

Uzmanlık Tezleri Serisi No: 99

REKABET KURUMU

AVRUPA İNSAN HAKLARI
SÖZLEŞMESİ'NİN
REKABET HUKUKU
UYGULAMASINA ETKİLERİ



REKABET
KURUMU

Bilkent Plaza B3 Blok 06800 Bilkent/Ankara

<http://www.rekabet.gov.tr>

ISBN 978-975-8936-91-5



HARUN GÜNDÜZ

**AVRUPA İNSAN HAKLARI
SÖZLEŞMESİ'NİN
REKABET HUKUKU
UYGULAMASINA ETKİLERİ**

HARUN GÜNDÜZ

ANKARA 2009

© Bu eserin tüm telif hakları
Rekabet Kurumuna aittir. 2010

İlk Baskı, Ağustos 2010
Rekabet Kurumu-Ankara

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

29/06/2009 tarihinde
Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı Fevzi ÖZKAN Başkanlığında,
1 No'lu Daire Başkanı Erkan YARDIMCI,
Tarkan ERDOĞAN, Haluk ARI Yrd. Doç. Dr. Gamze ÖZ'den oluşan Tez
Değerlendirme Heyeti önünde savunulan bu tez, Heyetçe yeterli bulunmuş ve
Rekabet Kurulu'nun 19/08/2009 tarih ve 09-36/908 sayılı toplantısında
"Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi" olarak kabul edilmiştir.

ISBN 978-975-8936-91-5

YAYIN NO

0250

İÇİNDEKİLER

Sayfa No

SUNUŞ.....	iv
KISALTMALAR	v
GİRİŞ	1

Bölüm 1

AIHS'NİN ULUSAL HUKUKA ETKİLERİ ve TEŞEBBÜSLERİN AIHS'DEKİ GÜVENCELERDEN YARARLANMASI

1.1. AIHS'NİN GETİRDİĞİ KORUMA SİSTEMİNE İLİŞKİN GENEL BİLGİLER.....	5
1.2. AIHS'NİN TOPLULUK HUKUKUNA ETKİLERİ.....	6
1.2.1. Topluluk Hukukunda Temel Hakların Korunması.....	7
1.2.2. Topluluk Tasarruflarının AIHM Önünde İncelenmesi.....	9
1.3. AIHS'NİN TÜRK HUKUKUNDAKİ YERİ.....	12
1.4. TEŞEBBÜSLERİN AIHS'DE TANINAN GÜVENCELERDEN YARARLANMASI	13

Bölüm 2

AIHS'NİN 8. MADDESİ ÇERÇEVESİNDE ÖZEL HAYATIN, KONUTUN, HABERLEŞMENİN KORUNMASI VE REKABET OTORİTELERİNİN YERİNDE İNCELEME YETKİSİ

2.1. AIHM'NİN ÖZEL HAYATIN KORUNMASI, KONUT DOKUNULMAZLIĞI VE HABERLEŞMENİN GİZLİLİĞİNE İLİŞKİN KARARLARI.....	19
2.2. AB REKABET HUKUKUNDA YERİNDE İNCELEMELER	25
2.2.1. Komisyon'un Yerinde İnceleme Yetkilerine Genel Bakış	25
2.2.2. Yerinde İncelemelerin AIHS m. 8'e Aykırılığına İlişkin Topluluk Mahkemesi Kararları	29
2.3. TÜRK REKABET HUKUKUNDA YERİNDE İNCELEMELER.....	30
2.4. KOMİSYON'UN VE KURUL'UN YERİNDE İNCELEME YETKİLERİNİN AIHS M. 8/2 ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ.....	32
2.5. AIHM İÇTİHADINA UYUM SAĞLAMAK İÇİN YAPILABİLECEK DEĞİŞİKLİKLER	35

Bölüm 3
AIHS'NİN 6. MADDESİ ÇERÇEVESİNDE
REKABET İHLALLERİNE İLİŞKİN
USULÜN NİTELİĞİ

3.1. AIHM'NİN ADİL YARGILANMA HAKKINA YAKLAŞIMI .	39
3.1.1. Cezai Alanda Yöneltilen Suçlama Kavramıyla İlgili AIHM Kararları.....	41
3.1.2. AIHM'nin Rekabet Usulüne İlişkin Kararları	43
3.2. AB REKABET HUKUKUNDAKİ DURUM.....	44
3.2.1. Topluluk Mahkemesi Kararları.....	44
3.2.2. AB Uygulamasında Rekabet İhlallerinin Soruşturulmasına İlişkin Usulün AIHS'nin 6. Maddesi Çerçevesindeki Niteliği ...	45
3.3. TÜRK REKABET HUKUKUNDAKİ DURUM.....	46
3.4. REKABET İHLALLERİNİN SORUŞTURULMASINA İLİŞKİN USULÜN AIHS'NİN 6. MADDESİ KAPSAMINDA OLMASININ SONUÇLARI.....	48

Bölüm 4
REKABET SORUŞTURMALARINDA
HASSAS DELİLLER:
KENDİNİ SUÇLAYICI BEYANDA
BULUNMA YASAĞI VE AVUKAT - MÜVEKKİL
YAZIŞMALARININ KORUNMASI

4.1. KENDİNİ SUÇLAYICI BEYANDA BULUNMA YASAĞI	54
4.1.1. AIHM'nin Kendini Suçlama Yasağına İlişkin Kararları.....	56
4.1.2. AB Rekabet Hukukunda Yasağın Uygulanışı.....	61
4.1.3. Türk Rekabet Hukukundaki Durum.....	65
4.1.4. AIHM Kararları ve AB Uygulaması Işığında Türkiye İçin Öneriler	66
4.2. AVUKAT-MÜVEKKİL YAZIŞMALARININ GİZLİLİĞİ	68
4.2.1. AIHM'nin Avukat-Müvekkil İmtiyazına İlişkin Kararları	69
4.2.2. AB Rekabet Hukukunda İmtiyazın Uygulanışı	70
4.2.3. Türk Rekabet Hukukundaki Durum	75
4.2.4. AIHM Kararları ve AB Uygulaması Işığında Türkiye İçin Öneriler	76

Bölüm 5
AİHM’NİN GETİRDİĞİ ÖLÇÜTLER İŞİĞİNDA
REKABET OTORİTESİ KARARLARININ
YARGISAL DENETİMİ

5.1. AİHM KARARLARI İŞİĞİNDA TAM YETKİLİ MAHKEME KAVRAMI.....	79
5.2. AB REKABET HUKUKUNDA YARGISAL DENETİM	82
5.3. TÜRK REKABET HUKUKUNDA YARGISAL DENETİM	85
5.4. AİHM KARARLARI İŞİĞİNDA TÜRKİYE UYGULAMASI İÇİN ÖNERİLER	87
SONUÇ	91
ABSTRACT	93
KAYNAKÇA	94

SUNUŞ

Onu yılı aşkın bir süredir bağımsız bir idari otorite olarak faaliyetlerini sürdürmekte olan Rekabet Kurumu, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümleri çerçevesinde yaptığı uygulamalar ile piyasalarda rekabetçi bir işleyiş yönünde önemli gelişmeler sağlamış, kartelleşme ve tekelleşmeyi engellemek yönünde başarılı adımlar atmıştır. Bu başarıları sayesinde de Rekabet Kurumu, yalnızca Türkiye’deki kurumlar arasında değil, dünyadaki rekabet otoriteleri arasında da hak ettiği yeri almaya başlamıştır. Nitekim Avrupa Birliği Komisyonu ilerleme raporları ile OECD gözden geçirme raporlarında bu durum ifade edilmekte ve Kurumun ulaşmış olduğu idari kapasite ve meslek düzey takdirle karşılanmaktadır.

Rekabet Kurumunun ulaşmış olduğu bu idari kapasite ve mesleki düzeyin en önemli göstergelerinden biri de uzmanlık tezleridir. Rekabet uzman yardımcıları, u yılı açan meslek çalışmalarından elde ettikleri tecrübelerini, bilimsel metodoloji ve araştırma anlayışı ışığında uzmanlık tezine dönüştürmektedirler. Rekabet hukuku, politikası ve sanayi iktisadı alanlarında hazırlanan ve gerek Rekabet Kurumu mensuplarına gerekse diğer ilgililere yönelik önemli bir kaynak niteliğini haiz olan bu tezlerden bazılarında, rekabet hukuku ve politikasının temel konu başlıklarını içeren teorik hususlar analizlerle irdelenmekte, diğerlerinde ise rekabet hukuku uygulamaları bakımından önem arz eden sektörlere ilişkin çalışmalara yer verilmektedir. Bu sayede, daha önce ele alınmamış pek çok konuda değerli eserler ortaya çıkmaktadır.

Doktrine katkı sağlanmasıyan yanı sıra toplumun rekabet konusunda bilgilendirilmesi amacıyla bu eserlerin yayımlanması, rekabet otoritelerinin en önemli görevleri arasındadır. Bu görev, rekabet savunuculuğunun önemli bir parçasını da teşkil etmektedir. Böylece, Rekabet Kurumu, toplumu bilgilendirme hedefine yönelik rekabet savunuculuğu çerçevesinde, tek başına veya birlikte yürütmekte olduğu, konferanslar, sempozyumlar, eğitim ve staj programları düzenlemek gibi faaliyetlerine ilave bir etkinlikte de bulunmaktadır.

Bu bağlamda, kaynak olarak kullanılabilecek yerli eserlerin son derece az olması nedeniyle değerleri bir kat daha artan tezlerini tamamlayan ve Rekabet Uzmanı unvanını alan bütün arkadaşlarımı gönülden kutluyor, tebrik ediyor ve başarılar diliyorum.

Rekabet bilgi ve kültürünün gelişmesine, rekabetçi duyarlılığın artmasına önemli katkıları ve ayrıca bilimsel çalışmalar bakımından bir başvuru kaynağı olacağı inancıyla ilgili uzmanlık tezlerini kamuoyunun bilgisine sunuyoruz...

Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Rekabet Kurumu Başkanı

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
AİHK	: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS/Konvansiyon	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
ATAD	: Avrupa Topluluğu Adalet Divanı (European Court of Justice)
AYM	: Anayasa Mahkemesi
bkz.	: Bakınız
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
dn.	: Dipnot
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İDM	: İlk Derece Mahkemesi (Court of First Instance)
İYUK	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
Kanun/RKHK	: 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
Kurul	: Rekabet Kurulu
Komisyon	: Avrupa Birliği Komisyonu
m.	: Madde
OFT	: Office of Fair Trading
para.	: Paragraf
RA	: Roma Antlaşması
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
THŞ	: Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı
Topluluk	: Avrupa Topluluğu
vd.	: ve diğerleri

GİRİŞ

“Good research is characterised less by finding answers and more by discovering new problems that need further studies”¹.

Rekabet hukukunun birincil amacının ekonomik etkinlik ve toplumsal refaha odaklandığı, bu hedeflerin uzun vadede ve dolaylı olarak ortaya çıkan bir başka boyutunun ise piyasa oyuncularının bireysel haklarının korunması ve kamu ile özel sektör kaynaklı gücün yayılması olduğu noktasında geniş bir kabul bulunmaktadır (Petersmann 2001, 30). Gerçekten de bir taraftan toplumsal refahın artırılması amacını gerçekleştirirken öte yandan ekonomik aktörler arası ilişkilerin adil, eşit ve dengeli yürümesini (Tan 2000, 4) sağlayan rekabet hukuku böylelikle, demokratik sistemin toplumsal ilişkilerin her alanına yayılmasına katkıda bulunmakta ve fırsat eşitliği ile ekonomik alandaki girişim özgürlüğünü olumlu yönde etkilemektedir. Bu nedenle kuvvetler ayrımının siyasi alanda, rekabet düzeninin de ekonomik alanda kişi özgürlüklerini güvence altında tutacağına inanılmakta ve rekabet mevzuatı bir bakıma ekonominin anayasası olarak görülmektedir (Akıncı 2001, 3-5).

Nitekim ABD Yüksek Mahkemesi'nin de vurguladığı gibi; rekabet hukuku, hür teşebbüsün Magna Carta'sıdır. Temel hakların korunması için İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ne kadar önemliyse, ekonomik özgürlüklerin ve hür teşebbüse dayalı sistemin korunması için rekabet hukuku da o kadar önemlidir². Bu açıdan bakıldığında, rekabet hukukunun maddi hükümlerinin koruduğu menfaatlerin aslında, insan haklarının koruduğu kimi menfaatlerle paralellik taşıdığı görülmektedir³. Söz konusu maddi hükümler aracılığıyla zaman zaman sözleşme özgürlüğü, mülkiyet hakkı gibi kavramlara sınırlamalar getirilmekle beraber, temel hak ve özgürlükler bakımından rekabet hukukunun maddi hükümlerinden ziyade usule ilişkin hükümleri daha büyük bir öneme sahiptir. Zira rekabet ihlallerinin ve özellikle de kartellerin gizli doğası gereği

¹ Prof. H. J. J. Weiler (Emberland 2006, viii)

² United States v. Topco Assoc. Inc., 405 U.S. 596, 610, 1972

³ İnsan hakları kavramının rekabet hukukunu gerekli kıldığına ilişkin olarak bkz. Petersmann (2001, 29 ve devamı). Ayrıca rekabet kurallarının özünde ekonomik hak ve özgürlüklerin korunması amacı olduğuna ilişkin olarak bkz. Öz (2005).

tespit edilmesindeki ve delil bulmadaki güçlükler nedeniyle rekabet otoritelerine önemli inceleme ve delil toplama yetkileri verilmekte, ayrıca bu ihlallerin tekrarlanmasını önlemek amacıyla caydırıcı nitelikte cezalar uygulanmaktadır.

İşte tam bu noktada, Avrupa Birliği Komisyonu (Komisyon) ile Rekabet Kurulu'nun (Kurul) oldukça güçlü yetkilerle donatılması ve tek bir otoritenin hem soruşturma hem de karar verme yetkisine sahip olması nedeniyle, uygulanan usulün adil olup olmadığına ve inceleme yetkilerinin yeterli güvencelerle donatılıp donatılmadığına ilişkin sorular gündeme gelmektedir. Her ne kadar rekabet hukuku uygulamasında idari rejimi benimseyen sistemde, teşebbüslere tanınan güvencelerin kriminal rejime göre daha az olması doğal karşılansa da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararları, idari rejimde de benzer güvencelerin varlığını gerektirecek bir gelişim göstermiştir. Nitekim Avrupa Topluluğu (Topluluk) rekabet hukukunda teşebbüsler, 1980'lerden itibaren sık sık AİHM içtihatlarından yararlanmaya başlamış, 1/2003 sayılı Tüzük'le⁴ inceleme yetkilerinin genişletilmesi ve usuli cezaların ağırlaştırılmasıyla tartışmalar daha da zenginleşmiştir. Bu süreçte konuya ilişkin AİHM kararlarının da artmasıyla, kimi ülkelerin rekabet hukuku uygulamasında önemli değişiklikler yaşanmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS/Konvansiyon) taraf olmayan Avrupa Birliği (AB) açısından bile önemli etkilere sahip olmaya başlayan bu süreç, Topluluk Mahkemelerinin temel hakların korunmasına ilişkin belirlediği ilkelerin şekillenmesini ciddi ölçüde etkilemiştir. Yaşanan bu sürecin, Konvansiyon'a taraf ülke konumunda olan ve AİHM'ne bireysel başvuru hakkını tanıyan Türkiye açısından çok daha büyük etkilerinin olacağı kuşkusuzdur. Dolayısıyla Topluluk ve Türk rekabet hukuku uygulaması, AİHS'de öngörülen güvenceler ve AİHM içtihatları ışığında incelenmeli ve uygulamanın bu standartlara uygunluğu irdelenmelidir. Bu noktada Türk rekabet hukuku bakımından özellik arz eden bir durum, usuli eksikler nedeniyle iptal edilen Kurul kararlarının hafızalara kazındığı tecrübedir. Anılan süreçte yaşananlar, "önlemenin, tedavi etmekten daha kolay" olduğunu bir kez daha göstermiştir. Dolayısıyla benzer bir tecrübenin yeniden yaşanmasını engellemenin Türk rekabet hukuku açısından önemi aşikardır.

