller ve diğer ihlaller*” olmak üzere ikiye ayırmıştır. Bundan dolayı nitelik deyiminin 5. maddede ihlallere ilişkin yapılan tasnifle alakalı olmadığı düşünülmektedir.

¹⁶⁸ Anılan Yönetmelik kapsamında yapılacak değerlendirme çalışmanın kapsamı dışına çıkmamak için, aynı soruşturma kapsamında tespit edilen fiillerin bağımsız veya tek olup olmadığına ilişkin Kurul kararlarındaki bakış açısını ortaya koyma ekseninde yoğunlaşacak; temel para cezasının ne şekilde tespit edildiği meselesine ise değinilmeyecektir.

hesaplanmaktadır. Yönetmelik hükümleri kapsamında bağımsız davranışların tespitinde bu üç unsurdan başkaca bir açıklama bulunmamasından dolayı, ilgili hüküm eleştirilere maruz kalmıştır. Nitekim bu hükmü “*sezgisel*” olarak anlamaya çalışan yazarlar da mevcuttur.¹⁶⁹ Temel para cezasının hesaplanmasında bağımsız davranışların sahip olması gereken özellikler olarak tanımlanabilecek bu unsurların esasen yönetmeliğe, ilk olarak Kurul’un İç Anadolu-Akdeniz-Marmara Çimento kararına karşı açılan davada Danıştay’ın iptal kararının¹⁷⁰ karşı oyunda geçen ifadelerle paralel şekilde aktarıldığı görülmektedir. Danıştay kararında, Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik öncesinde, Kanun’un 16. maddesinin ikinci fıkrasındaki esasa yönelik ihlaller nedeniyle verilecek para cezaları belirlenirken birden fazla eylemin saptanması halinde her fiile ayrı ceza uygulanacağı konusunda herhangi bir hükme yer verilmediği, bundan dolayı da Kurul’ca 4. madde ihlali niteliğindeki davranışların hepsinin tek bir madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiğinden dolayı soruşturma konusu fiillere ayrı değil tek ceza verilmesi gerektiği hususları yer almaktadır. Anılan Danıştay kararının karşı oyundaki ifadeler ise şu şekildedir:

Bu düzenlemeler uyarınca Kanunun 4. maddesinde yasaklanan davranışlardan birinin işlenmesi halinde, saptanan bu davranışın para cezasına konu teşkil edeceği açıktır. Kurulca 4. maddeye aykırı **piyasa, nitelik ve kronolojik süreç** göz önüne alınarak birden fazla davranışın saptanması halinde, **her davranışın ayrı bir ihlal teşkil etmesi nedeniyle** bunların ayrı ayrı cezalandırılması gerekmektedir. Bunların tek soruşturma içinde saptanması ve Kanunun aynı maddesinin ihlali niteliğinde olmaları hepsine tek bir para cezası uygulanmasına neden teşkil etmez.

Yönetmelik hükmünde de ifadesini bulan bu üç unsurun anlamı tek tek tartışılacak, akabinde bu unsurların **kümülatif** olarak aranıp aranmadığı sorusuna cevap bulunmaya çalışılacaktır.

3.2.1.1. “Piyasa” Deyimi

Piyasa; TDK’nın sözlüğünde iki türlü tanımlanmış olup ilki; “*saticıların mal ve hizmet satmak için bir araya geldikleri yer, pazar*”, ikincisi; “*arz ve talebin karşılaştığı alan*”dır.¹⁷¹ Rekabet hukukunda piyasa ile ilgili ürün pazarı

¹⁶⁹ KATOĞLU, T. (2014). “Ceza Hukukçusu Gözüyle Rekabet Hukuku Mevzuatında Yapılması Öngörülen Değişiklikler”, Ankara Barosu Dergisi, S.2014/3, s. 406.

¹⁷⁰ Bkz. 10. D. 24.11.2004 tarih ve E. 2004/9503 sayılı karar; D. 10. D., 31.12.2004 tarih ve E. 2004/9951 sayılı karar.

¹⁷¹ Bkz. dipnot 11.

kavramları birbirinin yerine geçecek şekilde kullanılmamaktadır. Nitekim pazar kavramının, “*teşebbüslerin ürünlerinin satıldığı alan veya ürünlerinin ait olduğu sektör*” olarak tanımlandığı¹⁷²; ilgili ürün pazarının ise, “*ürünlerin özellikleri, fiyatları ve kullanım amaçları bakımından tüketici tarafından birbirleri ile değiştirilebilir veya birbirleri ile ikame edilebilir olarak görülen mallar ve/veya hizmetlerin tamamından*” oluştuğu, ilgili coğrafi pazarın ise “*teşebbüslerin mal ve hizmetlerini arz ettikleri ve rekabet şartlarının makul bir ölçüde benzer olduğu coğrafi sınırlar*” olduğu bilinmektedir (Zöngür, 2004, 95). Dolayısıyla “*piyasa*” kavramının, “*ilgili pazar*” kavramından daha geniş bir alanı kapsadığı ve bu iki tanımın örtüşmediği söylenebilmektedir.

Bu noktada piyasa kavramının ilgili ürün pazarı ile ilgili coğrafi pazarının her ikisini birden mi yoksa sadece birini mi ifade ettiği sorusu akla gelmektedir. İç Anadolu-Akdeniz-Marmara Çimento kararının iptali istemiyle açılan davada¹⁷³ Danıştay tetkik hâkiminin şu tespitlerine değinmekte fayda görülmektedir:

... davacı şirketin Ankara pazarında ve Güney Marmara pazarındaki 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesine aykırı anlaşmalar nedeniyle dört eylemine ayrı ayrı ceza verilmiş ise de, **her coğrafi pazar için verilen idari para cezalarının ayrı ayrı değerlendirilmesi** ve 4054 sayılı Kanun’un 16. maddesinin ikinci fıkrasının açıkça 4. maddesinin ihlalden söz etmesi idarece verilen para cezalarının da yalnızca bu maddenin ihlali suretiyle verilmesi nedeniyle, anılan maddenin ihlaline ilişkin fiillerin ayrı ayrı nitelendirilerek her biri için ayrı ceza değil, tek ceza verilmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır.

Tetkik hâkimi netice itibarıyla teşebbüse, Kanun’un 4. maddesinin ihlali sonucunda Ankara pazarı için tek, Güney Marmara pazarı için de tek para cezası verilmesi gerektiğini ifade etmiş, böylelikle piyasa deyiminin, ilgili coğrafi pazarı da kapsadığına işaret etmiştir.

Seramik kararında¹⁷⁴ soruşturma kapsamında elde edilen delillerden zamansal ve mekânsal bağlantı içerisinde bulunduğu tespit edilebilen ve hem seramik kaplama malzemeleri hem de seramik sağlık gereçleri pazarında yatay ihlal¹⁷⁵ gerçekleştiren teşebbüsler, her ilgili ürün pazarında ayrı para cezasına çarptırılmıştır.

¹⁷² Bkz. 2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme Ve Devralmalar Hakkında Tebliğ.

¹⁷³ 09.02.2005 tarih ve E. 2005/5132 sayılı karar.

¹⁷⁴ 24.02.2004 tarih ve 04-16/123-26 sayılı karar.

¹⁷⁵ Teşebbüslerin davranışları soruşturma raporu kapsamında 14.12.1994’ten başlayan satım fiyatı ve şartlarının tespiti yoluyla uyumlu eylem, hem de rekabete hassas bilgi değişimi olarak incelenmiştir.

Buna karşılık, Kurul'un *Mey İçki-2* kararında¹⁷⁶, aynı teşebbüsün Kanun'un 6. maddesini ihlal eden davranışlarının *Mey İçki-1* kararında¹⁷⁷ rakı pazarında gerçekleştirilen davranışlarıyla aynı olduğu şu ifadelerle belirtilmiş ve tek bir para cezasına hükmedilmiştir: “*indirim uygulamalarının aynı dönemde gerçekleştirdiği genel bir stratejisinin parçası olduğu ve eylemlerin birbirinden ayırt edilmesinin mümkün olmadığı.*”. Kurul'un bu kararından ise “*piyasa*”nın ilgili ürün pazarını kapsamaması gerekmediği çıkarımı yapılabilirse de; anılan Kurul kararı BİM tarafından iptal edilmiştir. BİM isabetli olarak, iki ayrı ilgili ürün pazarı yerine ancak tek ilgili ürün pazarının tespit edilmesi halinde tek bir para cezasına hükmedilmesinin mümkün olabileceği gerekçesiyle anılan Kurul kararını iptal etmiştir.¹⁷⁸ Buna karşılık dosyanın temyiz edilmesi üzerine Danıştay 13. Dairesi,

...teşebbüsün votka ve cin pazarındaki ihlallerinin, rakı pazarındaki ihlallerle aynı olduğu; zira davranışların aynı dönemde gerçekleştiği ve teşebbüsün genel stratejisinin bir parçası olarak bütünlük arz ettiğinden...

bahisle, teşebbüse votka ve cin pazarında ayrıca ceza uygulanmasına gerek olmadığını hükme bağlamıştır.

