

Uzmanlık Tezleri Serisi No: 194

REKABET KURUMU

REKABET HUKUKUNDA
AVUKAT MÜVEKKİL
YAZIŞMALARINA TANINAN
MESLEKİ HUKUKİ İMTİYAZ

ÖYKÜ SARIASLAN

**REKABET HUKUKUNDA
AVUKAT MÜVEKKİL
YAZIŞMALARINA TANINAN
MESLEKİ HUKUKİ İMTİYAZ**

ÖYKÜ SARIASLAN

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

Tez yazarı Öykü SARIASLAN, 08.03.2021 tarihinde yapılan Yeterlik Sınavında başarılı olmuş ve Başkanlık Makamının 30.03.2021 tarih ve 23345 sayılı onayı ile Rekabet Uzmanı olarak atanmıştır.

YAYIN NO

377

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR.....	iii
GİRİŞ	1

BÖLÜM 1

MESLEKİ HUKUKİ İMTİYAZIN KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ

1.1. İMTİYAZ HAKKINDA GENEL BİLGİLER.....	3
1.2. İMTİYAZIN REKABET HUKUKUNDAKİ AMACI VE HUKUKİ GEREKÇESİ	4
1.3. İMTİYAZIN AVRUPA BİRLİĞİ REKABET HUKUKUNDAKİ YERİ	9
1.4. İMTİYAZIN TÜRK REKABET HUKUKUNDAKİ YERİ	12

BÖLÜM 2

MESLEKİ HUKUKİ İMTİYAZIN ŞARTLARI

2.1. YAZIŞMANIN MÜVEKKİL İLE BAĞIMSIZ AVUKAT ARASINDA YAPILMASI.....	18
2.1.1. Müvekkil	18
2.1.2. Bağımsız Avukat.....	20
2.1.2.1. Avukatın Kimliği	20
2.1.2.2. İşçi-işveren İlişkisi ve Bağımsızlık	25
2.1.2.3. Avukat ve Müvekkil Arasındaki İlişkinin Türk Hukukundaki Niteliği	29
2.2. İLETİŞİMİN SAVUNMA HAKKININ KULLANILMASI AMACIYLA YAPILMASI.....	33
2.2.1. İletişimin Niteliği	33
2.2.2. Yazışmanın Savunma Hakkı Amacıyla ve Bu Kapsamda Yapılması .	35

2.2.3. Diğer Yazışmalar: Avukat ile Yapılan Görüşmelerin Özetlendiği Şirket İç Yazışmalar, Şirket İçi Hazırlayıcı Nitelikteki Belgeler.....	41
2.3. İMTİYAZIN YER BAKIMINDAN SINIRLANMASI	43

BÖLÜM 3

MESLEKİ HUKUK İMTİYAZA İLİŞKİN USULİ KURALLAR

3.1. YERİNDE İNCELEME VE KAPALI ZARF USULÜ.....	46
3.1.1. İmtiyaz İtirazını İleri Sürececek Taraf	47
3.1.2. İmtiyaz İtirazının İleri Sürülmesi	48
3.2. İMTİYAZIN MAHKEMELER TARAFINDAN İNCELENMESİ	55
3.3. İMTİYAZIN KAYBEDİLMESİ VE FERAGAT	59
3.3.1 Bilgi İsteme Yetkisi Kapsamında İmtiyazdan Feragat	60
3.3.2. Pişmanlık Kapsamında İmtiyazdan Feragat	63
3.3.3. İmtiyazdan İstemsiz Feragat.....	64
3.4. DİJİTAL DELİL TOPLAMA VE İMTİYAZ.....	65
3.5. UZLAŞMA DURUMUNDA İMTİYAZ.....	68
SONUÇ ve TÜRKİYE UYGULAMASINA YÖNELİK ÖNERİLER.....	69
ABSTRACT.....	73
KAYNAKÇA	74

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
- 2010/2 sayılı Tebliğ** : Rekabet Kurulu Nezdinde Yapılan Sözlü Savunma Toplantıları Hakkında Tebliğ
- 2012/2 sayılı Tebliğ** : Rekabet İhlallerine İlişkin Başvuru Usulüne Dair Tebliğ
- 773/2004 sayılı Tüzük** : Commission Regulation (EC) No 773/2004 Of 7 April 2004 Relating To The Conduct Of Proceedings By The Commission Pursuant To Articles 81 And 82 Of The EC Treaty
- 139/2004 sayılı Tüzük** : Council Regulation (EC) No 139/2004 Of 20 January 2004 On The Control Of Concentrations Between Undertakings (The EC Merger Regulation)
- 77/249 EEC sayılı Konsey Direktifi** : Council Directive No 77/249 of 22 March 1977 To Facilitate The Effective Exercise By Lawyers Of Freedom To Provide Services
- ABAD'ın Statüsüne İlişkin Protokol** : Protocol On The Statute Of The Court Of Justice Of The European Union
- ABİDA Açıklayıcı Not** : Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma
- ICN** : International Competition Network
- AB** : Avrupa Birliği
- ABAD** : Avrupa Birliği Adalet Divanı
- ABD** : Amerika Birleşik Devletleri
- ABD Örneği Gizlilikten Feragat Metni** : United States Department of Justice and Federal Trade Commission (2013), Model Waiver of Confidentiality for use in civil matters involving non-U.S. competition authorities.
- AEA** : Avrupa Ekonomik Alanı

AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Antitröst Usul Kılavuzu	: Antitrust Manual Of Procedures, Internal DG Competition Working Documents On Procedures For The Application Of Articles 101 And 102 TFEU
Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi	: EU Charter on Fundamental Rights
Avukatlık Kanunu	: 1136 sayılı Avukatlık Kanunu
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BİM	: Bölge İdare Mahkemesi
BM	: Birleşmiş Milletler
Bkz.	: Bakınız
CMK	: 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik	: Rekabet Kurumu Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik (RG: 21.06.1997 tarih ve 23026 sayı)
dn.	: dipnot
En İyi Uygulamalar Duyurusu	: Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma'nın 101. ve 102. Maddelerine Yönelik Usullerin En İyi Uygulamalarına İlişkin Komisyon Duyurusu (Commission Notice on Best Practices for the Conduct of Proceedings Concerning Articles 101 and 102 TFEU)
ECN	: European Competition Network
ECN İşbirliğine Dair Duyuru	: Commission Notice On Cooperation Within The Network Of Competition Authorities
FTC	: Federal Ticaret Komisyonu (Federal Trade Commission)
İş Kanunu	: 4857 sayılı İş Kanunu
Komisyon İtiraz Memurunun Fonksiyonuna Dair Karar Komisyon	: Decision 2011/695/EU Of The President Of The European Commission Of 13 October 2011 On The Function And Terms Of Reference Of The Hearing Officer In Certain Competition Proceedings
Komisyon	: Avrupa Birliği Komisyonu

Kurul	: Rekabet Kurulu
Kurum	: Rekabet Kurumu
m.	: madde
No	: Sayı
OECD	: Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (Organisation for Economic Co-Operation and Development)
para.	: paragraf
Pişmanlık Duyurusu	: Commission Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases (OJ C 298, 8.12.2006)
Pişmanlık Yönetmeliği	: Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik (RG: 15.02.2009 tarih ve 27142 sayı)
Rehber Taslağı	: Kasım 2018 tarihli Dosyaya Giriş Hakkının Düzenlenmesine ve Ticari Sırların Korunmasına İlişkin Tebliğin Uygulanmasına Dair Rehber Taslağı
RKHK	: 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
s.	: sayfa
TCK	: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
Topluluk	: Avrupa Topluluğu
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
Üye Devletler	: Avrupa Birliği Üyesi Olan Devletler
v.	: versus
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve diğerleri
vol.	: Cilt (Volume)

GİRİŞ

Mesleki hukuki imtiyaz¹ avukat ile müvekkil arasındaki iletişimin gizli kalması ile idari ve yargısal süreçler bakımından söz konusu iletişimin açığa çıkarılmasının engellenmesi ve açığa çıkması halinde içeriğin delil olarak kullanılamayacağını ifade eden genel bir hukuk ilkesidir. Bu ilke AİHS çerçevesinde düzenlenmekte olan adil yargılanma hakkı ile doğrudan ilintili olup, Birleşmiş Milletler, ABD, İngiltere ile AB gibi pek çok hukuk düzeni tarafından kabul edilmiştir. Türk hukukunda hukuki imtiyazdan söz eden açık bir düzenleme mevcut olmamakla beraber, Türkiye'nin taraf olduğu AİHS ve sair uluslararası sözleşmeler hukuki imtiyazın uygulanabilirliğinin temelini oluşturmaktadır.

AB rekabet hukukunda imtiyaza ilişkin usul ve şartlar, ABAD'ın içtihatları ile şekillenmiştir. Türk rekabet hukukunda ise, imtiyazın uygulamasına ilişkin usul ve şartların düzenlendiği kamuya açık bir metin bulunmamakta, konu Kurul'un sınırlı sayıda kararları ile açığa kavuşturulmaya çalışılmaktadır. Öte yandan, imtiyaz korumasından faydalanabilmek için avukat ile müvekkil arasındaki yazışmanın bağımsız avukat ile yapılmış olması ve savunma hakkı amacıyla ve bu kapsamda gerçekleştirilmiş olmasına yönelik koşullar AB rekabet hukukunda olduğu gibi Türk rekabet hukukunda da geçerlidir. Ancak, şartların kabul edilebilmesi için yazışmanın niteliği; avukat ile müvekkilin kim oldukları gibi soruların cevapları Kurul kararlarında detaylı biçimde ele alınmamıştır. Ayrıca, imtiyaz itirazlarının ne şekilde yapılacağı; böylesi itirazlar ile karşılaşıldığında izlenecek adımlar ile itiraza yönelik usullere ilişkin mevcut durumda yeterli bir açıklık bulunmamaktadır.

¹ AB rekabet hukukundaki "Legal Professional Privilege" karşılığı olarak kullanılmıştır. İlke, ABD'de çoğunlukla "attorney client privilege" olarak adlandırılmaktadır. Çalışmanın devamında yer alan hukuki imtiyaz, gizlilik ilkesi ve avukat-müvekkil imtiyazı kavramları da aynı anlama gelecek şekilde kullanılmıştır.

Bu kapsamda, çalışmanın ilk bölümünde avukat ile müvekkil arasındaki iletişimin gizliliğine tanınan hukuki imtiyaza ilişkin kavramsal çerçeve açıklanacak; konunun rekabet hukuku uygulamasındaki amacı ve gerekçesi ile AB ve Türk rekabet hukuku içerisindeki gelişimine yer verilecektir. İkinci bölümde, mesleki hukuki imtiyazın şartlarına, üçüncü bölümde ise uygulamaya yönelik usullere yer verildikten sonra imtiyazın Türk rekabet hukukunda uygulanmasına ilişkin öneriler geliştirilmeye çalışılacaktır.

BÖLÜM 1

MESLEKİ HUKUKİ İMTİYAZIN KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ

1.1. İMTİYAZ HAKKINDA GENEL BİLGİLER

Mesleki hukuki imtiyaz ilkesi, avukat ile müvekkil arasındaki iletişimin idari ve yargısal süreçlerde (Kerse ve Kahn 2012, 129) açığa çıkarılmaya zorlanamayacağı; açığa çıkması halinde ise delil olarak kullanılmayacağını ifade eden genel bir hukuk ilkesidir². Bu ilke, avukat ile müvekkil arasındaki iletişime ayrı bir değer atfederek gizliliğini güvence altına almaktadır.

Mesleki hukuki imtiyazın antik Roma’da tanınan ve hatta Cicero tarafından kaydı tutulan (Murray 2018, 24) temel ve genel bir hukuk prensibi olduğu yönünde görüşler mevcuttur. Avukatlar tarih sahnesinde rol almaya başladıkları zamanlarda sözlerine güvenilen kişilerden seçilmeleri (Bozkurt 2018, 212) ve itibarlı bir iş görüyor olmaları nedeniyle belli imtiyazlara sahip olmaktadır (Fournier 2004, 11). Günümüzde de benzer şekilde avukatlık müessesine ve avukatların müvekkilleri ile olan ilişkilerine önem atfedildiğini başta Avrupa İnsan Hakları Sistemi olmak üzere (Şen 2018, 36), farklı uluslararası metinlerde görmek mümkündür: Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen Avukatların Rolüne Dair Temel Prensipler (Havana Kuralları), Avukatlık Mesleği Üzerine Avrupa Sözleşmesi Taslak Raporu bunlardan bazılarıdır.

İmtiyaz AB hukuk sisteminde müvekkile tanınan bir hak olarak düzenlenmiştir (Wils 2019, 3). ABAD’ın *AM&S* kararında gizlilik ilkesinin teşebbüslerin, kendi yararına olduğunu düşünmesi halinde, avukatı ile aralarındaki yazılı iletişimi açığa çıkarmasını engellemeyeceği³ belirtilerek, imtiyazın müvekkile feragat

² *AM & S Europe v Commission*, Case 155/79, EU:C:1982:157. (Çalışmanın devamında ve dipnotlarda kısaca “*AM&S*” olarak anılacaktır.)

³ *AM&S* para. 27.

imkânı veren bir hak olduğu dolaylı yoldan ifade edilmektedir⁴. Çeşitli sistemler içerisinde imtiyazın amacı benzer olsa da hangi tür iletişimi koruduğu, avukatın ve müvekkilin kimleri kapsadığı, korumanın kapsamı gibi konularda farklı sonuçlar doğurmaktadır. Örneğin, İngiltere (DLA PIPER, 2017, 32) ve ABD’de (Greenwald ve Slachetka 2015, 37) şirket içi avukatlar ile müvekkileri arasında yapılan yazışmalar koruma kapsamındayken, AB uygulamasında ve çeşitli AB ülkelerinde bu gibi yazışmalar korumadan faydalanamamaktadır. Yine de çeşitli hukuk sistemleri bakımından imtiyazın müvekkilin savunma hakkının doğal bir sonucu olduğunu⁵ söylemek yanlış olmayacaktır.

1.2. İMTİYAZIN REKABET HUKUKUNDAKİ AMACI VE HUKUKİ GEREKÇESİ

Mesleki hukuki imtiyazın amacı kamu yararının sağlanması ile teşebbüsün savunma hakkının zedelenmesinin önüne geçilmesidir. Söz konusu amaca yönelik gerekçeler ABAD’ın *AM&S* kararında ve Genel Mahkeme’nin *Akzo*⁶ kararında ele alınmaktadır. ABAD’ın *AM&S* kararında şu ifadeler yer verilmektedir:

Mesleki hukuki imtiyaz ortak hukukta uzun zamandır tanınan temel bir insan hakkıdır. İmtiyaz, kişinin yasalar hakkında nitelikli tavsiye alma hakkının gerekli bir sonucudur. Bu minvalde bir tavsiye, müvekkilin, daha sonra açıklanabileceği ve aleyhine kullanılabilen korkmadan tüm gerçekleri danışmanın önüne sunmadığı sürece, etkili şekilde alınmayacaktır.

Genel Mahkeme’nin *Akzo* kararında ise aşağıdaki ifadelere yer verilmektedir:

Öncelikle koruma, bir müvekkilin verdiği bilgilerin açıklanacağı korkusu duymaksızın avukatına danışabilmesi ile adaletin düzgün bir şekilde tesis edilmesindeki kamu yararının sağlanmasını gözetmektedir. İkinci amacı, Komisyon’un gizli belgenin içeriğini okuması ve hatalı bir şekilde bunu inceleme dosyasına eklemesi nedeni ile teşebbüsün savunma hakkının zedelenmesinin önlenmesidir.⁷

⁴ Bu çalışmanın konusu Türk rekabet hukuku bakımından mehzaz teşkil eden AB rekabet hukuku uygulamaları ve düzenlemeleri bakımından sınırlandırılmıştır. Kıta Avrupası sisteminden farklılık arz eden ABD sistemi içerisindeki imtiyaz uygulaması yer kısıtı nedeniyle kapsam dışarısında tutulmuştur. Çeşitli hukuk sistemlerindeki uygulamalara yeri geldikçe değinilecektir.

⁵ Opinions of the Lords of Appeal For Judgement Special Commissioner and Another, *Ex P Morgan Grenfell & Co Ltd, R v.* [2002] UKHL 21 (16th May, 2002).

⁶ Akzo Nobel Chemicals and Akros Chemicals v Commission, T-125/03 and T-253/03, EU:T:2007:287, para.86. Çalışmanın devamında ve dipnotlarda kısaca “*Akzo(T-125)*” olarak anılacaktır.

Akzo(T-125) kararını onayan ABAD kararı: Akzo Nobel Chemicals and Akros Chemicals v Commission, C-550/07 P, EU:C:2010:512. Çalışmanın devamında ve dipnotlarda kısaca “*Akzo(C-550)*” olarak anılacaktır. *Akzo(T-125)* ve *Akzo(C-550)* birlikte *Akzo* olarak anılacaktır.

⁷ *Akzo(T-125)*, para. 87.

Buradan hareketle, mesleki hukuki imtiyaz kavramının açıklanmasında faydacı teori ve temel haklar teorisi olmak üzere iki temel yaklaşıma değinilecektir (Fournier 2004, 3). Faydacı teoriye göre, avukat ile müvekkil arasındaki iletişimin korunması yasayla uyumun sağlanmasına yönelik toplumsal bir hedefe ulaşılmasına katkı sağlamaktadır (Fournier 2004, 12). Bu görüşe göre, avukatın veya müvekkilin kişisel çıkarları ikinci plandadır. Müvekkil avukatı ile yapacağı görüşmelerin açıklanmayacağından emin olursa, avukatı karşısında açık ve samimi olacağından, tüm verileri elinde bulunduran avukatın vereceği hukuki tavsiye de daha gerçekçi olacak, müvekkil daha sık avukata başvuracak ve bu nedenle yasalara daha fazla riayet edilecektir⁸. En nihayetinde, kişilerin davranışlarının hukuka uygunluğu arttıkça toplumsal fayda da artacaktır⁹. Rekabet hukuku bakımından ise, gizlilik koruması sayesinde nitelikli hukuki yardım alan teşebbüsün piyasadaki davranışları hukuka uygun hale geleceğinden, nihayetinde adaletin tesis edilmesi amacına hizmet edilmiş olacaktır.

Temel haklar yaklaşımına göre, avukat ile müvekkili arasındaki görüşmelere tanınan imtiyaz toplumsal bir menfaatin hedeflenmesine yönelik bir araç olmaktan ziyade muhatabına bireysel ve sübjektif bir hak tanımaktadır (Fournier 2004, 23). Komisyon da benzer şekilde hukuki imtiyaz uygulamasının temelinin AİHS'e dayandığını ifade etmektedir¹⁰. Avukat ile müvekkil arasındaki iletişimin gizliliğinin korunması ile kişinin söz konusu hakları güvence altına alınmış olacağından adil yargılamanın temelleri de oluşmuş olacaktır.

Üye ülkelerin çoğunluğunda kabul edilen bu ilke AİHM tarafından doğrudan savunma hakkını ilgilendiren hassas bir alan olarak kabul edilmiştir¹¹. Ancak, mesleki hukuki imtiyaz AİHS'de açık bir şekilde düzenlenmemektedir. İmtiyaz ilkesinin AİHS'deki kaynağının yazışmaların korunması ve gizlilik ilkesinin

⁸ *Upjohn Co. v United States* (1981) 449 US 383, s. 389.

⁹ Burada, Fournier (2004, 13), avukatın tüm ilgili bilgilere sahip olması durumunda vereceği hukuki tavsiyenin doğru olacağı ve müvekkilin davranışlarının yasayla uyumlu olarak şekilleneceğini varsaymaktadır.

¹⁰ *Akzo(T-125)* para. 114. Hukuk sözcüsü Kokott, ABAD'ın *Akzo(C-550)* kararındaki görüşünde hukuki imtiyazın hukuki altyapısının temel haklardan kaynaklandığını açıkça ortaya koymuştur. Opinion of Advocate General Kokott, Case C-550/07 P, Akzo Nobel Chemicals Ltd and Akros Chemicals Ltd v. European Commission [2010] I-08301, 29 April 2010, para. 47-49.

¹¹ Başvuru no: 13590/88 *Campell v Birleşik Krallık*, para. 46; Başvuru No: 23224/94 *Kopp v İsviçre*, para.74-75; Başvuru No: 332/74 *Foxley v Birleşik Krallık*, para. 43.

düzenlendiği 8. madde ile adil yargılanma hakkının düzenlendiği 6. madde olduğu söylenebilecektir¹².

AİHM'e göre avukat ile müvekkil arasındaki iletişim kural olarak ayrıcalıklıdır¹³. Yargılama konusu devlet sırrı olduğunda dahi, müvekkilin avukatı ile görüşmesine sınırlama getirilmesinin AİHS'in 6. maddesini ihlal ettiği hüküm altına alınmıştır¹⁴. AİHM *Erdem-Germany* kararında,¹⁵ avukat ve müvekkil arasındaki yazışmalara tanınan imtiyazın, bireyin doğrudan savunma hakkını etkileyen temel bir hak olduğunu; bu hakkın yalnızca istisnai hallerde ve kötüye kullanmaya karşı gerekli ve yeterli güvencelerin¹⁶ sağlanması halinde kısıtlanabileceğini hüküm altına almıştır. Benzer şekilde, AİHM'in *M Netherlands* kararında¹⁷ herkesin avukatı ile serbestçe ve özel iletişim kurabilmesinde menfaati bulunduğu belirtilmiştir.

Michaund-Fransa kararında¹⁸ ise, AİHS 8. maddesinin¹⁹ tüm bireyler arasındaki yazışmaların gizliliğini koruduğu; avukat ile müvekkilleri arasındaki yazışmalara, avukatın demokratik toplumda sahip olduğu savunmanlık rolü gereği güçlendirilmiş koruma sağladığı belirtilmektedir. Kararda, avukatların, müvekkilleri ile aralarındaki bilgi alışverişinin gizli kalacağını garanti etmediği durumda kendilerine yüklenen görevi icra edemeyeceği ve aralarındaki güven ilişkisinin avukatların görevlerini layıkıyla yerine getirebilmeleri için elzem olduğu belirtilmektedir.

Yukarıda yer verilen AİHM kararları, AİHS sistemine dahil hukuk düzenleri bakımından imtiyazın amacının anlaşılmasına yönelik genel bir çerçeveye çizmektedir. İmtiyazın rekabet hukukundaki dayanağı bu çerçevede AİHS dahil

¹² Başvuru no. 23393/05 *Castravet c. Moldova*, Başvuru No: 13590/88 *Campell v Birleşik Krallık*, Başvuru no: 38321/97, *Erdem v. Germany*.

¹³ Başvuru no: 332/74 *Foxley v Birleşik Krallık*, para.43; *Campell v. United Kingdom* 13590/88, para. 46; Başvuru no: A220, *S. v. Switzerland* 28.11.1991.

¹⁴ Başvuru no: 2156/10, *M v. Netherlands*, 25.10.2017.

¹⁵ Başvuru no: 38321/97 *Erdem v. Germany*.

¹⁶ A.g.k. para. 65.

¹⁷ *M Netherlands*, para. 93.

¹⁸ Başvuru no: 12323/11 *Michaund v. Fransa*, para. 118.

¹⁹ Başvuru no: 13590/88 *Campell v Birleşik Krallık*, Başvuru no: 19348/04, *Sorvisto v. Finland*, Başvuru no: 62002/00, *Tamosius v. the United Kingdom*, Başvuru no: 50882/99, *Petri Sallinen and Others v. Finland*, Başvuru no: 71362/01, *Smirnov v. Russia*, Başvuru no: 60567/10, *Vinci Construction and GMT Génie Civil and Services v. France*, Başvuru no: 11801/85, *Kruslin v. France*.

olmak üzere çeşitli uluslararası düzenlemeler, ülkelerin anayasaları ile ceza ve avukatlığa ilişkin kanunlara dayanmaktadır. Bununla birlikte imtiyazın rekabet hukukundaki varlığı delillerin kullanılması ile doğrudan bağlantılıdır. Rekabet hukukunda deliller incelemeler bakımından önemli bir konuma sahip olup, delil elde etmek için yerinde inceleme ve bilgi talebi usulleri kullanılmaktadır (Gündüz 2013, 8).²⁰ Bu doğrultuda, rekabet otoriteleri delil toplamaya yönelik geniş yetkiler ile donatılmıştır. Bu geniş yetkiler karşısında, hakkında inceleme yapılan teşebbüs veya teşebbüs birliği haklarının²¹ güvenceye alınması için usule ilişkin bazı kısıtlamalar getirilmiştir (Wils 2011, 14). Bu yetkileri sınırlandıran temel ilkelerden birisi, avukat ve müvekkil iletişiminin gizliliğine tanınan hukuki korumadır²². Yerinde inceleme sırasında ve/veya sonrasında ve ayrıca bilgi taleplerine cevap verirken, ilgili belgelerin mesleki hukuki korumadan faydalandığı yönündeki itirazlar ile rekabet otoritesinin söz konusu belgelere el koymasının ve delil olarak kullanılmasının önüne geçilerek²³ (De La Torre 2009, 532) incelemeyi yapanların bu yetkileri daraltılmış olmaktadır.

Rekabet hukukunda delil serbestisi bulunmaktadır (Uyanık 2003, 25). Ancak, kullanılması durumunda teşebbüsün temel haklarını ihlal eden deliller delil olarak kabul edilmemektedir (Kalintiri 2019, 106). Anayasa'nın 38. maddesinde bir ceza hukuku ilkesi olarak, hukuka aykırı bulguların delil olarak kullanılmayacağı hüküm altına alınmıştır. Hukuka aykırı delil elde etme yasağı rekabet hukukunda da geçerlidir²⁴ (Uyanık 2003, 76). Nitekim "Anayasa'nın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayırım yapılmadığından idari para cezaları da bu maddede öngörülen ilkelere tabidir"²⁵. Öztürk vd. (2004, 511), avukat ile müvekkil arasındaki yazışmalara el konulmasının Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenen hukuka aykırı elde edilen bulgunun delil olarak kabul edilmemesi ilkesini ihlal ettiğini; maddedeki kanuna aykırılığın hukuka aykırılık olarak yorumlanması ve bu

²⁰ 1/2003 sayılı Tüzük 18 ve 20. maddeleri; RKHK 14 ve 15. maddeleri.

²¹ AİHS'in sadece gerçek kişilere değil teşebbüslere uygulandığına yönelik bkz: Başvuru no: 13710/88, *Niemetz v. Germany*, para 29. Jourdan (2018, 1)'a göre temel haklara riayet edilmeyen çok az sayıda rekabet davası bulunmaktadır.

²² Avukat müvekkil imtiyazının yanı sıra rekabet otoritelerinin usuli yetkilerini sınırlayan diğer bir ilke kendi aleyhinde suçlayıcı beyanda bulunmama ilkesidir. Detaylı bilgi için bkz: Veenbrink 2015.

²³ *Akzo(T-125)* para. 86-87.

²⁴ Kurul'un 16.01.2014 tarih ve 14-02/35-14 sayılı Şölen kararı, para. 38. Rekabet otoritelerinin de yargı-yargısal bir işlevi yerine getirdiği söylenebilecektir (Ritter ve Braun 2004, 1086).

²⁵ AYM kararı: 10.01.2013 tarihli ve 2012/93 E. 2013/8 K. sayılı karar.

Anayasa prensibinin yargı benzeri niteliği olan rekabet hukuku soruşturmalarında da uygulanması gerektiğini belirtmektedir.

Özetlemek gerekirse, imtiyazın varlığı esasında müvekkilin sunacağı bilgilerin açığa çıkma endişesi duymadan avukatı ile korkusuzca iletişim kurabilmesine ve böylece avukatın savunma işini gerektiği şekilde yerine getirebilmesine imkan tanımaktadır²⁶. Savunma hakkının gerektiği gibi tesis edilmesi ise nihayetinde adaletin yerine getirilmesindeki kamu yararına katkı sağlayacaktır. Rekabet hukukunda ise bu ilke belirtilenlere ek olarak avukat ile müvekkil arasındaki iletişimin delil olarak kullanılmasının önüne geçerek rekabet otoritelerinin geniş inceleme yetkilerinin sınırlandırılması amacına hizmet etmektedir.

Sır Saklama Yükümlülüğü ile Mesleki Hukuki İmtiyaz Arasındaki Fark

ABAD tarafından rekabet hukuku bağlamında imtiyaza ilişkin çizilen çerçeve, Komisyon nezdindeki rekabet işlemlerinde delillerin kullanılabilirliği ve zorla elde edilebilirliğini kapsamakta, bu işlemler haricinde, avukatların gizliliğe ilişkin diğer yükümlülüklerini kapsamamaktadır. Dolayısıyla, imtiyazın sağladığı koruma, avukata gizlilik yükümlülükleri getiren diğer kurallar ile karıştırılmamalıdır. Avukatın mesleki sır saklama yükümlülüğü ile mesleki hukuki imtiyaz yakından ilgili ve birbirlerini tamamlayıcı nitelikte olsalar da kavramsal olarak ve korudukları değerler bakımından birbirlerinden farklıdır (Fournier 2004, 6-8). Sır saklama yükümlülüğü avukata mesleği dolayısıyla getirilen bir yükümlülük iken, mesleki hukuki imtiyaz delillerin toplanması ve kullanılması ile ilgili bir ilkedir. Avukata getirilen sır saklama yükümlülüğü, “müvekkili avukatın sırrı ifşasına karşı korurken devletin müdahalesine karşı savunma hakkı bağlamında korumamaktadır” (Coşgun 2009, 72). Avukat yasal süreç ile bağlantısı olmayan bir durumda da mesleki sır saklama yükümlülüğünü ihlal edebilecekken, imtiyazın ihlali ancak yasal süreçte delillerin açıklanması halinde gerçekleşebilecektir. Ayrıca, mesleki sır saklama yükümlülüğünü avukat ihlal edebilecekken imtiyazın ihlali ancak geçerli bir imtiyaz iddiasının yargıç tarafından reddedilmesi ile mümkün olabilmektedir. Rekabet hukuku bağlamında ise hukuki imtiyaz yalnızca idari ve yasal süreçlerde ileri sürülebilmekte bunun dışında anlamı bulunmamaktadır (Fournier 2004, 25). Nitekim gizlilik koruması

²⁶ 02.12.2015 tarih ve 15-42/690-259 sayılı *Dow* kararında (para.6) benzer ifadelere yer verilmektedir.

içeren hukuki imtiyaz iddiaları idari otoriteye yönelik olarak yapılmaktadır. Özetlemek gerekirse, sır saklama yükümlülüğü müvekkili avukatın belli bir davranışı gerçekleştirmesine karşı korurken, mesleki imtiyaz müvekkili kamu müdahalesine karşı korumaktadır.