AİHS'nin rekabet hukuku bakımından en büyük öneme sahip düzenlemelerinin, adil yargılanma hakkına ilişkin 6. madde ile özel hayatın, konutun ve haberleşmenin korunmasına ilişkin 8. madde olduğu görülmektedir⁵.

⁴ Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16.12.2002, on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the EC Treaty, OJ L 1/1, 4.1.2003

⁵ Kerse ve Khan (2005, 126); Bellamy ve Child (2001, 30). İdari yaptırımlar bakımından önem arz edebilecek AİHS hükümleri için bkz. Cremer (2009, 174-175).

Bunun yanında “suç ve cezaların kanuniliği”, “masumiyet karinesi”⁶ ve “*ne bis in idem*”⁷ ilkeleri ile mülkiyetin korunmasına⁸ ilişkin düzenlemelerin de rekabet hukuku uygulamasını etkileme olasılığı bulunmaktadır. Ancak gerek bu konularda ulusal hukukta sağlanan koruma düzeyi, gerekse AİHM kararlarının incelenen konu özelindeki çokluğu dikkate alınarak söz konusu hususlar çalışma kapsamında ele alınmamıştır.

İyi bir akademik çalışmanın, sadece mevcut sorunlara çözüm aramaktan ziyade yeni çalışma gerektiren sorunlara işaret etmesi gerektiği düşüncesinden hareketle yola çıkılan bu çalışmada, ideal rekabet hukuku uygulaması arayışında AİHS bağlamında üzerinde durulması gereken hususlarla birlikte, reform yapılabilecek potansiyel alanlara da işaret edilmeye çalışılmıştır. Ayrıca rekabet mevzuatı bakımından AB uygulamasını esas almamız nedeniyle, Topluluk rekabet hukukuyla karşılaştırmalı bir analiz yapılması tercih edilmiştir.

Bu çerçevede çalışmanın birinci bölümünde; AİHS’nin, Topluluk hukukuyla Türk hukukuna etkilerine değinilecek, ardından teşebbüslerin AİHS’de öngörülen güvencelerden yararlanması noktasında bir farklılık bulunup bulunmadığı incelenecektir. “*Olması gereken hukuk*” perspektifinden bakıldığında teşebbüslerin insan hakları korumasından yararlanması konusu tartışmalı olmakla beraber çalışmada, AİHS’nin yapısı ve AİHM kararları ışığında konu, daha ziyade “*olan hukuk*” perspektifinden ele alınacaktır. İkinci bölümde ise; idari rejimi benimseyen ülke uygulamalarındaki en önemli delil toplama yöntemi olan yerinde inceleme yetkisine ilişkin olarak gerek mevzuatta gerekse uygulamada getirilen güvencelerin, AİHM kararları ışığında yeterli olup olmadığı değerlendirilecektir.

Rekabet ihlallerine ilişkin olarak uygulanan usulün, AİHS’nin en önemli güvencelerinden olan adil yargılanma hakkı kapsamında olup olmadığının incelendiği üçüncü bölümde, özellikle rekabet soruşturmalarının bu madde kapsamında cezai alanda kabul edilmesi ve bunun olası sonuçları üzerinde durulacaktır. Sonraki iki bölümde; rekabet soruşturmalarının AİHS m. 6 kapsamında cezai alanda kabul edilmesinin sonuçlarından olan kendini suçlama

⁶ 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da yer alan uyumlu eylem karinesinin, AİHM kararları çerçevesinde incelendiği bir çalışma için bkz. Balkı (2009, 86-88 ve 97-99).

⁷ Aynı suçtan iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama hakkı ya da çifte ceza yasağı olarak adlandırılan bu ilke, özellikle 1/2003 sayılı Tüzük’ün birden fazla ulusal rekabet otoritesinin aynı ihlali soruşturmasına imkan vermesi nedeniyle önemli hale gelmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Andreangeli (2008, 189-223); Perrin (2006); Waelbroeck (2002); Wils (2005, 61-110). Ancak bu konuya ilişkin sorunların Türkiye uygulamasını yakın vadede etkileme olasılığı bulunmadığı gibi Türkiye söz konusu ilkeyi düzenleyen protokolü de henüz onaylamamıştır (Cremer 2009, 175, dn. 6).

⁸ AİHS’de düzenlenen mülkiyet hakkı bakımından, rekabet hukuku uygulamasında karşılaşılabilecek sorunlara ilişkin olarak bkz. Willis ve Hughes (2008, 150 ve devamı).

yasağı ile avukat-müvekkil iletişiminin korunması hususuna dördüncü bölümde, rekabet otoritesi kararlarının yargısal denetiminin kapsamının ne şekilde belirlenmesi gerektiğine beşinci bölümde yer verilecektir.

Sonuç kısmındaysa; AİHM içtihadının mevcut sistemin bütünüyle değişmesine yol açabilecek nitelikte olması sebebiyle, söz konusu içtihatla bağdaşan ve aynı zamanda daha etkin ve etkili bir rekabet hukuku uygulaması arayışına ilişkin önerilere yer verilecektir.

BÖLÜM 1

AIHS'NİN ULUSAL HUKUKA ETKİLERİ ve TEŞEBBÜSLERİN AIHS'DEKİ GÜVENCELERDEN YARARLANMASI

1.1. AIHS'NİN GETİRDİĞİ KORUMA SİSTEMİNE İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

Önceleri esas itibarıyla bir iç hukuk meselesi olarak kabul edilen ve anayasalarla güvence altına alınan temel hak ve özgürlükler, 2. Dünya Savaşı sonrasında iç hukukta sağlanacak güvencenin yeterli olmadığına anlaşılmasıyla sadece bir iç hukuk meselesi olmaktan çıkarak uluslararası bir nitelik kazanmıştır. Böylece birey, ulusal hukukun yanı sıra uluslararası hukukun öznesi, başka bir deyişle bu alanda da hak sahibi olmuştur. Bu durum insan hakları alanında 20. yüzyılda yaşanan en önemli gelişmedir (Gözübüyük ve Gölcüklü 2007, 4).

Bu gelişmenin oldukça önemli ayaklarından birini, Avrupa Konseyi bünyesinde imzalanan AIHS'nin getirdiği koruma sistemi oluşturmaktadır. Sahip olduğu birçok özellikle evrensel düzeyde bir ilki gerçekleştiren bu sistem, hak ve özgürlüklerin kuramsal alandan çıkarak uygulama alanına girmesini ve etkili bir güvence sistemine kavuşmasını sağlamıştır (Gözübüyük ve Gölcüklü 2007, 10). Bu nedenle AIHS'nin, medeni ve siyasi haklar bakımından uluslararası alanda en etkili insan hakları rejimi olduğu sık sık dile getirilmektedir (Emberland 2006, 3).

AIHS'nin şimdiye kadar yapılanlardan farklı olarak uluslararası hukukta yeni gelişmelere yol açan bir sözleşme olmasının nedeni, bireylere alışılmışın dışında bazı haklar tanımış olmasındandır. Bunlardan biri, sözleşmenin adeta belkemiğini oluşturan ve kişinin devlete karşı etkili şekilde korunmasının yolunu açan *bireysel başvuru hakkıdır*. Bu yolla birey, devleti şikâyet edebilmektedir. Böylece AIHS, sadece devletlerin hak sahibi olabildiği uluslararası hukuk alanında bireyi de hak sahibi yapmaktadır. Kimilerine göre bu, adeta bir

devrimdir. Zira hak sahibi olmadan, söz konusu hakkın etkili bir şekilde korunması mümkün değildir (Gözübüyük ve Gölcüklü 2007, 13-14).

AİHS'nin sahip olduğu bir başka önemli özellik **ortak güvence sistemine** dayanan uluslararası yargısal bir denetim mekanizması kurarak, bireye sağlanan güvenceyi yaptırıma bağlamasıdır (Gözübüyük ve Gölcüklü 2007, 11). Sözleşmenin getirdiği güvence sistemi, devletlerin özne haklarına ya da karşılıklılık ilkesine dayanmamakta, sözleşen devletlere nesnel (objektif) yükümlülükler getirmektedir⁹ (İlinoğlu 2006, 111). Böylece insan hakları alanında adeta bir “Avrupa kamu düzeni” oluşturulmaktadır (Gözübüyük ve Gölcüklü 2007, 14-15).

AİHS'nin, temel hakların korunmasında ulusal hukuku **tamamlayıcı niteliği** bir diğer önemli husustur (İlinoğlu 2006, 104). Buna göre asıl olan iç hukuk koruması olup, iç hukuktaki başvuru yolları tüketilmeden AİHS sistemine başvurulması mümkün değildir¹⁰. Konvansiyon, hak ve özgürlüklerin korunması görevini öncelikle taraf devletlere bırakmakta, ancak iç hukukta tanınan yollar yetersiz kalırsa AİHS sistemi devreye girmektedir¹¹. Kısacası AİHS'nin sağladığı güvence sistemine, ulusal koruma mekanizmasının yeterli olmadığı durumlarda başvurulabilmektedir.

Yukarıda bahsedilen özellikleriyle kendine özgü bir niteliğe sahip olan AİHS, sözleşen devletlerin çıkarlarını uzlaştıran klasik manada bir antlaşma olmayıp belirli bir amacı gerçekleştirmeye yönelik bir **yasa antlaşma** niteliğindedir. Böylece taraf ülkelerde doğrudan uygulanma etkisine sahip olan¹² AİHS'nin, iç hukuktaki yeri konusundaki tartışmalar aslında teorik düzeyde kalmaktadır. Zira AİHS'nin 1. maddesi, sözleşmeye taraf her **devletin bütün birimlerini**, kendi yetki alanındaki kişilerin sözleşmede yer alan hak ve özgürlüklerini gözetmekle yükümlü kılmaktadır (Emberland 2006, 17; Gözübüyük ve Gölcüklü 2007, 22).

1.2. AİHS'NİN TOPLULUK HUKUKUNA ETKİLERİ¹³

Kopenhag kriterlerinin bir gereği olarak AB'ye üye devletlerin tamamı aynı zamanda AİHS'ye de taraf olmakla birlikte birliğin kendisi Konvansiyon'a taraf değildir (Aslam ve Ramsden 2008, 63). Dolayısıyla ilk bakışta AİHS

⁹ Başvuru no: 5310/71, Ireland v. UK, 18.1.1978, para. 239; Başvuru no:14038/88, Soering v. UK, 7.7.1989, para. 87

¹⁰ AİHS m. 35

¹¹ Başvuru no: 5493/72, Handyside v. UK, 7.12.1976, para. 48

¹² Bu durum, AİHS m. 1'in, “Sözleşen devletler ... açıklanan hak ve özgürlükleri tanırlar.” şeklindeki emredici hükmünün de bir sonucudur.

¹³ Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Galembert (2002, 10-55) ve İlinoğlu (2006).

sisteminin Topluluk hukukunu etkilemeyeceği düşünülebilir¹⁴. Ancak Topluluk Mahkemeleri, AİHM'nin içtihadını takip etmedeki isteklerini her zaman göstermekte ve giderek artan bir şekilde AİHM kararlarına doğrudan atıfta bulunmaktadır (Slater vd. 2008, 3). Ayrıca AB'nin AİHS'ye katılımını öngören Lizbon Antlaşması'nın¹⁵ yürürlüğe girmesiyle, Topluluk hukuku bakımından oldukça önemli sonuçların doğması beklenebilir.

1.2.1. Topluluk Hukukunda Temel Hakların Korunması

Avrupa bütünleşmesinin başlangıçtaki temel amacının ekonomik işbirliği olması nedeniyle, kurucu antlaşmalarda insan haklarına ilişkin açık hükümler yer almamıştır. Ancak bu nedenle ortaya çıkan olumsuzluklar Avrupa Topluluğu Adalet Divanı'nın (ATAD) geliştirdiği “temel haklar içtihadı” ile giderilmeye çalışılmış, temel hak ve özgürlüklerin korunmasında Topluluk'a özgü standartlar geliştirilmiştir.

Kurucu antlaşmalarda, ulusal anayasalardaki gibi bir temel haklar katalogunun bulunmaması, bu bağlamda ortaya çıkan olumsuzlukların başlıca nedenidir. Zira Topluluk hukukunun üstünlüğü ve doğrudan uygulanırılığı ilkelerinin kabul edilmesiyle kimi Topluluk tasarrufları, ulusal anayasalarda insan haklarına daha fazla koruma sağlayan ilkelerle çatışmaya başlamıştır¹⁶ (Andreangeli 2008, 7). Bu nedenle ATAD, AB'nin geleceği bakımından önemli görülen Topluluk hukukunun üstünlüğü ilkesini güvence altına alma kaygısıyla temel haklara özel bir önem vermeye başlamıştır. Ayrıca bütünleşmenin içeriğinin zenginleşmesi, Topluluk işlemlerinin ve yetkilerinin artmasına yol açarak bireyleri daha fazla etkiler hale gelmiş ve temel hakların etkili bir biçimde korunmasını, Topluluk'un demokratik meşruiyeti açısından da zorunlu kılmıştır (İlmoğlu 2006, 23 ve 31).

ATAD konuya ilişkin içtihadını geliştirirken ilk olarak *Stauder*¹⁷ kararında, “temel insan haklarının topluluk hukukunun genel ilkeleri arasında yer aldığını ve mahkemece korunduğunu” ifade etmiş, ardından “temel hakların topluluk hukukunun genel ilkelerinin ayrılmaz bir parçası olduğuna” vurgu yaparak söz konusu korumada “üye devletlerin anayasal geleneklerinden

¹⁴ Nitekim geçmişte bu durum ifade edilmiş ve Strasburg organlarınca yapılan yorumların sistematik olarak dikkate alınmasının zorunlu olmadığı belirtilmiştir. Bkz. AG Darmon, Joined Opinion in Case 374/87 and 27/88, *Orkem v. Commission*, 18.5.1989, para. 140

¹⁵ Treaty of Lisbon, OJ C 306, 17.12.2007, s.13; 1.12.2009 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması hakkında özet bilgi için bkz:

http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/111652.pdf

¹⁶ Bu noktada özellikle İtalyan ve Alman Anayasa Mahkemeleri'nin kararları etkili olmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. İlmoğlu (2006, 22 ve devamı).