On iki bankanın kredi, kredi kartı hizmetleri ve mevduat hizmetlerine ilişkin anlaşma içinde bulunmalarının incelendiği *12 Banka* kararında¹⁷⁹, üç kamu bankasının kendi aralarında diğer dokuz bankadan ayrı olarak kamu mevduatlarında fiyat tespitine dair centilmenlik anlaşmaları yapmaları, *Mey İçki-2* kararına benzer şekilde, ayrı bir ihlal olarak değerlendirilmemiştir.¹⁸⁰ Anılan kararda, kamu bankalarının her bir alt pazarda ayrı anlaşma yaptıklarına daire belgelerin bulunmadığı belirtilmişse de Ersoy'un da belirttiği üzere (2015, 58) kararda yer verilen delillerden, kamu bankaları arasındaki danışıklılığın, diğer hizmet türlerinde yer verilen danışıklılıkla bağlantısının bulunmadığı anlaşılmaktadır.

¹⁷⁶ 06.04.2018 tarih ve 17-34/537-228 sayılı karar.

¹⁷⁷ 16.02.2017 tarih ve 17-07/84-04 sayılı *Mey İçki-1* kararı.

¹⁷⁸ BİM 8. İdari Dava Dairesi 20.02.2020 tarih ve E.2019/3384, K.2020/320 sayılı kararı. Kurul kararına ilişkin hukuki süreç devam etmekte olup anılan Kurul kararı hukuki anlamda kesinleşmemiştir.

¹⁷⁹ 08.03.2013 tarih ve 13-13/198-100 sayılı karar.

¹⁸⁰ Anılan kararda, ihlale ilişkin değerlendirmeyi etkilemeyeceği gerekçesiyle ilgili ürün pazarı tanımını yapılmamıştır.

Yer verilen Kurul ve Mahkeme kararlarından da, piyasa unsurunun hem ilgili ürün hem de coğrafi pazarı kapsadığı anlaşılacaktır. Zira birtakım kararlarda fiilin aynı olduğunun tespiti için yalnızca aynı ilgili ürün veya ilgili coğrafi pazarda gerçekleştirilmiş olması yeterli bulunurken; bazı kararlarda ise fiilin aynı olduğunun söylenebilmesi için aynı ilgili ürün ve aynı ilgili coğrafi pazarda gerçekleştirilmiş olması aranmıştır.

3.2.1.2. “Nitelik” Deyimi

TDK sözlüğünde “*nitelik*” deyimi iki anlama gelebilecek şekilde, “*Bir şeyin nasıl olduğunu belirten, onu başka şeylerden ayıran özellik, vasıf, keyfiyet*”; diğeri ise, “*Bir şeyin iyi veya kötü olma özelliği, kalite*” olmak üzere tanımlanmıştır.¹⁸¹ Fiilin niteliğini tanımlamada TDK’da açıklanan ilk anlamın benimsenmesi halinde adeta maddi vakıaların ortaya konulmasının gerektiği, ikincisinin benimsenmesi halinde ise fiilin hukuki nitelendirmesinin yapılması gerektiği yorumu yapılabilmektedir.

Nitelik unsurunun tespit edilebilmesi adına öncelikle teşebbüsün Kanun’un 4. veya 6. maddesinin farklı bentlerini ihlal eden davranışları incelenecek; akabinde, aynı teşebbüsün Kanun’un hem 4. maddesi hem de 6. maddesinin ihlaline yönelik davranışlarının Kurul içtihadı çerçevesinde nitelik bakımından kaç ayrı ihlal olarak değerlendirildiği meselesi incelenecektir.

Kurul’un İç Anadolu-Akdeniz-Marmara Çimento kararında, torbalı çimento pazarında teşebbüslerin hem fiyat tespiti ve pazar paylaşımına ilişkin anlaşmalar yoluyla yatay ihlallerde bulunduğu hem de bayilik anlaşma ve uygulamalarıyla dikey ihlallerde buldukları tespiti yapılmıştır. Kararda hem 4. maddenin (a) bendinin hem de (b) bendinin ihlalden para cezasına hükmedilmiştir. Kararda aynı soruşturma kapsamında teklik/aynılık arz etmeyen davranışların farklı ihlallere sebebiyet vermesi tespit edildiğinden söz konusu kararda arasında bağlantı bulunmayan farklı davranışların incelendiğini ve cezalandırıldığını söylemek mümkündür.

Ege Bölgesi Çimento-2 kararında tek bir soruşturma raporu çerçevesinde teşebbüslerin hem uyumlu eylem ve anlaşmalarla fiyat tespiti yapmalarından

¹⁸¹ Bkz. dipnot 11.

yatay ihlal, hem de yatay ihlale katılan teşebbüslerden tekinin yatay ihlalden ayrı olarak bayileriyle akdettiği standart yetkili satıcılık anlaşmalarının bayilerinin pasif satışlarını engelleyen hükümler içerdiği gerekçesiyle dikey ihlalde bulunduğu tespiti yapılmıştır. Her iki ihlali gerçekleştiren teşebbüse iki ayrı cezaya hükmedilmişse de gözden kaçırılmaması gereken; bu kararda da tıpkı İç Anadolu-Akdeniz-Marmara Çimento kararında olduğu gibi, teşebbüsün aynı soruşturma kapsamında yatay ve dikey ihlal teşkil eden davranışları arasında zamansal ve mekânsal bağlantının bulunmadığıdır. Bir başka deyişle Kurul'un aynı fiil olarak nitelendirilemeyecek davranışlar için iki ayrı para cezasına hükmetmiş olduğudur.

Buna karşılık, Kurul'un *Seramik* kararında, soruşturma konusu teşebbüslerden bir kısmının zamansal ve mekânsal olarak birliktelik gösteren yatay ihlal olarak cezalandırılan davranışları, aynı zamanda dikey ihlal olarak nitelendirilebildiği için ayrı bir cezaya tabi tutulmamıştır.¹⁸² Buna karşılık karara karşı oy yazan üyeler de bulunmaktadır. Hatta karşı oylardan bir tanesinde, dikey anlaşmalar yoluyla tespit edilen ihlallerin, yatay anlaşmalar yoluyla gerçekleştirilen ihlallerden bağımsız bir ihlal olarak değerlendirilip ayrıca cezalandırılması ve hatta ayrı bir soruşturma açılması gerektiğinin ifade edilmiştir.

Özellikle sigorta sektörü ve fikri mülkiyet haklarına ilişkin rekabet ihlalleri, hem yatay hem de dikey nitelikte ihlal teşkil edebilmektedir.¹⁸³ Dolayısıyla davranışların soruşturma raporunda yatay ve/veya dikey ihlal nitelendirilmesinden ziyade önem arz eden husus; zamansal ve mekânsal olarak sıkı bir bağlantı içerisinde bulunduğu tespit edilen davranışlar için birden fazla temel para cezasına karar verilmemesidir.¹⁸⁴

Tüpraş kararında, teşebbüsün hem aşırı fiyatlandırmaya yönelik uygulamalarıyla hem de mal vermenin reddine yönelik anlaşmalarıyla Kanun'un 6. maddesini ihlal eden davranışları tek bir para cezasına tabi tutulmuştur.

¹⁸² Soruşturma konusu teşebbüslerin davranışları, "3.1.2.1. Piyasa" başlığında da belirtildiği üzere, satım fiyatı ve şartlarının tespit edilmesi yoluyla uyumlu eylem ve bilgi değişimi olarak, hem de alıcıların kendi satış fiyatını belirleme serbestisinin engellemesi yoluyla dikey ihlal olarak nitelendirilmiştir.