Öte yandan, avukatın sır saklama yükümlülüğünün imtiyaz ile bağlantısı olmadığını ileri sürmek de hatalı olacaktır. Nitekim imtiyaz korumasını açıkça tanınamayan hukuk sistemlerinde, rekabet otoriteleri mesleki sır saklama yükümlülükleri dolayısıyla avukatlardan bilgi alamayabileceklerdir²⁷. Örneğin, hukuki imtiyazın tanınmadığı Fas'ta avukat ile müvekkil arasındaki iletişimin gizliliği mesleki sır saklama yükümlülüğü dolayısıyla korunmaktadır (DLA PIPER 2017, 111). Japonya rekabet otoritesi de avukat müvekkil yazışmalarının gizliliğini avukatın mesleki sır saklama yükümlülüğü çerçevesinde değerlendirmektedir (OECD 2018g, 6-10). Bununla birlikte, Japonya 2018'den itibaren, imtiyaz korumasını açık bir şekilde kabul etmiştir²⁸. Görüldüğü üzere, çeşitli hukuk düzenlerinde imtiyazın kaynağı farklı hukuki gerekçelere dayanabilmektedir.

1.3. İMTİYAZIN AVRUPA BİRLİĞİ REKABET HUKUKUNDAKİ YERİ

AB rekabet hukuku uygulamaları ve düzenlemeleri ile aynı hızda giden Türk rekabet hukuku bakımından AB rekabet hukukundaki imtiyaz uygulamaları yol gösterici olacaktır.

AB'de imtiyaza ilişkin koşullar, AİHM kararları ışığında, Komisyon, ABAD ve ilk derece mahkemesi tarafından tesis edilmiş ve geliştirilmiştir. Öte yandan, hukuki imtiyazın uygulanmasına yönelik usuller, En İyi Uygulamalar Duyurusu'nun 2.7. maddesinde ABAD'ın *AM&S*, *Akzo* ve *Hilti*²⁹ kararlarındaki hükümler çerçevesinde ele alınmıştır.

Hukuki imtiyaz AB'de ilk kez, Komisyon'un inceleme yetkilerinin düzenlendiği 17 sayılı Tüzük'ün 1962 yılında kabul edilmesinden önce, hukuki

²⁷ Kimi sistemlerde imtiyaz kaynağını bireyler arasındaki iletişimin gizliliğine getirilen anayasal normlardan alabilmektedir (Fournier 2004, 29).

²⁸ <https://www.internationallawoffice.com/Newsletters/Competition-Antitrust/Japan/Nagashima-Ohno-Tsunematsu/Recent-developments-regarding-attorney-client-privilege> Erişim Tarihi: 17.07.2020.

²⁹ *Hilti v Commission*, T-30/89, EU:T:1990:27; (Çalışmanın devamında ve dipnotlarda kısaca *Hilti* olarak anılacaktır).

imtiyazın Tüzük'te yer alması gerektiğine yönelik Avrupa Parlamentosu önerisini içeren 1960 tarihli Deringer Raporu'nda gündeme gelmiştir. Ancak bu öneri Komisyon tarafından kabul edilmemiştir (Vesterdorf 2004, 1181).

ABAD, 1980 yılında verdiği *Panasonic (UK) Ltd. V. Comission* kararında³⁰, Komisyon'un inceleme yetkilerinin bazı temel haklar ile birlikte hukuki imtiyaz korumasını ihlal ettiğine yönelik iddiaları değerlendirilmiştir. Kararda rekabet incelemelerine bazı usulü güvencelerin getirilmesi ihtiyacına işaret edilmiş (Deacounu 2011, 6) ancak herhangi ihlal sonucuna ulaşılmamıştır³¹.

2002 yılında, modernleşen AB hukukuna uyum sağlaması amacıyla 17 sayılı Tüzük yerine yürürlüğe giren 1/2003 sayılı Tüzük içeriğinde de avukat müvekkil imtiyazından bahsedilmemektedir. 1/2003 sayılı Tüzük'ün yasalaşma sürecinde, hukuki imtiyazın şirket içi avukatlar bakımından genişletilmesine yönelik öneri getirilmişse de Komisyon'un sıkı itirazları sonucunda bu öneri Avrupa Parlamentosu tarafından 69'a karşı 404 oy ile reddedilmiştir (Wils 2019, 11).

1982 yılında, ABAD ünlü *AM&S* kararı ile ilk defa hukuki imtiyazın temel koşullarını belirlemiş ve AB rekabet hukukunda uygulanmasına yönelik hükümlere yer vermiştir (Vesterdorf 2004, 1184). *AM&S*'de belirlenen koşullar bugün hala hukuki imtiyaz konusunda işlerliğini korumakta ve yol gösterici olmaktadır. Mahkemenin konuya ilişkin kararı ile birçok soru çözümsüz kalsa da uygulamada az sayıda problem ortaya çıktığı belirtilmektedir (Kerse ve Kahn 2012, 129).

ABAD, *AM&S* kararında mesleki hukuki imtiyazı değerlendirirken öncelikle üye devletlerin ulusal hukuklarına bakmış ve avukatlar ile müvekkillerinin yazılı konuşmalarına ilişkin gizliliğe nasıl bir koruma sağladıklarına yönelik ortak bir zemin bulmaya çalışmıştır (Vesterdorf 2004, 1184). Komisyon ve üye devlet uygulamaları bakımından imtiyazın kapsamı şirket içi avukatlar ile yapılan yazışmaların imtiyazlı sayılıp sayılmadığı, itirazların değerlendirildiği makam (mahkemeler ve otoriteler) gibi çeşitli konularda farklılık göstermektedir (Harding 1993, 2).

³⁰ *Panasonic (UK) Ltd. V. Comission* 136/79, (1980) ECLI:EU:C:1980:169.

³¹ Mahkeme ilgili kararda doğrudan imtiyaz hakkında bir değerlendirmede bulunmamış, 17 sayılı Tüzük'te tanınan inceleme yetkilerinin AİHS'nin 8. maddesinde düzenlenen hakkı ihlal etmediğine hükmetmiştir.

ABAD'ın *AM&S* kararı ile bulduğu ortak payda çerçevesinde, avukat ve müvekkil arasındaki yazışmaların gizlilik korumasından faydalanabilmesi için üç esaslı şart belirlenmiştir:

- Yazılı iletişim müvekkilin savunma hakkı amacıyla ve bu kapsamda oluşturulmuş olmalıdır³².
- Yazılı iletişim müvekkil ile işçi-işveren ilişkisi nedeniyle bağlı olmayan bağımsız avukat ile müvekkil arasında gerçekleşmelidir³³.
- Yazılı iletişim mesleğini herhangi bir üye devlette yürütmeye yetkili olan avukat ile gerçekleştirilmelidir.

ABAD ilgili kararda, gizliliğin idari süreç başlatıldıktan sonraki tüm yazılı yazışmalar ile süreci ilgilendiren önceki yazışmaları kapsadığını hükme bağlamıştır. Kararın diğer bir önemi ise, Komisyon'un yerinde incelemede hukuki imtiyaz iddiası ile karşılaştığı durumda uygulanması gereken usul kurallarının belirlenmiş olmasıdır.

1990 yılına gelindiğinde, Genel Mahkeme *Hilti* kararı ile hukuki imtiyazın kapsamını biraz daha genişleterek, avukat ile müvekkil arasındaki iletişime ilişkin içeriğin raporlanmasına ilişkin iç yazışmanın da hukuki imtiyaz kapsamında olduğuna karar vermiştir.

ABAD'ın 2003 yılında başlayan sürece ilişkin 2010 yılında verdiği *Akzo* kararında ise imtiyaza ilişkin, *AM&S* kararı ile ortaya konan şartlar yinelenmiş ve ayrıca şirket içi avukatlar ile yapılan yazışmaların kapsam dışarısında tutulmasına yönelik meseleler derinlemesine incelemiştir. Bu değerlendirmeler neticesinde şirket içi avukatın bağımsız avukat ile eşit derecede mesleki bağımsızlığa sahip olamayacağı belirtilerek³⁴ *AM&S* kararındaki duruş korumuştur. *Akzo* kararında ayrıca, korumanın kapsamı hazırlayıcı nitelikteki belgeler bakımından genişletilmiş ve uyum programlarına ilişkin değerlendirmelerde bulunulmuştur.

³² *AM&S kararı* para.21: “(...) such communications are made for the purposes and in the interests of the client’s rights of defence (...)”

³³ *AM&S kararı* para.21: “(...) on the other hand, they emanate from independent lawyers, that is to say, lawyers who are not bound to the client by a relationship of employment.”

³⁴ *Akzo (C-550)*, para. 56-57.

1.4. İMTİYAZIN TÜRK REKABET HUKUKUNDAKİ YERİ

Hukuki imtiyaz Türk hukuk sisteminde yasal düzenlemelerde açık biçimde yer almasa da hukukumuzun bir parçası olan uluslararası metinlerle uyumlu bir şekilde çeşitli yasal düzenlemeler ve yüksek yargı kararları ile avukat ve müvekkil arasındaki ilişkiye özel bir anlam atfedildiği anlaşılmaktadır. Hukuki imtiyazın rekabet hukuku bakımından ne şekilde ve hangi araçlar kullanılarak tatbik edileceği ise mevcut durumda kurul ve mahkeme kararları ile ortaya konulmaktadır.

AİHS 6. ve 8. maddelerine ek olarak, Anayasa'nın 36. maddesinde yer alan “[h]erkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir” hükmü imtiyaz ilkesinin hukukumuzdaki temelini oluşturmaktadır. Avukatlara hukukumuzda savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılmasında önemli bir rol biçilmiştir. Avukat, TCK'nun 6. maddesi uyarınca, “yargı görevi yapanlardan” sayılmaktadır. Benzer şekilde, Avukatlık Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca avukatlık, kamu hizmeti ve serbest bir meslek olarak tanımlanmakta, avukat ile müvekkil arasındaki ilişkinin temelini “*güven ve sadakat ilkesine*”³⁵ dayandığı kabul edilmektedir.

Yargının kurucu unsurlarından olan, bağımsız, serbestçe temsil eden, hukuksal ilişkilerin düzenlenmesinde, her türlü hukuksal sorun ve uyumsuzlukların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesinde ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasında temel görev üstlenen avukat, hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkının da önemli bir unsurudur³⁶.

Türk hukukunda, kişinin savunma ve mahkemeye erişim haklarını kullanması için oldukça önemli bir rolü bulunan avukatın, bu görevini yerine getirmesi için bazı özel düzenlemelere gidilmiştir (Şen 2018, 13). Örneğin, Avukatlık Kanunu 36. maddesi uyarınca “avukat ile müvekkil arasındaki ilişkinin mahremiyeti bulunmaktadır” (Yılmaz 2007, 871). Maddeye göre,

[a]vukatların kendilerine tevdi edilen veya gerek avukatlık görevi gerekse TBB ve barolar organlarındaki görevleri dolayısıyla öğrendikleri hususları açığa vurmaları yasaktır. Avukatların birinci fıkrada yazılı hususlar hakkında tanıklık edebilmeleri, iş sahibinin muvafakatini almış olmalarına bağlıdır. Ancak bu halde dahi avukat tanıklık etmekten çekinebilir.

³⁵ Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 14.11.2011 tarih, 2009/19013 E., 2011/21017 K. sayılı kararı.

³⁶ AYM kararı: 15.10.2009 tarih, E.2007/16, K.2009/147.

Ayrıca, CMK 46. maddesi uyarınca avukatlar, stajyerleri veya yardımcılarının, bu sıfatları dolayısıyla veya yükledikleri yargı görevi sebebiyle öğrendikleri bilgiler hakkında tanıklık yapmaktan çekinme hakları bulunmaktadır. “Anılan maddelerin Türk hukuk rejimindeki mevcudiyeti, kanun koyucunun bu konuyu bir hassasiyet sahası olarak gördüğünü ve korunmaya değer bir menfaatin varlığını idrak ettiğini göstermektedir” (Gürkaynak ve İkiler 2007, 4).

Türk hukuk sistemi, avukat ile müvekkil arasındaki ilişkiye her ne kadar bir değer atfetse de aralarındaki iletişime tanınan imtiyaz yukarıda ifade edildiği üzere Avukatlık Kanununun 36. maddesi ile düzenlenmiş bulunan avukatın sır saklama yükümlülüğünden farklıdır³⁷. Ancak yine de Kurul CNR kararında, imtiyazın dayanağı olarak diğer düzenlemelerle birlikte, Avukatlık Kanunu’nun 36. maddesinde yer alan sır saklama yükümlülüğüne atıf yapmıştır³⁸. Bununla birlikte, ilgili kararda ayrıca imtiyazın “savunma hakkının güvencelerinden biri olduğu ve bu nedenle imtiyazlı bulunduğu hukuk âleminde çoğunlukla kabul gören bir ilkedir”³⁹ ifadelerine yer verilerek imtiyazın savunma hakkına dayandığı kabul edilmektedir.

CNR kararında ayrıca, “*konuya doğrudan değinilen yegâne kanun hükmünün*” CMK’nın 130. maddesi olduğu belirtilmiştir.⁴⁰ İlgili madde rekabet hukukundaki imtiyaz uygulaması bakımından bir referans noktası olmuştur. CMK’nın 130. maddesi avukat bürolarında arama yapılmasına dair usuller ile birlikte arama esnasında avukatın müvekkili ile yapmış olduğu yazışmalara rastlanması durumunda uygulanacak usulleri düzenlemektedir. Madde hükmü uyarınca avukat bürolarında yapılacak aramada “avukat ile müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait belgeler” imtiyazlı sayılabilecektir. İlgili CNR kararının alındığı dönemde⁴¹, imtiyaza ilişkin henüz oluşmuş bir Kurul içtihadı ve ikincil düzenleme bulunmaması⁴² nedeniyle, Kurul’un dayanak noktaları bulmak amacıyla AB uygulamasını örnek aldığı ve Türk hukukundaki ceza ve avukatlık hukukuna ilişkin çeşitli düzenlemelere yer vererek konuyu aydınlatmaya çalıştığını değerlendirmektediriz.

³⁷ Sır saklama yükümlülüğü ve imtiyaz ilkesinin farklı olduğuna yönelik tartışmalara yukarıda yer verilmiştir. Özetle, sır saklama yükümlülüğü müvekkili avukatın belli bir davranışı gerçekleştirmesine karşı korurken, mesleki imtiyaz müvekkili kamu müdahalesine karşı korumaktadır.

³⁸ CNR kararı s.26.

³⁹ A.g.k. s. 22.

⁴⁰ A.g.k. s. 25.

⁴¹ Karar 13.10.2009 tarihinde alınmıştır.

⁴² Mevcut durumda kamuya açık bir kaynak bulunmamaktadır.

Benzer şekilde, imtiyaza ilişkin değerlendirmelerin yer aldığı, *BİM Enerjisa* kararı⁴³ ile Ankara 15. İdare Mahkemesi'nin 16.11.2017 tarih, 2017/412 E., 2017/3045 K. sayılı kararlarında da avukatın sır saklama yükümlülüğünü düzenleyen Avukatlık Kanunu'nun 36. maddesi ile birlikte, Anayasa'nın adil yargılanma hakkını düzenleyen 36. maddesi ve CMK'nın 130. maddelerine atf yapılmıştır. Öte yandan, anılan kararda imtiyazının kaynağını evrensel hukuk kuralları ile AB hukukundan aldığı yönünde değerlendirmelere yer verilmiştir:

Rekabet mevzuatında teşebbüs bünyesinde gerçekleştirilen yerinde incelemelerde bulunan belgelerin avukat müvekkil gizliliği kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin bir hüküm bulunmadığı (...) ve Kurulun evrensel hukuk kuralları ile Avrupa Birliği uygulamaların koşut olarak bu imtiyazı tanıdığı (...)

Bunun gibi, Kurul'un imtiyaza ilişkin çeşitli kararlarında da rekabet hukukunda "gizlilik ilkesinin"⁴⁴ AB rekabet hukuku uygulaması ile evrensel hukuk ilkelerinin temel alınarak değerlendirilmesi gerektiği⁴⁵ hüküm altına alınmaktadır.

Kurul'un 3M kararında⁴⁶ ise, kamuya açık olmayan bir yönergede imtiyazlı belgelere ilişkin usul kurallarının yer aldığına ilişkin bulunmaktadır. Karara konu olayda, soruşturma heyetinin 3M'de gerçekleştirilen yerinde incelemede "serbest avukat ve müvekkil arasındaki yazışmalarla ilgili olarak imtiyazlı dokümanlara el koyduğu ve bunları değerlendirdiği" iddiası üzerine⁴⁷ Kurul, söz konusu yazışmaların 4054 sayılı Kanun'un Uygulanması Çerçevesinde Rekabet Kurumunca Yapılacak Yerinde İncelemelere İlişkin Usul ve Esaslara Dair Yönerge'nin (Yönerge) 19/4. maddesi uyarınca, içeriğine bakılmadan Kurul'a sunulmak üzere kapalı zarf içerisinde alınması dolayısıyla belgelerin ilgili tarafa iadesine karar verilmiş olduğunu belirterek, herhangi bir usule aykırılık olmadığına karar vermiştir⁴⁸. Kararda atf yapılan Yönerge'nin Kurum'un iç işleyişine yönelik kamuya açık olmayan bir metin olması dolayısıyla imtiyazın Türk rekabet hukukundaki kaynağı olarak değerlendirmek mümkün gözükmemektedir.

⁴³ Ankara Bölge İdare Mahkemesi 8. İdare Dava Dairesi'nin 10.10.2018 tarih, 2018/658 E., 2013/1236 K. sayılı kararı.

⁴⁴ Kurul'un 06.12.2016 tarih ve 16-42/686-314 sayılı *Enerjisa* kararı.

⁴⁵ Kurul'un 20.4.2009 tarih ve 09-16/374-88 sayılı *Sanofi* kararı para. 2970-2990, Kurul'un 13.10.2009 tarih ve 09-46/1154-290 sayılı sayılı *CNR* kararı s.21 vd.

⁴⁶ Kurul'un 25.06.2014 tarih ve 14-22/461-203 sayılı 3M kararı.

⁴⁷ A.g.k. para. 34.

⁴⁸ A.g.k. para. 35.

Kurul, avukat müvekkil imtiyazını ilk kez incelediği 20.4.2009 tarihli *Sanofi* kararında⁴⁹ ise imtiyazı “uluslararası bir hukuk ilkesi” olarak nitelendirmiştir. Kararda, avukat ile müvekkilin mesleki ilişkisinden kaynaklanan bilgi ve belgelere ilişkin olarak Türk mevzuatı ve Türkiye’nin taraf olduğu anlaşmalara dayanan kesin bir yükümlülük bulunmasa da evrensel hukuk ilkeleri ile *AM&S* ve *Akzo* kararlarının yol gösterici olacağı belirtilerek, imtiyazın bu kararlarla uyumlu bir biçimde tanınması için iki koşulun bir arada bulunması gerektiği belirtilmiştir. Bu koşullar şöyle ifade edilmiştir:

- Söz konusu yazılı iletişim müvekkilin savunma hakkı kapsamında ve bu amaç çerçevesinde oluşturulmuş olmalıdır.
- Yazılı iletişim müvekkil ile işçi-işveren ilişkisi içinde olmayan; bağımsız avukatlar ile müvekkiller arasında olmalıdır.

Kurul, *DOW* ve *Enerjisa* kararlarında, imtiyaza ilişkin itirazları *Sanofi* ve *CNR* kararında yer alan koşullar çerçevesinde değerlendirmiştir. *DOW* kararı yerinde incelemede uyulacak usullerin belirlenmesi bakımından önem arz etmektedir. İlgili kararda, tarafların imtiyaza yönelik itirazlarını “evrakın kim tarafından ve kimin için hazırlandığı, her iki tarafın görev ve sorumlulukları, evrakın hazırlanış amacı gibi bilgilerle gerekçelendirmeleri” gerektiği hüküm altına alınmıştır.

Enerjisa kararında, imtiyaz korumasının, “bağımsız avukat ile savunma hakkının kullanılması amacıyla yapılan yazışmalar ile bağımsız avukattan hukuki danışmanlık alınmasına yönelik olarak hazırlanan evrakı kapsayacağı” ve “4054 sayılı Kanun’u ihlal edip etmediğine ilişkin bildirdiği görüş korumadan yararlanırken, RKHK’nın ne şekilde ihlal edilebileceğine dair yazışmalar korumadan yararlanamayacaktır” hükümlerine yer verilmiştir.

Kurul’un *Warner Bros*⁵⁰, *İGMD*⁵¹ *Çiçeksepeti II*⁵² kararlarında da benzer şekilde, imtiyaza yönelik itirazlar Kurul içtihatlarında yer alan kurallara

⁴⁹ *Sanofi* kararı.

⁵⁰ Kurul’un 17.01.2019 tarih ve 19-04/36-14 sayılı *Warner Bros* kararı.

⁵¹ Kurul’un 20.06.2019 tarih ve 19-22/352-158 sayılı *İGMD* kararı.

⁵² Kurul’un 02.07.2020 tarih ve 20-32/405-186 sayılı *Çiçeksepeti II* kararı.

atf yapılarak değerlendirilmiştir. Kurul'un Çiçeksepeti⁵³ kararında, yerinde incelemede elde edilen bazı belgelerin içeriğinde teşebbüs uygulamalarının rekabet ihlali riski taşıdığına yönelik bağımsız avukat görüşü yer almasına rağmen, ilgili belgeler raporda değerlendirilmiş ancak önaraştırma konusuyla ilgisi olmaması nedeniyle delil olarak kullanılmamıştır. *Huawei*⁵⁴ kararında e-postanın karbon kopya (cc) bölümünde bağımsız avukatın isminin yer alması belgenin imtiyaz korumasından faydalanması için yeterli görülmeyle, belgenin teşebbüs hukuk müşaviri ile teşebbüs yetkilileri arasındaki e-postaya ilişkin olması ve bağımsız avukat ile yapılan yazışma niteliği taşıması nedeniyle ilgili belgelerin imtiyaz kapsamında olmadığına karar verilerek iade talebi reddedilmiştir.

*Yakın tarihli İzmir Limanı*⁵⁵ kararında, imtiyaz korumasından faydalandığı iddia olunan ve ihlale dayanak teşkil eden ifadeleri içeren e-postanın ilgili teşebbüs tarafından dernek üyesi tüm teşebbüslere atıldığı ve yazışmanın muhatabı olan avukatın ilgili teşebbüsün değil derneğin avukatı olması nedeniyle söz konusu yazışmaların imtiyaz kapsamında değerlendirilemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır. İmtiyaza ilişkin yakın tarihli *DSM*⁵⁶ kararında, Kurul soruşturma kapsamında yapılan yerinde incelemede elde edilen belgelerin imtiyaz nedeniyle iadesi talebini reddetmiş ancak ret kararına ilişkin gerekçeye yer vermemiştir.

Özetlemek gerekirse, imtiyaza ilişkin Türk rekabet hukukunda açık düzenlemeler bulunmamakta; Kurul, avukat ile müvekkil arasındaki iletişimin gizliliğine yönelik hukuki imtiyazı, AB uygulamalarına ve evrensel hukuka uyumlu olarak tanımaktadır. Mevcut durumda Türk rekabet hukukunda mesleki hukuki imtiyazın şart ve uygulamasına yönelik kuralları Kurul kararlarından takip edilebilmektedir. Yukarıda ifade edilen ve imtiyaza yönelik değerlendirmeler içeren kurul kararları kronolojik olarak isim ve künyeleri ile aşağıdaki tabloda belirtilmektedir. Karar içeriklerine ilişkin detaylara ilgili bölümlerde yer verilecektir.

⁵³ Kurul'un 08.03.2018 tarih ve 18-07/111-58 sayılı Çiçeksepeti kararı.

⁵⁴ Kurul'un 14.11.2019 tarih ve 19-40/670-288 sayılı Huawei kararı.

⁵⁵ Kurul'un 04.03.2021 tarih ve 21-11/155-64 sayılı İzmir Limanı kararı.

⁵⁶ Kurul'un 29.04.2021 tarih ve 21-24/287-130 sayılı DSM kararı.

Tablo 1: Rekabet Kurulu'nun Mesleki Hukuki İmtiyaza İlişkin Değerlendirmelerini İçeren Kararları

Karar ismi	Karar Tarihi	Karar Sayısı
Sanofi	20.4.2009	09-16/374-88
CNR	13.10.2009	09-46/1154-290
Dow	02.12.2015	15-42/690-259
Enerjisa	06.12.2016	16-42/686-314
Çiçeksepeti	08.03.2018	18-07/111-58
Gediz	01.10.2018	18-36/583-284
Warner Bros	17.01.2019	19-04/36-14
İGMD	20.06.2019	19-22/352-158
Huawei	14.11.2019	19-40/670-288
Çiçeksepeti II	02.07.2020	20-32/405-186
İzmir Liman	04.03.2021	21-11/155-64
DSM	29.04.2021	21-24/287-130

BÖLÜM 2

MESLEKİ HUKUKİ İMTİYAZIN ŞARTLARI

Hem AB hem Türk rekabet hukukunda mesleki hukuki imtiyazın geçerli olabilmesi için iki şartın bir arada bulunması gerekmektedir. Bu şartlardan biri, iletişimin müvekkil ile aralarında işçi-işveren ilişkisi nedeniyle bağlı olmayan bağımsız bir avukat ile gerçekleşmesi gerekliliği, diğeri ise yazılı iletişimin müvekkilin savunma hakkı amacıyla ve bu kapsamda yapılması gerekliliğidir. Bu bölümde söz konusu iki şartın detayları ele alınacak, ardından küreselleşen ticari faaliyetlerle önemi artan hukuki imtiyazın yer yönünden sınırları meselesi tartışılacaktır.

2.1. YAZIŞMANIN MÜVEKKİL İLE BAĞIMSIZ AVUKAT ARASINDA YAPILMASI

Hukuki imtiyazın geçerli olması için “iletişimin müvekkil ile aralarında işçi-işveren ilişkisi nedeniyle bağlı olmayan bağımsız bir avukat ile gerçekleşmesi” gerekmektedir⁵⁷. Bu şart ilk kez ABAD’ın *AM&S* kararında belirlenmiş olup, *Akzo* kararında yeniden detaylı bir şekilde ele alınmıştır. Kurul kararlarında görüldüğü üzere imtiyazın geçerli olabilmesi için yazışmanın bağımsız avukat ile yapılması gerekliliğine yönelik şart Türk rekabet hukukunda da aynen uygulanmaktadır. Bu bağlamda, şartın unsurları olan müvekkilin ve avukatın kimleri kapsadığı ile aralarındaki iletişimin niteliğini aşağıda detaylı bir şekilde ele alınacaktır.

2.1.1. Müvekkil

İmtiyazdan faydalanan, bunu ileri sürebilen ve feragat edebilen müvekkil, rekabet hukuku bağlamında teşebbüs ve teşebbüs birlikleridir. Teşebbüsler ise hem gerçek hem tüzel kişiler olabilmektedir. İmtiyaz korumasının kimler bakımından

⁵⁷ *AM&S*.

geçerli olduğunun anlaşılabilmesi için müvekkilin kimleri kapsadığının açık bir şekilde ortaya konması uygun olacaktır.

Tüzel kişiler avukat ile savunma hakkının kullanılması amacıyla yapacakları görüşmeleri genellikle üst kademe çalışanları vasıtası ile gerçekleştirmektedir. Bu noktada tüzel kişi teşebbüslerin müvekkil sıfatıyla avukat ile iletişim kurmasında bu iletişimi kuran gerçek kişinin teşebbüsü temsile yetkili olmasının şart olup olmadığı tartışma konusu olmuştur. Bu konuda iki karşıt görüş ileri sürülmüştür.

OECD'nin kabul ettiği görüşe göre (2018a, 9), imtiyazın geçerli olabilmesi için avukat ile iletişime geçenlerin teşebbüsü bağlamaya veya onun adına hareket etmeye yetkili olması gerekmektedir. Christoforou (1985, 36)'ya göre 1/2003 sayılı Tüzük'ün 18(4). maddesi bu konuda yol göstericidir. Madde hükmü uyarınca, teşebbüs ve teşebbüs birliğini hukuken veya teşebbüs tüzüğü gereği temsil etmeye yetkili kişiler bilgi talebine yanıt verebilmektedir. Madde lafzından hareketle, hukuki korumadan faydalanabilmek için avukat ile iletişime geçecek kişinin de asgari, hukuken veya tüzük gereği teşebbüsü temsil etmeye yetkili olması gerektiği sonucuna ulaşılabilecektir.

Bunula birlikte, bazı hallerde yazışmalar asistanlar veya temsil/ilzam yetkisi olmayan şirket çalışanları tarafından da gerçekleştirilebilmektedir. Rekabet hukukunda, teşebbüs çalışanlarının, sıfatına ve yaptıkları işin niteliğine bakılmaksızın teşebbüs adına ve yöneticilerin emir ve talimatları doğrultusunda hareket ettikleri ve bu nedenle teşebbüs ile tek bir ekonomik bütünlük oluşturdukları kabul edilmektedir⁵⁸. Dolayısıyla teşebbüsler çalışanlarının yaptıkları iş ve işlemlerden sorumlu tutulmaktadır⁵⁹. Rekabet hukukunda bir anlaşmanın üst düzey yöneticilerden ziyade alt kademedeki çalışanlar tarafından yapılmış olmasının, teşebbüslerin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı ve irade uyuşmasının gerçekleşmediği şeklinde yorumlanamayacağı kabul edilmektedir (Bellamy ve Child 2008).

Bu görüş kabul edildiği takdirde ise hukuki imtiyazın tanınabilmesi için avukat ile yazışmayı gerçekleştiren kişinin temsil ve ilzam yetkisinin varlığını aramak

⁵⁸ Case C-22/98 *Jean Claude Becu*, ECLI:EU:C:1999:419, para. 26; 09.01.2020 tarih ve 20-03/28-12 sayılı *Burdur* kararı, para. 190.

⁵⁹ Case C-542/14 *VM Remonts*, ECLI:EU:C:2016:578, para. 23-24.

doğru olmayacaktır. Teşebbüsün herhangi bir çalışanın avukat ile iletişimi diğer tüm şartları sağlaması halinde korumadan faydalanabilmelidir.