¹⁷ Case 29/69, *Stauder v. City of Ulm*, 12.11.1969, para. 7

esinlendiğini” belirtmiştir¹⁸. İlk kez *Rutili*¹⁹ kararında AİHS hükümlerinden bahseden mahkeme, *Nold*²⁰ kararında ise yorum kaynaklarına “üye devletlerin taraf olduğu, insan haklarının korunmasına yönelik uluslararası sözleşmelerin rehberliğini” de eklemiş ve *Hauer*²¹ kararından itibaren bu sözleşmeler arasında AİHS’nin özel bir konuma sahip olduğuna işaret etmeye başlamıştır²². Topluluk Mahkemelerinin daha sonraki kararlarındaysa, AİHM kararlarına sıklıkla atıf yapıldığı görülmektedir²³.

Sonradan AB Antlaşması’nın²⁴ 6. maddesine aynen aktarılan bu içtihadıyla ATAD, hem Topluluk hukukunun üstünlüğü ile doğrudan uygulanması ilkelerini güvence altına almış, hem de insan haklarına ilişkin olarak ulusal hukuklarda mevcut olan ilkelerden yararlanarak belirli seviyede korumanın gerçekleştirilmesini sağlamıştır (Andreangeli 2008, 8). Yaşanan bu sürecin varış noktası ise, 2000 yılındaki Nice Zirvesi’nde ilan edilen ve taslak halindeki Avrupa Anayasası’nın²⁵ ikinci bölümünü oluşturması öngörülen Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (THŞ)²⁶ olmuştur. Hukuki bağlayıcılığının olmadığı dönemde bile, THŞ’nin üye ülkelerin ortak anayasal geleneklerinin çıkış noktası olduğu ve bu nedenle “birliği kuran antlaşmaların bir parçası olmasa bile müktesebatın bir parçası olduğu” belirtilmiştir (Wils 2005, 73). Nitekim ATAD da, “THŞ’nin temel amacının özellikle üye ülkelerin ortak anayasal geleneklerinden ve uluslararası yükümlülüklerinden (Roma Antlaşması²⁷, AİHS, AİHM kararları) kaynaklanan hakları teyit etmek” olduğuna işaret etmektedir²⁸. Lizbon Antlaşması’nın yürürlüğe girmesinin ardından AB Antlaşması’nın 6. maddesinde yapılan değişiklikle birlikte THŞ’nin, kurucu antlaşmalarla aynı hukuki değere sahip olduğu ve Topluluk

¹⁸ Case 11/70, Internationale Handelsgesellschaft mbh v. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, 17.12.1970, para. 3-4

¹⁹ Case 36/75, Rutili v. Ministre de l’intérieur, 28.10.1975, para. 32

²⁰ Case 4/73, Nold v. Commission, 14.5.1974, para. 13

²¹ Case 44/79 Hauer v. Land Rheinland-Pfalz, 13.12.1979, para. 15

²² Case C-260/89, ERT v. DEP, 18.6.1991, para. 41; Case C-299/95, Kremzow v. Republik Österreich, 29.5.1997, para. 14; ayrıca bkz. Joint Declaration by the European Parliament, the Council and the Commission OJ C 103, 27.4.1977, s.1

²³ Bu yönde bkz. Case C-341/06 P, Chronopost v. UFEX and Others, 1.7.2008, para. 46, 54, 58; Case T-99/04, AC-Treuhand AG v. Commission, 8.7.2008, para. 24-27, 41, 52, 83-84, 104, 139-141, 149

²⁴ Treaty on European Union, OJ C 115, 9.5.2008, s. 13-45 (konsolide metin).

²⁵ Treaty establishing a Constitution for Europe, OJ C 310, 16.12.2004, s.1

²⁶ Charter of Fundamental Rights of The European Union, OJ C 303, 14.12.2007, s.1

²⁷ Lizbon Antlaşması’nın yürürlüğe girmesiyle birlikte Topluluk kurucu antlaşmasının adı “Avrupa Birliği’nin İşleyişine Dair Antlaşma” (Treaty on the Functioning of the European Union, OJ C 115, 9.5.2008) olarak değişmiştir. Ancak çalışmada bu antlaşma, Roma Antlaşması (RA) olarak anılacaktır.

²⁸ Case C-540/03 European Parliament v. Council, 27.6.2006, para. 38

kurumları ile Topluluk hukukunu uygulayan üye ülkeleri bağlayıcı konuma geldiği belirtilmelidir.

THŞ'nin, Topluluk rekabet hukuku uygulaması bakımından ise ayrı bir önemi bulunmaktadır. Zira 1/2003 sayılı Tüzük'ün dibace kısmının 37. paragrafında; anılan Tüzük'ün, THŞ'de düzenlenen haklara uygun olarak yorumlanması ve uygulanması gerektiği belirtilmektedir. THŞ ile AİHS arasında da yakın bir ilişki bulunmaktadır. Buna göre THŞ'de yer alan hakların kapsamı ile anlamı, AİHS'de bu haklara karşılık gelen haklarla aynıdır²⁹. Ayrıca THŞ'nin giriş kısmında AİHM içtihatlarına da atıfta bulunulduğundan, Topluluk rekabet hukukunda AİHM içtihatlarını göz önüne alma gerekliliği ortaya çıkmaktadır (Wils 2005, 138).

1.2.2. Topluluk Tasarruflarının AİHM Önünde İncelenmesi

AB üyesi ülkelerin tamamı AİHS'ye taraf olmakla birlikte AB'nin kendisi, yukarıda ifade edildiği üzere Konvansiyon'a taraf değildir. Dolayısıyla Topluluk tasarrufları nedeniyle AB'nin, AİHM önünde doğrudan sorumlu tutulabilmesi, kişi bakımından (*ratione personae*) yetkisizlik sebebiyle mümkün değildir³⁰. Ancak bu durum, üye devletlerin, AB'ye devrettikleri yetkilerin uygulanması aşamasında aldıkları kararlar nedeniyle sorumlu olabileceği gerçeğini değiştirmemektedir. Bu çerçevede Topluluk tasarruflarının AİHM önünde incelenmesinin iki yolu bulunmaktadır: AB üyesi devletlerin tamamına karşı açılacak davayla Topluluk tasarruflarının doğrudan incelenmesi veya Topluluk hukukunu iç hukuk düzeninde uygulayan üye devlete karşı dava açılması. Birinci duruma örnek başvurular temel olarak, AB'ye üye tüm devletlerin alınan kararlardan ortaklaşa sorumlu olduğu gerekçesine dayanmaktadır. Ancak bu tür başvuruların AİHM tarafından incelenip incelenemeyeceği hususu henüz kesin olarak çözümlenmemiştir³¹ (Costa 2008, 4-7).

İkinci duruma örnek olabilecek ilk dava; Komisyon'un bir rekabet ihlaline ilişkin olarak verdiği cezayı ATAD'ın kısmen onaylamasının ardından, kararın yerine getirilmesi için Alman makamlarınca düzenlenen yazılı emre karşı açılan *M. & Co.*³² davasıdır. Bu davada AİHM; öncelikle Topluluk organlarının

²⁹ THŞ m. 52/3

³⁰ Başvuru no: 8030/77, CFDT v. European Communities, 10.7.1978; başvuru no: 13539/88, Dufay v. European Communities, 19.1.1989

³¹ Çözüme en çok yaklaşan davalardan olan *Senator Lines* (başvuru no: 56672, 10.3.2004), rekabet kurallarının ihlali nedeniyle verilen para cezasına ilişkindir. Ancak söz konusu ceza Topluluk Mahkemesi tarafından iptal edilince teşebbüs, AİHS bağlamında mağdur statüsünü kaybetmiş ve başvuru kabul edilebilir bulunmamıştır.

³² Başvuru no: 13258/87, *M. & Co. v. Germany*, 9.2.1990

kararlarını incelemek bakımından kişi itibarıyla yetkisiz olduğunu tekrar etmiş, ancak AİHS'ye taraf devletlerin uluslararası yükümlülüklerine uymak adına giriştikleri eylemleri nedeniyle AİHS m.1 gereği sorumlu olduklarını belirtmiştir³³. Mahkemeye göre; AİHS'ye taraf devletin, belirli bir alandaki yetkilerini uluslararası bir kuruluşa devretmesi mümkün olmakla beraber bu durum, sözleşme kapsamındaki sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Böyle bir yetki devri durumunda, söz konusu uluslararası kuruluş bünyesinde temel haklara tanınan koruma, AİHS çerçevesinde sağlanan korumaya "eşdeğer" nitelikte olmalıdır. Bu çerçevede AİHM, ATAD'ın yukarıda kısaca bahsedilen temel haklar içtihadına atıfta bulunarak, açıkça belirtmese de, temel haklara ilişkin olarak Topluluk bünyesinde tanınan korumayı AİHS ile "eşdeğer" nitelikte kabul etmiştir³⁴.

Bu karardan sonra AİHM, Topluluk seviyesinde temel haklara sağlanan korumaya güven duyan yaklaşımını terk ederek, Topluluk seviyesindeki korumanın yeterli seviyede olmadığı gerekçesiyle taraf ülkeleri sorumlu tutma noktasına gelmiştir (Andreangeli 2008, 10). Bu yaklaşımın ilk belirtileri *Cantoni*³⁵ davasında verilmiş ve Topluluk direktifini kelimesi kelimesine iç hukuka aktaran bir düzenleme yapılmasının, konuyu AİHS'nin kapsamı dışına çıkarmayacağı belirtilmiştir. Uluslararası normların uygulanması için alınan ulusal önlemlerin AİHS'ye uygunluğunu denetleme isteğini bir kez daha ortaya koyduğu *Matthews*³⁶ kararı (İlinoğlu 2006, 133) AİHM'nin, insan hakları korumasında belirleyici olan en üst yargı organı olma yönündeki girişimi olarak nitelendirilebilir (Canor 2000, 4). Bu davada AİHM, Topluluk tasarruflarının AİHS'ye uygunluğunu denetleme yetkisi olmadığını ancak taraf devletlerin, Konvansiyon'dan kaynaklanan hakları Topluluk düzenlemeleri karşısında güvence altına alıp almadığını inceleme yetkisi olduğunu söyleyerek AİHS'nin ihlal edildiğine karar vermiştir³⁷.

AİHM'nin bu konudaki içtihadı bakımından dönüm noktası ise *Bosphorus*³⁸ kararıdır. Anılan dava, Türkiye'de kurulu bir havayolu şirketinin Yugoslavya ulusal havayollarından kiraladığı iki uçağa, anılan devlete BM'nin koyduğu uluslararası yaptırımları uygulamak için çıkarılmış AB'nin ilgili tüzüğü uyarınca Dublin'de el konulmasına ilişkindir. AİHM'ye göre egemenlik

³³ Ayrıca bkz. RA m. 351(eski 307. madde): "Üye devletlerin, AB kurulmadan veya AB'ye üye olmadan önce imzaladıkları uluslararası antlaşmalardan kaynaklanan yükümlülükleri, kurucu antlaşmaların hükümlerinden etkilenmez."

³⁴ Eşdeğer koruma doktrini sonraki kararlarda da benimsenmiştir. Bkz. Başvuru no: 26083/94, Waite and Kennedy v. Germany, 18.2.1999; Başvuru no: 28934/95, Beer and Regan v. Germany, 18.2.1999

³⁵ Başvuru no: 17862/91, Cantoni v. France, 15.11.1996, para. 30

³⁶ Başvuru no: 24833/94, Matthews v. UK, 18.2.1999

³⁷ Ibid para. 29-34

³⁸ Başvuru no: 45036/98, Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret AŞ v. Ireland, 30.6.2005

haklarının uluslararası kuruluşlara devri, taraf ülkeyi AİHS çerçevesindeki yükümlülüklerinden kurtarmayacaktır. Ancak uluslararası kuruluş bünyesinde temel haklara sağlanan koruma, hem maddi içerik hem de denetim mekanizmaları açısından AİHS'deki güvencelerle “eşdeğer” nitelikteyse, taraf devletin uluslararası kuruluş üye olması nedeniyle yaptığı tasarruflar AİHS'yi ihlal etmeyecektir. Bu noktada AİHM, daha önceki kararlarında değindiği “eşdeğer koruma” kavramının “özdeş” değil “benzer” olarak anlaşılması gerektiğini söylemektedir. Yine mahkemeye göre eşdeğer koruma kavramına ilişkin bulgular kesin değildir ve bu kavram temel haklara ilişkin korumada meydana gelen değişikliklere göre yeniden değerlendirilmeye muhtaçtır³⁹. Bu çerçevede Topluluk hukukunun genel ilkeleri ile AİHS'nin bu kapsamdaki rolü ve anılan haklar için getirilen etkin koruma mekanizmaları birlikte değerlendirildiğinde; Topluluk hukuku temel haklara AİHS'ye “benzer” seviyede bir koruma sağlamaktadır⁴⁰. Bu durumda AİHM, yetkilerini uluslararası kuruluş devreden devlet lehine bir karine getirmekte ve sadece temel haklara tanınan korumanın “açıkça yetersiz” kalması durumunda bu kararın çürütülebileceğini belirtmektedir⁴¹.

Kimi yazarlar, ispat standardını yükseltmesi nedeniyle AİHS'deki hakları gerçekçi ve etkin bir şekilde korumaya elverişsiz olarak niteledikleri *Bosphorus* kararını eleştirirken (Costello 2006, 102); kimi yazarlar da AİHM'nin, Topluluk tasarruflarının, üye devletlerin uygulamaları aracılığıyla dolaylı yoldan denetlenmesi konusunda aktif bir rol üstlenmek yerine daha ölçülü bir duruş sergilemeyi tercih ettiğini belirtmektedir (Phelps 2006, 271-272). Nitekim Topluluk seviyesinde temel haklara sağlanan korumanın gösterdiği gelişim ve geline noktanın, AİHM'nin bu tavrı bakımından belirleyici olduğu söylenebilir (Andreangeli 2008, 14). Ayrıca Lizbon Antlaşması'nın yürürlüğe girmesiyle değişen AB Antlaşması'nın 6. maddesinde, AB'nin AİHS'ye taraf olması öngörülmektedir⁴². Rekabet hukuku alanındaki ATAD kararları ile benzer konulardaki AİHM içtihadının farklılıklar içerdiği dikkate alındığında, AB'nin Konvansiyon'a taraf olması, iki mahkemenin kararlarında yakınlaşma ve temel haklara eşit seviyede koruma düzeyini getirmesi açısından oldukça önemlidir⁴³.

³⁹ Ibid. para. 154-155

⁴⁰ Ibid. para. 165

⁴¹ Ibid. para. 166

⁴² Bu maddeye ilişkin protokol ve deklarasyon için bkz. OJ C 115, 9.5.2008, s. 273 ve 337; karşı. Opinion 2/94 Accession to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, [1996] ECR I-1759, [1996] 2 CMLR 265.