¹⁸³ Bkz.05.01.2006 tarih ve 06-02/44-6 sayılı;23.01.2020 tarih ve 20-06/61-33 sayılı;26.12.2019 tarih ve 19-46/790-344 sayılı;21.11.2016 tarih ve 16-40/662-296 sayılı;29.08.2013 tarih ve 13-49/701-299;09.10.2013 tarih ve 13-57/808-345 sayılı;18.06.2009 tarih ve 09-29/608-147 sayılı kararlar.

¹⁸⁴ Ayrıca bkz. "1.2.1.2.4.Görünüşte İçtima" başlığı.

Bir teşebbüsün davranışlarıyla hem 4. hem de 6. maddeyi ihlal etmesi konusunda ise Kurul'un, *Turkcell-1* kararının¹⁸⁵ konusu ilgi çekicidir. Karar konusu, Turkcell'in cep telefonu distribütörlüğü de yapan bayileriyle imzaladığı anlaşmaların çeşitli hükümlerinin, hem yeniden satış fiyatı (*RPM*) hem de münhasırlık içermesi nedeniyle Kanun'un hem 4. maddesini hem de 6. maddesinin (a) ve (b) ihlal etmesidir. Kurul kararında Turkcell'in bayilerine imzalattığı sözleşmelerin münhasırlık içeren hükümleri, Kanun'un 4. ve 6. maddesi kapsamında iki kez cezalandırılmışsa da, 6. maddenin farklı bentlerinin ihlalinden tek ceza verilmiştir.

Turkcell-2 kararında¹⁸⁶ ise, Turkcell'in alt bayileriyle imzaladığı sözleşmelerin hem *RPM* hem de münhasırlık içerdiği iddiaları değerlendirilmiştir. Soruşturma sonucunda teşebbüsün *RPM* niteliğinde 4. madde ihlali olduğu öne sürülen davranışları dosya kapsamında yeterli bulgu olmadığından dolayı cezalandırılmamıştır. Buna karşılık teşebbüs, nihai satış noktalarıyla yaptığı taahhütnameler ve bayilerine empoze ettiği tek tip uygulamaları sebebiyle Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiğinden dolayı cezalandırılmıştır.

Danıştay'ın *Turkcell-2* kararını, Turkcell'in sözleşme veya uygulamalarıyla *RPM* olarak nitelendirilebilecek davranışlarının tekrar ele alınması gerektiği gerekçesiyle iptal etmesi¹⁸⁷ üzerine anılan teşebbüs hakkında yeniden soruşturma yürütülmüştür. Soruşturma sonucunda alınan *Turkcell-son* kararında,¹⁸⁸ mahkeme kararı kapsamında teşebbüse *RPM* olarak nitelendirilen davranışlardan ceza verilmiştir. *Turkcell-son* kararının karşı oy gerekçesinde, Turkcell'in 2011 yılında yürütülen soruşturma kapsamında ele alınan davranışları ile 2019 yılında mahkeme kararı sonrasındaki soruşturma kapsamında ele alınan davranışlarının bağımsız ihlaller olarak değerlendirilmemesi gerektiği ve tek eylem olarak değerlendirilmesi gerektiğinden, anılan eylemlerin ayrı ayrı cezalandırılmaması gerektiği ifade edilmiştir. *Turkcell-son* kararında ele alınan davranışların esasen *Turkcell-1* soruşturmasının yürütüldüğü dönemde, teşebbüsün genel stratejisinin parçası niteliğinde davranışlar olduğu ve bundan dolayı *Turkcell-son* kararı ile

¹⁸⁵ 29.12.2005 tarih ve 05-88/1221-353 sayılı karar.

¹⁸⁶ 06.06.2011 tarih ve 11-34/742-230 sayılı karar.

¹⁸⁷ 13. D. 16.10.2017 tarih ve E. 2011/4560, K.2017/2573 sayılı karar.

¹⁸⁸ 10.01.2019 tarih ve 19-03/23-10 sayılı karar.

teşebbüs aleyhine yeniden para cezasına hükmedilmesine ilişkin işlemin *non bis in idem* ilkesine aykırı olacağı gerekçesiyle Kurum'a İYUK 11. madde kapsamında işlemin geri alınması için başvuru yapılmıştır.¹⁸⁹ Anılan başvuru sonucunda alınan kararda ise, teşebbüsün *RPM* ve fiili münhasırlık teşkil eden davranışlarının birbirinden bağımsız olduğu belirtilmiştir. Davranışların bağımsız olduğunun değerlendirilmesinde ise, soruşturma konusu olan davranışların ihlal ettiği maddelerin amaçlarının farklı olduğuna vurgu yapılmış,¹⁹⁰ bu nedenle teşebbüsün iki ayrı soruşturma kapsamında iki defa cezalandırılmasının *non bis in idem* ilkesine aykırı olmadığı belirtilmiştir.

Kurul'un taşıyünü ve camyünü pazarında bayileriyle münhasırlık ve prim sistemlerine ilişkin hükümler içeren sözleşme imzalamasının hem 4. hem de 6. madde hükümlerine aykırılık teşkil ettiğine ilişkin İzocam kararında¹⁹¹ olduğu gibi, benzer nitelikteki diğer kararlarda da ortaya konulduğu üzere,¹⁹² aynı davranışın her iki madde kapsamında değerlendirilmesinin, “*mükerrer cezalandırmaya yol açmadığı sürece*” *non bis in idem* ilkesine aykırı olmayacağını söylenmiştir. Yine yakın tarihli *Trakya Cam* kararında¹⁹³ da benzer bakış açısı ortaya konulmuş; bu doğrultuda muafiyet tanınmayan bayilik dağıtım anlaşmalarının uygulamaya geçirildiğine ve bu şekilde Kanun'un hem 4. maddesini hem de 6. maddesinin ihlal edildiğine ilişkin iddialar ele alınmıştır. Kararda, *Trakya Cam*'ın akdettiği sözleşmelerde düzenlenen bayi yöneticiliği ile münhasır bölge tahsisine ilişkin uygulamaların; hem 4. hem de 6. madde kapsamında ihlal olarak değerlendirilmesine rağmen, teşebbüs hakkında tek bir para cezasına hükmedilmiştir.

Görüldüğü üzere teşebbüslerin davranışları aynı soruşturma kapsamında farklı hukuki nitelendirmeye değerlendirilebilmektedir. Çoğunlukla farklı hukuki nitelendirmeye rağmen, davranışların bağımsız olarak değerlendirilmemesi halinde tek cezaya hükmedilmektedir. Bununla birlikte teşebbüsün aynı davranışlarıyla

¹⁸⁹ 12.11.2019 tarih ve 19-39/610-263 sayılı karar.

¹⁹⁰ Kararda, yeniden satış fiyatı tespitinin, marka içi rekabeti azaltarak fiyat rekabetinin ortadan kalkmasına ve nihai olarak tüketici refahının önemli ölçüde sınırlanmasına neden olduğu, buna karşılık fiili münhasırlığa yönelik davranışların 6. maddeyi ihlal ettiği belirtilmiştir.

¹⁹¹ 08.02.2010 tarih ve 10-14/175-66 sayılı karar.

¹⁹² 29.08.2013 tarihli ve 13-49/711-300 sayılı *Frito Lay* kararı; 05.03.2015 tarih ve 15-10/148-65 sayılı *Coca-Cola* kararı; 02.03.2016 tarih ve 6-07/136-61 sayılı *Unmaş* kararı; 18.01.2018 tarih ve 18-03/35-22 sayılı *Mars Media* kararı.

¹⁹³ 14.12.2017 tarih ve 17-41/641-280 sayılı karar.

Kanun'un aynı maddesinin farklı bentlerini ihlal etmesi veya farklı maddelerini ihlal etmesi halinde Kurul'un aynı davranış(lar)ı birden fazla cezalandırdığı kararları da mevcuttur.