2.1.2. Bağımsız Avukat

ABAD'ın *AM&S* kararında belirlenen ve aynı zamanda Türk rekabet hukuku uygulamasında da hukuki imtiyazın geçerli olması için gerekli olan şartlardan biri, iletişimi gerçekleştiren avukatın bağımsız olması; diğer bir ifade ile müvekkil ile arasında işçi – işveren ilişkisi olmaması gerekliliğidir⁶⁰. Bu durumun bir sonucu olarak, şirket içi avukatlar ile teşebbüs arasında gerçekleşen yazışmalar hukuki imtiyaz kapsamında incelemiden bağışık tutulmayacaktır (Giannakopoulos 2011, 121). Söz konusu şartın varlığı, *AM&S* kararının alındığı 1982 yılından bu yana pratisyenler ve teorisyenler arasında uzun soluklu tartışmalara sebep olmuştur (Wils 2019, 8). Konu 2007 yılındaki *Akzo* kararı ile yeniden ve kapsamlı bir biçimde Genel Mahkeme tarafından ele alınmış ve şirket içi avukatların hukuki imtiyaz ile sağlanan korumadan faydalanamayacağı bir kez daha açık bir şekilde ortaya konmuştur.

2.1.2.1. Avukatın Kimliği

İmtiyazın geçerli olabilmesi için, iletişimin avukat sıfatını haiz kişi ile gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Ülkelerin hukuk sistemlerine göre, avukatlık tanımları ve avukat olmak için gerekli olan şartlar değişiklik göstermektedir⁶¹. Ülke olarak ülkeler avukatlara avukatlık mesleğiyle ilgili tekel hakkı tanımaktadır⁶². Avukatlık tekel, danışmanlık yapma ve başkasını savunma hakkının sadece avukatlık mesleğini icra etme ehline sahip kişilere bırakılması (Aslan 2015, 1673) olarak tanımlanabilir. Bu tekel mesleğin nitelikli ve ehil kişilerce yapılmasını temin ederek, kişilere bir güvence mekanizması sağlamaktadır.

AB hukuku bakımından, avukatlık mesleğinin icra edilmesine ilişkin uygulama esasları, 77/249EEC sayılı Konsey Direktifi'nde belirlenmiştir. İlgili tüzük bazı ilkeler doğrultusunda avukatlık mesleği için ortak standartlar belirlemektir.

⁶⁰ *AM&S* para.21-26, *Akzo(C-550)* para. 40-119. *CNR* kararı, *Enerjisa* kararı.

⁶¹ <http://eski.ankarabarasu.org.tr/AvukatlikMevz/doc/avrupabirligimevzuat.pdf>, Erişim Tarihi: 29.08.2020.

⁶² Bunun aksine Finlandiya'da hukuki yardım sağlama konusunda avukatlara tekel sağlanmamaktadır. <http://eski.ankarabarasu.org.tr/AvukatlikMevz/doc/avrupabirligimevzuat.pdf>, Erişim Tarihi: 29.08.2020.

Öte yandan, üye devletler avukatlara ilişkin kendi iç hukuklarında düzenleme yapabilmektedir. Ayrıca, Avrupa Barolar ve Hukuk Birlikleri Konseyi'nin⁶³ Avrupalı avukatlar için belirlediği Avrupa Topluluğu Avukatlık Meslek Kuralları⁶⁴ ile de ortak mesleki bir zemin oluşturmak amacıyla avukatlık meslek kuralları kalem altına alınmıştır. Söz konusu meslek kurallarına uymayan avukatlar disiplin yaptırımı ile karşılaşabilmektedir. Avukatların mesleğini icra edebilmesine ilişkin çeşitli AB düzenlemeleri bulunmaktadır⁶⁵.

Türk yargı sistemi içerisinde adli işlemleri vekil sıfatıyla yapma hakkı Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesi gereği sadece baroda kayıtlı avukatlara tanınmıştır (Sungurtekin 2013, 54). Baro levhasında yazılı bulunmayanlar avukatlık unvanını da taşıyamazlar⁶⁶. Avukatlık tekeli⁶⁷ Avukatlık Kanunu'nun 35. ve 63. maddelerinde düzenlenmiştir. Avukatlık Kanunu'nda öngörülen sistemde, sadece baroya kayıtlı avukatların yapabilecekleri işler ayrılarak 35. maddesinde sayılmış ve 63. maddesi uyarınca, bu işleri istisnaî durumlar dışında baro levhasında kayıtlı olmayan avukatların ve avukat sıfatını taşımayanların yapması yasaklanmıştır (ASLAN 2015, 1). Ayrıca, konumuz kapsamında şirket içi avukatlara ilişkin ayrı bir düzenlemeye rastlanamamış olup, şirket içi avukatların da avukatlık yapabilmek için baroya kaydolmaları gerektiği sonucuna varılmaktadır. Bununla birlikte,

yabancı avukatlık ortaklıkları, bu Kanuna ve avukatlık ortaklığı düzenlemesine uygun olarak kurulmak koşuluyla, yalnızca yabancı hukuklar ve milletlerarası hukuk konularında danışmanlık hizmeti verebilirler⁶⁸.

RKHK kapsamında teşebbüs ve teşebbüs birlikleri adına yapılabilecek iş ve işlemlerin (savunma işleri dahil) avukat unvanına sahip kişiler tarafından yapılmasına yönelik bir zorunluluk bulunmamaktadır. Konuya ilişkin mevzuatta açık bir düzenlemeye rastlanamamıştır. Bununla birlikte, Kurum sözlü savunmalarına teşebbüs temsilcilerinin katılabileceğine yönelik düzenleme

⁶³ Council of Bars and Law Societies of Europe (CCBE).

⁶⁴ Code of Conduct for European Lawyers.

⁶⁵ <https://www.ccbe.eu/documents/professional-regulations/> Erişim Tarihi: 27.08.2020.

⁶⁶ Avukatlık Kanunu'nun 63. maddesi.

⁶⁷ Danışmanlık yapma ve başkasını savunma hakkının sadece avukatlara bırakılması, avukatların kazançlarını sağlaması için oluşturulmuş bir tekel olarak görülebilir (ASLAN 2015, 1673).

⁶⁸ Avukatlık Kanunu'nun 44(B) maddesi.

nedeniyle⁶⁹, teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin kendilerini avukat unvanına sahip olmayan temsilciler aracılığıyla Kurum nezdinde temsil edebilecekleri sonucuna ulaşılmaktadır.

Öte yandan, mesleki hukuki imtiyaz korumasının geçerli olabilmesi için yukarıda belirtildiği üzere yazışmanın avukat sıfatına sahip kişiler ile yapılması gerekmektedir. Ancak vekâlet ilişkisinin kanıtlanması zorunlu olmamalıdır. Diğer bir ifade ile aralarında vekâlet ilişkisi olmayan bağımsız avukat ile yapılan yazışma koruma kapsamında sayılmalıdır. Bağımsız avukattan hukuki görüş alınabilmesi için oluşturulan şirket içi hazırlayıcı nitelikteki belgeler imtiyazlı addedildiği ABAD sistemi⁷⁰ temel alındığında, imtiyazın geçerli olması için taraflar arasında kati bir vekâlet ilişkisinin aranmasında uyarlık bulunmayacaktır. Bu düstur, müvekkilin savunma hakkı kapsamında henüz aralarında bir vekâlet ilişkisi bulunmasa dahi bağımsız bir avukata korkusuzca danışabilmesini güvence altına alacaktır. Yargıtay bir kararında⁷¹, “ *tarafların iradelerinin uyuşması halinde vekâlet sözleşmesi kurulacağı, dolayısıyla tarafların bu yöndeki iradelerini usulünce açıkladıkları hallerde yazılı belge aranmayacağı*” hüküm altına almıştır. Nitekim Avukatlık Kanunu’nun 163. maddesine⁷² göre de vekâlet ilişkisinin kurulması için şekil şartı bulunmamaktadır.

Kurul bunun aksini gösterecek bir yaklaşım ile yakın tarihli *İzmir Limanı* kararında, yazışmanın muhatabı olan avukatın ihlale sebebiyet veren yazışmayı gerçekleştiren teşebbüsün değil dosyada adı geçen derneğin avukatı olduğunu belirterek söz konusu yazışmaların imtiyaz kapsamında değerlendirilemeyeceği sonucuna ulaşmıştır. Karardan, taraflar arasındaki vekalet ilişkisinin araştırıldığına ilişkin bir sonuç çıkartmak mümkün gözükmemekle birlikte, herhangi bağımsız bir avukatın ilgili yazışmada bulunmasının belgeyi imtiyaz koruması kapsamına sokmak için yeterli olmadığı sonucuna ulaşılabilecektir.

Bu noktada, avukatın yanında çalışan avukat stajyeri/yardımcısı, asistanı veya kâtibinin (avukat yardımcıları) müvekkil ile yapacağı yazışmaların

⁶⁹ RKHK 46. madde.

⁷⁰ *Akzo(T-125)* para. 123.

⁷¹ Yargıtay 3. Ceza Dairesi, 2014/9218 E. 2014/32172 K. sayılı kararı; Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 28.01.2009 tarih, 2008/13646 E., 2009/1129 K. sayılı kararı.

⁷² “(...) *Yazılı olmayan anlaşmalar, genel hükümlere göre ispatlanır*”.

imtiyaz korumasından faydalanması hususu da ayrıca ele alınmalıdır. Avukat ile müvekkil arasındaki gerçekleşen iletişimin korunması için öncelikle gizli olması gerekmektedir (Giannakopoulos 2011, 118). Christoforou (1985, 36) avukat yardımcılarının kendi yetkisi altında ve hizmetini sunmak amacıyla hareket ettiklerini ispatlaması halinde AB hukuku bakımından imtiyazın geçerliliğinin değişmeyeceğini savunmakta, bu savını ise yardımcı ve temsilci aracılığıyla hareket eden tüzel kişi teşebbüslerin pozisyonuna dayandırmaktadır. Teşebbüsler iş ve işlemlerini yürütürken yardımcı ve temsilci aracılığıyla hareket etmekte; yardımcı ve temsilcinin yürüttüğü işler nedeniyle sorumlu tutulmaktadır. Rekabet hukukunda, teşebbüs çalışanlarının, sıfatına ve yaptıkları işin niteliğine bakılmaksızın teşebbüs adına ve yöneticilerin emir ve talimatları doğrultusunda hareket ettikleri ve bu nedenle teşebbüs ile tek bir ekonomik bütünlük oluşturdukları kabul edilmektedir⁷³. Dolayısıyla teşebbüsler çalışanlarının yaptıkları iş ve işlemlerden sorumlu tutulmaktadır⁷⁴. Dolayısıyla avukatların yanında çalışan stajyer, asistan ve kâtiplerin müvekkil ile avukatın gözetimi ve sorumluluğu altında yapacakları yazışmalar, avukatın yetkisi altında ve hizmetini sunmak amacıyla hareket edildiğinin ispatlaması halinde hukuki korumadan faydalanabilmelidir⁷⁵. Yazışmaların doğrudan avukatın e-posta adresinden veya avukatın antetli kâğıdı ile yapılması ispatı kolaylaştıracaktır.

Türk hukuk sistemi bakımından avukat yardımcılarını avukat sıfatını haiz olmasalar bile, avukat nam ve hesabına yazışmalarının açıkça ortaya konması halinde, ilgili yazışmalar korumadan faydalanabilmelidir. CMK'nin 46. maddesi uyarınca avukatlar, stajyerleri veya yardımcılarının, bu sıfatları dolayısıyla veya yüklendikleri yargı görevi sebebiyle öğrendikleri bilgiler hakkında tanıklık yapmaktan çekinme hakları bulunmaktadır. Görüldüğü üzere, kanun koyucu, avukat yardımcılarını bazı özel anlamlar yükleyerek kimi durumlarda avukat ile aynı pozisyona koymaktadır. Ayrıca, Avukatlık Kanunu'nun 26. maddesi ile stajyerlere avukatın “*gözetimi ve sorumluluğu altında, sulh hukuk mahkemeleri,*

⁷³ Case C-22/98 *Jean Claude Becu*, ECLI:EU:C:1999:419, para. 26; 09.01.2020 tarih ve 20-03/28-12 sayılı *Burdur* kararı, para. 190.

⁷⁴ Case C-542/14 *VM Remonts*, ECLI:EU:C:2016:578, para. 23-24.

⁷⁵ ABD Yüksek Mahkemesi'nin *Upjohn v. United States* 449 U.S. 383 (1981) kararı uyarınca, avukatların yanında çalışanlar ile yapılacak yazışmalar da belli koşulların varlığında imtiyazlı sayılmaktadır.

sulh ceza mahkemeleri ile icra tetkik mercilerinde” işleri yürütebilmeleri için sınırlı da olsa belli yetkiler tanınmaktadır. Müvekkilin savunma hakkının korunmasını güvence altına almak amacıyla, stajyer, asistan ve kâtiplerin avukatın gözetimi ve yetkisi altında yapacakları yazışmaların koruma kapsamında sayılması uygun olacaktır.

Bunlara ek olarak, aynı teşebbüs bünyesindeki, aynı veya farklı şirketler için çalışan avukatlar arasındaki yazışmalar ise imtiyaz koruması dışında olmalıdır⁷⁶. Nitekim rekabet uygulaması bakımından şirket içi avukatlar ile yapılan yazışmalar koruma kapsamı dışındadır ve aynı grup içerisindeki işlemler incelemeye muafır⁷⁷. Giannakopoulos (2011, 122) bu tarz bir değerlendirmede yavru şirketin ilgili pazarda ne ölçüde ekonomik olarak bağımsız davrandığına bakılması gerektiğini ileri sürmektedir. Christoforou (1985, 21) ise, ana şirketten yeterli derecede bağımsız olmayan bir iştirakin şirket içi avukatının bağlı olduğu şirketler grubunun diğer tüm yavru şirketler ile işçi-işveren ilişkisi kapsamında bağlı olduğu; dolayısıyla, diğer yavru şirketlere verdiği hukuki danışmanlığın bu bağlamda hukuki imtiyaz ile korunamayacağını ileri sürmektedir. Nitekim, “teşebbüs tanımı yapılırken ekonomik bütünlük ilkesi benimsenmiştir. Yani, bir yavru şirket tek başına değil, bağlı olduğu diğer şirket veya şirketlerle birlikte”⁷⁸ değerlendirileceğinden Christoforou’nun konuyla ilgili değerlendirmesi kanaatimizce uygundur.

Bu başlık altında değinilmesi gereken ilgi çekici konudan biri de bağımsız avukatın içerisinde bulunduğu yazışmaların doğrudan kapsam dışarısında tutulup tutulmayacağı hususudur. Paris Temyiz Mahkemesi’nin yakın tarihli Whirlpool kararında⁷⁹, bağımsız avukatın iki şirket arasında gerçekleşen e-posta zincirine eklenmiş olmasının tek başına yazışmanın imtiyazdan faydalanması sonucuna yol açmayacağına hükmetmiştir. Kararda böyle bir genişletmenin hukuki imtiyazın amacı ile bağdaşmayacağı zira rakiple yapılan konuşmalara bağımsız avukatın

⁷⁶ Almanya Bölge Mahkemesi İngiltere meşeli şirketin, Almanya’daki yavru şirketinde yaptırdığı iç denetimin sonucunda hazırlanan raporun imtiyazdan faydalanmadığına karar vermiştir. Regional Court Bonn, decision of 21 June 2012, 27 Qs 2/12.

⁷⁷ “Ana şirket ile bağlı ortaklığı, tek bir ekonomik birim oluşturduğundan, tek teşebbüs olarak nitelendirilmektedir”; Case T-24/05 *Alliance One International, Inc. and Others v European Commission*.

⁷⁸ RKHK’nın 3. maddesine ilişkin gerekçeden alıntılanmıştır.

⁷⁹ Paris Court of Appeals, *Whirlpool*, Ruling 14/13384, 8 November 2017 (French).

dahil edilmesi ile belgenin delil olarak kullanılmasının önüne geçilmesinin kolay hale gelebileceği ifade edilerek şirketin talebinin ilgili bölümü reddedilmiştir. Türk rekabet otoritesinin *Huawei* kararında da benzer şekilde, e-postanın karbon kopya (cc) bölümünde bağımsız avukatın isminin yer alması belgenin imtiyaz korumasından faydalanması için yeterli görülmemiştir. İlgili kararda, alınan “e-postanın karbon kopya (cc) bölümünde bağımsız avukatın ismi yer almakla birlikte herhangi bir beyanı veya kendisine yapılan bir beyan bulunmamaktadır” ifadesine yer verilerek, ilgili belgelerin imtiyaz nedeniyle iadesi talebi reddedilmiştir⁸⁰.

Diğer bir kayda değer konu ise, ilgili teşebbüsün bağımsız avukatı ile rakip şirket adına hareket eden bağımsız avukat arasında yapılan yazışmaların imtiyaz kapsamında kabul edilmemesi hususudur (Whish ve Bailey 2012, 127). Komisyon *Servier* ve *Teva* isimli iki rakip teşebbüsün bağımsız avukatlarının arasında yaptığı yazışmanın daha sonrasında avukatı tarafından *Servier*’e iletilmesinin, yazışmayı imtiyaz kapsamına dahil etmeyeceğine karar vermiştir⁸¹. Yazışma içeriğinde *Teva*’nın avukatının *Servier*’in davranışlarına yönelik rekabet hukuku değerlendirmeleri yer almaktadır. Karara göre, imtiyaz için gerekli olan iki şarttan biri olan, yazışmanın bağımsız avukat ile gerçekleşmesi şartı karşılanırsa dahi, belge içeriğinin *Servier*’in avukatı yerine rakip şirket avukatının değerlendirmelerini içeriyor olması nedeniyle, yazışmanın imtiyazlı olmasının *Servier*’in savunma hakkını koruma amacına hizmet etmediği değerlendirilmelerine yer verilmiştir.

2.1.2.2. İşçi-işveren İlişkisi ve Bağımsızlık

Müvekkili ile aralarında bir işçi-işveren ilişkisi olan avukatlar ile yapılan yazışmaların mesleki hukuki imtiyazdan faydalanamayacağı ilk defa *AM&S* kararında ifade edilmiştir. Burada bahsi geçen “işçi-işveren ilişkisi” (relationship of employment) şartının detaylı gerekçeleri ancak *AM&S* karardan yaklaşık 20 sene sonra, *Akzo* kararı ile detaylı şekilde ele alınmıştır.

⁸⁰ *İtiraza konu belge* e-posta zincirinin bağımsız avukat ve teşebbüs hukuk müşaviri arasındaki kısmı değil, yalnızca teşebbüs hukuk müşaviri ile teşebbüs yetkilileri arasındaki iki e-postayı içermektedir.

⁸¹ COMP/E1/39.612 - *Perindopril (Servier)*.

AM&S kararında üye ülkelerin hukukuna bakılmış ve şirket içi avukatlığa ilişkin hukuki düzenlemelerde ortak bir payda bulunamamıştır. Buna karşın bağımsız avukatların yetkinliklerine ilişkin üye devletlerdeki ortak kuralların varlığı, imtiyaz koruması bakımından ortak zemin bulmaya imkan tanımıştır (Fournier 2004, 47).

Akzo dosyası döneminde, Hollanda'da dahil⁸² bazı üye devletlerde şirket içi avukatların statülerine yönelik gelişmeler nedeniyle şirket içi avukatlar ile yapılan yazışmaların da hukuki imtiyazdan faydalanmasını talep eden geniş bir kamuoyu oluşmuş ve davaya pek çok müdahil⁸³ katılarak (Pais Antunes 2011, 4) başvuru ile birlikte, AB mahkemelerinin 1982'den beri, istikrarlı bir şekilde itibar ettiği imtiyazın (Nasutaviciene 2013, 47) daha geniş yorumlanması gerektiğine yönelik savlar ileri sürmüştür⁸⁴. ABAD, Hollanda'daki hukuki rejimin şirket içi avukatlarla yapılan yazışmaların koruma kapsamında olacak şekilde everilmesinin, üye devletlerdeki gelişmenin sinyali olduğu sonucuna ulaşmaya yetmediğini belirterek⁸⁵ bu iddiaları reddetmiştir. Holtz (2013, 3), 1982 ile 2010 yılları arasındaki gerçekleşen birçok hukuki ve politik değişikliğin göz ardı edilerek alınan *Akzo* kararının hayal kırıklığı yarattığını ileri sürmektedir.

Şirket içi avukatların niteliğine ilişkin en önemli tartışma, yazışmayı yapan şirket içi avukatın, baroya kayıtlı olmasının onu mesleki etik kurallarıyla bağlı hale getirip getirmediği ve bunun belli derecede bağımsızlığa sebep olup olmadığıdır⁸⁶. Mahkeme, önemli sayıdaki üye devlette şirket içi avukatların baroya katılmasına izin verilmediği; buna izin verilse ve şirket içi avukatlar mesleki etik kurallarına tabi olsalar bile, bu durumun şirket içi avukatlar ile yapılan yazışmaları imtiyazlı addetmeyeceğini hüküm altına almıştır⁸⁷. Ayrıca, *Akzo* kararında, bağımsızlık unsuru, mesleki etik ve disiplin kurallarıyla bağlı olunması gerekliliği ile

⁸² Hollanda'da şirket içi avukatlar baroya kaydolarak mesleki disiplin kurallarıyla bağlı hale gelmektedir. Dosya konusu çekişmeli belgelerden biri, Hollanda Barosu'na kayıtlı şirket içi avukat ile yapılan yazışmadır.

⁸³ İngiltere, İrlanda, Hollanda hükümetleri ile çeşitli avukatlık örgütleri.

⁸⁴ *Akzo(C-550)* para. 67.

⁸⁵ A.g.k. para. 75-76.

⁸⁶ *Akzo(T-125)* para. 144.

⁸⁷ A.g.k. para.171; Andreangeli (2005, 50)'ye göre avukatın mesleki etik ve disiplin kurallarıyla bağlı olması koruma için yeterli olmaktadır.

olumlu bir şekilde değil, işçi-işveren ilişkisinin yokluğu ile negatif bir biçimde⁸⁸ belirlemektedir (Fournier 2004, 45). Nitekim şirket içi avukatlar, müvekkilleri ile aralarındaki işçi-işveren ilişkisi kapsamında sahip oldukları “kimlikleri ve ekonomik bağılıkları”⁸⁹ nedeniyle bağımsız avukatlardan “işlevsel, yapısal ve hiyerarşik” olarak tamamen farklı konumdadırlar⁹⁰. Bağımsız avukat ise müvekkil ile kurduğu ilişkide üçüncü taraf konumundadır⁹¹. Şirket içi avukatın onu iş alan teşebbüsten farklı bir konumda olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır. Nitekim rekabet incelemeleri nedeniyle ortaya çıkacak sonuçlar bakımından çalışanlar teşebbüslerden bağımsız düşünülememektedir (Fournier 2004, 45)⁹².

İmtiyazı ilk defa ela alan AM&S kararında⁹³ avukatın bağımsızlığına ilişkin hükümlerin Genel Mahkeme'nin *Euro-Lex* kararı⁹⁴ ile yorumlanan ABAD'ın Statüsüne İlişkin Protokol'e dayandırıldığı açık bir şekilde belirtilmektedir (Fournier 2004, 46). *Euro-Lex* kararında, aynı zamanda şirket müdürü olan şirket içi avukatın, mahkemede şirketi temsil etmeye yetkili olamayacağına hükmedilmiştir. Kararda, avukatın Genel Mahkeme'de temsil kabiliyeti olması için “başvurucudan bağımsız” bir “üçüncü taraf” olması gerekliliğine vurgu yapılmıştır⁹⁵.

Akzo kararında, şirket içi avukatın, müvekkilli ile arasındaki işçi-işveren ilişkisine bağlı olarak sahip olduğu kimliği ve ekonomik bağılılığı⁹⁶ nedeniyle, mesleki yükümlülükleri ve müvekkilin hedefleri arasında çıkacak çatışmaları daha az etkili bir biçimde ele alabileceği sonucuna ulaşmıştır⁹⁷. Şirket içi avukatlar, doğaları gereği işçi statüsünde olduklarından, işverenin izlediği ticari stratejileri görmezden gelemeyecektir. Bu durum mesleki bağımsızlıklarının gereğinin

⁸⁸ *Akzo(C-550)* para.45, *Akzo(T-125)*, para. 168.

⁸⁹ *Akzo(C-550)* para. 57.

⁹⁰ *Akzo(T-125)* para.168, *Akzo(C-550)* para. 50.

⁹¹ *Akzo(T-125)* para. 168.

⁹² Case C-22/98 *Jean Claude Becu*, ECLI:EU:C:1999:419, para. 26.

⁹³ Para. 24.

⁹⁴ Case T-79/99, *Euro-Lex European Law Expertise GmbH v. Office for Harmonisation*, 8.12.1999.

⁹⁵ *Akzo* kararına konu olayda, şirket içi avukat aynı zamanda rekabet hukuku koordinatörü unvanıyla görev yapmaktadır. Kararda bu durumun avukat ile işvereni (teşebbüs) arasındaki bağları güçlendireceği belirtilmektedir. *Akzo(C-550)* para. 48.

⁹⁶ *Akzo(C-550)* para. 57.

⁹⁷ A.g.k. para. 45.

yerine getirilmesini etkileyecektir⁹⁸. Bağımsız avukat ise, ahlak ve vicdanına ters düşmesi halinde dilediği halde kişiyi temsil etmemeyi tercih edebilecektir. Yargıtay da bir kararında, benzer değerlendirmelere yer vermiştir:

Vekilin dilediği zaman sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı, işverene karşı mutlak olmamakla birlikte bir ölçüde bağımsızlığını ortaya koymaktadır. Oysa işçi, işin gerçekleştirilmesi yönünden amaca uygun olmadığını düşündüğü bir talimatı, işverenin ısrarı karşısında yerine getirmek zorundadır⁹⁹.

Bununla birlikte, şirket içi avukatlar ile yapılan yazışmaların imtiyaz kapsamı dışında tutulması eleştirilere neden olmuştur. Bu eleştirilerden bir tanesi “soğutma etkisidir (*chilling effect*) (Giannakopoulos 2011, 122). Bu görüşe göre iç avukatların yazışmaları imtiyazdan faydalanmadığı durumda teşebbüsler açığa çıkması endişesiyle hukuki görüş almaktan kaçınabilecek (Fournier 2004, 18), bu da piyasa davranışlarının rekabete aykırı sonuçlar doğurması gibi negatif etkiler ortaya çıkarabilecektir.

AM&S kararı sonrası dönemde, şirket içi avukatların dışarıda tutulması nedeniyle teşebbüs davranışlarının piyasada negatif bir sonuca yol açtığı iddiası bulunmaktaysa da konunun analitik verilerle teyit edilemediği belirtilmektedir (Giannakopoulos 2011, 122). Ayrıca Auburn (2000, 77) ABD için yapılan çalışmalarla elde edilen ampirik verilere göre imtiyaz müessesinin sanıldığı kadar önemi olmadığını ifade etmektedir. Şirket içi avukatların yazışmalarının hukuki imtiyazdan faydalanamamasının rekabet kurallarına uyumu azalttığı yönündeki gözleme nasıl bir analiz sonucunda varıldığı belli olmadığından, bu sava itibar edilmeyecektir.

Bir diğer eleştiri de savunma hakkına ilişkindir. Hatırlanacağı üzere, hukuki imtiyazın amaçlarından birisi de avukat ile müvekkilin açık bir iletişim içerisinde olmaları dolayısıyla hukuki görüşlerin etkinliğinin artması ve böylece teşebbüs davranışlarının yasalara uyumlanmasıdır. Nitekim, şirket içi avukatlar, şirketlerin iş stratejileri, fiyatlama politikaları, finansal durumları ve operasyonel süreçleri (Giannakopoulos 2011, 12) gibi hususlarda bağımsız çalışan avukatlara nazaran çok daha yetkin bir pozisyonda olduklarından, genellikle kurumsal işlemlere dahil

⁹⁸ A.g.k. para. 47.

⁹⁹ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 03.05.2012 tarih, 2010/7939 E., 2012/15559 K. sayılı kararı (Yargıtay 2012/15559 K. sayılı kararı).

olmakta ve görüş bildirmektedir (Holtz 2013, 7). Şirket içi avukatlara olağan iş akışında sıklıkla başvurulması nedeniyle, alınacak görüşlerin idari otoritelerin incelemesine açık olmasının, *AM&S* kararı ile dile getirilen savunma hakkının korunması amacıyla ters düştüğü ifade edilmektedir (Gonzalez ve Diaz 2017, 65).

Öte yandan böylesi elverişli delillerin rekabet incelemesinden muaf tutulması, rekabet incelemelerinde delil elde etmenin zorluğu karşısında¹⁰⁰ rekabet otoritelerinin hareket alanını epey daraltacak ve ihlalin ortaya çıkartılması noktasında delil işlevi görecek içeriğe sahip belgelere ilişkin evreni daraltarak incelemelerin etkinliğini azaltabilecektir (Wils 2019, 12). Crump (2003, 173)'a göre yazışmalara tanınan korumanın sınırı, amacına paralel olarak en dar şekilde çizilmelidir.

Hukukumuzda, şirket içi avukatlar ile bağımsız avukatlar, avukatlık mesleğini yürütmek için baroya kaydolmak zorundadır ve her iki grup açısından mesleki dürüstlüklerinin ve bağımsızlıklarının korunduğu söylenebilecektir (Gündüz 2009, 78). Ancak yine de bir sonraki bölümde tartışılacağı üzere, Türk hukuku bakımından da benzer şekilde şirket içi avukatın işçi-işveren ilişkisi nedeniyle belli bir kimliğe sahip olduğu ve ekonomik bağların bulunduğunu¹⁰¹ kabul etmek gerekmektedir. Kurul'un çeşitli kararlarından¹⁰² anlaşıldığı üzere şirket içi avukatlar ile yapılan yazışmalar imtiyaz kapsamı dışarısında sayılmaktadır. Kanımızca, söz konusu tercih ile, ABAD'ın tutumu ile uyumlu bir biçimde, rekabet hukuku incelemelerinde elverişli delil elde edilebilmesi ile teşebbüsün savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılması arasındaki denge sağlanmaktadır.

2.1.2.3. Avukat ve Müvekkil Arasındaki İlişkinin Türk Hukukundaki Niteliği

Bu bölümde, imtiyazın geçerli olması için gerekli unsurlardan birisi olan avukatın bağımsız olması, diğer bir ifade ile müvekkil ile işçi-işveren ilişkisi içinde olmaması gerekliliğinin Türk hukukundaki yansıması incelenecektir. Çalışma kapsamında avukat ve müvekkilin kimleri kapsadığının yanı sıra aralarındaki

¹⁰⁰ *Akzo* kararında, rekabet ihlallerinin tespit edilmesinin zorlaştığı belirtilmektedir: *Akzo(T-125)*, para. 85-86.