⁴³ Komisyon'un adalet, temel haklar ve vatandaşlıktan sorumlu üyesi Viviane Reding'in konuşması için bkz. http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/reding/pdf/speeches/speech_20100218_en.pdf

1.3. AİHS’NİN TÜRK HUKUKUNDAKİ YERİ

Uluslararası antlaşmaların iç hukuktaki yeri konusunda iki görüş bulunmaktadır. Bunlardan biri olan ikici (*dualist*) görüşe göre; uluslararası hukuk ile iç hukuk birbirinden farklı ve bağımsız iki ayrı hukuk düzenidir. Dolayısıyla bu hukuk düzenlerinden birindeki kuralın diğesinde geçerli olabilmesi, kuralın o hukuk düzenine aktarılmasıyla mümkün olabilir. Türkiye’nin de kabul ettiği tekçi (*monist*) görüş ise; uluslararası hukuk ile iç hukuku bir bütünüün parçaları olarak görmekte ve tek bir hukuk düzeni olduğunu kabul etmektedir. Bu nedenle uluslararası antlaşmalar iç hukuktaki yerini alır, ancak antlaşmaların normlar hiyerarşisindeki yeri ülkenin hukuk sistemi tarafından belirlenir.

Uluslararası antlaşmaların Türk hukukundaki yeri ise Anayasa’nın “Milletlerarası Andlaşmaları Uygun Bulma” başlıklı 90. maddesiyle belirlenmiştir. Buna göre, usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmalar kanun hükmünde olup, bunlar hakkında Anayasa’ya aykırılık iddiasında bulunulamaz. Ancak bu hüküm, uluslararası antlaşmaların kanunların üstünde olup olmadığına ilişkin açıklık içermediğinden, antlaşmaların iç hukuktaki yeri konusunda farklı görüşler ortaya çıkmıştır⁴⁴. Anılan maddenin son fıkrasına 2004 yılı Anayasa değişiklikleriyle eklenen; “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*” şeklindeki düzenlemeyle, uzun zamandır süregelen tartışmalar, temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalar bakımından sona ermiştir⁴⁵.

Türk hukuku bakımından Konvansiyon’un önemi, AİHS’ye aykırılığın giderilmesi bakımından başvurulabilecek bir yol olan yargılamanın yenilenmesi müessesesinin 2003 yılında İYUK m.53 ve HUMK m. 445’te yapılan değişikliklerle kabul edilmesiyle daha da artmıştır. Buna göre ulusal mahkeme kararının AİHS’yi ihlal eder şekilde verildiğinin AİHM’nin⁴⁶ kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması, yargılamanın yenilenmesi sebebidir. Ancak bu yol, Konvansiyon’a aykırılığın giderilmesini her zaman için sağlamayabilir. Böyle durumlarda ilgili mevzuatta değişiklik yapılarak AİHS’ye aykırılık

⁴⁴ Bu konudaki görüşler için bkz. Gözübüyük ve Gölcüklü (2007, 19-20); Aliefendioğlu (2007).

⁴⁵ Nitekim anılan değişikliğe ilişkin 5170 sayılı Kanun’un 7. maddesinin gerekçesinde bu durum açıkça ifade edilmiştir (Aliefendioğlu 2007).

⁴⁶ AİHS’nin ilk şeklinde öngörülen koruma mekanizmasının organları, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (AİHK) ve Avrupa İnsan Hakları Divanı olmak üzere iki kurumdan oluşmaktaydı. Ancak 1998 yılında yürürlüğe giren 11. Ek Protokol’le bu iki organ birleştirilmiş ve denetim organı tek başına AİHM olmuştur.

giderilecektir⁴⁷.

Türkiye'deki yüksek mahkeme kararlarına bakıldığında, Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) insan haklarına ilişkin diğer uluslararası antlaşmalarla beraber AİHS'den destek ölçü norm olarak yararlandığı, Yargıtay ve Danıştay'ın yaklaşımının da bu yönde olmakla beraber AİHS'yi doğrudan da dikkate aldıkları görülmektedir⁴⁸. Nitekim yukarıda yer verilen Anayasa değişikliği, söz konusu antlaşmaların sadece yargı yerlerince değil idare makamlarınca da doğrudan uygulanması yükümlülüğünü getirmektedir (Aliefendioğlu 2007). Bu çerçevede AİHS uygulaması, iç hukukun bir parçası ve idare için de uyulması gereken bir mevzuattır. Keza üyeleri arasında ortak bir hukuk oluşturma amacıyla kurulan Avrupa Konseyi bünyesinde imzalanan AİHS ile AİHM kararları artık Avrupa idare hukukunun önemli bir parçası haline gelmiştir (Akıllıoğlu 2004, para. 3-4).

1.4. TEŞEBBÜSLERİN AİHS'DE TANINAN GÜVENCELERDEN YARARLANMASI⁴⁹

Rekabet hukuku kurallarının muhatabı konumunda olan teşebbüslerin⁵⁰, gerçek kişi olarak karşımıza çıkması mümkün olmakla beraber büyük çoğunlukla tüzel kişiliğe sahip oldukları görülmekte ve rekabet soruşturmaları sonucunda uygulanabilecek yaptırımların muhatapları da söz konusu tüzel kişiler olmaktadır (Wils 2005, 93). Bu nedenle, aslında gerçek kişileri kamu gücünün keyfi veya aşkın kullanımına karşı korumak için tasarlanmış olan insan haklarından teşebbüslerin yararlanabilmesi önemli bir konu haline gelmektedir (Andreangeli 2008, 15). Ancak teşebbüslerin insan hakları korumasından yararlanmasında ortaya çıkan sorunların temelinde, sadece tüzel kişiliğe sahip olmalarından kaynaklanan kendine has özellikler değil yürüttükleri faaliyetin doğasında bulunan "kâr amacı gütmeme" de yer almaktadır.

Gerek ulusal anayasalarda gerekse uluslararası antlaşmalarda yer alan temel hak ve özgürlükler, esasında bireyleri korumak üzere tasarlanmış olsalar da uygulama alanları sıklıkla bireyleri aşmaktadır. Bunun en çarpıcı örneklerinden biri olan AİHS, benzer nitelikteki uluslararası antlaşmalardan ayrılmakta ve gerçek kişilerin yanı sıra teşebbüslere de tanıdığı geniş koruma

⁴⁷ AİHM kararlarının taraf devletlerce yerine getirilmesinde üç düzey olduğu kabul edilmektedir. Bunlar ise davacının zararın karşılanması, olumsuz hukuki durumun etkisinin giderilmesi ve benzer ihlallerin tekrarlanmaması için mevzuatta değişiklik yapılmasıdır (Akıllıoğlu 2004, para. 44).

⁴⁸ AİHS'nin iç hukuktaki önemine ilişkin olarak özellikle bkz. AYM 26-27.9.1967 tarih, E.1963/336, K.1967/29 sayılı; Danıştay 5. Dairesi, 22.5.1991 tarih, E.1986/1723, K.1991/933 sayılı kararları.

⁴⁹ Bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Emberland (2006).

⁵⁰ Çalışmada teşebbüs kavramı, teşebbüs birliklerini de kapsar şekilde kullanılmıştır. Ayrıca bu bölümde teşebbüs ifadesi, tüzel kişi teşebbüsleri yani bir bakıma şirketleri kastetmektedir.

nedeniyle dikkat çekmektedir. Ancak teşebbüslerin devletin düzenleyici rolü karşısında kendi stratejilerini belirlerken bu durumdan yararlanmaları, bir başka deyişle insan haklarına dayalı koruma mekanizmalarını adeta düzenleyici otoriteleri dizginlemenin aracı olarak kullanmaya çalışmaları da sık sık eleştirilmektedir (Emberland 2006, 3,17,25).

AİHS’de yer verilen kimi güvencelerin doğası gereği yalnızca gerçek kişilere uygulanabileceği (örneğin yaşam hakkı, işkence yasağı gibi) sadece madde metnine bakarak anlaşılabilirken, diğer bazı güvencelerin hak sahibini belirlemede sözleşme metni ancak sınırlı düzeyde yardımcı olmaktadır. Bunun nedeni, bazı maddelerde hak sahipleri açıkça belirtilirken birçok maddede hak sahiplerinin belirtilmemiş olmasıdır. Örneğin Konvansiyon’a Ek 1 No’lu Protokol m. 1’de düzenlenen mülkiyet hakkından hem gerçek hem de tüzel kişilerin yararlanabileceği açıkça ifade edilmektedir. Benzer şekilde AİHM, ifade özgürlüğüne ilişkin m. 10/1’in son cümlesinin belirli teşebbüslerden açıkça bahsettiğini ve anılan maddenin gerçek veya tüzel kişi “herkese” uygulanacağını belirtmektedir⁵¹.

Teşebbüslerin AİHS’deki güvencelerden yararlanması hususunda belirleyici olabilecek AİHS m. 1’e göre, Konvansiyon’a taraf olan bütün devletler kendi egemenlik alanlarındaki “herkese” sözleşmedeki güvenceleri tanımak zorundadır. Maddedeki “herkes” ifadesinin teşebbüsleri de kapsadığı söylenebilir. Bu yöndeki görüşü destekleyen bir başka düzenleme, bireysel başvuru hakkına ilişkin 34. maddede yer almaktadır. Söz konusu maddeye göre; her gerçek kişi⁵², hükümet dışı kuruluş veya kişi grupları AİHM’ye bireysel başvuruda bulunma hakkına sahiptir. Nitekim mahkemenin uygulaması da, teşebbüslerin “hükümet dışı kuruluş” ifadesi kapsamında yer aldığı ve bu nedenle AİHM’ye başvurabilecekleri yönündedir⁵³.

Ancak AİHM, AİHS hükümlerini “Konvansiyon’un amacı ve niyeti ışığında, uygulanacağı zamanın koşullarına göre” yorumlamayı tercih ettiğinden, AİHS metninde yer alan bu hükümler, konu hakkında bir sonuca ulaşmada yetersiz kalabilir. AİHM’nin bu yorum yöntemini dikkate aldığımızdaysa, aslında AİHS’nin üzerine kurulduğu değerler sisteminin de ticari alanda faaliyet gösteren aktörlerin sözleşme kapsamında olmalarını öngördüğü sonucu ile karşılaşılmaktadır. Sözü geçen değerler sisteminin ve Konvansiyon’un amacının anlaşılmasında oldukça önemli bir yere sahip olan AİHS’nin başlangıç bölümü

⁵¹ Başvuru no: 12726/87, Autronic AG v. Switzerland, 22.5.1990, para. 47

⁵² Aslında maddenin İngilizce metninde yer alan “person” ifadesi dilbilimsel açıdan tüzel kişileri de kapsamına alabilecek niteliktedir. Ancak aynı maddenin Fransızca metninde geçen “personne physique” ifadesi ve AİHS m. 59 gereği her iki dildeki metnin aynı derecede bağlayıcı olması sebebiyle tüzel kişiler, hükümet dışı kuruluşlar arasında değerlendirilerek AİHM’ye başvuru yolu açılmıştır (Emberland 2006, 33).

⁵³ Başvuru no: 11921/86, Verein "Kontakt-Information-Therapie" and v. Austria, 12.10.1988, para. 1

ile hazırlık çalışmaları⁵⁴ incelendiğinde, teşebbüslerin belirli ölçüde hak sahibi olmalarının açıkça öngörüldüğü anlaşılmaktadır (Emberland 2006, 35-36).

AİHM içtihadı da, ticari alanda faaliyet gösteren tüzel kişilerin AİHS'deki güvencelerden yararlanacağı yönündedir. *Niemietz*⁵⁵ davasında, AİHS m. 8'de geçen "özel hayat" kavramının kişinin kendi tercih ettiği hayatı yaşadığı yakın çevresine indirgenemeyeceğini ve diğer insanlarla ilişkiler kurma ve geliştirme hakkını kapsadığını söyleyen mahkemeye göre bu hakkın anlamı, "mesleki ve ticari doğası olan faaliyetleri" de kapsayacak şekilde yorumlanmalıdır. Çünkü bu faaliyetler esnasında bireyler, dış dünyayla ilişkiler kurma noktasında önemli fırsatlara sahip olmaktadır. Aynı maddede yer alan "konut" kavramı da benzer şekilde, profesyonel meslek sahibinin işyerini kapsayacak şekilde yorumlanmalıdır. Ayrıca mahkemeye göre daha sınırlayıcı bir yorumun benimsenmesi halinde m. 8'in, "bireyleri, kamu otoritelerinin keyfi müdahalelerine karşı korumak" şeklinde nitelendirilebilecek temel fonksiyonu zarar görebilir⁵⁶.

Bu yaklaşım *Colas Est*⁵⁷ kararıyla teyit edilmiş ve AİHS m. 8'in Fransızca metninde "konut" karşılığı olarak kullanılan ifadenin İngilizce metindeki karşılığına göre çağrıştırdığı geniş anlam nedeniyle, örneğin mesleki büroları da kapsayabileceği belirtilmiştir. AİHS'nin yaşayan bir belge olduğuna vurgu yapan mahkeme, günün koşullarına göre yorum yöntemini benimseyerek m. 8'deki güvencelerin, belirli durumlarda bir şirketin kayıtlı ofisine, şubelerine veya diğer mülklerine saygı gösterme hakkını kapsar şekilde yorumlanma zamanının geldiğine hükmetmiştir.

AİHS'deki güvencelere, ticari anlamda ifade özgürlüğünü korumak için başvurulduğu *Markt Intern*⁵⁸ davasıdaysa AİHM, ticari niteliğe sahip bilgilerin ifade özgürlüğüne ilişkin 10. maddenin kapsamından çıkarılamayacağını belirtmiştir. *Casado Coca*⁵⁹ davasında da bu yaklaşımı tekrar eden mahkeme, hangi nitelikte olursa olsun (ticari nitelikteki bilgiler dâhil) bilgi verme özgürlüğünü korumuş ve 10. maddenin koruma alanına gerçek kişilerin yanı sıra ticari faaliyette bulunan tüzel kişileri de dâhil etmiştir.

⁵⁴ Viyana Konvansiyonu'nun 31. ve 32. maddelerine göre uluslararası antlaşmaların yorumunda, antlaşmanın lafzının yanı sıra amacı ile giriş bölümü de dikkate alınır. Ayrıca antlaşmanın hazırlık çalışmalarından da yorum kaynağı olarak faydalanılır (Vienna Convention on the Law of Treaties, 1155 U.N.T.S. 331). Bu yönde bkz. Başvuru no: 4451/70, *Golder v. UK*, 21.2.1975, para.29

⁵⁵ Başvuru no: 13710/88, *Niemietz v. Germany*, 16.12.1992, para. 29-31

⁵⁶ Başvuru no: 10461/83, *Chappell v. UK*, 14.10.1987, Report of the Commission, para. 96-99

⁵⁷ Başvuru no: 37971/97, *Ste Colas Est v. France*, 16.4.2002, para. 40-41

⁵⁸ Başvuru no: 10572/83, *Markt Intern Verlag GmbH ... v. Germany*, 20.11.1989, para. 26, 35

⁵⁹ Başvuru no: 15450/89, *Casado Coca v. Spain*, 24.2.1994, para. 35

Ancak AİHM, ticari ortaklıkların yaptığı başvuruları kabul etmesine karşın zaman zaman teşebbüsler açısından daha kısıtlayıcı değerlendirmelerde bulunmaktadır. Bu durumun başlıca nedeni, ticari hayattaki aktörlerin insan hakları kavramını kendi menfaatlerini koruma doğrultusunda kullandıkları eleştirisinin farkında olan mahkemenin, serbest girişim ile devletin düzenleyici rolü arasındaki menfaat çatışmasını dengeleme çabasıdır (Emberland 2006, 7). Böylece AİHM taraf devletlere belirli ölçüde “takdir payı”⁶⁰ tanıyarak, özellikle ekonomik faaliyetlerin regülasyonu bakımından daha geniş bir hareket alanı sağlamaktadır (Andreangeli 2008, 20). Bu yaklaşım özellikle *Handyside*⁶¹ ve *Markt Intern*⁶² kararlarında görülmekte ve AİHM’nin, teşebbüslerin temel hak ve özgürlüklerine yapılan müdahalelere daha hoşgörülü yaklaştığı anlaşılmaktadır⁶³.