Kurul'un çoğunlukla benimsediği bakış açısına göre, aynı soruşturma kapsamında aynı davranışın hem 4. hem de 6. maddeye veyahut aynı maddenin farklı bentlerine aykırılık iddialarının değerlendirmesinde sakınca bulunmamaktadır. Zira bir fiilin farklı kanun hükümlerini ihlal edebileceği gibi, aynı kanunun farklı hükümlerini de ihlal edebileceği yukarıdaki bölümlerde belirtilmiştir.¹⁹⁴ Bu husus, fiilin farklı hukuki nitelendirmesiyle alakalı olan bir meseledir ve anılan durum özellikle münhasırlık içeren anlaşmalar kapsamında Kurul gündemine gelmektedir. Bunun dışında, teşebbüslerin sözleşme serbestisi kapsamında zuhur eden rekabet hukukuna yansıyan yeni uygulamaları bakımından da, meselenin hangi madde çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğine dair soru işaretleri oluşabilmektedir. Yakın tarihli *Booking* kararından¹⁹⁵ da görüleceği üzere *non bis in idem* ilkesine uygunluğun sağlanması açısından önemli olan, soruşturma kapsamında ele alınan davranış(lar)ın aynılık veya farklılık arz ettiğinin¹⁹⁶ maddi vakıaların tespiti yoluyla ortaya net olarak konulması ve tespit edilecek temel para cezası aşamasında da bu durumun dikkate alınmasıdır. Nitekim fiilin ihlal ettiği her bir kanun hükmü kapsamında sorumluluğu devam etmekte; bir başka deyişle, bir madde (bendinden) sorumluluğu ortadan kalksa bile, ihlal edilen diğer hükümlerden sorumluluğu devam etmektedir.¹⁹⁷

Özetlemek gerekirse, teşebbüsün davranışları temel para cezasının tespitinde “*nitelik*” bakımından yorumlanırken önem arz eden, cezalandırmada aşamasında davranışın doğal veya hukuki anlamda teklik arz edip etmediğinin dikkate alınmasıdır. Bunun yanında vurgulanmalıdır ki; yabancı mahkeme kararları kapsamında aktarıldığı üzere, *non bis in idem* ilkesi, teşebbüsün herhangi fiilinden dolayı önceden verilmiş olan cezanın, aynı fiilden dolayı sonradan yürütülen soruşturma kapsamında dikkate alınmasını gerektirir.

¹⁹⁴ Bkz. “1.2.1.2.3. Fikri İhtima” başlığı.

¹⁹⁵ 05.01.2017 tarih ve 17-01/12-4 sayılı karar.

¹⁹⁶ Bkz. “1.1.2.1. Doğal Anlamda Hareket Tekliği Teorisi” ve “1.1.2.2. Hukuki Anlamda Hareket Tekliği Teorisi”.

¹⁹⁷ Teşebbüsün Kanun'un hem 4. hem 6. madde hükümlerini ihlal eden davranışlarının Kurul'un aynı soruşturmasında ele alması sonucu Kurul'un teşebbüsü sadece 6. madde ihlalinden cezalandırdığı kararının Danıştay tarafından iptal edilmesi sonrasında, teşebbüsün 4. maddeyi ihlal eden davranışlarından sorumluluğunun devam ettiği durum olarak *Turkcell-2* kararı gösterilmiştir.

3.2.1.3. “Kronolojik Süreç” Deyimi

“Kronolojik” kelimesi etimolojik olarak “zamanbilimsel”¹⁹⁸ anlamına gelmekte ise de, bu tanımın esasen rekabet hukukuna ışık tutan bir tarafı bulunmamaktadır. “Kronolojik süreç” deyiminden ise, ihlal teşkil eden davranışların vukuu bulunduğu zaman veya zaman dilimini anlamak gerekmektedir.

Elaziğ-Yurt Çimento kararında¹⁹⁹, soruşturma konusu teşebbüslerden elde edilen belgelerin “kronolojik süreç olarak iç içe geçmiş olması”ndan dolayı²⁰⁰, tek bir ihlalin söz konusu olduğu belirtilmiştir.

Kurul’un *Enerjisa* kararında, soruşturma muhatabı teşebbüs tarafından aynı fiillerin EPDK tarafından daha önce soruşturulduğu ve idari para cezasına maruz kaldığı bundan dolayı Kurum’un aynı fiilleri mükerrer soruşturması ve idari para cezasına maruz bırakmasının *non bis in idem* ilkesine aykırılık teşkil edeceğine yönelik savunma yapılmıştır. Bu savunmaya karşılık olarak Kurul tarafından, fiillerin aynılığından bahsedebilmek için, daha önceden verilmiş olan idari para cezasının konusu oluşturan fiilin hangi tarih aralığında gerçekleştiğinin net olarak ortaya konması gerektiği, aksi takdirde fiillerin aynılığından ve dolayısıyla *non bis in idem* ilkesinin uygulanabilirliğinden bahsedilemeyeceği belirtilmiştir. Yine *Bereket-Aydem-Gediz* kararında, Kurul kararından önceki bir tarihte EPDK tarafından idari para cezasına konu olan aynı fiilin bu sefer Kurul tarafından idari para cezasına maruz kalmaması gerektiğine ilişkin yapılan savunmaya karşılık olarak kararda;

...ihlale konu olacak nitelikte gerçekleştirdiği uygulamalar ve fiiller ile dahi aynı olmadığı dolayısıyla *ne bis in idem* ilkesine ilişkin savunmanın olayların aynılığı şartının yokluğundan dolayı kabul edilemeyeceği ifade edilmelidir. Kaldı ki bir an bile fiillerin aynı olduğu düşünüldüğünde dahi idari yaptırıma konu olan olayların aynı dönemde gerçekleşmesi şartının sağlanıp sağlanmadığının tespiti ve son olarak otoriteyi yaptırım uygulama veya uygulamama sonucuna götüren bilgi, belge ve analizlerin ilgili EPDK kararından tam olarak anlaşılacağı dolayısıyla korunan hukuki menfaatin iki kurum nezdinde de aynı olup olmadığının tespiti güçleşmektedir.²⁰¹

denilmiştir. Yakın tarihli kararlardan görüldüğü üzere, kronolojik süreç deyiminden fiillerin gerçekleştiği tarih veya tarih aralığı anlaşılmakta ve bu

¹⁹⁸ Bkz. dipnot 11.

¹⁹⁹ 19.02.2014 tarih ve 14-07/138-M sayılı karar.

²⁰⁰ Yer verilen belgeler, 26.04.2010 ile 09.11.2010 tarih aralığında oluşturulanları kapsamaktadır.

²⁰¹ Belirtilmelidir ki, fiilin gerçekleştiği dönemin belirlenmesi fiilin aynı olup olmadığının tespitinden ayrı olarak yapılması gereken bir değerlendirme olmamalıdır.

şartın yokluğunda ise fiilin aynılığında bahsedilemeyeceği düşünülmektedir. Bu kapsamda kronolojik süreç deyiminde anlaşılması gereken, davranışlar arasında kayda değer bir zaman aralığının bulunmaması gerektiğidir. Davranışların doğal olarak teklik arz etmesinde aranan en önemli unsurun zamansal ilişki olduğu; zira zamansal bağlantının genellikle beraberinde mekânsal bağlantıyı da getireceği yukarıdaki bölümlerde de belirtilmiştir.

Kurul içtihadı çerçevesinde ulaşılan sonuca göre, temel para cezasının tespitine ilişkin olarak bağımsız olmayan davranışların (tek veya aynı fiilin) söz konusu olduğunu söyleyebilmek için “*piyasa ve kronolojik süreç*” unsurlarının bir arada sağlanması gerekmektedir. Buna karşılık, fiilin aynılığında davranışların “*niteliğinin*” aynı olmasının tam olarak ne ifade ettiğini ortaya koymak mümkün görünmese de, soruşturma raporlarında davranışların birden fazla hukuki nitelendirmesinin yapılabildiği görülmektedir.²⁰² İfade edildiği üzere, önemli olan doğal veya hukuki anlamda tek fiilin, mükerrer cezalandırılmamasıdır. Nitekim Kurul’un da bazı kararlarında nitelik deyiminden teşebbüsün davranış(lar)ının “*genel stratejisi çerçevesinde aynı amaç doğrultusunda bütünlük arz edecek şekilde*” gerçekleştirildiği söylenerek, doğal anlamda hareket tekliği teorisine yakın bir değerlendirme yapılmakta ve fiilin tek veya aynı olduğundan bahsedilmektedir. Bununla birlikte rekabet hukukunun kendine özel yorum sistematiği çerçevesinde, aynılık/teklik arz eden davranışların, **aynı ilgili ürün ve coğrafi pazarda** gerçekleştirilmiş olması gerektiği hususu hatırdta tutulmalıdır. Aksi bir yorum yapıldığı durumda; yani davranışın aynı ilgili ürün veya aynı ilgili coğrafi pazarda gerçekleştirilmesinin fiilin tek olduğuna kanaat getirmek için yeterli olduğunun kabulü halinde, optimal cezalandırma hedefinin altında bir cezaya hükmedilecektir. Bir diğer deyişle teşebbüslere, piyasanın tamamında olması gereken rekabetçi ortama zarar vermeleri yönündeki caydırıcılık sağlanamayacaktır.