¹⁰¹ *Akzo(C-550)* para. 57.

¹⁰² *CNR* kararı s.22, *Enerjisa* kararı para.7, *Sanofi* para. 2970, *Huawei kararı*, *Çiçeksepeti II kararı*.

ilişkinin niteliği de önem arz etmektedir. Bağımsızlık unsurunu sağlayan ilk etmen, avukatın müvekkil ile işçi-işveren işveren ilişkisi içinde olmaması gerekliliği olup, taraflar arasında vekâlet sözleşmesinin varlığı Kurul tarafından bir kıstas olarak belirlenmemiştir. Ayrıca, avukatın müvekkil ile işçi-işveren işveren ilişkisi içinde olmasa da ücret ödemelerini hangi aralıklarla aldığı, verilen hukuki danışmanlığın süresi gibi hususlar bağımsızlık unsurunu etkileyebilecektir.

Ancak, taraflar bir hukuki bir ilişkiye girdiklerinde, şekilsel düzenlemeleri göz ardı ederek amaçlarını gerçekleştirecek kolay yol ne ise onu tercih edebilmektedir. Müvekkiller avukat ile kurulacak ilişkinin vekâlet, hizmet (iş), satım gibi hangi nitelikte sözleşmeye dayanacağını çoğunlukla değerlendirilmemektedir (Kürşat 2009, 163). İş görüldüğü sürece bu ilişkinin niteliğinin bir önemi bulunmamaktadır. Bağımsız avukat ile müvekkil arasında vekâlete dayalı bir ilişki varken,

[v]ekilin, müvekkilin işletme organizasyonuna dahil olarak iş veya hizmet gördüğü durumlarda ise, ya bir karma sözleşmeden (asli unsurları hizmet ve vekâlet olan) ya da bir hizmet sözleşmesinden söz edilecektir (Akipek 2003, 36).

TBK m. 502’de verilen tanıma göre vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir. “Vekâlet sözleşmesinde vekil, hizmet sözleşmesindeki işçiden farklı olarak işin veya hizmetin görülmesi bakımından bağımsız olarak hareket eder”¹⁰³. Avukat çoğunlukla, iş görme borcunu yerine getireceği zamanı, mekânı ve koşulları kendisi belirlemektedir (Akipek 2003, 35-36). Avukatın bağımsızlığı mutlak değildir. Müvekkilin işin görülmesine yönelik vereceği talimatlar, bağımsızlığın sınırlarını oluşturmaktadır. Ancak yine de “mesleğin niteliği gereği avukatın müvekkilin talimatlarına harfiyen uyması beklenemez”¹⁰⁴. Örneğin, avukatın karşı tarafın avukatı varken, karşı taraf avukatını aşarak, karşı taraf ile doğrudan iletişime geçmesi meslek kuralları gereği yasak olmasına rağmen, müvekkilin bu yönde talimat vermesi halinde avukat bu talimata uymayacaktır (Günergök 2009, 52-53).

¹⁰³ Demir, E. E. “Avukatlık Sözleşmesi İle Vekâlet Sözleşmesinin Karşılaştırılması”, <http://demirve-demirhukuk.com/images/yayinlar/k01.pdf> Erişim Tarihi: 15.07.2020., s. 6.

¹⁰⁴ A.g.k. s. 25.

İşçi ile işveren arasında ise bağımlılık söz konusudur. İş Kanunu'nun 8. maddesine göre, “iş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir”. Taraflar arasındaki sözleşmenin niteliği tek başına imtiyaz değerlendirmesinde bir sonuca varmaya yeterli olmayabilecektir. Teşebbüs ile avukat arasında bir iş sözleşmesi olmasına rağmen, avukat teşebbüste fiilen az zaman geçirerek başka müvekkiller ile bağımsız bir avukat olarak çalışabilmektedir. Bu durumdaki bir avukatın birden çok müvekkili olan serbest bir avukat gibi davrandığı varsayımı değerlendirildiğinde, aradaki iş sözleşmesinin şekli bir unsur olduğu kanaatine varılabilecektir. Nitekim sözleşmenin varlığı her ne kadar avukatı işverene bağımlı hale getirse dahi, *Akzo* kararında yer alan şirket içi avukatın işçi-işveren ilişkisi nedeniyle sahip olduğu nitelikte bir kimlikten ve ekonomik bağılıktan söz etmek mümkün gözükmemektedir.

Benzer şekilde, bağımsız bir avukatın teşebbüsün iş organizasyonuna dahil olmamasına ve aradaki ilişkinin iş akdine dayanmamasına rağmen teşebbüsün hukuki danışmanlığını yapması ve haftanın belli gün ve saatlerinde şirkete gelerek çalışması da mümkündür. Bu durumda da bağımsız avukat haftanın belli gün ve saatlerinde şirkete gelerek çalışsa dahi, avukatın bağımsızlığı korunmuş olacaktır. Zira “iş sözleşmesinde bağımlılık unsurunun içeriğini işverenin talimatlarına göre hareket etmek ve iş sürecinin ve sonuçlarının işveren tarafından denetlenmesi oluşturmaktadır”¹⁰⁵. Haftanın belli gün ve saatlerinde teşebbüste çalışan, kendi ofisi olan ve başka müvekkilleri olan bağımsız avukat üzerinde işverenin yönetim ve denetiminden bahsetmek mümkün gözükmemektedir.

Ancak, bağımsız avukatın kendi ofisi olmasına rağmen yalnızca tek bir şirkete hukuki danışmanlık veriyor olması durumunda bağımsızlık unsurunun zedelenmesi olasıdır. Yargıtay'a göre,

Bağımsız olarak iş gören, bu nedenle faaliyetini sürdüreceği zamanı belirlemede kısmen de olsa serbestliğe sahip olan, bütün zamanını tek bir müvekkile hasretmek zorunda olmayan vekil, farklı kişilerle ayrı vekâlet sözleşmeleri yapabilmekte ve bu şekilde ekonomik olarak tek bir işverene bağlı olmaktan kurtulmaktadır¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Yargıtay 2012/15559 K. sayılı kararı.

¹⁰⁶ A.g.k.

Bağımsız avukatın, tek bir şirkete hukuki danışmanlık veriyor olması durumunda müvekkil ile aralarındaki hukuki ilişkinin niteliğine (hizmet – vekâlet sözleşmesi) bakılmaksızın, aralarındaki iş görme ilişkisinin işçi-işveren ilişkisine benzediği ve dolayısıyla rekabet hukuku bağlamında işveren karşısındaki bağımsızlığını yitirdiği kanaatine varılabilecektir.

Bu noktada avukatın aldığı ücretin ne zaman ve ne şekilde alındığının irdelenmesi gerekmektedir. Avukatlar, ücretlerini verdikleri hizmet başına veya haftalık, aylık, yıllık olarak alabilmektedir; ancak ücretin “haftalık, aylık, yıllık ödenmesi ona [avukat ile müvekkil arasındaki sözleşmeye] hizmet sözleşmesi niteliği atfetmez”¹⁰⁷. Yargıtay’a göre, avukata “aylık sabit ücret ödeneceğinin öngörülmesi, taraflar arasındaki ilişkiye iş ilişkisi niteliğini tek başına”¹⁰⁸ kazandırmayacaktır.

İrdelenmesi gereken bir diğer husus ise avukatların, iş görme borcunu zamana bağlı olmaksızın borçlanmakta oldukları hususudur (Akipek 2003, 35). Yargıtay bir kararında aşağıdaki ifadeler yer vermiştir¹⁰⁹:

[i]ş sözleşmesini eser ve vekâlet sözleşmelerinden ayırt eden en önemli kıstas bağımlılık unsurudur. Her üç sözleşmede iş görme edimini yerine getirenin iş görülen kişiye (işveren-eser sahibi veya temsil edilen) karşı ekonomik bağıllığı vardır. Ancak, iş sözleşmesinde işçi, belirli veya belirsiz süreli olarak işveren için çalışır. Vekâlette ise vekilin belli bir zamana bağlı olarak çalışması söz konusu değildir. Vekil kural olarak uzmanlığı bakımından iş sahibinin talimatları ile bağlı değildir

Yargıtay yukarıda aktarılan kararlarla uyumlu olarak başka bir kararında ise¹¹⁰, avukat ile müvekkil arasındaki ilişkinin, avukatın kendi ofisi olmasına rağmen, avukatın sürekli biçimde müvekkilin ofisinde çalıştığı, avukata ücretlerinin her ay muntazam ödendiği ve avukatın sayı ile iş yapmadığı gerekçeleriyle ilişkinin hizmet akdine dayandığını hüküm altına almıştır.

Sonuç olarak, imtiyazın geçerli olabilmesi için yazışmanın yapıldığı avukatın bağımsız olması gerektiği koşulu irdelenirken, avukat ile müvekkil arasındaki ilişkinin vekâlet veya iş sözleşmesine dayalı olduğuna yönelik bir nitelendirme yapılması her zaman doğru sonucu vermeyebilecektir. Bu nedenle avukatın

¹⁰⁷ <http://demirvedemirhukuk.com/images/yayinlar/k01.pdf>. s. 11.

¹⁰⁸ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 13.7.2009 tarih, 2008/876 E., 2009/20602 K. sayılı kararı.

¹⁰⁹ Yargıtay 2012/15559 K. sayılı kararı.

¹¹⁰ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 20.06.1996 tarih, 1996/3092 E., 1996/14111 K. sayılı kararı.

bağımsızlığını temin edecek sayıda ve ölçüde müvekkile hizmet verip vermediği, ödeme alma şekli, bürosu olmasına rağmen sürekli olarak müvekkilin iş yerinde çalışıp çalışmadığı, çalışmasının bir süreye bağlı olup olmadığı gibi unsurlar da dikkate alınmalıdır. Nitekim, Kurul, *Çiçeksepeti II* kararında, avukatın teşebbüs bünyesinde bordrolu çalıştığına yönelik teşebbüs ifadesi ile avukatın işe başladığı tarihi gösteren işe giriş bildirgesi, son aya ait maaş bordrosu ve avukat kimliği kopyasının varlığını, avukatın şirket içi avukat niteliğinde sayılması için yeterli görmüştür. Bu durumda bağımsızlık unsurunun varlığından söz edilemeyecektir.

2.2. İLETİŞİMİN SAVUNMA HAKKININ KULLANILMASI AMACIYLA YAPILMASI

Hukuki imtiyazın geçerli olması için “avukat ile müvekkil arasındaki yazılı iletişimin müvekkilin savunma hakkının kullanılması amacı ile yapılması”¹¹¹ gerekmektedir. Bu şart ilk kez ABAD’ın *AM&S* kararında belirlenmiş olup Kurul kararlarında görüldüğü üzere Türk rekabet hukukunda da aynen uygulanmaktadır. Şartın unsurları, imtiyaz korumasından faydalanacak iletişimin yazılı olması, avukat ile müvekkil arasında gerçekleşmiş olması¹¹² ve müvekkilin savunma hakkı amacıyla yapılması gerekliliğidir. İlerleyen bölümlerde her bir unsurun detaylarına yönelik araştırmalara yer verilecektir.

2.2.1. İletişimin Niteliği

Avukat ile müvekkil günümüzde telefon, video görüşmesi, yüz yüze olmak üzere çeşitli araçlar yoluyla sözlü veya e-posta, mektup ve benzeri iletişim araçlarıyla yazılı olarak iletişim kurabilmektedir. Rekabet hukuku bağlamında bu görüşmelerin hangilerinin gizlilik kapsamında korumadan faydalanacağı farklı hukuk düzenlerine göre değişiklik göstermektedir. Örneğin, ABD’de korumadan faydalanmak için avukat ile müvekkil arasındaki iletişimin sözlü veya yazılı yapılmış olmasına dair bir şart bulunmamaktadır (Alford 2018, 3).

AB’de ise konunun ilk kez gündeme geldiği *AM&S* kararında korumadan kastedilenin avukat ile müvekkil arasındaki yazılı iletişim olduğu¹¹³

¹¹¹ *AM&S* para.21-22.

¹¹² Avukat ve müvekkile ilişkin tartışmalara 2.1.2. no’lu başlıkta yer verilecektir.

¹¹³ *A.g.k.* para. 25.

(Giannakopoulos 2011, 126) hükme bağlanmıştır. ABAD daha sonraki kararlarında da bu duruşunu korumuştur¹¹⁴.

Bununla birlikte, *AM&S* kararında bahsi geçen iş kayıtlarının 1/2003 sayılı Tüzük'ün 20(2). maddesini işaret ettiği ve madde içeriğinde bu kayıtların sözlü veya yazılı olmasına dair bir sınırlama getirilmediği ve dolayısıyla avukat ile müvekkil arasındaki her türden iletişimin koruma kapsamında olması gerektiği yönünde görüşler mevcuttur (Giannakopoulos 2011, 126). Hukuk Sözcüsü Slynn de hukuki görüşün sözlü veya yazılı, nasıl kaydedildiğinden bağımsız hukuki korumadan faydalanması gerektiğini savunmuştur¹¹⁵. Bununla birlikte, Christoforou (1985, 37-38) sözlü iletişimin hukuki korumadan faydalandığı tespitinin etkin bir şekilde yapılamayacağı ve bu durumun suiistimale açık olması nedeniyle sözlü iletişime koruma sağlanmasının belli güçlükler doğurduğuna işaret etmektedir.

Öte yandan, Genel Mahkeme'nin *Hilti* kararında sözlü iletişim dolaylı yoldan koruma altına alınmıştır. Kararda hakkında imtiyaz değerlendirmesi yapılan belge, hukuki görüşün şirket içerisinde raporlanmasına ilişkindir. Kararda, hukuki görüşün sözlü veya yazılı hangi yolla alındığından bağımsız olarak, şirket içerisinde raporlanarak dağıtılmasının, ilgili şirket içi notu (belgeyi) imtiyaz kapsamından çıkartmaması gerektiği hükme bağlanmıştır. Mahkeme hükmüne göre, bahse konu hukuki görüşün yazışma yapılarak alınmamasına rağmen, sırf görüş içeriğinin şirket içi belgelerde raporlanması, diğer bir ifade ile yazılı hale gelmesi gerekçesiyle avukat ile müvekkil arasındaki yazılı iletişimin korunması ilkesine ket vurmamalıdır¹¹⁶.

Kurum uygulamasında ise Kurul ve mahkeme kararları uyarınca avukat ile müvekkil arasındaki yazılı iletişimin imtiyaz kapsamında korunduğu görülmektedir¹¹⁷. Sözlü iletişime ilişkin ayrı bir değerlendirmeye rastlanamamıştır.

Sonuç olarak hem AB hem Türkiye rekabet hukuku uygulamasında, açık ve istikrarlı bir biçimde, avukat ile müvekkil arasındaki yazılı iletişime koruma sağlanmaktadır. Sözlü iletişim ancak, ABAD'ın *Hilti* kararında hüküm altına alındığı üzere, savunma hakkı kapsamında ve bağımsız bir avukat ile yapılma

¹¹⁴ *Hilti* para.17, *Akzo(T-125)* para. 76.

¹¹⁵ Opinion of Advocate General Sir Gordon Slynn, *AM & S Europe v Commission*, Case 155/79, EU:C:1982:157, s. 1655.

¹¹⁶ *Hilti* para. 18.

¹¹⁷ *CNR* kararı s. 22, *DOW* kararı para. 8.

koşullarının sağlanması halinde, görüşün şirket içerisinde raporlanması halinde imtiyazdan faydalanabilmelidir.

2.2.2. Yazışmanın Savunma Hakkı Amacıyla ve Bu Kapsamda Yapılması

ABAD'a göre, çoğu üye devletin iç hukuku ile topluluk hukuku kapsamında savunma hakkının korunması hukukun genel ilkelerinden sayılmaktadır (Christoforou 1985, 10). İmtiyaz, AİHM kararları¹¹⁸ ile de uyumlu bir şekilde, “savunma hakkının esaslı bir sonucudur”¹¹⁹. AB’de, imtiyaz koruması yalnızca müvekkilin savunma hakkını güvence altına almak amacıyla ilgili rekabet sürecinin konusuyla bağlantılı olan hukuki görüşleri kapsamaktayken, Avusturalya, Kanada, İtalya, Hollanda, Danimarka (Doury 2009, 6) İrlanda, Yeni Zelanda, Portekiz, İngiltere ve ABD gibi bazı hukuk düzenlerinde, herhangi konudaki hukuki görüş koruma kapsamındadır (OECD 2018a, 14). Anglosakson hukukunda dava imtiyazı¹²⁰ ve hukuki görüş imtiyazı olarak farklı koruma sistemleri benimsenmekte, dava imtiyazı ile görüşmelere ilave koruma sağlanmaktadır. Örneğin İngiltere’de dava imtiyazı ile avukat ile tanık veya bilirkişi gibi üçüncü kişiler arasındaki davaya hazırlık amacıyla yapılan görüşmeler de koruma kapsamında sayılmaktadır (OECD 2018h, 3). Ancak, bu sistemlerin tümünde AB’de olduğu gibi, hukuki olmayan görüşler; şirketin işi ile ilgili tavsiyeler kapsam dışıdır¹²¹.

Avukat ile müvekkil arasında “*inceleme konusu ile bağlantısı olmayan iletişimler*” (Christoforou 1985, 9), savunma hakkıyla ilgisiz sayılarak koruma kapsamı dışarısında olacaktır. Örneğin, vergi veya muhasebe işleri ile ilgili görüşmeler kapsamda sayılmamalıdır; meğerki rekabet incelemesinin konusuyla ilgili olsun. Kurul’un İGMD¹²², Warner Bros¹²³ ve Enerjisa kararları uyarınca savunma hakkının kullanımıyla doğrudan ilgisi bulunmayan, herhangi bir ihlale

¹¹⁸ Avukat-müvekkil iletişiminin gizliliği doğrudan savunma hakkını ilgilendiren hassas bir alan olarak kabul edilmiştir (Başvuru no: 23224/94, *Kopp v Switzerland*).

¹¹⁹ AM&S para. 18, 23.

¹²⁰ Bu kavram hem mahkemeler önünde yürüten veya yürüyecek davaları hem de yaptırım ile sonuçlanabilecek idari süreçleri kapsamaktadır.

¹²¹ AİHM yargılamasında ise farklı bir şekilde, avukat ile müvekkil arasındaki ilişkinin prensip olarak imtiyazlı olduğuna vurgu yapılarak, avukat ile yapılan yazışmaların; dava ile ilgili olan ve olmayan şekilde farklı kategorilere ayırmak için herhangi bir neden görülemediği gerekçesiyle, amacı ne olursa olsun ilgili yazışmaların doğası gereği özel ve gizli olduğuna hükmedilmiştir. Başvuru no: 33274/96, Foxley v. UK, para. 43; Başvuru no: 13590/88, *Campbell v. UK*, para. 48.

¹²² Para. 85.

¹²³ Para. 7.

yardıml etmek veya devam eden ya da ileride işlenecek bir ihlali gizlemek amacıyla yapılan yazışmalar önaraştırma, soruşturma veya inceleme konusuyla ilgili olsa bile, korumadan yararlanmayacaktır. Kurul'un CNR kararında,

Sadece rekabet hukuku bakımından değil, genel olarak konusu yasaların ve/veya kuralların ne şekilde çignenebileceğine dair avukat ile müvekkil arasında gerçekleştirilen yazışmaların hiçbir hukuk düzeninde koruma görmeyeceği tabiidir.

hükümü yer almaktadır¹²⁴. Kararın devamında, CNR'nin eski tarihli sözleşmeler yaparak Kurul tarafından öngörülen yükümlülükten kaçınmak amacıyla muvazaalı işlem yapmasının savunma hakkının kullanılması ile ilgili olmadığı değerlendirilmesinde bulunulmuştur. Dolayısıyla, söz konusu yazışmalar sağlıklı delil olarak nitelendirilmiş ve gizlilik ilkesi kapsamında sayılmamıştır¹²⁵.

Avukat ile müvekkil arasındaki iletişimin gerçekleştiği zaman ilgili yazışmanın savunma hakkı kapsamında korumadan faydalanıp faydalanmadığının tespitinde önem arz etmektedir¹²⁶. AM&S kararına göre, ABİDA 101 ve 102. maddelerin uygulanması bakımından “*idari sürecin başlatılmasından sonra gerçekleştirilen yazılı iletişimin tamamı*” ve “*yürütülen [idari] sürecin konusu ile alakalı olan önceki [tarihli] yazılı iletişim*” korumadan faydalanacaktır¹²⁷. Bu noktada, imtiyaz korumasının kapsamının belirlenmesinde idari sürecin ne zaman başladığının tespiti önem kazanmaktadır.

¹²⁴ S. 30.

¹²⁵ S. 27-28; CNR kararının incelendiği Danıştay 13. Dairesi'nin 11.03.2014 tarih, 2010/1677 E., 2014/829 K. sayılı kararında da benzer ifadeler ile ilgili belgelerin imtiyazlı olmadığına karar verilmiştir.

¹²⁶ AİHM içtihadına göre, imtiyaz avukatın yardımından yararlanma hakkı ile bağlantılı olduğundan, avukattan yararlanılmadığı durumda gizlilik korumasının da bir anlamı olmayacaktır. Avukata danışma hakkı doğduğu andan itibaren imtiyaz hakkının da doğacağını ileri sürülmektedir (Fournier 2004). AİHM S w. Switzerland kararına göre, AİHS 6(3)(c) uyarınca, suçlananın avukatın yardımından yararlanma hakkı, kişiyi resmi suçlamaların yöneltildiği dava anından önce başlamakta, ilk tahkikat safhasındaki polis sorgulaması sırasında da suçlanan bu haktan faydalanabilmelidir (Başvuru no: 14310/88, Murray v. United Kingdom, para. 63.). ABAD'ın Hoechst v Commission [1989] E.C.R. 2859 para. 16. kararında da benzer şekilde, yasal temsilciye danışma hakkı ile mesleki hukuki imtiyazın, önaraştırma aşamasından itibaren geçerli olduğu karara bağlanmıştır.

¹²⁷ AM&S para. 23.

AM&S kararındaki “*idari sürecin başlangıcının*”¹²⁸, soruşturmanın resmi başlangıç tarihi¹²⁹ değil Komisyonun inceleme yetkilerini kullanmaya başladığı tarih olduğu ileri sürülmektedir (Kerse ve Kahn 2012, 130). Komisyon, soruşturmayı resmi olarak başlatmaya yönelik karar almadan önceki inceleme sürecinde (Kurul uygulamasındaki önaraştırma süreci ile benzer şekilde), bilgi isteme ve yerinde inceleme yetkilerini kullanabilmektedir (Blanco 2013, 238). Komisyonun söz konusu bilgi toplama aşaması ile süreci başlatan resmi kararı arasında önemli bir zaman geçebilmektedir. Bazı yazarlara göre ise süreç bilgi isteme ve yerinde inceleme yetkilerinin kullanılması ile başlatılmaktadır (Christoforou 1985, 12). Sürecin şikâyetçi tarafından yapılan başvuru tarihi veya Komisyon’un resen araştırmaya başlamasının süreci başlattığı yönünde görüşler bulunmaktadır (Kuypers ve Rijn 1982, 15). Ancak tarafımızca bu görüşe katılmak mümkün gözükmemektedir. Nitekim ABAD’ın *IBM* kararına göre idari süreç, Komisyon’un, karar alma niyetini gösteren yetkili eylemi ile başlamaktadır¹³⁰. Kararlarda bu yetkili eylemin ne olduğuna yönelik açık ifadeler bulunmamaktadır.

Kurum uygulamasında ilk inceleme, önaraştırma, soruşturma ve birleşme-devralma dosyaları bakımından idari süreçler farklı işlemler ile başlamaktadır. İdari sürecin başlaması için Kurum’a yapılan şikâyet, ihbar veya bildirim yeterli midir yoksa Kurul tarafından resmi bir karar alınması mı gerekecektir? Öte yandan kimi hallerde, Kurul resmi bir karar almasa dahi, raportörler RKHK’dan kaynaklanan yetki ile taraflardan bilgi talebinde bulunabilmektedir. Bu durumda idari sürecin resmi bir Kurul kararı olmamasına rağmen başlayıp başlamadığı konusunda da belirsizlik bulunmaktadır. Yazışmanın imtiyaz korumasından faydalanıp faydalanmadığının ortaya konması açısından imtiyaz bakımından idari

¹²⁸ Kararda, rekabet ihlallerine yönelik yürütülecek süreç kastedilmektedir. Birleşme ve devralma başvurularında sürecin başlangıcı 139/2004 sayılı Tüzük’ün 6. maddesinde ele alınmıştır. Buna göre, başvuruya konu birleşme devralmanın kapsamda olduğuna karar verilmesi halinde süreç başlayacaktır.

¹²⁹ Komisyon, 773/2004 sayılı Tüzük 2. maddesi uyarınca, 1/2003 sayılı Tüzük’ün 7-10. maddelerine uygun bir karar alarak soruşturmanın herhangi bir aşamasında süreci başlatabilir ancak bu süre soruşturma tebligatının (*statement of objections*) sunulması ile sınırlıdır. En İyi Uygulamalar Duyurusu para. 24.

¹³⁰ *SA Brasserie de Haecht v. Wilkin-Janssen*, 1973 ECLI:EU:C:1973:11, para; 16. *IBM Corp. v. Comimission*, 1981 ECLI:EU:C:1981:264, para. 15. Kararda yetkili eylemlerin ne olduğu açıkça belirtilmemişse de, 773/2004 sayılı Tüzük 2. maddesinde sayılanlara atıf yapıldığı düşünülmektedir. Bkz: Blanco 2013, 240.

sürecin ne zaman başladığının kamuya açık bir metninde düzenlenmesi hukuki belirliliğin sağlanmasına katkı sağlayacaktır.

İmtiyazın kapsamı bakımından yazışmanın yapıldığı tarih ile idari sürecin başlatılması arasında ne kadar süre geçtiğinin ise önemi bulunmamaktadır (Giannakopoulos 201, 119). *AM&S* kararında imtiyaz koruması kapsamında sayılan ve hukuki görüş içeren yazışmalar idari sürecin başlamasından yaklaşık 7-8 sene önce gerçekleşmiştir¹³¹. *ABAD*'ın idari süreçten önceki yazışmaları da koruma kapsamına dâhil etmesinin doğrudan savunma hakkının tesis edilmesi amacına hizmet ettiği¹³² fakat rekabet incelemelerinin dirliği bakımından bir denge gözeterek idari sürecin başlamasından önce avukat ile gerçekleştirilen tüm yazışmaları değil, yalnızca sürecin konusu ile bağlantısı olan iletişimlerin koruma kapsamında tuttuğu değerlendirmesi yapılabilecektir.

Kurul ise bu konuya ilişkin ***CNR* kararında *AM&S* kararının ilgili bölümüne atıf yaparak, inceleme konusuyla ilişkili idari süreçten daha eski tarihli belgelerin de avukattan görüş almak amacıyla yapılmış olması durumunda korumadan yararlanabileceğini belirtmiştir**¹³³. Buna rağmen, Kurul uygulamasının, *AB*'nin, yürütülen [*idari*] sürecin konusu ile alakalı olan önceki [*tarihli*] yazılı iletişimin koruma kapsamında sayılmasına yönelik uygulamasından farklılaştığı görülmektedir. Bu konuda “*Enerjisa Denetim Raporu*” başlıklı raporun imtiyaz kapsamında olup olmadığı hakkındaki Kurul ve mahkeme süreçleri dikkat çekicidir.

Kurul *Enerjisa* kararında, “*iadesi talep edilen belgelerin (Enerjisa Denetim Raporunun) savunma hakkının kullanımıyla doğrudan ilgili olmadıkları*” gerekçesiyle ilgili belgelerin imtiyazdan faydalanmadığı değerlendirilerek iade talebini reddetmiştir. Kurul kararını iptal eden Ankara 15. İdare Mahkemesi'nin 2017/412 E., 2017/3045 K. sayılı kararında ise aşağıdaki ifadelere yer verilmiştir:

[B]elgenin şirketin muhtelif illerdeki adreslerine bağımsız avukatlar tarafından yapılan örnek rekabet denetimine ilişkin olduğu, içeriğinin ise hangi davranışların rekabet hukuku açısından ihlal teşkil edebileceğinin saptanması ve bu konularda şirketin rekabet mevzuatına uyumu ve rekabet ihlallerinin önlenmesi kapsamında önerilerin sıralanması mahiyetinde olduğu (...) raporun, gerekçeli kararda belirtilen ‘bağımsız avukattan hukuki danışmanlık alınmasını yönelik olarak hazırlanan evrak’ niteliğinde olduğu, bahse konu raporun şirketin rekabet

¹³¹ *AM&S* para. 33.

¹³² *AM&S* para. 34.

¹³³ *CNR* kararı s. 22.

mevzuatına uyumu ve rekabet ihlallerinin önlenmesine yönelik öneriler içermesinin, yine gerekçeli kararda vurgulanan 'bir bağımsız avukatın teşebbüse belli bir anlaşmanın 4054 sayılı Kanunu ihlal edip etmediğine ilişkin bildirdiği görüş korumadan yararlanır' açıklaması ile birlikte düşünüldüğünde savunma hakkının kullanılması kapsamında olduğu (...)

İdare mahkemesinin kararı ise BİM kararı ile kaldırılmış ve BİM tarafından *Enerjisa Denetim Raporu* başlıklı raporun savunma hakkı kapsamında olmaması nedeniyle imtiyaz korumasından faydalanamayacağı hükme bağlanmıştır. BİM kararında, çekişmeli raporun önemli bölümüne yer verilmiş ve akabinde aşağıdaki tespitlere yer verilmiştir.