AİHS uygulamasına “olan hukuk” perspektifinden baktığımızda, ticari ortaklıkların da insan haklarına sahip olması düşüncesi esasen tartışmasıdır. Bunun başlıca nedeni ticari ortaklıkların AİHS değerler sistemi içerisinde doğal bir yere sahip olmalarıdır. Ancak “olması gereken hukuk” açısından bakıldığında, ticari ortaklıkların insan hakları korumasına dâhil edilmesi noktasında önemli tartışmaların ve karşı argümanların olduğu görülür. Fakat bu iddiaların, AİHS uygulamasının gerçekleri karşısında pek de geçerli olmadığı ve dolayısıyla bu uygulamayı etkileme ihtimalinin düşük olduğu anlaşılmaktadır (Emberland 2006, 26). Zira teşebbüsler, AİHS’de yer alan kimi haklardan doğaları gereği hiçbir şekilde yararlanamazken (yaşam hakkı, işkence yasağı gibi), bazı haklardan (adil yargılama güvenceleri gibi) yararlanmaktadırlar. Bu iki kategori haricinde teşebbüslerin yararlandığı ancak gerçek kişilere nazaran daha sınırlı bir korumaya sahip oldukları (konut dokunulmazlığı, ifade özgürlüğü gibi) bir de ara grup bulunmaktadır (Emberland 2006, 63 ve 110).

Sonuç olarak eşitliğin sağlanması bakımından oldukça önemli olan demokrasi ve hukukun üstünlüğü gibi ilkelerden kaynağını alan AİHS, ekonomik aktörlerin belirli temel haklarını korumaktadır. Ancak teşebbüsler söz konusu olduğunda AİHM, devletin getirdiği sınırlamalara daha müsamahakar yaklaşabilmektedir. AİHS’deki haklar bakımından teşebbüslere karşı pek de cömert olmayan bu yaklaşım, taraf devletin ekonomi ve regülasyon konularındaki tercihleri ve takdir payı, AİHM’nin iç hukuktaki demokratik süreçlere duyduğu derin saygı, özel mülkiyetin sosyal fonksiyonu ile girişim özgürlüğünü koruma endişesi gibi nedenlerle açıklanmaktadır (Emberland 2006, 192-193). Ancak teşebbüsler bakımından gerçek kişilerden farklı değerlendirme

⁶⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Başvuru no: 5947/72, *Silver and Others v. UK*, 25.3.1983, para. 97

⁶¹ Başvuru no: 5493/72, *Handyside v. UK*, 7.12.1976, para. 49

⁶² Başvuru no: 10572/83, *Markt Intern Verlag GmbH v. Germany*, 20.11.1989, para. 33

⁶³ Ayrıca bkz. Başvuru no: 7805/77, *X. and Church of Scientology v. Sweden*, 5.5.1979, para.5

kriterlerinin benimsenmesi, teşebbüsler tarafından talep edilen haklar ile kamu yararı arasındaki dengenin nasıl sağlanması gerektiği konusunda soru işaretlerine yol açmaktadır. Bütün bu soruların cevapları ile söz konusu hakların kapsamının özellikle regülasyon süreçlerindeki inceleme ve soruşturmalarda nasıl belirlenmesi gerektiği hususlarıysa, konuya ilişkin AİHM içtihadının gelişmesiyle açıklığa kavuşacaktır (Andreangeli 2008, 22).

BÖLÜM 2

AIHS'NİN 8. MADDESİ ÇERÇEVESİNDE ÖZEL HAYATIN, KONUTUN, HABERLEŞMENİN KORUNMASI VE REKABET OTORİTELERİNİN YERİNDE İNCELEME YETKİSİ

*“Usul; keyfiliğin can düşmanı,
özgürlüğün ikiz kardeşidir.”⁶⁴*

Rekabet otoriteleri bir ihlale ilişkin delillere çeşitli kaynaklardan ulaşabilmekle birlikte, kimi rekabet ihlalleri bakımından söz konusu ihlali gerçekleştiren teşebbüs veya teşebbüsün çalışanları mevcut delillerin tek kaynağı olabilir. Bu delilleri elde etmenin yollarını, idari rejimi⁶⁵ benimseyen rekabet hukuku uygulaması bakımından genel olarak ikiye ayırmak mümkündür: Teşebbüslerin ceza tehdidiyle delil vermeye mecbur bırakılması (bilgi isteme veya yerinde inceleme yoluyla) ve pişmanlık programları yoluyla delil gösterme yönünde teşvik edilmesi (Wils 2006, 4).

İşte rekabet otoritelerinin en önemli delil toplama yöntemlerinden birini teşkil eden yerinde inceleme yetkisi, kendisinden beklenen amaçları hayata geçirebilmek için rekabet otoritelerine geniş yetkiler tanımakta, ayrıca bu yetki önemli para cezalarıyla desteklenmektedir. Bu nedenlerle söz konusu yetkinin kullanımı sırasında teşebbüs yöneticileri ile çalışanlarının, özel hayatın ve haberleşmenin gizliliği gibi haklarına müdahaleler söz konusu olabilmektedir.

Bir teşebbüs yöneticisinin veya çalışanının evinde yapılacak incelemenin, teşebbüse ait işyerlerinde yapılacak olan ve ticari faaliyetlere ilişkin belgelerin inceleneceği yerinde incelemeye nazaran özel hayata daha çok müdahale edeceği şüphesizdir (Fournier 2004, 611; Dekeyser ve Gauer 2005, 558). Ancak AIHM'nin konuya ilişkin kararları, işyerlerinde

⁶⁴ Rudolf Von Jhering.

⁶⁵ Rekabet hukuku uygulamasında kriminal rejimi benimseyen sistemlerde; iletişimin dinlenmesi, karteli ihbar edenlerin ödüllendirilmesi gibi delil toplama yöntemlerine de başvurulabilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kekevi (2008, 46-72).

gerçekleştirilecek yerinde incelemeler bakımından da önemli sonuçlar doğuracak niteliktedir.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında bu bölümde öncelikle, kamu otoritelerince kişilerin özel hayatına yapılan müdahalelere ilişkin AİHM içtihadına değinilecektir. Ardından Komisyon'un sahip olduğu yerinde inceleme yetkilerinden⁶⁶ kısaca bahsedilecek ve Topluluk Mahkemeleri'nin AİHS m. 8'e ilişkin kararlarına yer verilecektir. Sonraki kısımda Kurul'un yerinde inceleme yetkileri ve konuyla ilgili Danıştay kararları ele alınacaktır. Son olarak Topluluk ve Türk rekabet hukuku uygulamasının AİHM içtihadıyla ne kadar uyduğu irdelenerek mevcut sistemde yapılması gereken değişiklik önerilerine yer verilecektir.

2.1. AİHM'İN ÖZEL HAYATIN KORUNMASI, KONUT DOKUNULMAZLIĞI VE HABERLEŞMENİN GİZLİLİĞİNE İLİŞKİN KARARLARI

En ağır basan amacı, kamu otoritelerinin tasarrufları karşısında kişileri korumak olan AİHS m. 8'in birinci fıkrasında özel hayat, aile hayatı, konut ve haberleşme olmak üzere dört menfaatin korunduğu görülmektedir. Anılan maddeye göre; "herkes özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir". Maddenin ikinci fıkrasında ise belirli koşullar çerçevesinde bu haklara istisna getirilmektedir. Buna göre AİHS m. 8/1'de yer alan haklara yapılan kamu müdahalesinin haklı görülebilmesi için yasayla öngörülmüş, meşru bir amaç güden⁶⁷ ve demokratik bir toplumda gerekli olan ölçüde bir müdahalenin varlığı aranmaktadır. Konvansiyon'a taraf devletler bu fıkra da yer alan birinci ve ikinci koşula riayet etmede genellikle güçlük çekmezken, yapılan müdahalenin ölçülü ve acil bir toplumsal ihtiyacın⁶⁸ sonucu olmasını arayan üçüncü koşulu yerine getirmede sıklıkla başarısız olmaktadır (Riley 1999, 16).

AİHM, işyerlerinin⁶⁹ AİHS m.8 kapsamında olup olmadığına ilişkin olarak ilk defa *Niemietz*⁷⁰ davasında önemli tespitlerde bulunmuştur. "Özel

⁶⁶ Bu bölümde, gerek Komisyon'un gerekse Kurul'un yerinde inceleme yetkilerinin kapsamlı bir incelemesi ve karşılaştırmasından ziyade, Topluluk Mahkemeleri ile Danıştay kararları da göz önüne alınarak, bu yetkilerin içeriği ve bunlar karşısında teşebbüslere sağlanan güvenceler temelinde bir değerlendirme yapılmıştır.

⁶⁷ Söz konusu meşru amaçlar; ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasıdır.

⁶⁸ Başvuru no: 41604/98, Buck v. Germany, 28.4.2005, para. 44

⁶⁹ Kimi ülke uygulamalarında (örneğin Alman Ceza Kanunu) işyerleri, konut dokunulmazlığı kapsamında korunurken TCK'nın işyerlerini konut dokunulmazlığı kapsamında kabul etmediğine ilişkin olarak bkz. Eğerci (2005, 170 ve devamı).

hayat” kavramının, mesleki veya ticari faaliyetleri kapsamına almaması için herhangi bir neden göremeyen mahkeme, bunun gerekçesi olarak kişilerin çalışma hayatlarında dış dünya ile önemli ilişkiler kurma ve geliştirme imkânına sahip olmasını göstermektedir. Ayrıca kişinin mesleki veya ticari alandaki etkinliklerini diğerlerinden açıkça ayırt etmenin genellikle mümkün olmaması da bu gerekçeyi desteklemektedir. Özellikle de ticari hayatı ile özel hayatı adeta iç içe geçmiş olan serbest meslek mensupları bakımından bu durum daha fazla geçerlidir. Ancak AİHM’ye göre; AİHS m. 8’in sadece, özel hayatıyla ticari faaliyetleri adeta iç içe geçmiş kişilere uygulanacak şekilde yorumlanması, kabul edilemez derecede farklı uygulamalara yol açacaktır⁷¹.

AİHS m. 8’de yer alan “konut” kavramının kimi taraf devletlerde işyerlerini de kapsar şekilde yorumlandığını belirten mahkeme bu yorumun, Fransızca metinde geçen konut kavramının sahip olduğu geniş anlama uygun düştüğünü belirtmektedir. Mesleki ve ticari faaliyetlerin kişinin şahsi konutunda, diğer faaliyetlerinse ofiste veya işyerinde yürütülmesinin önünde bir engel bulunmadığından, konut ve işyeri arasında kesin bir ayırım yapmak mümkün değildir. Dolayısıyla yukarıda bahsedilen, özel hayat kavramının dar yorumlanmasının yol açacağı eşitsizlik, benzer şekilde konut kavramının dar yorumlanması halinde de geçerlidir⁷². Ayrıca özel hayat ve konut kavramlarının mesleki veya ticari faaliyetler ile bunların yürütüldüğü yerleri kapsayacak şekilde yorumlanması, AİHS m.8’in esas amacı olan kamu otoritelerinin keyfi müdahaleleri karşısında kişileri koruma amacıyla da örtüşmektedir⁷³.

Son olarak AİHM; dava konusu olayda yapılan incelemenin konusunun, rekabet hukukundaki yerinde incelemelere benzer şekilde belgelere dayanan deliller olduğunu, söz konusu belgeler ve arama yapılan dolaplardaki dosyaların, kaçınılmaz bir şekilde haberleşmeyi ve bu kapsamda nitelendirilebilecek materyalleri de içerdiğini belirtmektedir. Zira AİHS m. 8’de yer alan “hayat” kavramının aksine “haberleşme” kavramını niteleyen bir sıfat bulunmamaktadır. Dolayısıyla örneğin telefon yoluyla yapılan haberleşme açısından özel ve ticari konuşmalar şeklinde bir ayırım yapılmamaktadır⁷⁴.

Ancak mahkemenin benimsediği bu yaklaşım, AİHS m. 8/2 çerçevesinde izin verildiği ölçüde, taraf devletlerin birinci fıkradaki haklara müdahalesini gereğinden fazla kısıtlamayacaktır. Hatta ikinci fıkra çerçevesinde

⁷⁰ Başvuru no: 13710/88, Niemietz v. Germany, 16.12.1992

⁷¹ Ibid. para. 29. Niemietz kararının; konut dokunulmazlığından ofis, büro gibi umuma açık olmayan yerlerin yararlanması, ancak süpermarket, lokanta gibi umuma hizmet eden yerlerin yararlanmaması şeklinde anlaşılması gerektiği görüşü için bkz. Eğerci (2005, 173 ve devamı).

⁷² Ibid. para. 30

⁷³ Ibid. para. 31

⁷⁴ Ibid. para. 32; ayrıca bkz. başvuru no: 11105/84, Huvig v. France, 24.4.1990, para. 8, 25; başvuru no: 20605/92, Halford v. UK, 25.6.1997, para. 44

taraf devletlerin sahip olduğu yetki, mesleki veya ticari faaliyetler ya da bunların yürütüldüğü yerler söz konusu olduğunda daha fazla olabilecektir⁷⁵.

Bu çerçevede, başvuru sahibinin AİHS m. 8'deki haklarına bir müdahalenin olduğuna karar veren AİHM, 8. maddenin ikinci fıkrası ışığında söz konusu müdahalenin haklı kılınıp kılınamayacağını incelemiştir. AİHS m. 8/2'ye göre, birinci fıkradaki haklara bir kamu otoritesinin müdahalesi ancak;

- yasayla öngörülmesi,
- meşru bir amaç gütmesi,
- demokratik bir toplumda gerekli olan ölçüde olması

şartıyla mümkündür. Mahkemeye göre AİHS m. 8/2'de öngörülen bu istisna dar yorumlanmalı ve ayrıca müdahalenin somut olaydaki gerekliliği sağlam gerekçelere dayanmalıdır⁷⁶. Ayrıca AİHS'ye taraf devletlerin yapılacak müdahale bakımından takdir payı olmakla beraber bu yetkinin kullanılışı da AİHM'nin gözetimindedir⁷⁷.