Bütün bu mevcut uygulamaya karşın; Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik’e, fiilin tek veya aynı olup olmadığı noktasında başvurulmasından ziyade, tespit edilen fiil(ler)in her biri için ne kadar ve nasıl ceza verileceğine ilişkin

²⁰² Nitekim İzocam kararında, “*İhlale konu eylem Kanun’un hem 4. hem de 6. maddesine aykırı olmasına rağmen piyasa, nitelik ve kronolojik süreç olarak tek bir davranış niteliğinde olduğundan tek bir para cezası hesaplanması gerektiği sonucuna varılmıştır.*” ifadeleri geçmektedir.

olarak başvurulması gerektiği düşünülmektedir. Fiilin tekliği veya aynılığının değerlendirilmesi, rekabet hukuku sistematığı çerçevesinde, **aynı ilgili pazarda gerçekleştirilen davranışların birbiriyle zaman ve mekan bakımından sıkı bağlantı içinde olması**²⁰³ durumunda söz konusu olmalıdır. Bir diğer deyişle, fiilin tek/aynı olup olmadığı; cezalandırma aşamasından önce tespit edilmesi gereken bir meseledir. Bunun yanında, mevcut Yönetmelik'in 4. maddesinde geçen ifadenin, bağımsız olmayan davranışları (aynı veya tek fiili) tanımlamada yeterince açık olmadığı düşünülmektedir. Bu hususa ilişkin olarak ise, ya mevcut Yönetmelik hükümlerinin gerekli değişiklikler yapılarak açıklığa kavuşturulması veyahut Kurul içtihadının "*rekabet hukuku perspektifinden fiilin tekliği veya aynılığı*"na ilişkin ortaya konulan görüşler çerçevesinde şekillenmesinin gerektiği düşünülmektedir.

²⁰³ Yer verilen yorum çalışma sonucunda, "*rekabet hukuku perspektifinden fiilin tekliği veya aynılığı*" olarak adlandırılacaktır.

SONUÇ VE ÖNERİLER

Çalışma kapsamında ortaya konulmaya çalışıldığı üzere, serbest ve etkin rekabet ortamı içerisinde işleyen bir piyasa ekonomisinin muhatabı olan her bir bileşen için, hem ulusal hem de uluslararası bağlamda hukuka uygunluk şarttır. Bu kapsamda cezai niteliği olduğu düşünülen, regülasyona tabi konuların ihlaline karşılık verilen cezaların hukukun genel ilkeleri yanında ulusal hukuka uygunluğunun da sağlanması gerekmektedir. Bu doğrultuda çalışmanın üzerine oturduğu *non bis in idem* ilkesinin *idem* unsuru ve anılan unsur bağlamında uygulama esasları yanında, tek veya aynı fiilin maruz kalacağı yaptırımlar bakımından araştırma ve tespitlerde bulunulmuştur.

Ulaşılan sonuçları toplamak gerekirse;

- Ceza hukuku bağlamında fiil tanımında benimsendiği üzere rekabet hukukunda da fiilin *conditio sine qua non*’u “hareket”tir.
- Kurul’un yürüttüğü soruşturmalarda teşebbüsün/teşebbüs birliğinin davranışları aynı ilgili ürün ve coğrafi pazarda gerçekleştirilmiş ise²⁰⁴, soruşturma konusu davranışların doğal anlamda veya hukuki anlamda hareket tekliği teorisi çerçevesinde teklik arz ettiğinin²⁰⁵ tespit edilmesi halinde, cezanın da bu minvalde belirlenmesi gerekmektedir²⁰⁶.
- Kurul, *non bis in idem* ilkesinin usuli sonucu olarak, daha önceden aynı

²⁰⁴ Mükerrer cezalandırmaya yol açılmaması adına, ilgili ürün ve coğrafi pazar tespitinin de son derece dikkatli yapılması gerekmektedir.

²⁰⁵ Bu noktada soruşturma raporunda davranışlar arasında zamansal ve mekânsal olarak sıkı bir bağlantı olup olmadığının tespiti adına somut delillerin ortaya konulması önem arz etmektedir.

²⁰⁶ Kanımızca, çalışma kapsamında ortaya konulan ve doğal veya hukuki anlamda hareket tekliği teorisi çerçevesinde, gerek kabahatler hukuku gerekse de ceza hukukunun tek fiil için öngörmüş olduğu maddi sonuçların Kurul kararlarında cezanın tespit edilmesinde daha sık kullanılması gerekmektedir.

teşebbüs/teşebbüs birliği hakkında yürütüp esasa ilişkin karar aldığı tek/aynı fiilinden dolayı, ortaya kararın esasını etkileyecek başkaca bir husus çıkmadıkça, yeni bir önaraştırma/soruşturma yürütmemelidir. Her halde yürüttü ise; önceden verilmiş olan cezanın, sonraki soruşturma kapsamında dikkate alınması gerekir.

- Aynı süjenin aynı fiilinin farklı otoritelerin görev alanına girmesi halinde ortaya çıkacak yetki çatışmalarının önlenmesi adına²⁰⁷;
- BİO'lar arası işbirliği protokolleri etkin bir işleyişle yürütülmelidir.
- Kurumların yürüttükleri idari usullerde inceledikleri hususların, delil ve sonuçlarıyla birlikte net bir şekilde ortaya konulması suretiyle Kurumlar arası işbirliği ve bilgi akışı güçlendirilmelidir.²⁰⁸
- 4054 sayılı Kanun ile diğer BİO'ların kanun ve sair hukuki mevzuatları uyumlaştırılmalı, bu kapsamda gerekli değişiklikler yapılmalıdır.
- Farklı BİO'lar arasında aynı fiilden dolayı çıkan yetki çatışmaları halinde, fiil hakkında mükerrer soruşturma yürütülmemeli; her halde yürütüldüyse, daha önceden verilmiş bulunan cezanın, sonraki verilecek cezada dikkate alınması gerekmektedir.

Bütün bu hususların dışında belirtilmelidir ki; fiilin tekliği/aynılığı şimdiye kadar yapılageldiği şekilde Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik hükümleri kapsamında tespit edilmemelidir. Zira anılan yönetmelik, fiilin cezalandırılması ile ilgili yol gösterici bir kaynak olup fiilin cezalandırılmasına ilişkin maddi sonuçları konu edinmektedir. Nitekim, yönetmeliğin temel para cezasının tespitine ilişkin “...bağımsız davranışın saptanması halinde...” hükmünden de bu yorum çıkarılabilmektedir. Hüküm, bağımsız davranışları saptamanın anılan yönetmelik çerçevesinde yapılmasını değil; **davranışların saptandıktan sonra bu davranışların cezalandırılması aşamasında** Yönetmelik hükümlerine

²⁰⁷ Ulusoy (2003, 118), sektör spesifik konuları düzenleyen BİO'lar ile Rekabet Kurumu arasında çıkabilecek yetki uyuşmazlıklarının ilerleyen süreçte tamamen ortadan kalkması adına, sektörel düzenlemelere tabi alanlarındaki yetkilerin tamamen Rekabet Kurumu'na devredilmesi gerektiğini düşünmektedir.

²⁰⁸ Benzer öneri için bkz. Karabel, 2015, 62.

başvurulmasını öngörmektedir.²⁰⁹ Bu kapsamda davranışların bütünlüğü bağlamında yapılması gereken yorum, klasik doğal anlamda hareket tekliği teorisinin aradığı “*zamansal ve mekânsal olarak sıkı bir ilişki*”nin, davranışın aynı ilgili ürün ve coğrafi pazarda gerçekleştirilmiş olmasını da kapsamalıdır. Zira rekabet hukukunun maddi konusunu oluşturan davranışların, rekabet hukuku perspektifinden analiz edilmesi bunu gerektirmektedir.