[raporun] şirketin rekabet mevzuatına uyumu ve rekabet ihlallerinin önlenmesine yönelik önerileri içerdiği, (...) bağımsız avukatlar tarafından davacı şirketin hangi davranışlarının rekabet hukuku açısından ihlal teşkil edebileceğini saptayan ve bu konularda, **davacı şirketin genel rekabet eğilimlerinin ve atölye çalışmalarının hazırlanmasında kullanılacak bulguların elde edilmesi amacıyla yönelik hazırlandığı (...)**¹³⁴

Mahkemenin bu tespitlerine rağmen, kararın ilerleyen bölümlerinde raporun imtiyazdan faydalanmadığına yönelik gerekçelerinin raporun içeriğiyle doğrudan bağlantısı olup olmadığı anlaşılammaktadır. Kararın devamında aşağıdaki ifadelere yer verilmektedir:

(...) raporun bağımsız hukuki danışmanlık alınmasına yönelik hazırlandığı, içerik itibariyle 4054 sayılı Kanun'un ihlali sonucunu doğuracak nitelikte ifadeler ve değerlendirmeler içerebileceği dikkate alındığında, [Enerjisa Denetim Raporu'nun düzenlendiği tarihte Enerjisa] hakkında daha önce davalı idare tarafından rekabet mevzuatında belirlenen ilkelerin ihlalden dolayı başlatılmış bir soruşturma veyahut soruşturma neticesinde tesis edilmiş bir idari işlemin iptali istemiyle açılmış bir davanın henüz bulunmaması nedeniyle anılan raporun savunma hakkı kapsamında doğrudan kullanılmak üzere hazırlanmış bir rapor olduğundan söz edilmesine imkân bulunmadığı (...)¹³⁵

Görüldüğü gibi, BİM, Kurul'un *CNR* kararı ile *ABAD*'ın *AM&S* kararındaki yaklaşımının aksine, çekişmeli belge içeriğinin inceleme konusuyla bağlantısı olup olmadığını açık biçimde ortaya koymadan, **belgenin yalnızca idari sürecin başlamasından önceki tarihli olması nedeniyle** savunma hakkı kapsamında olmadığı değerlendirilmesinde bulunmuştur.

Kurul *Warner Bros* kararında ise kanaatimizce hatalı hukuki değerlendirmeler içeren *BİM'in Enerjisa kararına* atıf yaparak, **belgelerin içeriğine ilişkin herhangi bir değerlendirme yapmadan** imtiyaz iddialı belgelerin

¹³⁴ Vurgu sonradan eklenmiştir.

¹³⁵ *BİM Enerjisa* kararı s. 4.

“önaraştırmanın başlangıç tarihinden önce olduğu, dolayısıyla savunma hakkının kullanımıyla doğrudan ilgili olmadıkları” gerekçesiyle imtiyaz iddiasını reddetmiştir¹³⁶. Kurul bu kararı ile katılmadığımız bir şekilde, avukat ile müvekkil arasındaki yazışmaların yürütülen inceleme süreciyle bağlantısı olup olmadığını irdelemeksizin yazışmaların idari süreç başlamadan önce yapılmış olmasını imtiyazın reddedilmesi için yeterli görmektedir. Türk rekabet hukukunda savunma hakkının etkin şekilde kullanılabilmesini sağlamak amacıyla, inceleme sürecinin konusuyla bağlantılı olan ve savunma hakkının kullanılması amacıyla yapılan önceki tarihli yazışmaların da imtiyazdan faydalanmasının sağlanması uygun olacaktır.

Kerse ve Kahn (2012, 130), idari sürecin başlamasından önceki ilgili yazışmaların koruma kapsamında sayılmasının, teşebbüslerin en erken fırsatta hukuki görüş almak konusunda cesaretlerinin kırılmamasını sağlayacağını ileri sürmektedir. Gerçekten de teşebbüslerin henüz idari bir süreç bulunmazken avukata danışması, davranışlarının yasa ile uyumlaştırılmasına hizmet edecektir. Ancak, teşebbüslerin önceki tarihli konuyla ilgili yazışmaların açığa çıkartılma riskiyle karşı karşıya olmaları, teşebbüs davranışlarının yasaya uyumu neticesinde meydana gelecek toplumsal faydanın elde edilmesinin önüne geçebilecektir.

Avukat ile müvekkil arasında gerçekleşen yazışmaların salt yürütülen idari süreçten önce yapılması nedeniyle koruma kapsamı dışarısında tutulması savunma hakkına engel teşkil etmektedir. Bu kapsamda, teşebbüslerin idari süreçlerden kaçınmak amacıyla yaptıkları ve çoğunlukla soruşturmalardan önce gerçekleştirilen uyum programları ile şirket denetimlerine yönelik avukatları ile yaptıkları yazışmaların, yalnızca eski tarihli olması nedeniyle koruma kapsamından çıkartılması hakkaniyetsiz gözükmektedir. AB içtihadında, uyum programı kapsamında hazırlanan belgelerin doğrudan imtiyaz korumasından yararlanmaması gerektiğine vurgu yapılmaktadır. Genel Mahkeme *Akzo* kararında uyum programları özelinde şu ifadelere yer vermektedir:

[B]elgenin uyum programı kapsamında hazırlanmış olduğu gerçeği tek başına o belgenin imtiyazdan faydalanması için yeterli değildir. Bu tür programlar genellikle savunma hakkının kullanılmasının ötesine geçen görev kapsamı ve bilgileri kapsamaktadır. Dışardan bir avukatın bu programı yürütmesi, program çerçevesinde hazırlanan tüm belgelere kendiliğinden imtiyaz koruması sağlamaz¹³⁷.

¹³⁶ Para. 8.

¹³⁷ *Akzo(T-125)*, para. 127.

ABAD Hukuk Sözcüsü Kokott'a göre doğası gereği genel nitelikte olan ve savunma hakkının kullanılması ile herhangi özel bir bağlantısı olmayan rekabet uyum programları kapsamında verilen hukuki görüşler hukuki imtiyazdan faydalanmamalıdır¹³⁸.

Uyum programlarının genel nitelikte olduğu tarafımızca kabul edilse dahi, teşebbüslerin uyum ve denetim raporları ile bunlarla ilgili yazışmaların incelenmeksizin doğrudan kapsam dışarısında tutulması yerine, içeriğinin yürütülen idari süreçle bağlantısı olma ihtimalinin dışlanmaması ve bu kapsamda içeriğe yönelik değerlendirme yapılarak karar verilmesi uygun olacaktır. Bu anlatılanlara ek olarak, aşağıdaki bölümde ABAD kararları ışığında, imtiyazın kapsamını genişleten belgelere ilişkin hususlar aktarılacaktır.

2.2.3. Diğer Yazışmalar: Avukat ile Yapılan Görüşmelerin Özetlendiği Şirket İç Yazışmalar, Şirket İçi Hazırlayıcı Nitelikteki Belgeler

Avukat ile müvekkil yazışmasının gizliliği avukattan müvekkile ve müvekkilden avukata yönelik gerçekleştirilen iletişim olmak üzere çift yönlü bir koruma sağlamaktadır. Diğer bir ifade ile avukatın müvekkile hukuki görüş bildirdiği yazışmaların yanı sıra müvekkilin avukattan görüş talep ettiği (Boyd 1983, 36.) yazışmalar da idari sürecin konusuyla doğrudan bağlantılı olmak şartıyla imtiyazlı sayılmaktadır. *AM&S* kararında “avukat ile müvekkil arasında karşılıklı alıp verilen belgeler (*exchanged*)”¹³⁹ şeklinde bir ifadeye yer verilmekte; yine aynı kararda *AM&S*'in avukatından hukuki görüş talep ettiği iki belge korumadan faydalanmaktadır (Giannakopoulos 2011, 125).

Bunun yanı sıra doğrudan avukat ile müvekkil arasında olmayan kimi yazışmalar da hukuki imtiyaz kapsamına girebilmektedir. Bunlardan ilki, **hukuki görüşü özetleyen şirket içi yazışmadır**. Yukarıda bahsedildiği üzere, *Hilti* kararında, Genel Mahkeme şirketin savunma hakkı kapsamında bağımsız avukattan aldığı yazılı olmayan görüşü raporlayan “şirket içi notun” hukuki imtiyazdan faydalandığına hükmetmiştir¹⁴⁰. Bu suretle, avukat ile müvekkil arasındaki yazılı iletişimin korunması ilkesi, bağımsız avukattan alınan ve mesleki hukuki imtiyazdan faydalanan hukuki görüşü raporlayan teşebbüsün

¹³⁸ Opinion of Advocate General Kokott, Case C-550/07 P, *Akzo Nobel Chemicals Ltd and Akros Chemicals Ltd v. European Commission* [2010] I-08301, 29 April 2010, para. 120.

¹³⁹ *AM&S* para. 12.

¹⁴⁰ *Hilti* para. 18.

iç notlarını kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Kurul'un bağımsız avukat ile savunma hakkının kullanılması amacıyla yapılan görüşmelerin metnini veya içeriğini nakleden iç yazışmaların imtiyaz korumasından faydalanacağına yönelik değerlendirmesini içeren bir kararına rastlanamamıştır.

Benzer şekilde, imtiyaz korumasının kapsamını genişleten diğer bir yazışma türü de bağımsız avukattan hukuki görüş alınabilmesi için oluşturulan **şirket içi hazırlayıcı nitelikteki belgelerdir**. Bu tür hazırlayıcı nitelikteki belgeler avukata gönderilmemişse veya fiziksel olarak avukata gönderilmek amacıyla hazırlanmış olmasa dahi özel olarak savunma hakkının yürütülmesi kapsamında avukattan görüş almak amacıyla hazırlanmış ise hukuki imtiyazdan faydalanabilecektir¹⁴¹. Genel Mahkeme *Akzo* kararında, hukuki imtiyazın Komsiyon'un inceleme yetkilerine getirilen bir kısıtlama olduğu; dolayısıyla hazırlayıcı nitelikteki belgelerin imtiyaz korunmasının sınırlı şekilde yorumlanması gerektiğini hüküm altına almıştır¹⁴². Kararda aynı zamanda korumadan faydalanan belgenin yalnızca hukuki görüş almak amacıyla hazırlandığını ispat yükünün teşebbüste olduğu ve bunun belgenin içeriğinden veya belgelerin hazırlandığı ve bulunduğu bağlamdan açıkça anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir¹⁴³.

Mahkeme bu tespitlerine rağmen, ilgili kararına konu olayda, rekabet hukuku uyum programı hazırlanması için hukuki danışmanlık alınmasına yönelik şirket çalışanları ile Genel Müdür arasındaki görüşmeleri içerdiği iddia edilen¹⁴⁴ fakat avukata gönderilmeyen hazırlayıcı nitelikteki iki sayfalık yazışmanın imtiyaz korumasından faydalanmadığı sonucuna ulaşmıştır.

Mahkeme, söz konusu şirket içi yazışmalarda, hukuki görüş alınmasından bahsedilmediği ve belli bir davranışın rekabet hukukuna uyumuna veya pişmanlık başvurusuna yönelik bir ihtiyaçtan bahsedilmediği gerekçeleri¹⁴⁵ ile yazışmanın tarafların savunma hakkının kullanılması amacıyla yapılmış olduğuna ikna olmayarak¹⁴⁶ belgelerin korumadan yararlanmadığına karar vermiştir.

İmtiyazdan faydalanabilecek üçüncü grup yazışma daha sınırlı bir çerçevede yorumlanma gerekliliği ile birlikte **uzman görüşüne başvuru olanlarca hazırlanan dokümanlar** olabilecektir. Şirketlerin veya avukatların uzmanlığına başvurduğu

¹⁴¹ *Akzo(T-125)* para. 123. Paragrafın devamında, bir belgenin bağımsız avukat ile görüşülmesinin tek başına o belgenin hukuki imtiyazdan faydalanması için yeterli olmadığı ifadesi yer almaktadır.

¹⁴² A.g.k. para. 124.

¹⁴³ A.g.k. para. 124.

¹⁴⁴ A.g.k. para. 126.

¹⁴⁵ A.g.k. para. 130.

¹⁴⁶ A.g.k. para. 128, 130, 132.

kişilerin düzenledikleri raporlar veya sair belgeler ancak savunma hakkı kapsamında olduğunun ispatlanması ve e-postanın, dijital bir metnin veya yazılı bir belgenin ekine veya içeriğine eklenmesi durumunda gizlilik korumasından faydalanmalıdır. Pais Antunes (2011, 9), katıldığımız görüşü uyarınca, bağımsız avukat talebiyle olsa dahi, uzman görüşü içeren raporun, imtiyaza ilişkin hakim kısıtlayıcı görüş nedeniyle tek başına imtiyazlı sayılamayacağını; ancak bağımsız avukat görüşünün içerisinde yer alması koşulu ile korumadan faydalanabileceğini ileri sürmektedir.

Hazırlayıcı nitelikteki belgeler avukata gönderilmese dahi yalnızca hukuki tavsiye alma amacı ile hazırlanmış olduğunun kanıtlanması¹⁴⁷ durumunda korumadan faydalanabilecekken, hukuki görüş almak veya oluşturmak için üçüncü kişiler ile yapılan görüşmelerin diğer tüm şartların sağlanması halinde imtiyazlı sayılmaması hakkaniyetsiz olacaktır. Nitekim avukatların hukuki görüşünü oluşturmak amacıyla üçüncü kişiler ile yaptığı görüşmeleri korkusuzca müvekkiline aktarabilmesi savunma hakkının etkin kullanımı için gereklidir. Dolayısıyla, rekabet incelemesi konusu ile bağlantılı olması ve savunma hakkı kapsamında hukuki görüşün bir parçası olması halinde, ilgili belgelerin de korumadan faydalanması uygun olacaktır. Ancak, korumanın kapsamını genişleten bu tarz belgelerin sınırlı bir çerçevede değerlendirilerek incelemelerin etkinliğinin önüne geçmeyecek şekilde yorumlanması gerektiği ve ancak istisnai hallerde korumadan faydalanması gerektiği kanaatindeyiz. Çeşitli ülke örneklerinde; Kanada, İngiltere, İrlanda ve Portekiz’de davaya hazırlık amacıyla avukat ile tanık veya bilirkişi gibi üçüncü kişiler arasındaki görüşmeler de koruma kapsamındadır. ABD’de ise, hukuki görüşün hazırlanması için üçüncü kişiler ile yapılan tüm görüşmeler korunmaktadır¹⁴⁸ (OECD 2018a, 16). AB ve Türkiye’de uzman görüşüne ilişkin değerlendirmelerin yer aldığı idari otorite veya mahkeme kararına rastlanmamıştır.

Öte yandan, sırf avukat ile yapılan yazışmanın ekinde olması nedeniyle, savunma hakkı kapsamında olmayan ilgisiz belgeler imtiyazlı sayılmamalıdır. OECD (2018b, 4)’ye göre, imtiyazlı belgenin ekine eklenmiş olsa bile, üçüncü taraf ile yapılan bir sözleşme veya olağan iş akışı ile ilgili diğer belgeler imtiyazlı sayılmayacaktır.

¹⁴⁷ A.g.k. para. 124.

¹⁴⁸ ABD’de avukatın “iş ürünü ilkesi” (work product doctrine) kapsamında davaya hazırlık için yaptığı çalışmaları açıklamaya direnme hakkı bulunmaktadır. Detaylı bilgi için bkz: Greenwald ve Slachetka 2015.

2.3. İMTİYAZIN YER BAKIMINDAN SINIRLANMASI

ABAD tarafından imtiyazın geçerli olması için üçüncü bir şart getirilmiştir. ABAD'a göre, avukat ile müvekkil arasındaki yazışmalara sağlanan koruma üye devletlerden birinde¹⁴⁹ mesleğini icra etmeye yetkili olan tüm avukatlara herhangi bir ayırım gözetmeksizin uygulanacaktır¹⁵⁰. ABAD'ın belirlediği bu koşula göre AB dışında herhangi bir ülkede yerleşik olmasına rağmen AB üye ülkelerden birinde avukat olma şartlarını yerine getiren avukatların müvekkilleri ile yaptığı yazışmalar diğer tüm şartları karşılamak kaydı ile imtiyazdan faydalanabilecektir. Müvekkilin hangi üye devlette yaşadığının ise imtiyaz bakımından bir önemi bulunmamaktadır¹⁵¹.

Hukuk Sözcüsü Kokott *Akzo* dosyasındaki görüşünde, yer bakımından bir kısıtlama getirilmesinin nedenlerini ortaya koymuştur. Kokott'a göre, üye devletler ile üçüncü ülkeler arasındaki ilişkilere bakıldığında, avukatların hukuki nitelikleri ve mesleki etik yükümlülüklerinin karşılıklı olarak tanınmasına yönelik genel kapsamlı ve yeterli bir temel bulunmamaktadır. Görüşün devamında, avukatların mesleklerini bağımsız bir biçimde yürüttükleri ve üçüncü ülkelerdeki hukuk kurallarının bu konuda yeterli olduğunu doğrulamanın Komisyon'un veya AB mahkemelerinin görevi olamayacağı; nitekim ülkelerin otoriteleri ile etkili bir iş birliği olacağına da garantisinin bulunmadığı ileri sürülmektedir¹⁵².

Türkiye'de hukuki imtiyaz bakımından avukatların kimleri kapsadığına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ayrıca, çalışma kapsamında konuya ilişkin kurul veya mahkeme kararına rastlanamamıştır. Dünya genelinde rekabet gücü yüksek olan büyük holdinglerin üretim ve dağıtım tesislerinin çoğunlukla holding veya şirket merkezinden farklı bölgelerde, hatta farklı ülkelerde kuruldukları görülmektedir (Stock 2009, 10). Bu doğrultuda teşebbüs avukatları farklı ülkelerde bulunabilmekte, çeşitli ülkelerde bulunan aynı çatı altındaki şirketlere uzaktan hizmet sunabilmektedir. Bu bakımdan, görüş verdiği şirketten ayrı ülkelerde bulunan avukatın görüşü imtiyaz kapsamında sayılacak mıdır?

¹⁴⁹ 1994'deki AEA Anlaşması ile imtiyaz EEA/EFTA ülkelerinde avukatları kapsayacak şekilde genişletilmiştir.

¹⁵⁰ *AM&S* para. 25.

¹⁵¹ *AM&S* para. 25; İngiltere ve Galler'de kayıtlı olmayan avukatlar ile yapılan yazışmalar koruma kapsamındadır (DLA PIPER 2017, 32)

¹⁵² Opinion of Advocate General Kokott, Case C-550/07 P, *Akzo Nobel Chemicals Ltd and Akros Chemicals Ltd v. European Commission* [2010] I-08301, 29 April 2010, para. 190.

Rekabet soruşturmalarının değişen küresel doğası gereği (Holtz 2013, 3), imtiyazın kapsamı bakımından avukatların mesleğini icra ettikleri yere göre bir sınırlama getirilmesi ticari hayatın olağan akışına uygun değildir. Ayrıca bu durum bazı yazarlara göre ayrımcı bir sonuç doğurmaktadır (Whish ve Bailey 2012, 127). Ancak, bir ülkedeki bağımsız avukat ölçütleri ile diğerindekinin örtüşmeyebileceği konusunda Kokott'un görüşüne katılmamak mümkün değildir. Avukatların niteliği ve tabi oldukları kurallar ülkeler arasında farklılık arz ettiğinden, herhangi bir ülkedeki avukatın Türkiye'de yer alan imtiyaz korumasından faydalanması hukuka uygun gözükmemektedir. Dolayısıyla, Türk rekabet hukukunda imtiyazın geçerli olabilmesi için, avukatların mesleğini icra ettikleri veya buldukları yer bakımından Türkiye olacak şekilde sınırlama getirilmesi uygun olacaktır. Ancak, avukatlık mesleğinin icrası çerçevesinde mütakabiliyet anlaşmaları olan ülkeler bakımından imtiyaz uygulamaları istisna teşkil edebilecektir. Bu konuda öngörülebilirliğin sağlanması amacıyla yasal bir düzenlemeye ihtiyaç duyulduğunu düşünmekteyiz.

AM&S kararındaki “müvekkilin hangi üye devlette yaşadığına bakılmaksızın”¹⁵³ ifadesinden imtiyazın geçerliliği bakımından müvekkilin üye devletlerden birisinde mukim olmasının bir şart olmadığı anlaşılmaktadır. Ayrıca, AB rekabet hukuku uyarınca, teşebbüs farklı bir ülkede bulunsa bile incelemeye konu etkinin Topluluk'ta doğması halinde işlem AB rekabet hukukuna tabi olabilmektedir¹⁵⁴. Bu çerçevede, AB dışında yerleşik olan şirketler AB rekabet hukukuna tabi iken, yazışmayı yapan müvekkilin AB dışarısında yerleşik olması hukuki imtiyazdan faydalanmasının önüne geçmemelidir (Connolly 1982, 250).

Türk rekabet hukuku mevzuatında müvekkilin Türkiye'de mukim olup olmamasının imtiyazdan faydalanması için bir kıstas olup olmadığına ilişkin ikincil düzenleme ve geçmiş kurul ve mahkeme kararlarında açık bir hükme rastlanmıştır. AB mevzuatıyla uyumlu şekilde, Türk rekabet hukukunun kapsamı teşebbüsün bulunduğu yere göre değil, doğduğu etkiye göre ele alındığından¹⁵⁵, mesleki hukuki imtiyazın uygulanabilmesi için teşebbüsün Türkiye'de mukim olmasına yönelik bir şart getirilmesi uygun gözükmemektedir.

¹⁵³ *AM&S* para. 25.

¹⁵⁴ ABİDA (3)(2). madde.

¹⁵⁵ RKHK'nın 3. maddesinin gerekçesinde şu ifade yer almaktadır: “Rekabet hukuku literatüründe “etki teorisi” olarak isimlendirilen sistem bu kanunda da benimsenmiştir. Başka bir ifadeyle, merkezleri Türkiye Cumhuriyeti sınırları dışında bulunan, fakat Türkiye'de faaliyet gösteren teşebbüsler de bu kanun kapsamında bulunmaktadır.”

BÖLÜM 3

MESLEKİ HUKUK İMTİYAZA İLİŞKİN USULİ KURALLAR

AB rekabet hukukunda hukuki imtiyazın uygulanmasına yönelik usuller, En İyi Uygulamalar Duyurusu'nun 2.7. maddesinde ABAD'ın *AM&S*, *Akzo* ve *Hilti* kararlarındaki hükümler çerçevesinde ele alınmıştır. Türk rekabet hukukunda imtiyazın şartlarının ve uygulama usullerinin yer aldığı kamuya açık bir metin bulunmamakta¹⁵⁶, Kurul ve mahkeme kararları konuya ışık tutmaktadır. Türkiye'deki uygulamanın AB'deki usuller ile benzeşmesi nedeniyle uygulamaya yönelik usuller ortak bir şekilde aktarılacak, Türk rekabet hukuku bakımından ayrıştığı yerler belirtilecektir.

3.1. YERİNDE İNCELEME VE KAPALI ZARF USULÜ

Yerinde incelemeler rekabet hukuku uygulamasında kritik bir öneme sahiptir. Komisyon kararları büyük ölçüde yerinde incelemede elde edilen delillere dayanmaktadır (Wils 2019, 12). İmtiyazın uygulamasına ilişkin meseleler de çoğunlukla teşebbüs ve teşebbüs birliklerinde gerçekleşen yerinde incelemelerde ortaya çıkmaktadır¹⁵⁷.

¹⁵⁶ 08.10.2020 tarih ve 20-45/617 karar sayılı Yerinde İncelemelerde Dijital Verilerin İncelenmesine İlişkin Kılavuz'unda imtiyaza ilişkin şu ifade yer almaktadır: "Yerinde inceleme sırasında kopyalanan veriler, avukat-müvekkil gizliliği ilkesi kapsamında korumadan yararlanır. Buna göre, müvekkil ile arasında işçi-işveren ilişkisi bulunmayan bağımsız avukat ile müvekkil arasında, müvekkilin savunma hakkının kullanılmasında amacıyla yapılan yazışmalar mesleki ilişkiye ait kabul edilir ve avukat- müvekkil gizliliği ilkesi kapsamında korumadan yararlanır. Ancak, savunma hakkının kullanımıyla doğrudan ilgisi bulunmayan, özellikle de bir rekabet ihlaline yardım etmek veya devam eden ya da ileride islenecek bir ihlali gizlemek gibi konularda yapılan yazışmalar anılan korumadan yararlanamaz."

¹⁵⁷ Mesleki hukuki imtiyazın bilgi isteme usulleri ile sair rekabet işlemlerinde uygulamasına bölümün devamında yer verilmektedir.

3.1.1. İmtiyaz İtirazını İleri Sürececek Taraf

“Komisyon’un belgelerin hukuki imtiyaza tabi olduğuna yönelik resen inceleme yapma yükümlülüğü bulunmamaktadır” (Giannakopoulos 2011, 128). Kurul’un da benzer şekilde, resen inceleme yapma yükümlülüğü bulunmadığı değerlendirilmektedir; Kurul kararlarında aksini belirtecek bir ifadeye rastlanmamıştır. Belgelerin avukat ile müvekkil arasında gerçekleşen bir iletişime ait olduğu ve bu nedenle hukuki korumadan faydalandığı iddiasını ileri sürme ve ispat yükümlülüğü ilk aşamada teşebbüslerin üzerindedir¹⁵⁸.

CNR kararında, itirazlarda yürütülecek süreçler bakımından dikkat çekici bazı noktalara değinilmiştir. CNR, inceleme esnasında raportörler tarafından teşebbüse imtiyaza yönelik haklarının hatırlatılmadığı ve incelenmenin engellenmesi halinde para cezası alabileceklerinin söylenmesi nedeniyle çalışanların baskı altında hissettikleri ile hakların hatırlatılmamasının yerinde inceleme esnasında avukatları hazır bulunsa bile, usuli bir eksiklik doğurduğu iddialarını dile getirmiştir. CNR bu iddiası bakımından, yakalanan kişiye kolluk tarafından haklarının hatırlatmasını düzenleyen CMK 90/4. maddesi¹⁵⁹ ile RKHK’nın 43 ve 44. maddelerine de atıfta bulunmuştur.

Bu iddialar Kurul tarafından reddedilmiştir. Kararda, imtiyaz itirazlarındaki usul bakımından kıyasen uygulanan CMK’nın 130. maddesinde, aramayı yapanlar tarafından korumadan yararlanma hakkı olduğunun hatırlatılması veya öğretilmesi gerektiğine dair bir ifadeye yer verilmediği belirtilmiştir¹⁶⁰. Nitekim CMK’nın 130. maddesine göre avukat bürolarında yapılan aramalarda kapalı zarf usulünün yürütülmesi için avukatın itiraz etmesi gerekirken, rekabet incelemeleri bakımından da bu durumun “*a fortiori uygulanması*” gerekecektir (Gürkaynak vd. 2019, 9).

Kurul hakların hatırlatılmadığı iddiasına, CMK’nın 90/4. maddesinde buna yönelik bir ibareye yer verilmediği; açıklama için CMK’nın 147. maddesine bakıldığında ise, “CNR vekilinin rekabet soruşturmalarında öğretilmesi gerektiğini iddia ettiği haklara [avukat müvekkil imtiyazı] ilişkin bir işaret”¹⁶¹ bulunmadığı değerlendirilmelerinde bulunmuştur. Bununla birlikte, AM&S kararında da imtiyaz

¹⁵⁸ En İyi Uygulamalar Duyurusu s. 16; Akzo(T-125), para. 124; CNR kararı s. 23.

¹⁵⁹ CMK 90/4: “(...)yakalanan kişiye kanunî haklarını derhal bildirir.”

¹⁶⁰ CNR kararı s. 29.

¹⁶¹ CNR kararı s. 29.

iddiası incelemeye muhatap olan teşebbüsten gelmiştir. Ayrıca, her ne kadar CNR imtiyaz ilkesinin sağladığı hakları Kurul önünde ilk kullanan teşebbüs olsa da “*CMK 130. maddede yer alan düzenleme nedeniyle Türk hukukunda hukuki imtiyaz müessesesinin uygulanmasını*” talep edebilecektir¹⁶².

3.1.2. İmtiyaz İtirazının İleri Sürülmesi

İmtiyaza yönelik itirazlar yerinde inceleme sırasında ve incelemeden sonraki bir aşamada ileri sürülebilmektedir. Teşebbüsün söz konusu belgelerin imtiyazlı olduğuna yönelik iddiada bulunma ve idari otoriteden iadesini talep etme hakkı her hâlükârda korunmaktadır (Pinotti 2018, 29).

Kurul’un CNR kararına konu olayda, imtiyaz itirazları şirket içi avukat ve iki bağımsız avukatın bulunduğu yerinde inceleme esnasında değil, teşebbüsün savunmalarını sundukları aşamada dile getirilmiştir. Kurul kararında, sonradan imtiyaz itirazı yapılabilmesine ilişkin açık bir değerlendirmeye yer vermemiştir. Bununla birlikte, savunmaları değerlendirmiş ve imtiyaz koşulları hakkında karar verme merciin kendisi ve mahkemelerin olduğuna vurgu yaparak dolaylı yoldan itirazın inceleme sonrasında da yapılabileceğini hüküm altına almıştır¹⁶³.

İmtiyazın yerinde incelemeden sonraki aşamada ileri sürülmesine dair süreçler, yerince incelemelerde gerçekleşen itiraz süreçlerine kıyasen uygulanmakta, konuyla ilgili ne AB ne de Türk rekabet hukuku uygulamasında açık düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla, bu bölüm altında yer verilecek itiraz süreçleri yerinde incelemede yapılacak itiraz usulü uyarınca düzenlenmiştir.

Komisyon ile Türk rekabet otoritesi uygulamasına karşılaştırıldığında yerinde incelemelerdeki imtiyaz itirazları bakımından AB ile büyük ölçüde benzer bir usulün (itirazda bulunma ve bunu gerekçelendirme yükümlülüğünün teşebbüse ait olması¹⁶⁴, göz gezdirme ve kapalı zarf usulü¹⁶⁵) uyguladığı görülmektedir. İki sistem arasındaki en önemli fark, Türkiye uygulamasında imtiyaz iddiası

¹⁶² A.g.k. s. 29.

¹⁶³ Benzer bir şekilde Kurul’un *DOW* kararına konu olayda teşebbüs temsilcileri yerinde inceleme esnasında elde edilen belgelerin imtiyazdan faydalandığına ilişkin itirazlarını Kurum’a yaptıkları daha sonraki bir başvuruda dile getirmişlerdir. Kurul, kapalı zarf içerisinde gönderilen belgeleri inceleyerek, şartları taşıyan ve imtiyazlı olduğu değerlendirilen belgelerin 15-42/690-M sayılı kararı ile iadesine, diğerlerinin ise gerekli şartları taşımadığı gerekçesiyle iadesine gerek olmadığına karar vermiştir.

¹⁶⁴ CNR kararı.

¹⁶⁵ CNR kararı, *DOW* kararı, *Enerjisa* Kararı, *Warner Bros* kararı.

olan belgelerin Kurul tarafından okunmasının önüne geçecek mekanizmaların bulunmuyor olmasıdır.