AİHS m. 8/2'de yer alan koşullardan ilki olan yasayla öngörülme bakımından mahkeme üç şart aramaktadır. Bunlardan birincisi, müdahalenin yasada⁷⁸ yer alarak iç hukukta dayanağının bulunmasıdır⁷⁹. İkinci şart, yasanın ulaşılabilir olması yani yayınlanmış olmasıdır⁸⁰. Üçüncü ve en temel şart olan öngörülebilirlik kriteri ise yasanın, kişiler bakımından sonuçlarının öngörülebilir olmasını ve hukukun üstünlüğü ilkesiyle bağdaşmasını aramaktadır⁸¹. Buna göre kanunun lafzı, kamu otoritelerinin birinci fıkrada yer alan haklara hangi hallerde müdahale etme yetkisinin olduğunu kişilere açıkça gösterecek nitelikte olmalıdır⁸². Hukukun üstünlüğü ilkesiyle bağdaşma ise keyfi veya aşkın müdahalelere karşı iç hukukta çeşitli güvence mekanizmalarının bulunması anlamına gelmektedir. Bu durum, Gözübüyük ve Gölcüklü (2007, 376) tarafından kısaca şu şekilde ifade edilmektedir:

⁷⁵ Ibid. para. 31

⁷⁶ Başvuru no: 10828/84, Funke v. France, 25.2.1993, para. 55; başvuru no: 5029/71, Klass and Others v. Germany, 6.9.1978, para. 42

⁷⁷ Ibid. para. 55

⁷⁸ Burada geçen yasa ifadesi şekli anlamda değil maddi anlamda kullanılmakta, dolayısıyla sadece yasama organının düzenleyici tasarruflarına işaret etmemektedir. AİHS bağlamında "yasa" ifadesi, türü ne olursa olsun soyut norm koyan düzenleyici tasarruflardır. Dolayısıyla Anglo-Sakson hukuk sistemindeki yazılı olmayan içtihat hukuku (common law), AİHS bağlamında "yasa"dır (Gözübüyük ve Gölcüklü 2007, 376).

⁷⁹ Başvuru no: 11105/84, Huvig v. France, 24.4.1990, para. 28

⁸⁰ Başvuru no: 6538/74, The Sunday Times v. UK, 26.4.1979, para. 49

⁸¹ Başvuru no: 11105/84, Huvig v. France, 24.4.1990, para. 26

⁸² Başvuru no: 8691/79, Malone v. UK, 2.8.1984, para. 67

“Müdahaleyi öngören yasal dayanağın soyut mevcudiyeti, yasallık koşulu için yetersizdir; yasanın, müdahale teşkil eden tedbirlerin (kısıtlamaların) **suistimal ve keyfilikliğini önleyecek uygun ve yeterli güvenceleri** de içermesi gerekir.”

AİHS m. 8/2’deki ikinci koşul olan, müdahalenin meşru bir amaç taşımamasından ne anlaşılacağı, madde metninde sınırlı olarak sayılmıştır⁸³. Rekabet hukukunun, piyasadaki rekabetin korunarak toplumsal refahın artırılması olarak tanımlanabilecek amacı, AİHS m. 8/2’de yer alan ülkenin ekonomik refahının korunması kapsamında kolaylıkla değerlendirilebilir. Nitekim *Colas Est*⁸⁴ davasında AİHM, Fransa rekabet hukukunun ülkenin ekonomik refahının korunması ve suçun önlenmesi amacına hizmet ettiğini açıkça kabul etmiştir⁸⁵.

Rekabet hukuku uygulaması bakımından daha sorunlu gibi görünen ve müdahalenin demokratik bir toplumda **gerekli** olduğu ölçüde olmasını şart koşan AİHS m. 8/2’deki üçüncü ve son koşul bakımından AİHM, ilgili mevzuatta ve uygulamada kötüye kullanmaları (keyfilikliğini) önleyecek derecede yeterli ve etkili güvencelerin varlığını aramaktadır (Riley 2002, 73). Bu noktada AİHM’nin, kamu otoritelerince gerçekleştirilen incelemelere ilişkin önemli kararlarına değinilmelidir.

Bunlardan ilki olan *Chappell*⁸⁶ kararı, incelemenin gerekliliği konusunda hâkime sunulan ikna edici delillerin ardından alınan arama iznine dayanılarak yapılan bir incelemeye ilişkindir⁸⁷. Ancak hemen belirtilmelidir ki, bu davadaki arama emrinin kapsamına ilişkin önemli sınırlamalar bulunmaktadır. Verilen izin kısa süreliğine geçerli olup sadece belirli zamanlarda kullanılabilir. Ayrıca alınan belgeler önceden belirlenmiş amaçlar doğrultusunda kullanılabilir, böylece uygulanacak tedbirin etkileri, getirilen güvencelerle makul sınırlarda tutulmaktadır⁸⁸. Bu çerçevede mahkemenin, incelemenin uygulanma şeklinin izlenen meşru amaçla orantılı olduğuna hükmetmesi doğal karşılanabilir.

Fransız gümrük otoritesinin inceleme yetkilerinin, Konvansiyon’a aykırı bulunduğu *Cremieux*⁸⁹ ve *Miailhe*⁹⁰ kararlarında, otoritenin sahip olduğu yetkiler karşısında ilgili mevzuatın ve uygulamanın yeterli güvenceler sağlamadığı vurgulanmaktadır. AİHM’ye göre gümrük otoritesi; incelemenin **amacı uygunluğunu, yerindeliğini, sayısını, ne kadar süreceğini ve kapsamını** tek

⁸³ Bkz. yukarıda s. 20 dn. 67

⁸⁴ Başvuru no: 37971/97, *Société Colas Est And Others v. France*, 16.4.2002

⁸⁵ *Ibid.* para. 44

⁸⁶ Başvuru no: 10461/83, *Chappell v. UK*, 30.3.1989

⁸⁷ *Ibid.* para. 59

⁸⁸ *Ibid.* para. 60

⁸⁹ Başvuru no: 11471/85, *Cremieux v. France*, 25.2.1993, para. 39-40

⁹⁰ Başvuru no: 12661/87, *Miailhe v. France*, 25.2.1993

başına belirlediğinden oldukça geniş yetkilere sahiptir. Her şeyden önemlisi, inceleme için mahkeme kararı alınmasının şart olmamasına ilaveten iç hukukta getirilen sınırlamalar ve koşullar gevşek olup boşluklar içermektedir⁹¹. Bu bulgulara ek olarak *Miaillhe* davasında AİHM'nin, son olarak vurgu yaptığı husus ise çarpıcıdır: “*İncelenen belgelerin bir bütün olarak ve ayırım yapılmadan alınması öyle boyutlara varmaktadır ki, gümrük otoritesi daha sonra oldukça fazla sayıda belgeyi, incelemeyle alakası olmadığı gerekçesiyle iade etmektedir*”⁹².

*Camenzind*⁹³ kararı ise işyerlerinde veya konutlarda yapılacak aramalar bakımından her durumda mahkeme kararı gerekmediğini göstermesi bakımından önem arz etmektedir. Zira mahkeme izni olmadan gerçekleştirilen inceleme, AİHS m. 8/2 çerçevesinde haklı bulunmuştur. Ancak bu sonuca ulaşılmasında; incelemenin önceden bildirilmesi, tatil günlerinde yapılamaması, kısa sürmesi, incelemeye bağımsız bir gözlemcinin katılımının sağlanması gibi önemli güvencelerin varlığı yanı sıra en önemlisi de incelemenin kapsamının darlığı etkili olmuştur⁹⁴. *Chappell* ve *Camenzind* kararları ışığında AİHM'nin, incelemeye **bağımsız bir unsurun katılımını** aradığı söylenebilir. *Chappell* kararında bu unsur mahkeme kararı iken, *Camenzind* kararında bağımsız bir gözlemcinin incelemede yer almasıdır (Riley 1999, 20).

Bu noktada değinilmesi gereken bir başka dava ise rekabet hukuku uygulaması bakımından en büyük öneme sahip olan *Colas Est*⁹⁵ davasıdır. Fransa rekabet otoritesinin yaptığı yerinde incelemenin AİHS m. 8'e aykırı olup olmadığına incelendiği bu davada AİHM, yapılan müdahalenin yasayla öngörüldüğünü ve meşru bir amaç güttüğünü belirledikten sonra⁹⁶ değerlendirmesini, özellikle müdahalenin izlenen bu meşru amaçla **ölçülü** olup olmadığı noktasına yoğunlaştırmıştır.

AİHS m. 8/2'de yer alan istisnaların dar yorumlanması ve somut olaydaki müdahalenin gerekliliğinin sağlam temellere dayanması gerektiği hususlarını bir kez daha vurgulayan AİHM'ye göre; yerinde incelemeyi gerçekleştiren otoritenin sahip olduğu geniş yetkiler kendisine, incelemenin yerindeliğini, sayısını, süresini ve kapsamını tek başına belirleme imkânı tanımaktadır. Üstelik önceden alınmış mahkeme kararına dayanmayan ve

⁹¹ Ayrıca bkz. başvuru no: 10828/84, Funke v. France, 25.2.1993, para. 57

⁹² Başvuru no: 12661/87, Miaillhe v. France, 25.2.1993, para. 39

⁹³ Başvuru no: 21353/93, Camenzind v. Switzerland, 16.12.1997

⁹⁴ Ibid. para. 46; yapılan incelemede herhangi bir dolap veya çekmece aranmadığı gibi herhangi bir belge incelemesi veya bunlara el konulması söz konusu değildir. Dolayısıyla bu davadaki incelemenin, somut olayın kendine özgü koşulları çerçevesinde AİHS'ye uygun bulunduğu söylenebilir.

⁹⁵ Başvuru no: 37971/97, Société Colas Est And Others v. France, 16.4.2002

⁹⁶ Ibid. para. 43-44

taahhüt yetkisine sahip polis memurunun katılmadığı incelemeye ilişkin olarak AİHM şu sonuca varmaktadır: “Tüzel kişilerin işyerleri söz konusu olduğunda, kamu otoritesinin yapacağı müdahalenin daha geniş kapsamlı olabileceği farz edilse bile, incelemelerin yapılma şekli göz önüne alındığında, rekabet hukuku alanındaki bu uygulama izlenen meşru amaçla tam anlamıyla orantılı değildir”⁹⁷. Bu çerçevede AİHS’nin ihlal edildiğine hükmedilen *Colas Est* kararının, Komisyon’un ve ulusal rekabet otoritelerinin⁹⁸ yerinde incelemeye ilişkin yetkilerini etkileme imkânı olduğu haklı şekilde dile getirilmelidir (Rizza ve Lang 2002, 414).

AİHM’nin konuya ilişkin içtihadının bir bakıma özetlendiği *Buck*⁹⁹ kararında **gereklilik** kavramından, müdahalenin acil bir toplumsal ihtiyaçtan kaynaklanmasının ve özellikle de izlenen meşru amaçla ölçülü olmasının anlaşılması gerektiği bir kez daha vurgulanmaktadır¹⁰⁰. Bu çerçevede mahkeme, yapılan müdahaleyi haklı kılacak uygun ve yeterli gerekçelerin olup olmadığı ile yukarıda değinilen ölçülülük ilkesine uyulup uyulmadığını değerlendirecektir. Ölçülülük ilkesi kapsamında ise öncelikle ilgili mevzuatta ve uygulamada kötüye kullanmaları (keyfiligi) önleyecek derecede yeterli ve etkili güvencelerin varlığı, ardından her somut olayın kendine has özellikleri dikkate alınacaktır. Buna göre incelemenin yapılmasına neden olan suçun ağırlığı, inceleme kararının ne şekilde ve hangi koşullarda alındığı, özellikle bu sırada sahip olunan deliller, incelemeye ilişkin kararın kapsamı ve içeriği¹⁰¹, inceleme yapılan yerlerin niteliği (konut veya işyeri), incelemenin gerçekleştirilme şekli (bağımsız bir gözlemcinin varlığı), incelemenin etkilerini makul sınırlarda tutmak için getirilen güvenceler, incelemeye muhatap olan kişinin itibarı üzerindeki muhtemel etkilerin boyutu gibi hususlar, somut olayın kendine has özellikleri bağlamında AİHM tarafından değerlendirilecektir¹⁰².

AİHM’nin bundan sonraki kararlarında ise incelemenin ardından yapılacak etkili bir yargısal denetimin gerekliliğine ilişkin kararları dikkat çekmektedir. Bunlardan ilki olan *Smirnov*¹⁰³ davasında, inceleme öncesinde

⁹⁷ Ibid. para. 49

⁹⁸ Çek Cumhuriyeti Yüksek İdare Mahkemesi’nin konuyla ilgili kararı için bkz. Kindl (2009).

⁹⁹ Başvuru no: 41604/98, *Buck v. Germany*, 28.4.2005

¹⁰⁰ Ibid para. 44

¹⁰¹ Bu çerçevede inceleme yetkisinin kapsamına ilişkin olarak genel ifadeler kullanılmadan kaçınılarak incelemenin sınırlarının belirtilmesi, diğer bir ifadeyle makul ölçüde bir belirliliğin sağlanması aranmaktadır (Riley 1999, 19; 2002, 77). Ayrıca bkz. başvuru no: 13710/88, *Niemietz v. Germany*, 16.12.1992, para. 37; başvuru no: 41604/98, *Buck v. Germany*, 28.4.2005, para. 50; başvuru no: 65755/01, *Iliya Stefanov v. Bulgaria*, 22.5.2008, para. 41; başvuru no: 71362/01, *Smirnov v. Russia*, 7.7.2007, para. 47

¹⁰² Başvuru no: 41604/98, *Buck v. Germany*, 28.4.2005, para. 45; başvuru no: 71362/01, *Smirnov v. Russia*, 7.7.2007, para. 44

¹⁰³ Başvuru no: 71362/01, *Smirnov v. Russia*, 7.7.2007

mahkeme kararı alınmaması durumunda incelemeyi yapan kamu otoritelerinin geniş bir takdir yetkisine kavuştuğu belirtilmektedir. Buna rağmen inceleme sonrasında yapılacak etkili bir yargısal denetimin bu eksikliği belirli ölçüde giderebileceğine işaret edilmekte ancak ulusal makamların, inceleme kararı verilmesi için uygun ve yeterli gerekçelerin oluşup oluşmadığını denetleme konusunda yetersiz kaldığı ifade edilmektedir¹⁰⁴. *Ravon*¹⁰⁵ kararında da bu konuya değinen AİHM, incelemeye izin veren kararın ve buna dayanarak uygulanan tedbirlerin etkili bir yargısal denetime tabi olması gerektiğine işaret etmektedir (Berghe ve Dawes 2009, 420-422).

Şimdiye kadar incelenen AİHM kararları ışığında, AİHS m. 8 çerçevesinde yapılacak bir değerlendirme bakımından öncelikle her somut olayın kendine has özelliklerinin öne çıkacağı belirtilmelidir¹⁰⁶. Bu çerçevede özellikle de incelemenin kapsamı, kullanılan yöntemler, güvencelerin varlığı gibi hususlar büyük önem arz etmektedir (Riley 2002, 74). Ancak incelenen kararlarda geçen diğer hususların önemi yadsınmamakla birlikte, gerektiği gibi uygulanmak şartıyla inceleme öncesi alınacak mahkeme kararının, AİHM'nin aradığı yeterli ve etkili güvence koşulunu sağlamak bakımından daha belirleyici olduğu görülmektedir. Zira yukarıda yer verilen kararlardaki ihlal gerekçelerinin çoğu, inceleme öncesi alınan mahkeme kararının eksikliğine dayanmaktadır.