Çalışma kapsamında ele alınan fiil ve tekliği/aynılığının tespit edilmesi, fiil karşılığında verilen cezaların kökenini oluşturan ve böylelikle pek çok yaptırımı konu edinen hukuk sistemlerine de ilham kaynağı olan ceza hukukunda dahi, her somut olayın karmaşıklığından dolayı son derece güç olabilmektedir. Bundan dolayıdır ki, henüz rekabet hukukunun doğup şekillendiği coğrafyalarda dahi BİO’ların verdiği cezaların hukuki niteliğinin net bir şekilde ortaya konulup rejiminin ona göre tespit edilmesi mümkün olmadığından; yapılan çalışma, genel hukuk ilkelerinin rekabet hukukuna uygun düştüğü ölçüde, “*rekabet hukuku perspektifinden*” tamamlanmaya çalışılmıştır. Bununla birlikte her daim gelişen dinamik rekabetçi piyasa koşullarının gerekleri, ortaya konulan çerçevede lazım görülen mevzuat değişiklikleri ile içtihat farklılıklarını gerektirmektedir. Zira hukuk durağan, hukukun konusunu oluşturan “*filler*” devinim halindedir.

²⁰⁹ Bağımsız davranışların tespitinde mevcut Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik hükümlerinin rehber alınmasının tercih edilmesi halinde ise, anılan yönetmelik hükümlerinin çalışma kapsamında incelenen unsurlarının, daha özenli ve açıklayıcı şekilde yeniden kaleme alınması gerektiğini düşünmekteyiz.

ABSTRACT

Independent Administrative Authorities (IAA) use their powers within the scope of administrative penal law (so called quasi-penal law). One of the powers of IAA's is to impose pecuniary sanctions. It is known that in terms of competition law, substantial reason of these sanctions are acts of undertakings or association of undertakings. To not to conduct multiple prosecutions or not to rule multiple fines against undertakings or association of undertakings, it is important to clarify the meaning and the scope of these acts.

Within this study, while defining the meaning of an “*act*” and the “*unity or sameness of the act*” ; the principles of penal law have been referred. Besides, the principles of penal law were adapted when it was found to be necessary.

Subsequently, where the notion of act is found its meaning, “*idem*”, one of the elements of the principle ne bis in idem, has been examined. While doing this, the jurisprudence of European Court of Human Rights and European Court of Justice have been utilized.

After then, when determining the basic fine in terms of the Guideline on the method of setting fines, the meaning of independent conducts are examined in the light of Turkish Competition Authority's (TCA) and State Council's jurisprudence.

Last but not least, the determination of problems within the context of statements of the guideline and TCA's jurisprudence and solution proposals to these mentioned problems are made.

KAYNAKÇA

AKBULUT, B. (2014), *Türk Ceza Kanunu ile Kabahatler Kanunu Genel Hükümlerinin Yaptırım Hükümleri Dışında Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi*, Adalet Yayınevi, 2. Baskı

AKKAYA, Ç. (2019), “Suçların İçtimai Bağlamında Fiil Tekliği”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, C.7, S.13.

AMARNATH, A. (2015), “The Indian Competition Commission Fines A Cooperative Company For Both Abuse Of Dominance And Cartel”, <https://www.concurrences.com/en/bulletin/news-issues/february-2015/The-Indian-Competition-Commission-72368>, Erişim Tarihi:27.04.2020.

ARI, H. ve E. AYGÜN (2009), “Rekabet Kurulu’nun Ceza Yönetmeliği: Yeni Bir Dönemin Ayak Sesleri”, *Rekabet Kurumu Dergisi*, C.10, S.4.

ATAÇ, A.S. (2010), “Türk Ceza Hukukunda Kesin Hükümün Önleme Etkisi”, Yayımlanmış Doktora Tezi, İstanbul.

AYATAR KIZILYAR, S. (2014), “Ceza Yaptırımı ile İdari Yaptırım Ayrımı”, <https://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/17-Sema-AYATAR-KIZILYAR.pdf>, Erişim Tarihi:10.04.2020.

BAHÇECİ, B. (2018,a), “İHAM İçtihadında Vergi Cezalarında Ne Bis İn İdem”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.67, S.2.

BAHÇECİ, B. (2018,b), “İHAM’ın Vergi Cezalarında Ne Bis İn İdem İçtihadı İle Türk Hukukunun Uyum Sorunu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C.31, S.136.

BILLARD, O., GUILLAUME, F. ve SOLENE H. (2020), “Concurrent Offenses: The Court Of Justice of the European Union Confirms the Possibility for the European Commission to Simultaneously Impose on the Same Company Two Separate Fines for Failure to Notify a Transaction and for Implementing

That Transaction Prior to Clearance (Mowı)”, <https://www.concurrences.com/en/review/issues/no-2-2020/case-comments/concurrent-offenses-the-court-of-justice-of-the-european-union-confirms-the>, Erişim Tarihi: 29.06.2020.

BOCKEL, B.V. (2010), “The ne bis in idem principle in EU law”, Kluwer International, https://books.google.com.tr/books/about/The_Ne_Bis_in_Idem_Principle_in_EU_Law.html?id=r_aYLoMTar8C&redir_esc=y, Erişim Tarihi: 01.05.2020.

BOCKEL, W.B. (2009), “The ne bis in idem principle in EU law A conceptual and jurisprudential. analysis”, https://www.academia.edu/567906/The_Ne_Bis_In_Idem_Principle_In_EU_Law_A_Conceptual_and_Jurisprudential_Analysis, Erişim Tarihi: 10.05.2020.

BRAMMER, S. (2009), “Cooperation between National Competition Agencies in the Enforcement of EC Competition Law”, *Hart Publishing*, Oxford.

ÇUBUKÇU, B. S. (2019),”Türk Ceza Hukuku’nda Görünüşte İçtima”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C:14,S:154.

DELMAS-MARTY, M. ve C. TEITGEN-COLLY, (1992), “Punir Sans Juger : de la Répression Administrative au Droit Administratif Pénal”, *Economica*, Paris.

DEMİRÖZ, A., C. SARIÇİÇEK ve S.Y. ŞAHİN (2014), “Düzenlemeler İle İlişkisi Bağlamında Rekabet Hukukunun Uygulanabilirliği Sorunu”, *Rekabet Dergisi*, C.15, S.1.

DEMİRTAŞ, S. (2016), “Alman İçtima Öğretisinde Doğal Hareket Tekliği”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C:7,S:28.

DÖNMEZER, S. ve S. ERMAN (1997), *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım*, Cilt I, 14.Baskı, Beta Yayınları, İstanbul.

DÖNMEZER, S. ve S. ERMAN (1997), *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım*, Cilt:II, 14. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul.

ERSOY, B. (2015), *Rekabet Hukukunda Devam Eden Tek Bir İhlal Yaklaşımı, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi*, Ankara.

d’ETAT, C. (2017), <https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/dossiers-thematiques/le-juge-administratif-et-les-sanctions-administratives>,

Erişim Tarihi: 01.04.2020.

FEDERICO, G. (2011), “EU Competition Law and the Principle Ne Bis İn İdem”, *Kluwer International BV*, Netherlands.

GÖKTÜRK, N. (2014), “Türk Hukukunda Suçların İçtimaı”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, C:2, S:1.

GÖZLER, K. (2009), İdare Hukuku, C.I, II. Baskı, Bursa.

GÜNDÜZ, H. (2013), “Rekabet Hukukunda Uygulanan İdari Para Cezaları”, *Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi*, Ankara.

HAFIZOĞULLARI, Z. ve ÖZEN, M. (2011), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Us-A Yayınları, 4.Baskı, Ankara.

HAFIZOĞULLARI, Z. (2008), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümleri*, Ankara.

HUTEAU, G. (2015), Le contrôle du juge sur les sanctions administratives des organismes de Sécurité sociale, <https://www.cairn.info/revue-regards-2015-1-page-223.htm>, Erişim Tarihi:29.03.2020.

İÇEL, K. (2008), “Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C:7, S:14.

JONES, A., B. SUFRIN ve D. NIAMH (2019), *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, Seventh Edition.

KANGAL, Z. (2011), *Kabahatler Hukuku*, On İki Levha Yayınları, İstanbul.

KARABEL, G. (2015), “Rekabet Hukukunda Ne Bis İn İdem İlkesi”, *Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi*, Ankara.

KATOĞLU, T. (2014), “Ceza Hukukçusu Gözüyle Rekabet Hukuku Mevzuatında Yapılması Öngörülen Değişiklikler”, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/398196>, Erişim Tarihi: 26.04.2020.

KEYMAN, S. (1988), “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:40, S:1.

KEYMAN, S. (1980), “Tipiklik ve Ceza Hukuku”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.37, S. 1.