Kurum uygulamasında imtiyazlı belgeler hakkında karar alacak merci Kurul'dur¹⁶⁶. Hakkında inceleme yapılan teşebbüsün, avukatı ile yapmış olduğu yazışmaların aynı zamanda inceleme konusu ile ilgili nihai karar alacak merciin incelemesine sunulması, ilgili merciin görüşlerini ve alınan kararın objektifliğini olumsuz etkileyebilecektir. Soruşturma yürüten ve sonucunda teşebbüs hakkında idari yaptırım ve para cezası uygulamasına yönelik nihai karar alabilen bir merciin, savunma hakkı kapsamında görmemesi gereken belgeleri inceleyerek imtiyazlı olup olmadığına yönelik karar almasının savunma hakkını da kapsayan AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı ile bağdaşmadığı düşünülmektedir. Nitekim, Kurul'un ilgili belgelere her hâlükârda erişebileceğini düşünmesi nedeniyle teşebbüsler avukatlarına danışabileceği konuları danışmaktan geri duracağından imtiyazın yöneldiği amaçlardan savunma hakkının tesis edilmesi ile hukuka uyumun sağlanması güçleşecektir.

AB Rekabet Hukuku Uygulaması

AB rekabet hukuku uygulamasında itirazını öne süren taraf, belgenin mesleki ilişkiye ait olduğunu kanıtlamak için uygun gerekçeler ile içeriğin nerede bulunduğu gibi konuyla ilgili tüm bilgi ve belgeyi inceleme yetkililerine sunmalıdır¹⁶⁷. Taraf söz konusu iletişimin içeriğini açıklamak zorunda değildir¹⁶⁸. Teşebbüs, iddiasını doğrulamak için incelemede bulunan yetkilileri; belgeyi hazırlayan kişi ve kimin için hazırlandığı, her iki tarafın görev ve sorumlulukları, belgenin hazırlanış amacı ve içeriği konusunda bilgilendirmelidir. İnceleme yetkilileri teşebbüs tarafından başvuru nedenlerinin haklı olup olmadığına karar verebilmek için belgelerin içeriği hariç (Lang 2013, 10), başlığı, alt başlıkları, genel planı ve diğer yüzeysel özelliklerine göz atabilecektir¹⁶⁹. İmtiyaz iddiasının sunulan gerekçeler ile birlikte kabul edilmesi halinde, imtiyazlı olduğu tespit edilen belgeler dosya kapsamına alınmayacak; alınması halinde ise derhal iade edilecektir¹⁷⁰. İtirazların

¹⁶⁶ DOW kararı para. 8, CNR kararı s. 30.

¹⁶⁷ Akzo(T-125), para. 80.

¹⁶⁸ AM&S para. 29.

¹⁶⁹ En İyi Uygulamalar Duyurusu s. 16.

¹⁷⁰ Antitröst Usul Kılavuzuna göre hukuki imtiyazdan faydalanan belgeler dosya kapsamında sayıl-

sonradan sunulması halinde de, belirtilen tüm açıklamalar yetkililere sunulmalıdır. İnceleme yetkilisi, sunulan açıklamalar ile belgenin yeterli olmadığını düşünürse ilave açıklama ve belge sunulmasını talep edebilecektir (Blanco 2013, 350). Teşebbüsün

- i) imtiyaz iddiasını gerekçelendiremediği durumda;
- ii) mevcut içtihadı göre geçerli olmayan gerekçeler sunması halinde;
- iii) yanlış olduğu açık olan olgusal iddialara dayanması durumunda

Komisyon yetkilileri belgeyi inceleyebilecek ve dosyaya eklemek üzere kopyasını alabilecektir¹⁷¹. Teşebbüsün iddiasını destekleyici bilgi ve belge olmaksızın yalnızca söz konusu belgenin hukuki imtiyazdan faydalandığına yönelik iddiası, Komisyon'un belgeyi okumasını engellemektedir¹⁷².

İmtiyazlı belgeler, sadece el koymaya, suretini almaya ve ihlal kararında değerlendirmeye alınmaya karşı değil, okuyup öğrenilmeye karşı da hukuki korumadan yararlanmaktadır (Pınar 2011, 138). Tarafın, yetkilinin yüzeysel bir bakışı sonucunda dahi içeriğin anlaşılabilirliğini ileri sürmesi durumunda, bu iddiasını haklı kılacak gerekçeler sunarak ilgili belgeye bakılmasına müsaade etmeme hakkı bulunmaktadır¹⁷³. Bu uygulama genellikle, belgenin imtiyazlı olup olmadığının dış özelliklerinden anlaşılmadığı ve anlaşılması için içeriğine bakılması gereken durumlarda ortaya çıkmaktadır (Blanco 2013, 350).

Bu durumlarda belgenin bir kopyası teşebbüs yetkililerince kapalı bir zarf veya paketin içerisinde konularak, hakkında nihai bir karar verilmek üzere Komisyon yerleşkesine götürülmektedir¹⁷⁴. Bu yöntem imtiyaz hakkının ihlal edilme riskini bertaraf ettiği gibi belgenin Komisyon'un belge üzerinde kontrol sahibi olmasına da imkân tanımaktadır¹⁷⁵. Kapalı zarf usulü aynı zamanda dijital incelemelere de uygulanmakta; hakkında uyuşmazlık olan içerik bir DVD/CD veya hard diske koyularak kapalı bir zarfın içerisinde alınmaktadır (OECD 2018b, 7). Dijital verilerin incelenmesindeki imtiyaz itirazları bu çalışmanın 3.4. sayılı ve

namaktadır. Antitröst Usul Kılavuzu: mod. 12 para. 12-14

¹⁷¹ En İyi Uygulamalar Duyurusu, para. 54.

¹⁷² *Akzo(T-125)*, para. 80.

¹⁷³ *Akzo(T-125)*, para. 81-82.

¹⁷⁴ İngilizce karşılığı "sealed envelop" olan terim "kapalı zarf" olarak çevrilmiştir.

¹⁷⁵ *Akzo(T-125)*, para. 83.

Dijital Delil Toplama ve İmtiyaz başlıklı bölümde incelenmiştir.

Teşebbüs, Komisyonun gerekli gördüğü destekleyici belgeyi sunmaz ise, Komisyon teşebbüsten imtiyazlı olmadığı görüşünde olduğu çekişmeli belgeleri sunmasını isteyebilecektir. Belgelerin sunulmaması halinde teşebbüs hakkında para cezası veya süreli ceza uygulanabilecektir¹⁷⁶.

İnceleme sırasında haklı gerekçe olmamasına rağmen, sadece geciktirme taktiği olarak veya karşı çıkma amacıyla, hukuki imtiyaz koruması adı altında açık, temelsiz iddialar ile belgeye yüzeysel bir şekilde bakılmasının engellemesi halinde taraf hakkında para cezası uygulanabilecektir. Aynı şekilde, bu gibi eylemler, rekabet ihlali sonucuna varılan kararlarda idari yaptırımın tespitinde ağırlaştırıcı neden olarak dikkate alınabilecektir¹⁷⁷. Mahkeme bu gibi cezai yaptırımlar öngörerek, teşebbüslerin imtiyazı kötüye kullanmalarının önüne geçmeyi hedeflemektedir (Blanco 2013, 350).

Kapalı zarf içerisinde Komisyon'a getirildikten sonra Komisyon'un belge içeriğini okumasının önüne geçilmesine imkân sağlayan mekanizmalar getirilerek, imtiyazın sağladığı koruma güçlendirilmektedir. Komisyon, teşebbüsün yazılı onayını almadıkça veya aşağıda detaylı bir biçimde anlatılacak olan prosedür tamamlanmadan, belgelerin içeriğini okuyamayacaktır.

Komisyon, kapalı zarf içerisindeki belgelerin imtiyazlı olduğuna ilişkin teşebbüsün savlarını ileri sürebilmesi için iki haftalık süre tanıyacaktır. Komisyon bu süreçte yapılan açıklamalar ile yetinerek belgenin imtiyazlı olduğuna karar verirse, belgeyi iade edecektir. Aksi takdirde, zarfı açmayı planladığı tarihi belirterek dosyaya kaldıracaktır (Blanco 2013, 351). Böylece Komisyon kararının Mahkeme'ye taşınması ve yürütmeyi durdurma kararı alınmasına imkânı doğmaktadır¹⁷⁸. Komisyon'un ret kararına karşı yargı yoluna başvurma süresinin sona ermesi akabinde kapalı zarfın açılması ve belge içeriğinin okunmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Komisyon'un ret kararına karşı ABİDA'nın 263. maddesi uyarınca iptal davası açılmasının işlemi askıya alıcı bir etkisi bulunmadığından¹⁷⁹; teşebbüsün yürütmeyi durdurmaya başvurması gerekmektedir.

¹⁷⁶ AM&S para.31, En İyi Uygulamalar Duyurusu, para.52.

¹⁷⁷ Akzo(T-125), para. 89.

¹⁷⁸ Akzo(T-125), para. 85.

¹⁷⁹ AM&S para. 32.

İmtiyazın sağladığı korumayı güçlendiren bir diğer mekanizma da AB rekabet hukukunda Komisyon İtiraz Memuru (*Hearing Officer*) adı altında görev yapan bir itiraz makamının bulunmasıdır.¹⁸⁰ Komisyon İtiraz Memurunun Fonksiyonuna Dair Karar'ın 4(2)(a) maddesine göre, teşebbüs hukuki imtiyaz iddiasında bulunduğu belgeye yönelik meseleyi Komisyon nezdinde çözüme ulaştıramaz ise, itiraz memurundan iddiaların incelenmesini talep edebilecektir. İtiraz memuru, kendisine yapılan başvuru üzerine, çekişmeli belgelerin içeriğini açığa çıkartmamak kaydı ile işlemde sorumlu müdür ve iddia sahibi teşebbüsün görüşlerini alarak, ortaklaşa kabul edilebilecek bir çözüm üretmek için gerekli adımları atacaktır¹⁸¹. Görüldüğü üzere, ihlal konusu hakkında karar merci olan Komisyon'un çekişmeli belgeleri incelemesine alternatif bir itiraz makamının varlığı, teşebbüslerin savunma hakkını etkili bir biçimde kullanabilmelerine imkan tanımaktadır.

İlgili süreçler sonucunda bir çözüme ulaşılamaması halinde, itiraz memuru, çekişmeli belgelerin içeriğini açığa çıkartmamak kaydı ile gerekçeli bir tavsiye mektubu hazırlayacak ve iddiayı ileri süren tarafa söz konusu tavsiye mektubunun bir kopyası verilecektir. Komisyon tavsiye mektubu ile bağlı değildir (Blanco 2013, 351). Bu durumda Komisyon, itiraz memuru incelemesi sonrasında hala çekişmeli olan durum hakkında imtiyaz itirazını kabul ya da ret kararı verecektir. Ret kararı verilmesi halinde teşebbüsçe kararı mahkemeye taşıyabilecek ve ayrıca yürütmeyi durdurma talep edebilecektir.

AB rekabet hukuku yerinde incelemelerinde mesleki hukuki imtiyaza ilişkin takip edilecek süreç şu şekilde özetlenebilir:

- İnceleme yetkililerinin imtiyazı resen dikkate alma yükümlülüğü bulunmamaktadır. İmtiyaz itirazını teşebbüs veya temsilcisinin yapması gerekmektedir.
- Teşebbüsün, iddiasını desteklemek amacıyla, belgeyi hazırlayan kişi, belgenin kimin için hazırlandığı, her iki tarafın görev ve sorumlulukları ve belgenin hazırlanış amacı gibi bilgileri yetkiliye sunması gerekmektedir.

¹⁸⁰ Komisyon İtiraz Memurunun görevleri, Komisyon İtiraz Memurunun Fonksiyonuna Dair Karar'da düzenlenmiştir.

¹⁸¹ A.g.k. m. 4(2)(a).

- Komisyon, kendisine gizlilik iddiasını destekleyici belgelerin sunulmaması durumunda korumadan yararlandığı iddia olunan belgelerin verilmesini talep edebilecek; verilmemesi durumunda para cezası uygulayabilecektir.
- İmtiyazdan faydalanma ihtimali olan belgenin, yüzeysel bir inceleme sonucunda dahi içeriğinin anlaşılabilir olduğu durumlarda bir kopyası kapalı bir zarfa konularak Komisyon yerleşkesine getirilecektir.
- Komisyon'un, kapalı zarf içerisindeki belgeyi okumadan önce imtiyaz iddiasını reddeden resmi bir karar alması ve teşebbüsün mahkemeye başvurmasına imkan tanınması gerekmektedir.
- Tarafların mahkemeye başvurusu Komisyon'un belgeyi okumasını durdurmayacağından tarafın ayrıca mahkemedен yürütmeyi durdurma talebinde bulunması gerekecektir.

Türk Rekabet Hukuku Uygulaması

Yukarıda ifade edildiği üzere, AB rekabet hukukundaki itiraz süreçleri ile Türk rekabet hukukundaki itiraz süreçleri tamamıyla örtüşmektedir (itirazda bulunma ve bunu gerekçelendirme yükümlülüğünün teşebbüse ait olması¹⁸², göz gezdirme ve kapalı zarf usulü¹⁸³). Uygulamanın ayrıştığı kısım imtiyaz itirazlarının değerlendirilme aşamasında ortaya çıkmaktadır. AB'nin aksine, Türk rekabet hukukunda kapalı zarf içerisinde Kurum'a getirilen imtiyaz iddialı belgelerin, Kurul tarafından okunmasının önüne geçecek mekanizmalar bulunmamaktadır. AB'de imtiyazın sağladığı koruma dava ve İtiraz Memuru'na başvuru yollarıyla güvence altına alınırken, ülkemizde bu mekanizmaların olmaması nedeniyle inceleme esnasında imtiyaz iddiasının kabul görmemesi ve kapalı zarf usulüne gidilmesi halinde koruma *de facto* olarak ortadan kalkmaktadır.

Kurul'un kararları her ne kadar yargısal denetime tabi olsa da¹⁸⁴, imtiyazlı belgelerin Kurul üyelerinin görüşünde yarattığı etkinin söz konusu yargısal denetim sonucunda açıkça ortaya konulabilmesi mümkün olmadığından, yargısal denetiminin imtiyaz bakımından yeterli bir güvence mekanizması teşkil etmediği kanaatine varmaktayız. Buna ek olarak imtiyazlı belgelerdeki bilgiler kullanılarak başka deliller elde edilebilecektir, bu delillerin kullanılabilirliği de

¹⁸² CNR kararı.

¹⁸³ CNR kararı, DOW kararı, Enerjisa Kararı, Warner Bros kararı.

¹⁸⁴ Enerjisa kararı.

sorgulanabilecektir ancak söz konusu yargı denetiminin bu hususları tespit edilmesi mümkün gözükmemektedir¹⁸⁵. Dolayısıyla, Kurul'un imtiyaz korumasından faydalanan belgelerin okumasının önüne geçebilecek mekanizmaların varlığına ihtiyaç duyulmaktadır.

Hukuki imtiyazın gerektiği gibi korunabilmesi için rekabet otoritesinin içinde bağımsız bir birim tarafından değerlendirilmesi veya mahkeme gibi bağımsız bir üçüncü tarafın denetiminden geçirilmesi uygun olacaktır. Örneğin, ABD ve Kanada uygulamasında el konulan verilerin incelenmesi soruşturma heyetine dâhil olmayan yetkililer tarafından yapılmakta, hukuki imtiyazdan yararlanmayan dokümanlar soruşturma heyetine aktarılmakta böylece, soruşturma heyetinin hukuki imtiyazdan yararlanan belgelere temas etmesinin önüne geçilmektedir (Doury 2009, 7). Uluslararası Ticaret Odası Rekabet Komisyonu'na (*The International Chamber of Commerce's Commission for Competition*)¹⁸⁶ göre, imtiyaza yönelik uyuşmazlıklar, mahkeme veya idari hâkim gibi bağımsız bir karar mercii tarafından çözümlenmelidir.

Güvenlik duvarı oluşturmak amacıyla, AB uygulamasındaki gibi Kurum içerisinde imtiyaza ilişkin değerlendirme yapacak ayrı bir birim kurulması uygun olacaktır. Bu birimde hukukçuların olması değerlendirmenin niteliğini arttıracaktır. AİHM uygulamasında, bir hususun mesleki bilgi olup olmadığı konusundaki kararın, aynı mesleki kurallarla bağlı bir meslektaş tarafından alınması önemli bir güvence mekanizması olarak addedilmektedir¹⁸⁷. AİHM'in diğer bir kararında, avukatlık bürosunda yapılan aramalara özel olarak aramanın yasaya uygunluğunun değerlendirilmesinde, mesleki sırlara saygı duyulmasını sağlamak amacıyla aramanın bağımsız bir gözlemcinin katılımı ile gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin dikkate alınması gerektiğinin altı çizilmektedir.¹⁸⁸

CMK'nın 122. maddesinde ceza yargılamasındaki arama işlemine yönelik usuller düzenlenmektedir. Madde hükmü uyarınca, hakkında arama işlemi

¹⁸⁵ Hukuka aykırı bir delilden hareketle elde edilen delillerin kullanılamaması (hukuka aykırı delilin uzak etkisi) Türk ceza yargılamasında da kabul edilmektedir. Bkz: AKYÜREK, G. (2012).

¹⁸⁶ ICC Commission on Competition (2010), Recommended framework for international best practices in competition law enforcement proceedings. <https://iccwbo.org/publication/recommended-framework-international-best-practices-competition-law-enforcement-proceedings/> Erişim Tarihi: 12.09.2020.

¹⁸⁷ *Michaund-Fransa* kararı para. 129.

¹⁸⁸ Başvuru no: 18700/09, *Lindstrand Partners Advokatbyrå AB v. Sweden*, para. 95.

uygulanan kimsenin belge veya kâğıtlarını inceleme yetkisi Cumhuriyet savcısı ve hâkime aittir. Maddenin devamında mührün kaldırılmasına ve kâğıtların incelenmesine karar verildiğinde bu işlemin yapılmasında hazır bulunmak üzere, belge zilyedi veya temsilcisi ya da müdafî veya vekilin çağrılacağı hüküm altına alınmıştır. Görüldüğü gibi, Türk ceza hukukunda, AB rekabet hukukunda olduğu gibi hakkında arama işlemi uygulanan kimsenin belge veya kâğıtlarını incelenmesinde belli usuli güvenceler getirilmiştir. Bahsi geçen usuli güvencelerin amacı savunma hakkının tesis edilmesidir.

Buradan hareketle, Türk rekabet hukukunda, mesleki hukuki imtiyaza yönelik itirazların öncelikle Kurum içerisinde tercihen hukukçulardan oluşan ve vaka bazında bir araya gelecek bir birim tarafından incelenmesi ve ancak bir sonuca ulaşılamaması halinde Kurul'un incelemesi aşamasına geçilmesi uygun olacaktır. Ayrıca, Kurul belgelerin içeriğine ulaşmadan önce teşebbüsün uyuşmazlığı mahkemeye taşıma imkânı sağlayacak uygun usuli güvencelerin yaratılması savunma hakkının tesis edilmesini sağlayacaktır. Diğer taraftan uyuşmazlığın mahkemeye taşınması imkanı yaratılması, idari süreçleri de akamete uğratmamalıdır. Bu nedenle imtiyaza yönelik itirazların idare mahkemesi veya hâkim tarafından acele işlerden görülerek yapılması uygun olacaktır.

3.2. İMTİYAZIN MAHKEMELER TARAFINDAN İNCELENMESİ

Belgenin imtiyazlı olup olmadığına ilişkin alınan kararın mahkemeler tarafından incelenmesi belgelerin imtiyazdan faydalanabilme ve Kurul'un belgelerin içeriğine vakıf olmasının önüne geçme imkanı yaratmaktadır. Daha önce de ifade edildiği üzere, idari otoritenin imtiyaz korumasını resen dikkate alma yükümlülüğü bulunmamaktadır. İmtiyaz korumasından faydalanabilecek belgelerin dosyada delil olarak kullanıldığı durumlarda, imtiyaza yönelik bir itiraz gelmediği veya mahkeme süreci olmadığı sürece ilgili karar hukuka uygunluk karinesinden yararlanmaya devam edecektir. Böylesi kararların hukuka aykırılığının tespit edilebilmesi ancak tarafların kararın iptaline yönelik yapacakları başvuru ile mümkündür (Giannokopolous 2011, 128). AİHM'e göre, arama ve el koyma işlemlerinin uygun hukuki tedbirler ile korunuyor olması; diğer bir ifade ile işlemlerin bağımsız bir birim tarafından gözden geçirilmesi veya yargısal denetiminin yapılması gerekmektedir¹⁸⁹.

¹⁸⁹ Başvuru no: 18497/03, *Ravon e.a. v. France*, 21.02.2008. Başvuru no: 50882/99, *Petri Sallinen and Others v. Finland*, para. 92.

İmtiyaz hakkında Kurum tarafından verilecek karara karşı yargı yolu açıktır¹⁹⁰. Genel Mahkeme'ye göre, bir kararın mahkemeye taşınabilmesi için, ilgili kararın tek başına idare mahkemesine taşınabilecek kesin ve yürütülebilir bir işlem teşkil etmesi ve başvurucunun hukuki durumunda açık bir değişikliğe yol açması gerekmektedir¹⁹¹. Mahkeme *Akzo* kararında teşebbüsün, belgeye el konulmasına karşı çıkararak imtiyaz koruması talep etmesi karşısında Komisyon'un verdiği ret kararının, teşebbüsün hukuki durumunda açık bir değişikliğe yol açtığı; kendisini Topluluk hukuku tarafından sağlanan korumadan alıkoyduğu; doğası gereği kesin ve herhangi bir (rekabet) ihlali kararından bağımsız olduğu ve dolayısıyla iptal davası ile itiraz edilebilecek bir fiil teşkil ettiğini hüküm altına almıştır¹⁹². İmtiyaz itirazlarının Komisyon tarafından reddedilmesi durumunda, taraf, ihlale yönelik nihai kararı beklemeden, ilgili ret kararının iptali için mahkemeye başvurulabilecektir. Kararda ayrıca, Komisyon'un inceleme sırasında, resmi bir ret kararı olmamasına rağmen, belgeleri kapalı zarfa koymadan, incelemek üzere dosyaya eklemesine yönelik fiziki hareketinin “*teşebbüs tarafından talep edilen korumanın reddedilmesine yönelik zımni bir karar*”¹⁹³ olması dolayısıyla, bu zımni kararın da iptal davasına konu olabileceği değerlendirilmesi yer almaktadır.

Komisiyon'un belgeleri kapalı zarfa koyması ise tek başına iptale konu bir durum teşkil etmemektedir¹⁹⁴. Nitekim henüz zarfın içindeki belgelerin imtiyazlı olup olmadığına ilişkin bir karar verilmemiştir. İlgili belgelere yönelik iptal davası ancak Komisyon'un belgelerin imtiyazlı olmadığı yönündeki kararından sonra açılabilir¹⁹⁵.

Komisyon, kapalı zarf içerisindeki belgelerin imtiyazlı olduğuna ilişkin iddiaların ileri sürülebilmesi için tarafa tanyacağı iki haftalık sürenin sonunda, yapılan açıklamalar ile yetinerek belgenin imtiyazlı olduğuna karar verirse, belgeler tarafa okunmadan iade edecektir. Aksi takdirde, itirazı reddedecek ve zarfı açmayı planladığı tarihi belirterek, zarfı dosyaya kaldıracaktır (Blanco 2013, 351). Böylece Komisyon kararının Mahkeme'ye taşınması ve yürütmeyi durdurma

¹⁹⁰ CNR kararı s. 30.

¹⁹¹ Case 60/81 *IBM v Commission*, para. 9.

¹⁹² *Akzo(T-125)*, para. 46-48.

¹⁹³ A.g.k. para. 49.

¹⁹⁴ A.g.k. para. 50.

¹⁹⁵ A.g.k. para. 50.

kararı alınmasına imkân doğacaktır¹⁹⁶. İptal davası tek başına, Komisyon'un belgelere ilişkin işlem yapmasını engellemez¹⁹⁷. İşlemlerin askıya alınması için yürütmeyi durdurma kararı alınması gerekmektedir¹⁹⁸.

AİHM'e göre¹⁹⁹ etkili tedbir, kesin ve makul bir zamanda uygulanabilir olan tedbirdir. Bu doğrultuda, imtiyaz kararına karşı yürütmeyi durdurma sürecine başvurulabilmesi, teşebbüsün telafi edilemeyecek zararlara maruz kalmasının önüne geçebilecektir. Her ne kadar söz konusu imtiyazlı belgeler cezai sonuç doğuran bir kararın alınmasında delil olarak kullanılmasa da, karar merciin görüşünü etkileyebilecek veya Komisyon tarafından doğrudan veya dolaylı olarak yeni bilgi veya kanıt toplanması amacı ile kullanılabilir²⁰⁰. Bu gibi telafi edilemez veya telafi edilmesi güç zararların yürütmeyi durdurma imkanı ile ortadan kaldırılması imtiyaz korumasını sağlamlaştırmaktadır.

Kurum uygulamasında da benzer şekilde, imtiyaz kararına karşı iptal davası açılabilen ve yürütmeyi durdurma süreci başlatılabilmektedir. Enerjisa dosyasına ilişkin süreçten anlaşıldığı üzere, Kurul'un imtiyaz hakkındaki kararına karşı iptal davası açılmış aynı zamanda yürütmeyi durdurma süreci başlatılmıştır. Kurul, 06.12.2016 tarihinde, tarafın iade talebini belgelerin imtiyaz kapsamında olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir²⁰¹. Bunun üzerine, henüz soruşturma devam ederken, teşebbüs temsilcileri konuyu mahkemeye taşıyarak Kurul'un ret kararının iptali talebi ile birlikte yürütmeyi durdurma başvurusunda bulunmuşlardır. İdare mahkemesi, 16.11.2017 tarihli kararında belgelerin savunma hakkının kullanılması kapsamında olduğu gerekçesiyle Kurul kararını hukuka aykırı bularak bozmuş ancak yürütmeyi durdurma başvurusunu reddetmiştir²⁰². İdarenin konuyu BİM'e taşıması sonucunda BİM 10.10.2018 tarihinde, belgelerin "**savunma hakkının kullanılması kapsamında olması gerekli olan koşulu taşımadığı**" gerekçesiyle ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur.

¹⁹⁶ A.g.k para. 85.

¹⁹⁷ AM&S para. 32.

¹⁹⁸ AM&S para. 32. A.g.k. para. 48.

¹⁹⁹ Başvuru no. 29408/08 *Société Canal Plus and Others v. France*.

²⁰⁰ *Akzo(T-125)*, para. 87. ABAD *Akzo* kararında, karara temel teşkil eden AM&S kararındaki usullerin karışıklığı ve Komisyon'un bu karardaki prosedürel ilkeleri uygulamaması olması nedeniyle alınan belgelere ilişkin yürütmeyi durdurma kararı vermiştir.

²⁰¹ Kurul'un 06.12.2016 tarihli ve 16-42/686-314 sayılı kararı.

²⁰² Ankara 15. İdare Mahkemesi 16.11.2017 tarih, E. 2017/412 K. 2017/3045 sayılı kararı.

İlgili süreç önemli bazı soruları gündeme getirmiştir. Kurul kararı ilk derece mahkemesi kararı ile iptal edildiğinden, mahkeme kararının yerine getirilmesi amacıyla ilgili belgeler Enerjisa'ya iade edilmiştir. Belgelerin BİM kararı ile sonradan imtiyaz koruması kapsamında çıkması ile soruşturma kapsamında delil olarak kullanılması imkanı doğmuştur. Bu durumda iade edilen taraftan geri mi istenecektir? Somut Enerjisa dosyasında imtiyaza ilişkin BİM kararının verildiği 10.10.2018 tarihinde soruşturma sona ermiştir²⁰³, dolayısıyla belgelerin sonradan kullanılabilir delil statüsünü kazanmasının bir önemi kalmamıştır. Belgeler ancak idari otorite kararının mahkemece bozularak soruşturmanın yeniden açılması durumunda bir anlam ifade edecektir. Bu durumda, belgeler hukuken kullanılabilir delil niteliğinde olduğundan Kurum'a teslim edilmesi uygun olacaktır. Buradan hareketle, bir belgenin mahkeme kararının yerine getirilmesi amacıyla tarafa iade edilmesi durumunda, o belgenin daha sonra delil olarak kullanılabilmesi hususu göz önünde bulundurulmalı; iadeye ilişkin usul bu doğrultuda güncellenmelidir.

Dosyayla ilgili diğer bir ilgi çekici nokta, ilk derece mahkemesinin ihtiyati tedbir kararı vermemiş olması ve nihai kararını Kurul'un imtiyaz ret kararından yaklaşık 11 ay sonra vermiş olmasıdır. Nitekim bu süreçte hem kurul hem raportörler çekişmeli belgenin içeriğine erişmiş olduklarından savunma hakkı zedelenmiştir. Her ne kadar *Enerjisa* dosyasında, çekişmeli belgeler raporda delil olarak kullanılmamış ve mahkeme kararı beklenmişse de²⁰⁴, raportörlerin Kurul kararına riayet ederek mahkeme kararını beklenmeden ilgili belgeleri raporda delil olarak kullanması mümkündür. Bu durumda raporun yayınlanması ile belgeler de kamuoyu ile paylaşılmış olacaktır. Tüm bu olası senaryoların önlenmesi ve savunma hakkını etkin bir şekilde kullanılabilmesi amacıyla yürütmeyi durdurma mekanizmasının özenle kullanılması ve imtiyaza yönelik kararların mahkemelerce öncelikli işlerden sayılmasına yönelik mevzuat değişikliği yapılması uygun olacaktır.

Görüldüğü gibi, mahkemenin bir belgenin imtiyazlı olduğu veya olmadığı yönündeki kararını verme anı önem arz etmektedir. Kurul veya Mahkeme imtiyaz iddialı belgelerin korumadan faydalandığına karar verirse, inceleme

²⁰³ Kurul 08.08.2018 tarihinde karar almıştır.

²⁰⁴ Ankara 15. İdare Mahkemesi, 16.11.2017 tarih, E. 2017/412 K. 2017/3045 sayılı kararında "belgelerin soruşturmaya dayanak alınmamış olmasının, bu belgelerin iade edilmelerini engelleyen bir yönü bulunmadığını" belirtmiştir.

hangi aşamada olursa olsun, belgeler delil olarak kullanılamayacak ve tarafa iade edilecektir. Soruşturmada delil olarak kullanılan bir belgenin soruşturma bittikten sonra verilen yargı kararı ile imtiyazlı olduğuna karar verilirse, idari otorite kararı hukuka aykırı bir delile dayanmış olacağından soruşturma kararı hukuka aykırı hale gelebilecektir (Pinotti 2018, 29).