2.2. AB REKABET HUKUKUNDA YERİNDE İNCELEMELER

2.2.1. Komisyon'un Yerinde İnceleme Yetkilerine Genel Bakış

Topluluk rekabet hukukunda, işyerlerinde yapılacak yerinde incelemeler 1/2003 sayılı Tüzük'ün 20. maddesinde yer alırken, konutlarda yapılacak incelemeler 21. maddede düzenlenmektedir. Bu çerçevede 20. maddeye göre yerinde inceleme yetkisini kullanan Komisyon'un, yetkilendirme veya karar yoluyla olmak üzere iki seçeneği bulunmaktadır. **Yetkilendirme yoluyla** yapılacak yerinde incelemeler bakımından **sadece** yanlış, yanıltıcı veya eksik bilgi verilmesi durumunda para cezası uygulanabileceğinden, teşebbüsler ceza alma riskiyle karşılaşmadan inceleme yapılmasına rıza göstermeyebilir. Bu nedenle, 1/2003 sayılı Tüzük m. 20/3'e göre yapılacak incelemeler aslında teşebbüsler bakımından bağlayıcı olmadığı için (Berghe ve Dawes 2009, 410) esasında AİHS m. 8/1'deki haklara müdahale edilmemektedir (Riley 2002, 74; Messina 2007, 191, dn. 16; Aslam ve Ramsden 2008, 74, dn. 104). Ancak aynı durum, 1/2003 sayılı Tüzük m. 20/4'e göre **karar yoluyla** yapılacak incelemeler

¹⁰⁴ Ibid para. 45 ve 47

¹⁰⁵ Başvuru no: 18497/03, Ravon v. France, 21.2.2008, para. 28

¹⁰⁶ Başvuru no: 21353/93, Camenzind v. Switzerland, 16.12.1997, para. 45; Messina 2007, 197, dn. 44; Aslam ve Ramsden 2008, 78.

bakımından geçerli olmayıp, incelemenin engellenmesi halinde de teşebbüslere para cezası uygulanacağından, AİHS m. 8’de yer alan haklara bir müdahale söz konusu olabilecektir.

Komisyon’un yerinde inceleme esnasındaki yetkileri, 1/2003 sayılı Tüzüğün 20. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmektedir. Söz konusu yetkiler genel olarak; teşebbüse ait her türlü malvarlığında incelemede bulunmak, ne şekilde muhafaza edilirse edilsin ticari faaliyete ilişkin her türlü belge ve kayıtları incelemek, bunların suretlerini almak, gerektiğinde çalışılan alanları mühürlmek, teşebbüs temsilcisi ve çalışanlarının incelemenin konusu ve amacına ilişkin beyanlarını almak ve tutanağa geçirmek şeklinde özetlenebilir. Ayrıca 1/2003 sayılı Tüzük’te öngörülmemekle birlikte Komisyon’un yerinde incelemelere ilişkin Açıklayıcı Not’una göre, dijital verilerin tamamen kopyalanıp alınması yöntemine de başvurulduğu anlaşılmaktadır¹⁰⁷. Son olarak Komisyon’un yaptığı yerinde incelemelere üye ülke rekabet otoritelerinin de katılabildiği belirtilmelidir.

Rekabet otoritelerinin, kendilerine verilen görevleri yerine getirebilmek için bu ve benzeri geniş yetkilere sahip olması gerektiği kuşkusuzdur¹⁰⁸. Ancak bu yetkilerin sınırsız olamayacağı ve makul bir şüphe olmadan kullanılmayacağı kabul edilmektedir¹⁰⁹. Bunun en önemli nedeniyse “*balık avı gezileri*”¹¹⁰’ne engel olmaktır (Andersson ve Legnerfalt 2008, 440). Bu gerekçelerle 1/2003 sayılı Tüzük’e göre Komisyon’un yerinde inceleme kararı; incelemenin konusu ve amacı ile başlayacağı tarihi, incelemenin engellenmesi halinde uygulanacak cezaları ve karara karşı Topluluk Mahkemesi’ne

¹⁰⁷ Explanatory note to an authorization to conduct an inspection in execution of a Commission decision under Article 20(4) of Council Regulation No 1/2003, para. 11
http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/explanatory_note.pdf

Ancak AİHM’nin, dijital verilerin bir bütün halinde kopyalanması (imaj alma) uygulamasının, özel hayata daha yoğun ve kapsamlı bir müdahale teşkil ettiği, zira inceleme konusundan çok daha geniş bilgilere erişim imkânı tanıdığı, dolayısıyla böyle bir yetkinin açık ve ayrıntılı kurallarla düzenlenmesi gerektiği yönünde anlaşılabilir kararlarının bulunduğu belirtilmelidir (Bkz. başvuru no: 50882/99, Sallinen v. Finland, 27.9.2005, para. 89-90).

¹⁰⁸ Case C-94/00, Roquette Frères SA v. Commission, 22.10.2002, para. 42; Case 46/87 and 227/88, Hoechst AG v. Commission, 21.9.1989, para. 26.

¹⁰⁹ Ibid. para. 55, 61; Case T-340/04, France Télécom v. Commission, 8.3.2007, para. 53

¹¹⁰ “*Fishing Expeditions*” karşılığı kullanılan bu deyimın arkasındaki gerekçe şudur: Bir suçta veya ihlale ilişkin delil toplarken eğer yeterince büyük bir ağ atılabilirse, bu ağa mutlaka bir delil takılacaktır. Burada elde edilecek bilginin ilgili inceleme bakımından önemli olup olmadığı gözetilmemekte, incelemenin somut bir hedefi olmasa bile konuya ilişkin mümkün olduğunca fazla bilgi toplanmaya çalışılmaktadır. Özellikle sektör incelemeleri bakımından önem arz eden bu konu hakkında bir çalışma için bkz. Andersson ve Legnerfalt (2008, 439-445). Ancak bu kavram aynı zamanda soruşturmayı veya davayı sürüncemede bırakmak için savunmanın, incelemeyle ilgisi olmayan talepler öne sürmesini ifade etmek için de kullanılmaktadır.

başvurulabileceği hususlarını içermek zorundadır¹¹¹.

AB rekabet hukuku uygulamasında, yerinde incelemenin konusu ile amacının Komisyon'un yerinde inceleme kararında ve yetki belgesinde belirtilmesinden ne anlaşılması gerektiği, Topluluk Mahkemeleri'nin kararlarıyla açıklığa kavuşmuştur. ATAD'ın *Hoechst*¹¹² davasında kabul ettiği ve *Roquette Freres*¹¹³ davasında da teyit ettiği görüşe göre; incelemenin konusunun ve amacının gösterilmesi, sadece teşebbüse ait malvarlıklarında yapılan incelemenin haklılığını göstermek için değil aynı zamanda teşebbüsün yapması gereken işbirliğinin sınırlarını belirleyebilmesi için getirilen temel bir koşuldur. Dolayısıyla Komisyon, incelemenin konusunun neye ilişkin olduğunu ve neyi aradığını mümkün olduğu kadar kesin bir şekilde ortaya koymalıdır. Ancak incelenen ihlale ilişkin temel bulgular¹¹⁴ gösterildiği takdirde; ilgili pazar, ihlalin tam olarak hukuki niteliği veya süresi gibi hususların belirtilmesi şart değildir¹¹⁵. Zira bizzat yerinde incelemeyle bu bilgilere ulaşılması amaçlanmaktadır¹¹⁶. Ayrıca mahkemeye göre, inceleme sırasında ele geçirilen fakat incelemenin konusuna ve amacına ilişkin olmayan delillerin Komisyon tarafından kullanılması, teşebbüsün savunma haklarından önemli ölçüde ödün vermek anlamına gelecektir. Fakat bu durum, elde edilen bilgiyi teyit etmek veya desteklemek için Komisyon'un yeni inceleme başlatmasına engel teşkil etmemektedir¹¹⁷.

Komisyon'un yerinde inceleme yetkilerinin denetimini sağlayan bir başka güvence, ulusal mahkemenin vereceği izin kararıdır. Anılan güvence sadece incelemenin engellenmesi veya böyle bir ihtimalin bulunması durumunda devreye girse de, incelemenin keyfi veya ölçüsüz olup olmadığının denetlenmesi bakımından önem arz etmektedir. AB rekabet hukukunda, 1/2003 sayılı Tüzük

¹¹¹ Case T-340/04, France Télécom v. Commission, 8.3.2007, para. 23-24. National Panasonic davasında (para. 26), incelemenin yapılacağı yerin kararda belirtildiğine işaret edilmektedir. Komisyon'un yetki belgesi örneğinde ise teşebbüslerin adresinin yer alıp almayacağı açık olmamakla beraber, yetki belgesinde unvanı yer alan teşebbüs ve bağlı ortaklıkları ile bu teşebbüsün doğrudan veya dolaylı olarak kontrol ettiği bütün teşebbüslerde inceleme yapılabileceği belirtilmektedir. Bkz. Authorisation To Conduct An Inspection. http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/inspection_authorisation.pdf

¹¹² Case 46/87 and 227/88, Hoechst AG v. Commission, 21.9.1989, para. 29

¹¹³ Case C-94/00, Roquette Frères SA v. Commission, 22.10.2002, para. 47

¹¹⁴ Söz konusu temel bulgular; etkileneceği düşünülen pazar, gerçekleştirildiğinden şüphelenilen rekabet ihlalleri ve ilgili teşebbüslerin bu ihlallere ne ölçüde katıldığıdır.

¹¹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Case 46/87 and 227/88, Hoechst AG v. Commission, 21.9.1989, para. 41-42; Case 85/87, Dow Benelux v. Commission, 17.10.1989, para. 8-11; Case C-94/00, Roquette Frères SA v. Commission, 22.10.2002, para 81-84, 99; Case T-340/04, France Télécom v. Commission, 8.3.2007, para. 52-55

¹¹⁶ Case 46/87 and 227/88, Hoechst AG v. Commission, 21.9.1989, para. 27

¹¹⁷ Ibid. para. 48; Case 85/87, Dow Benelux v. Commission, 17.10.1989, para. 17-19. İnceleme konusu dışındaki delillere ilişkin İspanya uygulaması hakkında bkz. Donald 2009.

m. 20/6-8'de düzenlenen bu durum, ATAD'ın *Hoechst*¹¹⁸ ve özellikle *Roquette Frères*¹¹⁹ kararlarında benimsediği kıstasların kodifiye edilmesiyle oluşmuştur.

İncelemenin engellenmesi¹²⁰ durumunda Komisyon görevlilerinin doğrudan güç kullanma yetkisi bulunmamakta¹²¹, diğer bir ifadeyle görevliler fiziksel güç kullanarak engellemeyi ortadan kaldırıp incelemeyi gerçekleştirememektedir. Bu nedenle incelemeyi yapmak için gerektiğinde ulusal rekabet otoriteleri aracılığıyla polis desteği alınabilmektedir. Eğer incelemenin yapılacağı teşebbüsün bulunduğu ülke hukuku, polis desteği alınabilmesi için öncelikle mahkeme kararı alınmasını şart koşuyorsa veya incelemenin engellenmesi ihtimali varsa tedbiren mahkeme kararı alınarak Komisyon'un yerinde incelemeyi yapması sağlanabilmektedir¹²² (Berghe ve Dawes 2009, 408-412; Aslam ve Ramsden 2008, 66). Ancak ulusal mahkemenin yapacağı denetime, 1/2003 sayılı Tüzük m. 20/8'de çeşitli sınırlamalar getirilmiştir. Buna göre ulusal mahkeme sadece Komisyon kararının varlığını, başvuru tedbirin keyfi veya incelemenin konusuyla orantısız olup olmadığını inceleyebilecektir. Ulusal mahkeme, yapacağı ölçülülük değerlendirmesi sırasında Komisyon'dan, ihlalin varlığından şüphelenilmesine yol açan gerekçelere, ihlalin ağırlığına ve teşebbüsün olayla ilişkisine ait ayrıntılı bilgiler isteyebilecektir. Ancak ulusal mahkeme, Komisyon kararının hukukiliğini ve yerindeliğini denetleyemeyeceği gibi soruşturma dosyasındaki bilgileri de talep edemeyecektir¹²³.

Son olarak 1/2003 sayılı Tüzükün 21. maddesinde düzenlenen ve teşebbüse ait olmayan yerlerde (örneğin şirket yöneticilerinin evlerinde) inceleme yapma yetkisine değinilmelidir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, söz konusu yetkinin kullanılabilmesi için ihlale ilişkin delillerin, inceleme yapılmak istenen yerlerde bulunduğuna ilişkin haklı bir şüphenin varlığı gerekir. Ayrıca 20. maddeden farklı olarak mutlaka mahkeme kararı alınarak yapılabilecek olan bu yerinde incelemeye izin verilmemesi halinde, Komisyon'un 23. ve 24. maddelerde yer alan cezalar uygulanamadığı gibi soru sorma ve mühürleme yetkileri de kullanılamamaktadır.

¹¹⁸ Case 46/87 and 227/88, Hoechst AG v. Commission, 21.9.1989, para. 35

¹¹⁹ Case C-94/00, Roquette Frères SA v. Commission, 22.10.2002, para. 33 ve devamı.

¹²⁰ Yerinde incelemenin hangi durumlarda engellenmiş veya zorlaştırılmış sayılabileceği konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Berghe ve Dawes (2009, 412-418).

¹²¹ Case 46/87 and 227/88, Hoechst AG v. Commission, 21.9.1989, para. 31; Case 85/87, Dow Benelux v. Commission, 17.10.1989, para. 42

¹²² Ibid. para. 32. Mahkeme kararı alınmasının sadece ilgili teşebbüsün inceleme yapılmasına rıza göstermediği takdirde şart olduğuna ilişkin olarak bkz. Komisyon basın açıklaması IP/08/1434.

¹²³ Ibid. para. 35. Ancak AB hukukunun üstünlüğü ilkesinden kaynaklanan bu durum doğal karşılanmalıdır. Zira incelemenin hukuki dayanağı AB hukuku iken kamu gücünün kullanılmasının hukuki dayanağı ulusal hukuktur (Berghe ve Dawes 2009, 413).