KİLPATRİCK, B., P. KOBEL ve P. KELLEZI (2018), “Antitrust Analysis of Online Sales Platforms&Copyright Limitations and Exceptions, LIDC Contributions on Competititon Law Intellectual Property and and Unfair Competititon”, https://books.google.com.tr/books?redir_esc=y&hl=tr&id=B-tiDwAAQBAJ&q=247#v=snippet&q=247&f=false, Erişim Tarihi: 01.09.2020.

KOCA, M. ve İ. ÜZÜLMEZ (2011), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınları, Ankara.

KOCA, M. (2007), “Fikri İçtima”, *Ceza Hukuku Dergisi*, C.2, S.4.

KOCABAŞ, B. “Kanunda Düzenlenen İdari Para Cezalarının Tabi Olduğu Hukuki Rejim Ve Ceza Hukuku İlkelerinin Bu Alanda Uygulanabilirliği”, Yayınlanmış Çalışma,https://www.academia.edu/30931724/4054_SAYILI_KANUNDA_D%C3%9CZENLENEN_%C4%B0DAR%C4%B0_PARA_CEZALARININ_TABI_OLDU%C4%9EU_HUKUK%C4%B0_REJIM_VE_CEA_HUKUKU_%C4%B0LKELER%C4%B0N%C4%B0N_BU_ALANDA_UYGULANAB%C4%B0L%C4%B0RL%C4%B0%C4%9E%C4%B0,Erişim Tarihi: 30.04.2020.

KÖKTÜRK, N.S. (2012), “Telekomünikasyon Sektöründe Dikey Bütünleşik Firma Davranışlarının Düzenlenmesi: Sektörel Düzenleme ve Rekabet Hukuku”, *Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi*, Ankara.

LOUIS, F. ve G. ACCARDO (2011), “Ne Bis İn İdem, Part ‘Bis’”, *World Competition Law and Economic Review*, Vol.34, N.1.

LUNDEHOLM, C. (2011), “The Principle of Ne Bis In İdem: Human Rights and the Enforcement of European Union Competition Law, Lund University Faculty of Law”, Published Master Thesis, <https://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordOid=2343939&fileOid=2596320>, Erişim Tarihi: 05.08.2020.

MAHMUTOĞLU, F.S. (2009), “İdari Ceza Hukuku’nun Doğuşu ve Hukuk Düzeni İçindeki Yeri”, Yavaşlar İ. ve F. Başaran (der.), *TC. İstanbul Kültür Üniversitesi Tarafından Düzenlenen İdari Ceza Hukuku Sempozyumu* içinde, Ankara.

ÖZEN, M. (2013), *İdari Ceza Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara.

PETR, M. (2008), “The Ne Bis İn İdem Principle in Competition Law”, *European Competition Law Review*, Vol: 29.

- ROSIAK, P.K. (2012), “The ne bis in idem Principle in Proceedings Related to AntiCompetitive Agreements in EU Competition Law”, *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, Vol. 5-6.
- ROSSI, P. ve SANSONETTI, V. (2020), “Untangling the Inextricable: The Notion of the “Same Offence” in EU Law”, <https://www.concurrences.com/en/review/issues/no-3-2020/articles/untangling-the-inextricable-the-notion-of-same-offence-in-eu-competition-law-95557-en>, Erişim Tarihi: 07.09.2020.
- SIMPSON, C. (2019), “Judgment in C-617/17 PZU Zycie: ‘ne bis in idem—First Steps towards a Twofold Test for idem?’”, *Journal of European Competition Law&Practice*, Vol. 10, No:6.
- SLUITER, G., H. FRIMAN, S. LINTON, S. ZAPPALA ve S. VASILIEV (2013), *International Criminal Procedure Rules and Principles*, Oxford University Press.
- SÜMER ÖZDEMİR, N. (2015), “Rekabete Aykırı Dışlayıcı Uygulamaların Tespitinde Etki Temelli Yaklaşım ve Etki Standartları”, *Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi*, Ankara.
- ŞAN, S. (2014), “Türk Ceza Hukukunda Fikri İhtima”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C.9, S.98.
- ŞEKER, İ. (2009), “Zincirleme Suç”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Konya.
- TEKİN, N. (2010), “Fikri İhtima Kavramı ve Bunun Uygulamaya Yansıması”, *Ceza Hukuku Dergisi*, C.5, S.13.
- TOROSLU, N. (2010), *Türk Ceza Hukuku Genel Kısım*, Savaş Yayınevi, 15.Baskı, Ankara.
- TORRE, F. ve E. FOURNIER (2017), *Evidence, Proof and Judicial Review in EU Competititon Law*, Cheltenham, Northampton.
- TRACOGNA, C. (2011), “Ne Bis In Idem and Conflicts of Jurisdiction in the European Area Of Liberty, Security and Justice”, *LESIJ*, No: XVIII, V:2/2011, <http://lexetscientia.univnt.ro/>, Erişim Tarihi: 25.08.2020.
- ULUSOY, A. (2019), *Yeni Türk İdare Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınları.

ULUSOY, A. (2016), “Rekabet Otoriteleri ve Sektörel Regülasyon Otoriteleri Arasındaki Yetki Paylaşımı ve Hukuki Sonuçları”, *Rekabet Forumu*, S.101, s:6-15.

ULUSOY, A. (2013), *İdari Yaptırımlar*, İstanbul.

ULUSOY, A. (2009), “İdari Ceza Hukukunun İşlevi ve Hukuk Düzeni İçindeki Yeri”, Yavaşlar İ. ve F. Başaran (der.), *T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tarafından Düzenlenen İdari Ceza Hukuku Sempozyumu* içinde, Ankara.

ULUSOY, A. (2003), *Bağımsız İdari Otoriteler*, Turhan Kitabevi, 1. Baskı, Ankara.

ULUSOY, A. (1999), Türk İdare Sistemi İçinde Rekabet Kurumu’nun Yeri, Ankara, *Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları*, <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/persembe-konferanslari-yayinlari/perskonfyyn85.pdf>, Erişim Tarihi: 10.04.2020.

VERVAELE, J.A.E. (2013), “Ne Bis In İdem: Towards a Transnational Constitutional Principle in the EU?”, *Utrecht Law Review*, 9(4), <http://doi.org/10.18352/ulr.251>, Erişim Tarihi:12.08.2020.

VETZO, M. (2018), “The Past, Present and Future of the Ne Bis In İdem Dialogue between the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights: The Cases of Menci, Garlsson and Di Puma” *Review of European Administrative Law*, Issue 2.

YALÇIN SANCAR, T. (2007), “Yeni Türk Ceza Kanununda Zincirleme Suç”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S:70.

YILMAZ, E. (1999), Rekabet Kanunu Uygulamalarında Usul ve İspat Sorunları, Ankara, *Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları*, <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/persembe-konferanslari-yayinlari/perskonfyyn87.pdf>, Erişim Tarihi: 11.04.2020.

ZÖNGÜR, Y. (2004), “Rekabet Hukuku’nda İlgili Pazar ve İkame Edilebilirliğin Tanımı”, *Rekabet Bülteni*, Cilt: 6, Sayı: 12, s: 95-110.

İlgili Türk Mevzuatı

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun.

5236 sayılı Kabahatler Kanunu.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu.

5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu.

406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu.

4646 Doğalgaz Piyasası Kanunu.

Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem Ve Kararlar İle Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik (RG: T. 15.02.2009, S.27142).

2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme Ve Devralmalar Hakkında Tebliğ (RG: T. 07.10.2010, S.27722).

İlgili Yabancı Mevzuat

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 7 Numaralı Protokol.

Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation).

Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No:1/2003.

Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 15 (2) of Regulation No:17/62.

Schengen Uygulama Konvansiyonu.

İlgili Rekabet Kurulu Kararları

09.06.2003 tarih ve 03-40/432-186 sayılı karar.

24.02.2004 tarih ve 04-16/123-26 sayılı karar.

29.12.2005 tarih ve 05-88/1221-353 sayılı karar.

05.01.2006 tarih ve 06-02/44-6 sayılı karar.