Ayrıca imtiyaza ilişkin yargı kararının soruşturmadan sonra verilmesi kimi zaman tatmin edici olmayan sonuçlar doğurabilmektedir. Nitekim en başından beri dosyada olmasına rağmen imtiyaz iddiası nedeniyle değerlendirmeye alınmayan belgelerin dosyayı nasıl şekillendirmiş olabileceğini kestirmek mümkün gözükmemektedir (Doury 2009, 8).

3.3. İMTİYAZIN KAYBEDİLMESİ VE FERAGAT

Mesleki hukuki imtiyaz kapsamındaki belgelerin rekabet incelemelerinde delil olarak kullanılamaması kuralı mutlak değildir. İmtiyaz tek taraflı bir işlem neticesinde ortadan kaldırılabilir. İmtiyazdan feragat²⁰⁵ açık veya zımnı; istemli veya istemsiz; kısmen veya tamamen olabilmektedir (Christoforou 1985, 44). Hukuki imtiyazın müvekkile tanınan bir hak olması (Whish ve Bailey 2012, 270) dolayısıyla bu haktan feragat edecek kişi de yine müvekkildir. Nitekim imtiyaz, teşebbüsün kendi yararına olduğunu düşünmesi halinde, avukatı ile aralarındaki yazılı iletişimin açığa çıkarılmasını engellemektedir²⁰⁶.

Yerinde incelemede imtiyaza yönelik itiraz yapılmaması haktan feragat edildiği anlamına gelmeyecektir. Nitekim Kurul'un *CNR* ve *DOW* kararlarına konu olaylarda, belgelerin imtiyazlı olduğuna yönelik itirazların yerinde incelemeden sonraki bir aşamada ileri sürülmesine rağmen Kurul tarafından incelenmiş olması, itirazın sonradan yapılmasının haktan feragat anlamına gelmeyeceğini ortaya koymaktadır.

3.3.1 Bilgi İsteme Yetkisi Kapsamında İmtiyazdan Feragat

Komisyon'un imtiyaza ilişkin uygulamaları, yerinde incelemeyle eş olarak bilgi talebi usulüne de uygulanmaktadır (Whish ve Bailey 2012, 270). Öbür türlü,

²⁰⁵ *Akzo(T-125)*, para. 90.

²⁰⁶ *AM&S* para. 28, *Akzo(T-125)*, para. 90. *Hilti*, para. 12.

hakkın bir anlamı kalmayacak; Komisyon yerinde inceleme sırasında imtiyazlı olması nedeniyle göremediği bilgi ve belgeleri bilgi isteme usulü ile talep edebilecektir (Kerse ve Khan 2012). İmtiyazın bilgi taleplerinde uygulanması, imtiyazın AB içtihat hukukunda “temel hak niteliğinde genel bir ilke” olarak kabul edilmesinin bir sonucudur²⁰⁷.

Bilgi talepleri soruşturmalarda, birleşme ve devralma incelemelerinde ve pazar araştırmalarında başvuru bir yöntemdir. Bilgi talebine karşılık verilmemesi veya eksik cevap verilmesi halinde cezai yaptırım uygulanabilmektedir. Bu nedenle tarafları zorlayıcı bir niteliği vardır (OECD 2018c, 3). Bununla birlikte bilgi talebi usulünün ölçülü bir biçimde kullanılması ve imtiyaz gibi resmi makamın yetkilerini sınırlayan mekanizmalara riayet edilmesi gerekmektedir. ICN tarafından yürütülen ankete katılan 39 rekabet otoritesinden %74’ünde, teşebbüslere bilgilerin hukuki imtiyazdan²⁰⁸ faydalandığı gerekçesiyle zorunlu bilgi yazılarına cevap vermeyi reddetme imkânı verilmektedir. (ICN 2014, 46-48). Diğer bir deyişle, talep edilen bilgi ve belgeler yasal imtiyazdan faydalanıyorsa rekabet otoritesi bu belgelere erişmemektedir.

Yapılan çalışma kapsamında, Türk rekabet otoritesinde bilgi isteme yetkisi çerçevesinde gerçekleşen imtiyaz itirazı örneğine rastlanamamıştır. Bununla birlikte Komisyon uygulaması uygulamaya ışık tutabilecektir. Bilgi isteme yetkisine birleşme devralma işlemlerinde sıklıkla başvurulmaktadır. Bu süreçte gelen imtiyaz itirazları karşısında Komisyon, ilgili belgelerdeki imtiyaz kayıtları (*privilege logs*) ile gerekçelerin belli bir format üzerinde açıkça belirtilmesini talep etmektedir (OECD 2018b, 6). Komisyon, imtiyazlı belgelere ilişkin gerekçelerin sunulmasıyla bilgilerin tamamlanmasına kadar birleşme ve devralmaya ilişkin inceleme süresini askıya alabilmektedir²⁰⁹. Eğer Komisyon açıklamayla tatmin olmazsa, belgelerin kendilerine gönderilmesine karar verebilmektedir (Giannakopoulos 2011, 128).

Rekabet otoriteleri taraflardan sıklıkla bilgi talep etmekte ve talep edilen

²⁰⁷ http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2017/05/30/legal-professional-privilege-eu-merger-control/?doing_wp_cron=1593507320.0114901065826416015625 Erişim Tarihi: 10.09.2020.

²⁰⁸ Anket sorusu kendini suçlayıcı beyanda bulunmayı da içermektedir.

²⁰⁹ CASE M.7932 – *Dow/DuPont*, para. 124.

uygulamasına göre, ABD rekabet otoriteleri, ABD hukuki imtiyazına konu olan yurt dışındaki bilgileri talep etmeyecek; yanlışlıkla gönderilen imtiyazlı bilgileri iade edecektir (OECD 2003, 4-5). AB'nin örnek gizlilikten feragat metninde²¹⁵ ise Komisyon'un imtiyazın tanındığı otoriteye imtiyazlı bilgi ve belgeleri sunmayacağı bilgisi yer almaktadır. Bilgi paylaşımı sırasında, teşebbüsler yalnızca bilginin paylaşılacağı makama karşı ve yalnızca ilgili inceleme kapsamında gizlilik korumasından feragat etmektedir.

OECD'nin uluslararası işbirliğine dair yayınladığı tavsiye metninde²¹⁶, bilgiyi ileten tarafın (yargı yetkisinin), alıcı tarafa imtiyazlı olduğu kabul edilen bilgileri vermemeye gayret edeceği ve hangi bilgilerin yurtdışında imtiyazlı olacağını belirlemek için gerekirse taraflara danışacağı ve yetkili makamların ilgili hukuk sistemlerinde imtiyazlı olacak bilgiyi talep etmeyecekleri ve bu yolla kendilerine aktarılan imtiyazlı bilgileri kullanmayacakları bilgisi yer almaktadır.

AB üye devletleri ile Komisyon arasındaki işbirliği ise ECN hükümleri uyarınca çözümlenmektedir. ECN İşbirliğine Dair Duyuru'nun 27. paragrafına göre, Komisyon ile üye devletler arasındaki imtiyazlı bilgilerin değişimi mümkündür. Ayrıca, 1/2003 sayılı Tüzük'ün 12. maddesi Komisyon ve ulusal rekabet otoritelerinin birbirleri ile gizli bilgiler dâhil, delil olarak kullanılacak tüm hukuki olguları paylaşabilmelerine izin vermektedir.

Türk rekabet hukukunda bilgi taleplerinin hukuki imtiyaz gerekçesiyle kısıtlanıp kısıtlanmayacağına ilişkin ayrı bir düzenleme bulunmadığı gibi, konuya ilişkin Kurul veya mahkeme kararı da bulunmamaktadır²¹⁷. Kurum'un bilgi taleplerindeki hukuki imtiyaz uygulaması bakımından AB uygulamasına benzer şekilde, teşebbüslerin imtiyaz itirazlarının gerekçeleri ile birlikte sunulmasına imkan tanıyacak bir usul geliştirilmesi uygun olacaktır. Ayrıca, uluslararası kapsamlı incelemelerde kullanılmak üzere örnek feragat metni yayınlanması hukuki belirliliğin sağlanmasında etkili olacaktır.

²¹⁵ Komisyon Gizlilikten Feragat Metni: <https://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/npwaivers.pdf>, Erişim Tarihi: 15.06.2020.

²¹⁶ OECD Recommendation concerning International Co-operation on Competition Investigations and Proceedings, <https://www.oecd.org/competition/international-coop-competition-2014-recommendation.htm> Erişim Tarihi: 28.09.2020.

²¹⁷ Kurul'un 01.10.2018 tarih ve 18-36/585-286 sayılı *Luxottica* kararına yansımamakla birlikte taraflardan bilgi değişimi sırasında feragat metinleri alındığı bilinmektedir.

3.3.2. Pişmanlık Kapsamında İmtiyazdan Feragat

Teşebbüs ve teşebbüs çalışanları pişmanlık mekanizması sayesinde, gönüllü bir şekilde rekabet otoriteleri ile işbirliği yapmaları karşılığında rekabet soruşturması sonucunda meydana gelecek cezadan muaf tutulabilmekte veyahut ceza miktarından indirim alabilmektedir. Teşebbüsler işbirliği yapmak amacıyla, ihlale ilişkin bilgi ve belgeleri rekabet otoritelerine sunmaktadır²¹⁸. Bu kapsamda rekabet otoritelerine sunulacak bilgi ve belgeler arasında imtiyazlı belgeler de olabilmektedir. Teşebbüsler imtiyazlı belgeleri Kurum'a sunmakla, imtiyazdan feragat etmiş olacaktır (OECD 2018a). Teşebbüsler ilgili dosya bakımından doğrudan delil olarak kullanılmayacak olsa dahi imtiyaz korumasından faydalanan belgeleri pişmanlık programı çerçevesinde idari otorite ile paylaşabilecektir (Turno 2012, 209). OECD (2018a, 20)'ye göre, pişmanlık kapsamında imtiyazdan feragat yalnızca yöneldiği makam nezdinde geçerli olmalı, üçüncü taraflar ile başka hukuk sistemleri bakımından imtiyaz koruması ayrıca değerlendirilmelidir.

ABD rekabet hukukunda pişmanlığa (*amnesty*) başvuranların imtiyazlı bilgileri ABD Adalet Bakanlığına sunmaları zorunluluğu bulunmamaktadır²¹⁹. Türk rekabet hukukunda ise, bu konuya ilişkin mevzuatta veyahut Kurul kararlarında herhangi bir açıklamaya rastlanmamıştır.

3.3.3. İmtiyazdan İstemsiz Feragat

Hukuki imtiyazdan istemsiz feragat edilmesi mümkündür. Haktan feragat edecek olan kişinin ancak hakkın sahibi olan müvekkildir. Üçüncü bir tarafın, örneğin eski bir şirket çalışanının, hukuki imtiyazlı bir belgeyi, rekabet otoritesi ile paylaşması durumunda Christofororu (1985, 45)'ya göre, imtiyazın aslen şirketin hakkı olması dolayısıyla imtiyazdan feragat edilmiş olmayacaktır. Hukuki imtiyazdan faydalanan belgenin şirket çalışanı tarafından rekabet otoritesine yanlışlıkla gönderilmesi halinde ise, imtiyazdan feragat edildiği kabul edilecektir. Nitekim teşebbüsler çalışanlarının davranışlarından sorumludur²²⁰. Buna ek olarak, belgenin Kurum'un bilgi talebine cevap veya resen sunulan

²¹⁸ Türk Rekabet Hukukunda pişmanlık programına ilişkin şartlar Pişmanlık Yönetmeliği'nde; AB rekabet hukukunda ise Pişmanlık Duyurusu'nda düzenlenmektedir.

²¹⁹ <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/244840.pdf> Erişim Tarihi: 18.06.2020

²²⁰ Case C-542/14 *VM Remonts*, ECLI:EU:C:2016:578, para. 23-24.

belgeler ile yanlışlıkla gönderildiğinin ispatında yaşanacak güçlükten dolayı ve ayrıca belgelerin içeriğine inceleme yetkilileri tarafından çoktan vakıf olunmuş olacağından imtiyazlı belgenin sehven gönderildiği itirazının pratikte işlerliği olmayacağı kanaatindeyiz.

İnceleme yapan uzmanların, yanlışlıkla ortada veya açıkta bırakılan hukuki imtiyaz iddialı belgeleri görmesi durumunda imtiyazdan feragat edildiği sonucunu çıkartması hakkaniyetsiz olacaktır. Her ne kadar rekabet otoritelerinin yazılı iletişimin gizliliğini resen dikkate alma yükümlülükleri bulunmasa da (Giannakopoulos 2011, 128), belgelerin imtiyazlı olduğu “avukat müvekkil imtiyazından faydalanır” gibi açık ifadeler ile anlaşılıyor ise, inceleme yetkilisinin açıkta olan söz konusu belge bakımından teşebbüs yetkililerine danışarak bir sonuca ulaşması yerinde olacaktır.

Teşebbüslerin istemsiz bir şekilde feragatte bulunmanın önüne geçmek veya imtiyazlı belge içeriğinin kazara açığa çıkmasını engellemek için belgenin imtiyazlı olduğunu açıkça ortaya koyacak önlemler almaları uygun olabilecektir. Örneğin, bazı firmalar avukat görüşlerini ayrı dosyalarda tutabilmektedir (Kerse ve Khan 2012, 137). Belgelerin üzerinde yalnızca hukuki imtiyazlı olduğuna yönelik ifadelerin yer alması veya bazı belgelerin ayrı dosyada tutulması belgelerin hukuki korumadan faydalanması için yeterli olmasa da (OECD 2018b, 6), böyle bir yöntem izlenmesi imtiyazın öne sürülmesinde ve korunmasında iki tarafa da kolaylık sağlayabilecektir.

3.4. DİJİTAL DELİL TOPLAMA VE İMTİYAZ

Yerinde incelemelerde verilerin incelenmesi ve elenmesi (*sifting*) işlemi teşebbüste gerçekleştirildiği durumda, alınan belgelerin bir kopyası teşebbüse bırakılmakta, imtiyaz itirazlarının o esnada yapılması ve gerekirse imtiyazlı belgelerin çıkartılması mümkün olmaktadır (OECD 2018e, 6). Daha önce de belirtildiği üzere, imtiyaz itirazları yerinde incelemeden daha sonraki bir zamanda da yapılabilmektedir. Komisyon’a göre, tüm inceleme sırasında teşebbüs temsilcilerinin refakat edebilmelerine imkân tanınmakta ve böylece imtiyaz itirazlarının da yapılabileceğine yönelik güvenceler sağlanmış olmaktadır (OECD 2018f, 12).

Delillerin incelenmesi ve elenmesi işleminin (*sifting*) yerinde inceleme sonrasında yapıldığı durumlarda; diğer bir ifade ile verilerin kopyalanarak idari otorite yerleşkesine getirildiği dijital delil toplama işlemlerinde teşebbüslerin imtiyaz hakkının korunup korunmayacağı ve hangi aşamada ileri sürebileceklerinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Nitekim dijital delil toplama işlemlerinde çok miktarda veri bir arada bulunmakta, bu veriler imtiyazlı bilgi ve belgeleri de içerebilmektedir (Michalek 2015, 205).

Dijital delil toplama işlemini ikiye ayırmak mümkündür: dijital veri CD veya harici disk gibi fiziksel bir ortama aktarılarak idari otorite yerleşkesinde incelenebilecek veya dijital verinin kopyası/imağının alınması adli bilişim araçları (*forensic IT tools*) kullanılarak gerçekleştirilecektir (OECD 2018e, 6). Adli bilişim araçları kullanılan Komisyon incelemelerinde dijital verilerin kopyalanması üç şekilde yapılmaktadır; verilerin bulunduğu diskin tamamının kopyalanması (fiziksel imaj), diskin sadece veri tutulan dosyalarının kopyasının alınması (mantıksal imaj) ve tam bir imaj almadan sadece belirli verilerin kopyalanması (hedefli imaj). Komisyon, tüm bu yöntemlerin yanı sıra kimi zaman bilgisayar veya sunuculardaki sabit diske el koyabilmektedir²²¹.

Komisyon uygulamasında²²² dijital verilerin toplanması imkânı bulunmaktadır. Alınan kopya veya sabit disklerin Komisyon merkezine getirilerek incelendiği durumda, teşebbüsün gizlilik hakkını güvence altına almak amacıyla teşebbüslerin kopya veya sabit disklerin inceleme süreçlerine katılmaları sağlanmaktadır. Açıklayıcı Not'un²²³ 14. paragrafına göre, oluşturulan kopyalar, Komisyon'a mühürlü zarf içerisinde getirilmekte; kopyaların açılması ile incelenmesi sırasında teşebbüs temsilcisi hazır bulunmaktadır. Bu süreçte teşebbüs temsilcisi imtiyaz itirazlarını dile getirebilmekte ve ilgili belgelerin inceleme kapsamından çıkartılmasını talep edebilmektedir. Almanya ve Danimarka'da da benzer şekilde teşebbüslerin sabit disklerin inceleme süreçlerine katılmaları sağlanmaktayken,

²²¹ Aytakin, B. (2020), "Rekabet Kanunu Değişikliği Işığında Dijital Verilerin İncelenmesi: Copy/Paste'ten Daha Fazlası" <https://www.mondaq.com/turkey/antitrust-eu-competition/969120/rekabet-kanunu-de287i351ikli287i-i351305287305nda-dijital-verilerin-304ncelenmesi-coppaste-39ten-daha-fazlas305> Erişim Tarihi: 09.09.2020.

²²² 1/2003 sayılı Tüzük 20(b)(c).

²²³ Explanatory note on Commission inspections pursuant to Article 20(4) of Council Regulation No 1/2003

Hollanda’da imtiyaz itirazları için farklı bir yöntem tercih edilerek, sabit disklerin incelenmesinden önce teşebbüse imtiyazlı belgelerin tespit edilmesi için süre verilmektedir (Doury 2009, 6).

Kurum’un geleneksel yerinde inceleme uygulamasında eleme işlemi teşebbüste yapılmakta bunun sonucunda elektronik ortamda bulunan verilerin yalnızca seçilen bir kısmı CD veya harici belleğe kopyalanarak Kurumda incelenmektedir. Bu açıdan imtiyaz incelemesi ve imtiyaz itirazında bulunulması açısından dijital ve basılı veriler arasında fark bulunmadığı söylenebilecektir. Nitekim Kurul’un *Gediz*²²⁴ kararında, yerinde incelemede elde edilen belgelerin CD içerisinde alınması dolayısıyla hukuki imtiyaz hakkının ihlal edildiğine yönelik savunmalar karşısında Kurul, Kanun’un 15. maddesinin dijital delil toplamaya cevaz verdiğini; yerinde incelemede CD içinde alınan belgelerin “hash değeri” ile mühürlenerek bir CD örneğinin teşebbüse bırakılması nedeniyle belgelerin CD içerisinde alınmasında herhangi bir hukuka aykırılık bulunmadığı²²⁵ değerlendirmesinde bulunmuştur.

16.06.2020 tarihinde RKHK 15. maddesinde yapılan değişiklikle birlikte dijital verilerin incelenmesi yöntemi açıklık kazanmıştır. Ayrıca, konuya ilişkin 08.10.2020 tarih ve 20-45/617 karar sayılı Yerinde İncelemelerde Dijital Verilerin İncelenmesine İlişkin Kılavuz (Dijital İnceleme Kılavuzu) yayınlanmıştır. İlgili kılavuzda yerinde inceleme sırasında kopyalanan verilerin, imtiyaz kapsamında korumadan yararlanacağı belirtilmekle birlikte, imtiyaza ilişkin itirazların hangi aşamada ileri sürüleceği ve ne şekilde ileri sürüleceğine ilişkin usuli detaylara yer verilmemiştir.

Mevcut uygulamada, teşebbüs temsilcilerinin yerinde incelemeye eşlik etmelerine rağmen kopyalanan veriler arasında imtiyazlı belgelerin bulunduğu fark edilmesi ve o anda itiraz edebilmeleri her zaman mümkün olmayabilmektedir. İnceleme sonunda taraflara, alınan belgelerin bir kopyası bırakılarak gizlilik değerlendirmelerini yapmaları için süre tanınsa da bu süreçte imtiyazlı bilgiler soruşturma heyetinin erişimine açık olacağından imtiyaz ilkesinin sağladığı koruma zedelenmektedir.

²²⁴ 01.10.2018 tarih ve 18-36/583-284 sayılı Gediz kararı.

²²⁵ Para. 1034.

Buradan hareketle, hem Dijital İnceleme Kılavuzu'nda bulunan usuli boşluğun giderilmesi hem de geleneksel olarak tabir edebileceğimiz incelemeler bakımından imtiyaz itirazları ile tarafların gizlilik haklarının gerektiği gibi korunabilmesi amacıyla teşebbüslere itirazlara ilişkin güvence mekanizmalarının getirilmesi uygun olacaktır. Bu doğrultuda, delillerin incelenmesi ve elenmesi işleminin (*sifting*) işleminin yerinde inceleme sonrasında yapıldığı durumlarda; kopyaların verilerin veya sabit disklerin Kurum yerleşiminde incelenmesinden önce teşebbüslere imtiyazlı belgeleri ayrıştırması ve sair gizlilik itirazlarını yapmaları için makul bir süre tanınması hakkın tesis edilmesi imkanı sağlayacaktır. Ancak verilen süre, incelemenin aksamamasının önüne geçmeyecek şekilde düzenlenmelidir.

Bu husus gelecek dönemde daha da önemli hale gelebilecektir. Nitekim RKHK'da 2020 yılında yapılan değişiklikle incelemelerde diskin tamamını kopyalanması veya verilerin bulunduğu dosyanın tamamının kopyalanmasının da önü açıldığı söylenebilecektir. Bu bağlamda mantıksal veya fiziksel imaj alınması uygulamasının yaygınlık kazanması ve incelemenin teşebbüste değil Kurum'da yürütülmesi teşebbüsün imtiyaz incelemesinde bulunma ve itirazını dile getirme imkanlarının daha güçlü ve belirli şekilde korunması ihtiyacını doğurabilecektir. Bu doğrultuda, mevzuat çalışmalarının imtiyaz ve gizlilik itirazlarına yönelik usulleri kapsayacak şekilde düzenlenmesi hukuki belirliliğin sağlanmasına katkı sağlayacaktır.

3.5. UZLAŞMA DURUMUNDA İMTİYAZ

Uzlaşma mekanizması, RKHK'nın 43. maddesinde yapılan kanun değişikliğinden sonra Kurum uygulamasına girmiştir. Uzlaşma usulüne göre, soruşturma başladıktan sonra, ihlalin varlığı ile kapsamını kabul eden teşebbüs veya teşebbüs birliklerine uzlaşma usulü sonucunda idari para cezasında yüzde yirmi beşe kadar indirim uygulanabilmektedir. Sürecin uzlaşma ile neticelenmesi halinde, idari para cezası ve uzlaşma metninde yer alan hususlar uzlaşmanın taraflarınca dava konusu yapılamamaktadır²²⁶.

²²⁶ 16.07.2021 tarihinde, Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasına Yönelik Soruşturmalarda Uygulanabilecek Uzlaşma Usulüne İlişkin Yönetmelik yürürlüğe girmiştir.

Yerinde inceleme ve bilgi isteme kapsamında elde edilen/edilemeyen imtiyaz iddialı belgelere ilişkin nihai mahkeme kararı gelmeden; diğer bir ifade ile belgelerin delil niteliği belli olmadan teşebbüsler uzlaşma prosedürüne başvurmak konusunda çekimser davranabileceklerdir. Zira teşebbüsün uzlaşma yoluna gidip gitmeme kararında Kurum'un elinde bulunan delillerin ve yaptırım ihtimalinin gücü etkili olabilmektedir. Mevcut durumda bir belgenin imtiyazlı olup olmadığı hususunda mahkemelerin yaklaşık bir yılda karar verdiği dikkate alındığında, teşebbüsün mahkeme sonucunu beklemesi, soruşturmanın sona ermesine ve dolayısıyla uzlaşmadan beklenen faydanın (usul ekonomisi) sağlanamamasına yol açabilecektir. Bu gibi sorunların önüne geçebilmek için imtiyaza dair Kurul kararlarının, mahkemede öncelikli işlerden sayılarak incelenmesi uygun olacaktır.

SONUÇ ve TÜRKİYE UYGULAMASINA YÖNELİK ÖNERİLER

Avukat ve müvekkil arasındaki yazışmalara tanınan mesleki hukuki imtiyaz AB ve Türk hukukunun da bağlı bulunduğu AİHS sisteminde, savunma hakkını etkileyen temel bir hak olarak konumlandırılmıştır. Avukat müvekkil arasındaki iletişimin gizli kalacağına hukuk sistemi tarafından garanti altına alınması, müvekkilin açığa çıkacağı endişesi olmadan bilgileri avukatına iletebilmesine ve avukatın doğru bilgileri kullanarak savunma işini layığı ile yerine getirmesini sağlayacağından adil bir yargılanma gerçekleşecektir. İmtiyaz aynı zamanda savunma hakkının tesis edilmesine olan katkısı ile gerçeklerin açığa çıkartılması ve adaletin tesis edilmesindeki kamu yararına katkı sağlamaktadır.

İmtiyaz rekabet hukukunda rekabet otoritelerinin inceleme yetkilerine sınırlama getiren mekanizmalardan birisi olup delillerin kullanılabilirliğine etki etmektedir. İmtiyaz korumasından faydalanan belge, rekabet hukuku incelemelerinde delil olarak kullanılamayacaktır. AB rekabet hukuku sisteminde imtiyazın koşullarına ve uygulamasına ilişkin esaslar Komisyon ve ABAD kararları ışığında ele alınmıştır. ABAD'ın *AM&S* kararına göre belgenin imtiyazlı sayılabilmesi için yazışmanın müvekkil ile işçi-işveren ilişkisi nedeniyle bağlı bulunmayan bağımsız avukat ile müvekkil arasında gerçekleşmesi ile ilgili yazışmanın müvekkilin savunma hakkı amacıyla ve bu kapsamda gerçekleşmesi gerekmektedir. ABAD ek olarak, avukatın AB'de mesleğini yürütmeye yetkili olmasına yönelik şart getirmiştir. Genel Mahkeme'nin *Hilti* kararı ile bu koruma avukat ile yapılan görüşmelerin özetlendiği şirket iç yazışmalar ve *Akzo* kararı ile avukattan hukuki görüş alınabilmesi için oluşturulan şirket içi hazırlayıcı nitelikteki belgeler bakımından genişletilmiştir. Bu kapsamda, imtiyaza ilişkin uygulama esasları, En İyi Uygulamalar Duyurusu'nda *AM&S*, *Hilti* ve *Akzo* kararları ışığında derlenmiştir.

Türk rekabet hukukunda imtiyaza ilişkin şart ve usuller Kurul ve mahkeme kararları ile hüküm altına alınmıştır, konuya ilişkin kamuya açık mevcut durumdaki tek metin Dijital İnceleme Kılavuzu'dur. Kurul çeşitli kararları ile imtiyazın şartlarını *AM&S* kararı ile birebir aynı şekilde belirlemiş ancak avukatın mesleğini yürütmeye yetkili olduğu yer bakımından herhangi bir sınırlama getirmemiştir. İmtiyaza ilişkin şartlar Kurul kararları ile açık bir şekilde ortaya konmuş olmakla birlikte, uygulamaya yönelik esasların derlendiği kamuya açık bir metnin olmayışı hukuki belirliliğin sağlanmasında güçlükler doğurmaktadır. Bu bağlamda, mesleki hukuki imtiyazın Kurum uygulamasının geliştirilmesine yönelik öneriler aşağıda sunulmaktadır:

- Kurum tarafından Komisyon'un En İyi Uygulamalar Duyurusu'na benzer bir şekilde, RKHK'nın 14. ve 15. maddesi ile tanınan yetkilerin kullanılması bakımından, avukat ile müvekkil iletişiminin gizliliğine tanınan mesleki hukuki imtiyaza uygulanacak usul ve esasların derlenmesi; bu kapsamdan teşebbüslere, teşebbüs birliklerine ve Kurum yetkililerine kılavuzluk etmesi amacıyla duyuru veya kılavuz metni yayımlanması hukuki belirliliğin sağlanmasına fayda sağlayacaktır.
- Kurul uygulamasının, yürütülen idari sürecin konusu ile alakalı olan önceki tarihli yazılı iletişimin koruma kapsamında sayılmasına yönelik AB yaklaşımından, kanaatimizce BİM'in hatalı Enerjisa kararı nedeni ile uzaklaştığı görülmektedir. Türk rekabet hukukunda savunma hakkının etkin şekilde kullanılabilmesini sağlamak amacıyla, inceleme sürecinin konusuyla bağlantılı olan ve savunma hakkının kullanılması amacıyla yapılan önceki tarihli yazışmaların da imtiyazdan faydalandığının ortaya konması uygun olacaktır.
- Hukuki imtiyaza yönelik iddiaların, aynı zamanda nihai karar alma konusunda yetkili olan Kurul tarafından incelenmesi yöntemindeki aksaklıkların önüne geçilebilmesi ve savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılması amacıyla ek tedbirler getirilmelidir. Bu kapsamda;
 - Yerinde inceleme esnasında yapılan itirazlar doğrultusunda kapalı zarf içerisinde Kurum'a getirilen belgeler Kurul tarafından okunmadan önce teşebbüse itirazına ilişkin açıklama ve destekleyici belgelerini sunması için süre tanınmalıdır. Bu süre incelemenin aksamamasının önüne geçmeyecek şekilde düzenlenmelidir.

- Kurul sunulan açıklamaları yeterli bulur ise, belgeleri iade etmelidir. Aksi takdirde, imtiyaz itirazını reddedebilecektir. Bu ret Kurul'un belgeleri okuması anlamına gelmeyecektir.
- Kurul, belgeleri okumadan önce, teşebbüsün konuyu mahkemeye taşımasına imkan sağlamalıdır. Bu durumda açılacak iptal davası tek başına imtiyaz iddialı belgelerin incelenmesinin ve kullanılmasının önüne geçmeyecektir. Yürütmenin durdurulmasına başvurulması halinde Kurul mahkemenin kararına kadar çekişmeli belgeleri okumamalıdır.
- Buna ek olarak, yerinde incelemede elde edilen tüm bilgi ve belgeler Kurum'a getirildikten sonra raportörler tarafından belgelerin incelenmesine geçilmeden önce teşebbüse, inceleme sırasında gözden kaçan imtiyaz itirazlarını (gerekçeleri ile birlikte) yapmaları için süre tanınmalıdır. Bu süre incelemenin aksamasının önüne geçmeyecek şekilde düzenlenmelidir. Sunulan gerekçelerin kabul edilmemesi halinde kapalı zarf usulünde olduğu üzere, Kurul'un belgelere erişmesinin önüne geçebilecek dava ve yürütmeyi durdurma süreçlerine imkan tanınmalıdır.
- Ayrıca, belgelere ilişkin nihai karar merci Kurul olmak üzere, Kurum içerisinde Komisyon uygulamasında yeri olan Komisyon İtiraz Memuru'nun imtiyaz incelemesindeki rolüne benzer şekilde, imtiyaz değerlendirmesi yapmak ve hazırladığı raporu Kurul'a sunmak üzere vaka bazında bir araya gelecek olan ve incelemeyi yapan veya bilgi talebinde bulunanlardan ayrı, tercihen hukukçuların yer aldığı bir birim/komisyon oluşturulması uygun olacaktır.
- Tüm bu olası senaryoların önlenmesi ve savunma hakkını etkin bir şekilde kullanılabilmesi amacıyla yürütmeyi durdurma mekanizmasının özenle kullanılması ve imtiyaza yönelik kararların mahkemelerce acele işlerden sayılmasına yönelik mevzuat değişikliği yapılması uygun olacaktır.
- Bilgi talepleri esnasında tarafların imtiyaz itirazları olması durumunda, AB uygulamasına benzer şekilde teşebbüslerin imtiyaz itirazlarının gerekçeleri ile birlikte sunulmasına imkan tanıyan bir usul geliştirmesi uygun olacaktır. Ayrıca, uluslararası kapsamlı incelemelerde kullanılmak üzere örnek imtiyazdan (ve gizli bilgi ve belgelerden) feragat metni yayınlanması hukuki belirliliğin sağlanmasında etkili olacaktır.

- İmtiyaz iddialı belgenin mahkeme kararının yerine getirilmesi amacıyla tarafa iade edilmesi durumunda, o belgenin daha sonra delil olarak kullanılabilmesi hususu göz önünde bulundurulmalı; iadeye ilişkin usul bu doğrultuda güncellenmelidir.
- Türk rekabet hukukunda imtiyazın geçerli olabilmesi için, avukatların mesleğini icra ettikleri veya buldukları yer bakımından Türkiye olacak şekilde sınırlama getirilmesi uygun olacaktır. Ancak, avukatlık mesleğinin icrası çerçevesinde mütakabiliyet anlaşmaları olan ülkeler bakımından imtiyaz uygulamaları istisna teşkil edebilecektir. Bu konuda öngörülebilirliğin sağlanması amacıyla mevzuat çalışmasına ihtiyaç duyulmaktadır.
- Yazışmanın imtiyaz korumasından faydalanıp faydalanmadığının ortaya konması açısından imtiyaz bakımından idari sürecin ne zaman başladığının kamuya açık bir metninde düzenlenmesi hukuki belirliliğin sağlanmasına katkı sağlayacaktır.
- RKHK'da 2020 yılında yapılan değişiklikle incelemelerde diskin tamamının kopyalanması veya verilerin bulunduğu dosyanın tamamının kopyalanmasının önü açılmıştır. Bu bağlamda mantıksal veya fiziksel imaj alınması uygulaması yaygınlık kazanması ile delillerin incelenmesi ve elenmesi işleminin (sifting) işleminin yerinde inceleme sonrasında yapılabilecektir. Bu durumda imtiyaz incelemesinde bulunma ve itirazını dile getirme imkanlarının daha güçlü ve belirli şekilde korunması ihtiyacı doğmaktadır. Dolayısıyla, dijital verilerin Kurum'da incelenmesine yönelik sair mevzuat çalışmalarının imtiyaz ve gizlilik itirazlarına yönelik usulleri kapsayacak şekilde düzenlenmesi hukuki belirliliğin sağlanmasına katkı sağlayacaktır.
- Bu doğrultuda, teşebbüslere, kopyalanan verilerin veya sabit disklerin Kurum yerleşesinde incelenmesinden önce imtiyazlı belgeleri ayrıştırması ve sair gizlilik itirazlarını yapmaları için makul bir süre tanınması uygun olacaktır. Bu süre incelemenin aksamasının önüne geçmeyecek şekilde düzenlenmelidir. Ayrıca Kurum'da yapılacak inceleme sırasında teşebbüs temsilcilerinin hazır bulunabilmesine imkan sağlanmalıdır.

ABSTRACT

As a corollary to the right of defence and fair trial, correspondences between lawyer and client are considered privileged as a general principle of law. In competition proceedings, this privilege has significance in the collection and use of evidence as it confers right to resist against compelled disclosure and gathering of the protected document on client.

The aim of this study is to reveal relevance and practice of the legal professional privilege (LPP) in competition proceedings by analyzing the rules and procedures of EU regulation and Turkish Law along with legal precedent. Analysis shows that rules and principles of privilege in EU and Turkish competition proceedings, which are very similar, suggest that the privilege is only applicable to correspondences made by the purpose of right of defence between an independent lawyer and his or her client. It is crucial to provide the parties with procedural safeguards to ensure the privileged documents are protected. Study also reveals that it is critical to strike a balance between protection of LPP and effective enforcement of competition rules.

In this context, this study discusses long-standing and new challenges regarding LPP and critically analyses current practice in Turkish competition law and policy. Thus, study concludes with some recommendations to improve protection of LPP in Turkish competition law.

KAYNAKÇA

- ANDREANGELI, A. (2005), “The Protection of Legal Professional Privilege in EU Law and the Impact of the Rules on the Exchange of Information within the European Competition Network on the Secrecy of Communications between Lawyer and Client: one step forward, two steps back?”, *Competition Law Review*. 2005, s.31-54.
- AKİPEK, Ş. (2003), *Alt Vekâlet*, Yetkin Yayınları, Ankara.
- AKYÜREK, G. (2012), “Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu”, *TBB Dergisi* (101), s. 61-82.
- ALFORD, R. (2018), “Department of Justice Attorney-Client Privilege in Global Antitrust Enforcement. Remarks as Prepared for the Federal Economic Competition Commission”, <https://www.justice.gov/opa/speech/file/1066916/download>, Erişim Tarihi: 06.07.2020.
- ASLAN, E. F. (2009), “Avukat ile Müvekkil Arasındaki İletilerin Rekabet Soruşturmaları Özelinde Delil Olarak Kullanılması”, *Rekabet Forumu*, s. 46-50.
- ASLAN, İ. Yılmaz (2007), *Rekabet Hukuku*, Ekin Kitabevi, Bursa.
- ASLAN, Ç. (2015), “Avukatlık Tekeline Genel Bir Bakış”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 1669-1711.
- AUBURN, J. (2000), *Legal Professional Privilege: Law and Theory*, Hart Publishing.
- BELLAMY, C. ve G CHILD. (2008), *Bellamy & Child: European Union Law of Competition*, Sweet & Maxwell, 6. Baskı, London.
- BLANCO L. O. (2013), *EC Competition Procedure*, Oxford University Press, 3. Baskı.
- BOYD, J. (1983), “The Confidentiality of Legal Advice in the EEC”, *International Business Lawyer* s.35-38.

BOZKURT, ARGUN H. (2018) “Avukatlık Mesleğinin Tarihçesine Bir Bakış“, *Ankara Barosu Dergisi* 2018/4, s.2011-223

BOZOĞLU FIRAT, E. S. (2010), “2000’den 2010’a Rekabet Hukuku Uygulamaları ve Yargısal Denetim”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-VIII, Kayseri*, s. 55-180.

BURNSIDE, A. ve H. CROSSLEY, (2005), “AM&S, AKZO and Beyond: Legal Professional Privilege in the Wake of Modernisation”, *Antitrust Reform in Europe: A Year in Practice Konferansında sunulan çalışma*, Brüksel.

CAPOBIANCO, A. ve G. ERDEI, (2018), “Procedural Fairness and Transparency in Competition Proceedings”, *CPI Antitrust Chronicle*.

CHRISTOFOROU, T. (1985), “Protection of Legal Privilege in EEC Competition Law: The Imperfections of a Case”, *Fordham Int. Law Journal*, Vol.9, Sayı: 1, s.1-62.

CONNOLLY, N. (1982), “Legal Privilege in the European Communities after the AM&S Case”, *ECLR*, s.246-252.

COŞGUN, H. (2010), “ABD AB ve Türk Rekabet Otoritelerinin Bilgi Edinme Yetkileri ve Bilgi Kaynağı Olarak Fonksiyonları”, *Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi*, Ankara.

CRUMP, S. W. (2003), “The Attorney-Client Privilege and Other Ethical Issues in the Corporate Context Where There is Widespread Fraud or Criminal Conduct”, *South Texas Law Review*, Vol: 45: s. 171-191.

DEACONU, R. I. (2011), “The Protection Of Legal Professional Privilege For In-House Counsel In European Competition Law: An Analysis In The Light Of The Akzo-Nobel Case”, Yüksek Lisans Tezi, Tilburg University LLM International and European Public Law.

DE LA TORRE, F. C. (2009), “Evidence, Proof and Judicial Review in Cartel Cases”, *World Competition*, Vol: 32, Sayı: 4, s. 505-578.

DLA PIPPER 2017, Legal Professional Privilege Global Guide 5th edn, <http://www.dlapiperlegalprivilege.com/#handbook/world-mapsection> Erişim Tarihi: 04.05.2020.

DOURY N. J. (2009), “Digital Evidence Searches in Competition Investigations: Best Practices For Effective Fundamental Rights, Results of an International

Survey Among Defense Lawyers”, *Concurrences*, Sayı: 4–2009, s. 1-9 .

EHLERMANN, C. D. ve B. J. DRIJBER, (1996), “Legal Protection of Enterprises: Administrative Procedure, in Particular Access to Files and Confidentiality”, *European Competition Law Review*, Vol: 17, Sayı: 7, s. 375-383.

FLATTERY, J. (2010), “Balancing Efficiency and Justice in EU Competition Law: Elements of Procedural Fairness and their Impact on the Right to a Fair Hearing”, *The Competition Law Review*, Vol: 7, Sayı: 1, s. 53-81.

GONZÁLEZ-DIAZ, F. E. ve P. STUART, (2017), “Legal Professional Privilege Under EU Law: Current Issues”, *Competition Law & Policy Debate*, Vol: 3, Sayı: 3, s. 56-65.

GIANNAKOPOULOS, T. K. (2011), *Safeguarding Companies’ Rights in Competition and Anti-dumping/anti-subsidies Proceedings*, İkinci Baskı, Kluwer Law International B.V.

GIPPINI-FOURNIER, E. (2004), “Legal Professional Privilege in Competition Proceedings Before The European Commission: Beyond The Cursory Glance”, *Fordham International Law Journal*, Vol: 28, Sayı: 4, s. 967-1048.

GREENWALD D. M. ve M. L. SLACHETKA, (2015), “Jenner&Block LLP: Protecting Confidential Legal Information- A Handbook for Analyzing Issues Under The Attorney-Client Privilege and The Work Product Doctrine”

GÜNDÜZ, H. (2010), “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Rekabet Hukuku Uygulamasına Etkileri”, *Rekabet Hukuku Uzmanlık Tezleri Serisi*, Ankara.

GÜNDÜZ, H. (2014), “Rekabet Hukukunda Uygulanan İdari Para Cezaları”, *Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi*, Ankara.

GÜNERGÖK, Ö. (2009), *Avukatlık Sözleşmesi*, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara.

GÜRKAYNAK, G. ve B. İKİLER, (2007), “Avukat ile Müvekkili Arasındaki Yazışmaların Yerinde İncelemelerde İncelenmesi ve Rekabet Hukuku Soruşturmalarında Kullanılması Meselesi”, *Rekabet Forumu*, Sayı: 35, s. 3-11.

GÜRKAYNAK G., Ç. KOZ, S.T. TOPALOĞLU, (2019), “The Application of General Principles of Law in a Competition Law Setting: A Glance at Contemporary Turkish Practice”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol: 10, Sayı: 7, s. 489–499.

HAMMOND S.D, (2009), ‘Recent Developments Relating to the Antitrust Division’s Corporate Leniency Program’, speech at the 23rd Annual National Institute on White Collar Crime, San Francisco, CA (5th March 2009), <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/244840.pdf> Erişim Tarihi: 18.06.2020

HARDING, C. (1993), *European Community Investigation and Sanctions*, Leicester University Press, London.

ICN (2005), Int’l Competition Network, Waivers of Confidentiality in Merger Investigations (2005), https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/MWG_ModelWaiver.pdf Erişim Tarihi: 18.06.2020

ICN (2014), ICN Agency Effectiveness Project On Investigative Process, Competition Agency Confidentiality Practices <https://centrocedec.files.wordpress.com/2015/07/report-on-confidentiality-practices2014.pdf> Erişim Tarihi: 18.06.2020

KALINTIRI, A. (2019), *Evidence Standards in EU Competition Enforcement, The EY Approach*, Hart Publishing, 1. Baskı.

KERSE, C. S. ve N. KHAN (2012), *EC Antitrust Procedure*, 6. Baskı, Sweet& Maxwell/Thomson Reuters, London.

KUYPERS P.J. ve J.P. VAN RIJN, (1982) “Procedural Guarantees and investigatory Methods in European Law, with Special Reference to Competition”, *YEL*, s. 1-55.

KÜRŞAT, Z. (2009), “Eser ve Vekâlet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükmü”, *İÜHFMC*. LXVII, sayı.1-2, s. 143-166.

LANG J. T. (2013), “Legal Problems of Digital Evidence, Journal of Antitrust Enforcement”, *Journal of Antitrust Enforcement*, s. 1–25.

MICHALEK, M. (2015), *Right to Defence in EU Competition Law: The Case of Inspections*, University of Warsaw Faculty of Management Press, Varşova.

MURRAY, A. S. (2018), “Expert Evidence and the Problem of Privilege”, Doktora Tezi, University of Sydney.

NASUTAVICIENE, J. (2013) “The Right to Confidentiality of Communications Between a Lawyer and a Client During Investigation of Eu Competition Law Violations: The Aspect of The Status of a Lawyer”, *Jurisprudence*, 2013, 20(1), s. 39–55.

OECD (2003) Information Sharing in Merger Control Procedures, Note by the United States, DAF/COMP/WP3/WD(2003)25, <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/us-submissions-oecd-and-other-international-competition-fora/2003--Information%20Sharing%20in%20Merger%20Control%20Procedures.pdf> Erişim tarihi: 18.06.2020

OECD (2014), Recommendation of the OECD Council concerning International Co-operation on Competition Investigations and Proceedings, <http://www.oecd.org/daf/competition/2014-rec-internat-coop-competition.pdf> Erişim Tarihi: 18.06.2020

OECD (2018a), Treatment of Legally Privileged Information in Competition Proceedings Background Paper by the Secretariat, DAF/COMP/WP3(2018)5, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3\(2018\)5/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3(2018)5/en/pdf) Erişim Tarihi: 18.06.2020

OECD (2018b), Treatment of legally privileged information in competition proceedings – Note by the European Union DAF/COMP/WP3/WD(2018)46 [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD\(2018\)46/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD(2018)46/en/pdf) Erişim Tarihi: 18.06.2020

OECD (2018c), Investigative Powers In Practice – Breakout session 2: Requests for Information: Limits and Effectiveness, DAF/COMP/GF(2018)8, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2018\)8/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2018)8/en/pdf) Erişim Tarihi: 18.06.2020

OECD (2018d), Treatment of legally privileged information in competition proceedings – Note by BIAC, DAF/COMP/WP3/WD(2018)50, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD\(2018\)50/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD(2018)50/en/pdf) Erişim Tarihi: 18.06.2020

OECD (2018e), Investigative Powers In Practice – Break-out session 1: Unannounced Inspections in the Digital Age DAF/COMP/GF(2018)7 [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2018\)7/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2018)7/en/pdf) Erişim Tarihi: 18.06.2020

OECD (2018f), Investigative Power In Practice, Summaries of contributions, DAF/COMP/GF/WD(2018)42, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD\(2018\)42/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD(2018)42/en/pdf) Erişim Tarihi: 18.06.2020

OECD (2018g), Treatment of legally privileged information in competition proceedings – Note by Japan, DAF/COMP/WP3/WD(2018)41, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD\(2018\)41/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD(2018)41/en/pdf) Erişim Tarihi: 18.06.2020

OECD (2018h), Treatment of legally privileged information in competition proceedings – Note by United Kingdom, DAF/COMP/WP3/WD(2018)49, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD\(2018\)49/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD(2018)49/en/pdf) Erişim Tarihi: 18.06.2020

ÖZTÜRK, B. ve M.R. ERDEM, ve V.Ö. ÖZBEK, (2004), *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

PAIS ANTUNES, L. (2011), “Just Another Brick in the Wall: Communications With In-house Lawyers Remain Unprotected by Legal Privilege at the European Union Level”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol: 2, Sayı: 1, s. 3-9.

PINAR, H. (2011), “Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda AB Komisyonunun İnceleme Yetkisi”, *Rekabet Dergisi*, Vol: 12, Sayı: 4, s. 127-154.

PINOTTI, V. (2018), “Janssen Cilag S.A.S. v. France: Antitrust Dawn Raids do not Violate Human Rights Law in Case of Effective Judicial Review”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 9, Sayı: 1. s. 28-30.

RITTER L. ve W. DBRAUN. (2004), *European Competition Law: A Practitioner's Guide*, Kluwer Law International B.V., 3. Baskı.

STOCK, R. (2009), “The Global Legal Department”, *Canadian Corporate Counsel Association (CCCA) Magazine*, Vol: 3, Sayı: 2, Toronto, s. 10-11.

SUNGURTEKİN ÖZKAN, M. (2013), *Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri*, 4. Baskı, İzmir.

ŞEN, E. (2013), “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihadında Avukatın Sır Saklama Yükümlülüğünden Kaynaklanan İmtiyazlar”, *TBB Dergisi*, (138), s. 9-37.

TURNO, B. (2012), “Legal Professional Privilege and the Privilege Against Self-Incrimination in EU Competition Law after the Lisbon Treaty – Is It Time for a Substantial Change?”, *YARS*, Vol: 2012, Sayı: 5(6), s.193-214.

UYANIK, P. (2003), “Rekabet Hukuku Açısından Delil”, *Rekabet Hukuku Uzmanlık Tezleri Serisi*, Ankara.

VEENBRINK, M. (2015), “The Privilege against Self-Incrimination in EU Competition Law: A Deafening Silence?”, *Legal Issues of Economic Integration*, Vol: 42, Sayı: 2 s. 119 – 142.

VESTERDORF, B. (2004), “Legal Professional Privilege and the Privilege Against Self-incrimination: Recent Developments and Current Issues”, *Fordham International Law Journal*, Vol: 28, Sayı: 4, s. 1179-1215.

WILS, W. P. J. (2019), “Legal Professional Privilege in EU Antitrust Enforcement: Law, Policy & Procedure”, *World Competition: Law and Economics Review*, Vol: 42, Sayı: 1, s. 21-42.

WILS, W. P. J. (2011), “EU Anti-trust Enforcement and Procedural Rights and Guarantees: The Interplay between EU Law, National Law, the Charter on Fundamental Rights of the EU and the European Convention on Human Right”, *World Competition*, Vol: 34, Sayı: 2, s. 189-213.

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

Rekabet Kurulu Kararları

20.4.2009 tarih ve 09-16/374-88 sayılı Sanofi kararı.

16.01.2014 tarih ve 14-02/35-14 sayılı Şölen kararı.

13.10.2009 tarih ve 09-46/1154-290 sayılı CNR kararı.

02.12.2015 tarih ve 15-42/690-259 sayılı Dow kararı.

06.12.2016 tarih ve 16-42/686-314 sayılı Enerjisa kararı.

08.03.2018 tarih 18-07/111-58 sayılı *Çiçeksepeti* kararı.

01.10.2018 tarih ve 18-36/585-286 sayılı Luxottica kararı.

01.10.2018 tarih ve 18-36/583-284 sayılı Gediz kararı.

17.01.2019 tarih ve 19-04/36-14 sayılı Warner Bros kararı.

20.06.2019 tarih ve 19-22/352-158 sayılı İGMD kararı.

14.11.2019 tarih ve 19-40/670-288 sayılı Huawei kararı.

09.01.2020 tarih ve 20-03/28-12 sayılı Burdur kararı.

02.07.2020 tarih ve 20-32/405-186 sayılı *Çiçeksepeti II* kararı.

04.03.2021 tarih ve 21-11/155-64 sayılı İzmir Liman kararı.

29.04.2021 tarih ve 21-24/287-130 sayılı DSM kararı.

İlk derece Mahkemesi kararları

Ankara 15. İdare Mahkemesi 16.11.2017 tarih, E. 2017/412 K. 2017/3045 sayılı kararı.

Danıştay ve İstinaf Mahkemesi Kararları

Ankara Bölge İdare Mahkemesi 8. İdare Dava Dairesi'nin 10.10.2018 tarih, 2018/658 E., 2013/1236 K. sayılı kararı.

Danıştay 13. Dairesi'nin 11.03.2014 tarih, 2010/1677 E., 2014/829 K. sayılı kararı.

Yargıtay Kararları

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 20.06.1996 tarih, 1996/3092 E., 1996/14111 K. sayılı kararı.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 13.7.2009 tarih, 2008/876 E., 2009/20602 K. sayılı kararı.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 03.05.2012 tarih, 2010/7939 E., 2012/15559 4857 K. sayılı kararı.

Yargıtay 3. Ceza Dairesi, 2014/9218 E. 2014/32172 K. sayılı kararı.

Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 28.01.2009 tarih, 2008/13646 E., 2009/1129 K. sayılı kararı.

Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 14.11.2011 tarih ve 2009/19013 E., 2011/21017 K. sayılı kararı.

AYM Kararları

AYM kararı: 15.10.2009 tarihli ve 2007/16 E., 2009/147 K. sayılı kararı.

AYM kararı: 10.01.2013 tarihli ve 2012/93 E. 2013/8 K. sayılı kararı.

Komisyon Kararları

CASE AT.39612- Perindopril (Servier).

CASE M.7932 – Dow/DuPont.

Almanya Bonn Bölge Mahkemesi Kararı

Regional Court Bonn, decision of 21.06.2012, 27 Qs 2/12.

Almanya Anayasa Mahkemesi Kararı

Almanya Anayasa Mahkemesi kararı, 2 BvR 1562/17 -, Rn. 1-54, 27.06.2018, file:///C:/Users/osariaslan/Downloads/20180726_German_Constitutional_Court_Permits_The_Seizure_Of_Documents_In_Possession_Of_Third_Partys_Lawyers.pdf Erişim Tarihi: 28.09.2020.

ABD Yüksek Mahkemesi Kararı

Upjohn Co. v United States (1981) 449 US 383, US Supreme Court.

Paris Yüksek Mahkemesi Kararı

Paris Court of Appeals, Whirlpool Ruling, 14/13384, 08.11.2017.

AİHM Kararları

Başvuru no: 13590/88, Campbell v. UK, 25.3.1992.

Başvuru no: 19348/04, Sorvisto v. Finland, 13.01.2009.

Başvuru no: 23224/94, Kopp v Switzerland, 25.03.1998 .

Başvuru no: 11801/85, Kruslin v. France, 24.04.1990.

Başvuru no: 62002/00, Tamosius v. the United Kingdom, 16.09.2002.

Başvuru no: 50882/99, Petri Sallinen and Others v. Finland, 27.09.2005.

Başvuru no: 71362/01, Smirnov v. Russia, 7.7.2007.

Başvuru no: 60567/10, Vinci Construction and GMT Génie Civil and Services v. France, 02.04.2015.

Başvuru no: 18700/09, Lindstrand Partners Advokatbyrå AB v. Sweden, 20.12.2006.

Başvuru no: A220, S w. Switzerland 28.11.1991.

Başvuru no: 14310/88, Murray v. United Kingdom, 28.10.1994.

Başvuru no: 33274/96, Foxley v. UK, 20.06.2000.

Başvuru no: 2156/10, M v. Netherlands, 25.10.2017.

Başvuru no: 38321/97, Erdem v. Germany, 05.07.2001.

Başvuru no: 23393/05, Castravet v. Moldova, 13.03.2017.

Başvuru no: 12323/11 Michaund v. Fransa, 06.12.2012.

Başvuru no: 13710/88, Niemetz v. Germany, 16.12.1992.

Başvuru no: 37971/97, Société Colas Est, ve Diğerleri v. France, 16.4.2002.

Başvuru No: 18497/03, Ravon e.a. v. France, 21.02.2008.

AB İlk Derece Mahkemesi Kararları

Case T-125/03 and T-253/03, Akzo Nobel Chemicals and Akros Chemicals v Commission.

Case T-30/89, Hilti v Commission, EU:T:1990:27.

Case T-24/05 Alliance One International, Inc. and Others v European Commission.

Case T-79/99, Euro-Lex European Law Expertise GmbH v. Office for Harmonisation in the Internal Market, [1999] ECR II-3555 (CFI, Order of 8 December 1999).

Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları

Case 155/79, AM & S Europe v Commission, EU:C:1982:157.

Case C-550/07 P, Akzo Nobel Chemicals and Akros Chemicals v Commission, EU:C:2010:512.

Case C-542/14 VM Remonts, ECLI:EU:C:2016:578.

Case C-22/98 Jean Claude Becu, ECLI:EU:C:1999:419.

Case C-542/14 VM Remonts, ECLI:EU:C:2016:578.

IBM Corp. v. Comission, 1981 ECLI:EU:C:1981:264.

SA Brasserie de Haecht v. Wilkin-Janssen, 1973 ECLI:EU:C:1973:11.

Panasonic (UK) Ltd. V. Comission 136/79, (1980) ECLI:EU:C:1980:169.

Hoechst v Commission [1989] ECLI:EU:C:1989:337.

AB Mahkemeleri Hukuk Sözcülerinin Görüşleri (Advocate General's Opinion)

Opinion of Advocate General Kokott, Case C-550/07 P, Akzo Nobel Chemicals Ltd and Akros Chemicals Ltd v. European Commission [2010] I-08301, 29 April 2010, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62007CC0550&from=EN> Erişim Tarihi: 28.09.2020.

Opinion of Advocate General Sir Gordon Slynn, AM & S Europe v Commission, Case 155/79,EU:C:1982:157,[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61979CC0155\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61979CC0155(01)&from=EN) Erişim Tarihi: 28.09.2020.

Opinion of Advocate General Sir Gordon Slynn, IBM Corp. v. Comission, 1981 ECLI:EU:C:1981:264 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:61981CC0060&rid=2> Erişim Tarihi: 28.09.2020.

Diğer Kaynaklar

Antitröst Usul Kılavuzu http://ec.europa.eu/competition/antitrust/antitrust_manproc_3_2012_en.pdf Erişim Tarihi: 17.07.2020.

AB, ABD, Japonya ve Kanada’da aynı anda Isı Stabilizörü karteli hk. inceleme yapılmasına ilişkin18-36/585-286 Komisyon basın duyurusu, MEMO/03/33 13 Şubat 2003, http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.gettxt=gt&doc=MEMO/03/33%200|RAPID&lg=EN. Erişim Tarihi: 10.06.2020.

ABD Örnek Gizlilikten Feragat Metni, https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/international-waivers-confidentiality-ftc-antitrust-investigations/model_waiver.pdf Erişim Tarihi: 15.06.2020.

Avrupa Birliği’ne Üye Ülkelerde Avukatlık Mesleği ile İlgili Düzenlemeler, 24.11.2008, Ankara; <http://eski.ankarabarasu.org.tr/AvukatlikMevz/doc/avrupabirligimevzuat.pdf> Erişim Tarihi: 29.08.2020.

AB Avukatlık Mesleğine ilişkin düzenlemeler: <https://www.ccbe.eu/documents/professional-regulations/> Erişim Tarihi: 27.08.2020.

Aytekin, B. (2020), “Rekabet Kanunu Değişikliği Işığında Dijital Verilerin İncelenmesi: Copy/Paste’ten Daha Fazlası” <https://www.mondaq.com/turkey/antitrust-eu-competition-/969120/rekabet-kanunu-de287i351ikli287i-i351305287305nda-dijital-verilerin-304ncelenmesi-copypaste39ten-daha-fazlas305> Erişim Tarihi: 09.09.2020.

Demir, E. E. “Avukatlık Sözleşmesi İle Vekâlet Sözleşmesinin Karşılaştırılması”, <http://demirvedemirhukuk.com/images/yayinlar/k01.pdf>. Erişim Tarihi: 15.07.2020.

Dr. Tilman Kuhn, EC focus on internal documents: Time to rethink the architecture of the EU merger control process?, 08.03.2019, <https://www.whitecase.com/publications/article/ec-focus-internal-documents-time-rethink-architecture-eu-merger-control-process> Erişim Tarihi: 11.09.2020.

Komisyon Örnek Feragat Metni, <https://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/npwaivers.pdf> Erişim Tarihi: 15.06.2020.

Margrethe Vestager’in Konuşması, Fairness and competition, GCLC Annual Conference, Brussels, January 25, 2018. https://wayback.archive-it.org/12090/20191129212136/https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/fairness-and-competition_en Erişim Tarihi: 20.07.2020.

ICC Commission on Competition (2010), Recommended framework for international best practices in competition law enforcement proceedings. <https://iccwbo.org/publication/recommended-framework-international-best-practices-competition-law-enforcement-proceedings/> Erişim Tarihi: 12.09.2020.

OPINIONS OF THE LORDS OF APPEAL FOR JUDGMENT Special Commissioner and Another, Ex P Morgan Grenfell & Co Ltd, R v. [2002] UKHL 21 (16th May, 2002), <https://publications.parliament.uk/pa/ld200102/ldjudgmt/jd020516/morgan-1.htm> Erişim Tarihi: 28.09.2020.

OECD Recommendation concerning International Co-operation on Competition Investigations and Proceedings, <https://www.oecd.org/competition/international-coop-competition-2014-recommendation.htm> Erişim Tarihi: 28.09.2020.

Thomas Wilson (Kirkland & Ellis)/Legal professional privilege in EU merger control May 30, 2017, http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2017/05/30/legal-professional-privilege-eu-merger-control/?doing_wp_cron=1593507320.0114901065826416015625 Erişim Tarihi: 10.09.2020.

Japonya rekabet otortirtesindeki avukat müvekkil imtiyazına yönelik değişikliklere ilişkin haber: <https://www.internationallawoffice.com/Newsletters/Competition-Antitrust/Japan/Nagashima-Ohno-Tsunematsu/Recent-developments-regarding-attorney-client-privilege> Erişim Tarihi: 17.07.2020.



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