- 08.01.2009 tarih ve 09-01/2-2 karar.
18.06.2009 tarih ve 09-29/608-147 sayılı karar.
23.12.2009 tarih ve 09-60/1490-379 karar.
08.02.2010 tarih ve 10-14/175-66 sayılı karar.
06.06.2011 tarih ve 11-34/742-230 sayılı karar.
01.11.2012 tarih ve 12-53/1491-519 karar.
17.01.2013 tarih ve 13-05/52-29 sayılı karar.
08.03.2013 tarih ve 13-13/198-100 sayılı karar.
29.08.2013 tarih ve 13-49/701-299 sayılı karar.
09.10.2013 tarih ve 13-57/808-345 sayılı karar.
17.01.2014 tarih ve 14-03/60-24 sayılı karar.
19.02.2014 tarih ve 14-07/138-M sayılı karar.
22.10.2014 tarih ve 14-42/762-338 sayılı karar.
21.11.2016 tarih ve 16-40/662-296 sayılı karar.
05.01.2017 tarih ve 17-01/12-4 sayılı karar.
16.02.2017 tarih ve 17-07/84-04 sayılı karar.
04.05.2017 tarih ve 17-15/211-90 sayılı karar.
14.12.2017 tarih ve 17-41/641-280 sayılı karar.
06.04.2018 tarih ve 17-34/537-228 sayılı karar.
08.08.2018 tarih ve 18-27/461-224 sayılı karar.
01.10.2018 tarih ve 18-36/583-284 sayılı karar.
10.01.2019 tarih ve 19-03/23-10 sayılı karar.
13.02.2019 tarih ve 19-07/86-36 sayılı karar.
12.11.2019 tarih ve 19-39/610-263 sayılı karar.
12.11.2019 tarih ve 19-39/610-263 sayılı karar.
26.12.2019 tarih ve 19-46/790-344 sayılı karar.
02.01.2020 tarih ve 20-01/1-1 sayılı karar.
23.01.2020 tarih ve 20-06/61-33 sayılı karar.

Anayasa Mahkemesi Kararları

E.1996/48, K.1996/41, T. 23.10.1996.

Yargıtay Kararları

Ceza Genel Kurulu, E.4-296/365, T. 1.8.1982.

Ceza Genel Kurulu, E. 1983/1-176, K. 1984/87, T. 12.3.1984.

Ceza Genel Kurulu, E.2009/9-103, K.2010/22, T. 09.02.2010.

Ceza Genel Kurulu, E. 2010/8-51, K. 2010/162, T.6.7.2010.

Ceza Genel Kurulu, E.1-153/206, T. 19.10.2010.

Ceza Genel Kurulu, E.2012/1543 esas ve K.2013/257, T.21.01.2013.

Ceza Genel Kurulu, E. 2013/700; K.2015/241, T. 23.06.2015.

5. Ceza Dairesi, E. 2014/2972, K. 2016/4537, T. 03.05.2016.

Ceza Genel Kurulu, E.2014/4-268, K.2017/561, T. 19.12.2017.

Ceza Genel Kurulu, E.2015/15-389, K.2018/318, T. 26.06.2018.

4.Ceza Dairesi, E.2014/39977, K.2019/2810, T. 25.02.2019.

Danıştay Kararları

10. Daire E.1998/5735 K, T.13.01.1999.

İdari Dava Daireleri Kurulu, E.1999/134 K.1999/134, T. 22.03.1999.

10. Daire, E. 2004/9503, T. 24.11.2004.

10. Daire, E. 2004/9951, T. 31.12.2004.

13. Daire, E. 2005/5132, T. 09.02.2005.

12. Daire, E.2005/1237, K.2007/2565, T. 27.05.2007.

13. Daire, E. 2008/4519, K. 2011/1655, T. 18.04.2011.

13. Daire, E.2008/13184, K.2012/359, T. 13.02.2012.

13. Daire, E. 2008/14245, K. 2012/960, T. 08.05.2012.

13. Daire, E. 2010/4805, K. 2014/832, T. 11.03.2014.

13. Daire, E. 2011/4560, K.2017/2573, T. 16.10.2017.

Bölge İdare Mahkemesi Kararları

8. İdari Dava Dairesi, E.2019/3384, K.2020/320, T. 20.02.2020.

İdare Mahkemesi Kararları

Ankara 12. İdare Mahkemesi, E. 2018/1145, K. 2019/475, T. 07.03.2019.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

Engel/Netherlands, Application No: 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72) (08.06.1976).

Gradinger/Austria, Application No:15963/90 (23.10.1995).

Oliveira v Switzerland, Application No: 1998-V (30.07.1998).

Franz Fischer, Application No: 37950/97 (29.05.2001).

W.F. v Austria, Application No: 38275/97 (30.05.2002).

Sailer v Austria, Application No: 38237/97 (06.06.2002).

Göktan v France, Application No: 33402/96 (02.07.2002).

Gauthier v France, Application No: 61178/00 (24.06.2003).

HauserSporn/Austria, Application No:37301/03 (07.12.2006).

Garetta, Application No:2529/04 (04.03.2008).

Zolotukhin, Application No:14939/03 (10.02.2009).

Öngün v Turkey, Application No: 15737/02 (23.06.2009).

Menarini Diagnostics S.R.L./ Italie, Application No:43509/08 (27.09.2011).

Nykanen v Finland, Application No: 11828/11 (20.05.2014).

A and B v Norway, Application No: 24130/11 (15.11.2016).

Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları

Gutmann, Joined Cases 18/65 and 35/65 (05.05.1966).

Walt Wilhelm, C-14/68 (13.02.1969).

Boehringer, C-7/72 (14.12.1972).

Thyssen Stahl v Commission, C-194/99 P (02.10.2003).

Schindler Holding and Others v Commission, C-501/11 P (28.03.2013).

Eni v Commission, C-508/11 (08.05.2013).

Aalborg Portland, C-204/00 P (07.07.2004).

Van Esbroeck, C-436/04 (9.03.2006).

Archer Daniels Midland Co. And Archer Daniels Midland Ingredients Ltd v Commission of the European Communities, C-397/03 P (18.05.2006).

Showa Denko, C-289/04 P (29.06.2006).

Gasparini and Others, C-467/04 (28.09.2006).

Jean Leon Van Straaten v Staat der Nederlanden and Republiek Italie, C-150/05 (28.09.2006).

SGL Carbon AG, C-328/05 sayılı (10.05.2007).

Jürgen Kretzinger, C-288/05 (18.07.2007).

Norma Kraaijenbrink, C-367/05 (18.07.2007).

Deutsche Telekom, C-280/08 P (14.10.2010).

Toshiba Corporation and Others, C-17/10 (14.02.2012).

Åklagaren v. Hans Åkerberg Fransson, C-617/10 (26.02.2013).

Ramón Margarit Panicello v Pilar Hernández Martínez, C-503/15 (16.02.2017).

Marine Harvest, C-10/18 P (04.03.2020).

US Supreme Court (Amerikan Yüksek Mahkemesi) Kararları

Verizon Communications, Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, 540 US 398 (2004).

Yabancı Rekabet Otoritesi Kararları

Competition Commission of India (Hindistan Rekabet Otoritesi) 43/2013 (04.02.2015).

Diğer Kaynaklar

Opinion of Advocate General Mayras in Case 7-72 (19.11.1972).

Opinion of Advocate General Ruiz-Jarabo Colomer in Cases C-187/01 and C-385/01 (19.09.2002).

Opinion of Advocate General Colomer in case C-213/00 P (11.02.2003).

Separate Opinion of Judge Pinto de Albuquerque (annexed to the judgment *A and B Norway*, No: 24130/11 and 29758/11(15.11.2016).

Opinion of Advocate General Tanchev in case C-10/18 P (26.08.2019).

Marknadsdomstolen (İsveç Pazar Mahkemesi) kararı, Swedavia, Mål nr, A 1/14 (17.04.2015).

Communication from the Commission to the European Parliament and the Council Report on the Functioning of Regulation 1/2003 (29.04.2009) <https://eur->

lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0206:FIN:EN:PDF
(Erişim Tarihi:15.08.2020).

Commission Notice on Cooperation within the Network of Competition Authorities, No: 2004/C 101/03 (27.04.2004).

Guidelines for the Setting of Fines in Relation to the Imposition of Fines Pursuant to Section 57 of the Competition Act.

Establishment Act of the Authority for Consumers and Markets (28.02.2013).

<https://www.academia.edu/>

<https://www.corpus.com.tr/#!/Yasalar>

<https://dergipark.org.tr/>

<https://www.jurix.com.tr/>

<https://sozluk.gov.tr/>

<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss257m.htm>



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