2.2.2. Yerinde İncelemelerin AİHS m. 8'e Aykırılığına İlişkin Topluluk Mahkemesi Kararları

Komisyon'un yerinde inceleme yetkilerinin AİHS m. 8'i ihlal ettiği iddiasına ilişkin olarak ilk defa *National Panasonic*¹²⁴ davasında ATAD; 17/62 sayılı Tüzükte öngörülen yetkilerin, AİHS m. 8/2'deki şartları taşıdığından bahisle anılan maddenin ihlalinden söz edilemeyeceğine karar vermiştir. Bu karardan sonra mahkeme, konuya ilişkin görüşünü korumuş ancak Komisyon'a verilen yetkileri, AİHS m.8 ile bağdaştırmaya çalışma şeklindeki gerekçesini değiştirmiştir. Buna göre, yerinde incelemenin mahkeme kararı alınmadan yapıldığı gerekçesiyle AİHS m. 8'in ihlal edildiği yönündeki iddianın değerlendirildiği *Hoechst*¹²⁵ kararında ATAD, üye devletlerin hukuklarında konut dokunulmazlığının gerçek kişilerin özel mülklerine ilişkin olarak tanındığı, ancak aynı hakkın teşebbüsler bakımından geçerli olmadığını belirtmiştir. Bunun nedeni, üye devletlerin hukuklarında kamu otoritelerinin müdahaleleri karşısında işyerlerine tanınan koruma düzeyinde önemli farklılıklar bulunmasıdır¹²⁶. AİHS m. 8'e atıfta bulunan mahkeme;

“Söz konusu maddenin koruma alanı, bireyin kişisel özgürlüğünün gelişimine ilişkin olduğundan işyerlerine genişletilemez. Ayrıca bu konuya ilişkin olarak AİHM'nin herhangi bir kararı bulunmamaktadır¹²⁷.”

diyerek, AİHS m. 8'e dayanan iddiaları reddetmiştir. Ancak gerçek veya tüzel kişilerin özel faaliyetlerine kamu otoritelerince yapılan müdahalenin, hukuki dayanağının bulunması ve keyfi ya da ölçüsüz olmaması gerektiğini belirten mahkeme, bu çerçevede sadece Komisyon'un yerinde inceleme yetkilerini aşmış olmadığını incelemiştir¹²⁸.

Ancak yukarıda incelenen AİHM kararları ışığında, Topluluk mahkemeleri ile Komisyon'un mevcut yaklaşımını değiştirerek yerinde incelemeler konusunda teşebbüslere ek güvenceler tanımak zorunda kalabileceği belirtilmelidir. Nitekim bu husus ATAD'ın *Roquette Frères*¹²⁹ kararında dile getirilmektedir. AİHM'nin içtihadında *Hoechst* kararı sonrasında yaşanan gelişmelerin dikkate alınması gerektiği belirtilen kararda, belirli durumlarda AİHS m. 8'in sağladığı korumanın işyerlerini de kapsadığına işaret edilmektedir¹³⁰.

¹²⁴ Case 136/79, *National Panasonic UK v. Commission*, 26.6.1980, para. 19-20

¹²⁵ Case 46/87 and 227/88, *Hoechst AG v. Commission*, 21.9.1989

¹²⁶ *Ibid.* para. 17

¹²⁷ *Ibid.* para. 18

¹²⁸ *Ibid.* para. 19

¹²⁹ Case C-94/00, *Roquette Frères SA v. Commission*, 22.10.2002

¹³⁰ *Ibid.* para. 29

2.3. TÜRK REKABET HUKUKUNDA YERİNDE İNCELEMELER

Mehaz mevzuat olarak kabul ettiğimiz AB rekabet hukukuna ilişkin birçok düzenleme bakımından geçerli olduğu gibi yerinde incelemeler bakımından da Kurul'un sahip olduğu yetkiler, Komisyon'un yetkileriyle büyük oranda benzeşmektedir. Nitekim 1/2003 sayılı Tüzük'le artan cezalar Türk rekabet hukukuna da oldukça benzer bir biçimde aktarılmıştır¹³¹. Ancak Komisyon'un sahip olduğu konutlarda yerinde inceleme yapma ve incelenen alanın mühürlenmesi gibi bazı yetkilere Kurul'un henüz sahip olmadığı görülmektedir¹³².

Türkiye uygulamasına bakıldığında, Topluluk hukukundan farklı olarak Kurul'un yetkilendirme veya karar yoluyla olmak üzere yerinde incelemeler açısından seçimlik bir yetkisi bulunmamaktadır. Kanun'un 15. maddesine göre Kurul'un gerçekleştireceği yerinde incelemenin engellenmesi halinde teşebbüslere doğrudan para cezası uygulanabilmektedir¹³³. Bir başka ifadeyle teşebbüslerin, *ceza tehdidiyle karşılaşmadan* incelemelere karşı koyma imkânı bulunmadığından, Kanun'un 15. maddesine göre yapılacak yerinde incelemeler, AİHS m. 8/1 ile tanınan haklara kamu otoritesince yapılan bir müdahale niteliğindedir.

Komisyon ile Kurul'un yerinde inceleme yetkileri içerik açısından büyük oranda paralellik taşımakla beraber, üç konudaki farklılık dikkat çekmektedir. Bunlardan ilki, Komisyon'un gerektiğinde çalışılan alanları *mühürleme* yetkisinin varlığıdır. İkinci fark, 1/2003 sayılı Tüzük'e göre görevlilerin inceleyip suretini alabilecekleri belgelerin *işe ilişkin*¹³⁴ olması gerekirken Kanun'da bu yönde kısıtlayıcı bir ifade bulunmamasıdır. Üçüncü ve son farklı husus ise, yerinde inceleme esnasında teşebbüs yetkililerine yöneltilerek açıklamaları istenebilecek hususların incelemenin *konusu ve amacına ilişkin* olması yönündeki bir sınırlama yine Kanun'da yer almamakta ve belirli konularda açıklama istenebileceği ifade edilmektedir¹³⁵. Bu son

¹³¹ Bkz. 23.1.2008 tarih ve 5728 sayılı Kanun ile Değişik 4054 sayılı Kanun m. 16-17; kıyasen bkz. 1/2003 sayılı Tüzük m. 23-24.

¹³² AB üyesi birçok ülkede, rekabet otoritelerinin konutlarda yerinde inceleme yapma yetkisinin bulunduğu görülmektedir (Komisyon 2009, 61, para. 202, dn. 262).

¹³³ Yerinde incelemenin mahkeme kararı alındıktan sonra yapılmış olmasının, incelemenin engellenmesi nedeniyle para cezası uygulanmasını önlemeyeceği hususu Danıştay tarafından geçmişte kabul görmüştür (Bkz. Danıştay 13. Dairesi'nin 13.12.2006 gün, E. 2005/8957, K. 2006/4722 sayılı kararı). 4054 sayılı Kanun'da yapılan değişikliklerle 16. maddenin ikinci fıkrasında bu husus artık açıkça düzenlenmektedir. Söz konusu cezalar için bkz. 4054 sayılı Kanun m. 16 ve 17.

¹³⁴ Case C-94/00, Roquette Frères SA v. Commission, 22.10.2002, para. 45

¹³⁵ Mevcut durumda TBMM'de bulunan "Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı"nda (Kanun Tasarısı), Kurul'a mühürleme yetkisi tanınmakta,

farklılığa ilişkin olarak ayrıca Komisyon'un ikincil mevzuatında, yerinde incelemeler sırasında teşebbüs adına açıklamada bulunmaya yetkili olmayan kişilerce verilen beyanların düzeltilmesi için teşebbüslere süre tanınması yönünde bir güvence daha tanındığı belirtilmelidir¹³⁶. Yukarıda yer verilen son iki farka ilişkin olarak Türk rekabet hukuku mevzuatında bir hüküm bulunmamasına karşın, uygulamanın AB uygulamasıyla aynı olduğu belirtilmelidir.

Yine Topluluk düzenlemesine benzer şekilde, incelemenin konusu ve amacı ile yanlış bilgi verilmesi halinde para cezası uygulanacağını belirten bir yetki belgesiyle yerinde incelemenin gerçekleştirileceği hususu Kanun'un 15. maddesinde düzenlenmektedir. Bu güvenceler, daha önce belirtildiği üzere özellikle idarenin keyfi davranışlarını ve "balık avı gezilerini" engellemeye yöneliktir. Ancak yetki belgelerinde incelemenin konusu ve amacına ilişkin olarak yeterli bilgi bulunmadığı yönündeki iddialar uygulamada Danıştay önünde itiraz konusu yapılmaktadır. Danıştay ise Kanun'un 15. maddesinde raportörlerin yerinde inceleme esnasındaki yetkilerinin sayıldığı ve yetki belgelerinde de bu hususlara açıkça yer verildiğinden, ayrıca incelemenin konusu ve amacına yer verilmemiş olmasını incelemenin amacına aykırı ve sonuçlarını etkileyecek türden bir eksiklik olarak görmemektedir¹³⁷.

Kanun'da, Kurul'un nihai kararını beklemeden yerinde incelemeye karşı yargı yoluna başvurulabilmesi şeklinde bir güvence öngörülmemekte¹³⁸, bir başka ifadeyle yerinde incelemenin hukuka uygunluğu ancak nihai kararla beraber denetlenebilmektedir (Eğerci 2005, 166). Oysa AB uygulamasında, Komisyon'un yerinde inceleme kararına karşı Topluluk Mahkemesi'ne başvurulabilmekte, kararın iptal edilmesi halindeyse incelemede elde edilen deliller kullanılamamaktadır¹³⁹.

Türk rekabet hukukunda da raportörlerin zor kullanarak incelemeyi gerçekleştirme yetkisi olmadığından (Yılmaz 2004, 82; Budak 2004, 168) incelemenin engellenmesi durumunda, Kanun'un 15. maddesine göre sulh ceza hâkiminden alınacak kararla beraber gerekirse polis desteğiyle inceleme yapılmaktadır. Fakat AB uygulamasından farklı olarak, izni veren hâkimin hangi

ayrıca gerektiğinde incelenen belgelerin ve dijital verilerin suretlerinin ya da asıllarının alınabileceği belirtilerek mevcut yetkiler genişletilmektedir.

¹³⁶ Bkz. Commission Regulation (EC) No 773/2004 of 7.4.2004, relating to conduct of proceedings by the Commission pursuant to Articles 81 and 82 of the EC Treaty, OJ L 123/18, 27.4.2004, m. 4(3)

¹³⁷ Danıştay 13. Dairesi, 8.4.2008 tarih, E. 2006/4084, K. 2008/3628 sayılı kararı (BATICİM).

¹³⁸ Bu karara karşı inceleme sonrası yargı yoluna başvurma tek başına etkili bir hukuksal koruma sağlayıp sağlamayacağı hususunda bkz. başvuru no: 71362/01, Smirnov v. Russia, 7.7.2007, para. 45, 47; Başvuru no: 18497/03, Ravon v. France, 21.2.2008, para. 28; karş. AG Mischo, Opinion in Case C-94/00, Roquette Frères SA v. Commission, 20.9.2001, para. 47

¹³⁹ Case C-94/00, Roquette Frères SA v. Commission, 22.10.2002, para. 49

hususları denetleyeceğine ilişkin bir sınırlama Türk rekabet hukuku mevzuatında bulunmamaktadır.

2.4. KOMİSYON'UN VE KURUL'UN YERİNDE İNCELEME YETKİLERİNİN AİHS M. 8/2 ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

Yukarıda da belirtildiği üzere, Komisyon'un ve Kurul'un yerinde inceleme yetkilerinin AİHS m. 8/2'de öngörülen istisnadan yararlanabilmesi için, müdahalenin yasayla düzenlenmiş olma ve meşru bir amaç gütmeye şartlarından ziyade, demokratik bir toplumda gerekli olma koşulu daha fazla önem taşımaktadır. Şöyle ki, her iki hukuk düzeninde de yerinde inceleme yetkilerinin iç hukukta yasal dayanakları bulunmakta ve mahkeme kararlarıyla bu yetkiler daha da açıklık kazanmaktadır. Söz konusu yasal dayanaklarla mahkeme kararları ve bu yetkilere ilişkin rehberler yayınlandığından ulaşılabilirlik koşulu da yerine getirilmektedir¹⁴⁰ (Aslam ve Ramsden 2008, 76). Yine yukarıda belirtildiği gibi *Colas Est* davasında Fransa rekabet hukukunun, ülkenin ekonomik refahını koruma şeklinde ifade edilebilecek meşru bir amaç taşıdığı kabul edilmiştir¹⁴¹. Bu nedenle yerinde inceleme yetkisiyle AİHS m. 8'de düzenlenen haklara yapılan müdahalenin, demokratik bir toplumda gerekli olma koşulu bakımından değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bu çerçevede öncelikle, AB rekabet hukuku bakımından yerinde inceleme öncesi mahkeme kararı alma zorunluluğu bulunmadığı ve Komisyon'un geniş bir takdir yetkisi kullanarak hareket ettiği belirtilmelidir. Her ne kadar AİHM'nin *Camenzind* kararında, mahkeme kararı olmadan yapılan incelemeler haklı kabul edilmişse de, dava konusu olaydaki inceleme yetkilerinin darlığı, incelemenin önceden haber verilmesi ve incelemede bağımsız bir gözlemcinin bulunması¹⁴² gibi hususlar nedeniyle, Komisyon'un incelemelerine kıyasla oldukça önemli farklılıklar bulunduğu göze çarpmaktadır. Ancak Komisyon'un sahip olduğu yetkiler tamamen sınırsız olmayıp, mevzuatta

¹⁴⁰ Türk rekabet hukukunda yerinde inceleme yetkilerine ilişkin herhangi bir ikincil mevzuat olmadığı belirtilmelidir. Yukarıda değinildiği üzere, müdahalenin yasayla öngörülmüş olması koşulu çerçevesinde AİHM'nin dikkate aldığı öngörülebilirlik ve hukukun üstünlüğü ilkelerinin karşılanması bakımından da yerinde incelemelere ilişkin bir rehber yayınlanması büyük önem taşımaktadır (Başvuru no: 50882/99, Sallinen v. Finland, 27.9.2005, para. 90). Komisyon'un yanı sıra İngiltere ve İsviçre rekabet hukuku uygulamasında bu konuya ilişkin rehberler yayınlandığı görülmektedir.

¹⁴¹ Başvuru no: 37971/97, Société Colas Est And Others v. France, 16.4.2002, para. 44

¹⁴² AB uygulamasında ulusal rekabet otoritesi görevlileri incelemeye katılabilmekle beraber bu kişiler bağımsız gözlemci olarak nitelendirilemeyecek olup Komisyon'a yardım etmekte hatta bizzat inceleme yapmaktadırlar (Kerse ve Khan 2005, 165; Rizza ve Lang 2002, 416).

ve uygulamada teşebbüslere tanınan çeşitli güvenceler de bulunmaktadır¹⁴³ (Riley 2002, 64, 75-76).

Colas Est davasında incelenen Fransa rekabet otoritesinin sahip olduğu yetkilerin Komisyon'un yetkileriyle ister istemez kıyaslanarak AIHS m.8'e aykırılığının sorgulandığını¹⁴⁴ belirten Messina'ya (2007, 193) göre; her iki otoritenin izlediği usuller arasında kimi farklılıklar bulunmaktadır. Teşebbüslerin incelemeye karşı koymaları halinde para cezasına maruz kalma ihtimali olmakla beraber, Komisyon'un belgelere el koyma yetkisi olmadığı gibi engelleme durumunda belgelerin kopyası da alınmamaktadır. Ayrıca Komisyon'un yerinde inceleme kararına uymama durumunda ikili bir yargısal kontrol bulunduğu ve incelemeye ilişkin kararın iptal edilmesi durumunda bu karara dayanarak alınan tüm belgelerin geri verileceği belirtilmektedir (Messina 2006, 194-195). Bu nedenle *Colas Est* davasından farklı olarak Komisyon'un, incelemenin yerindeliliğini, sayısını, süresini ve kapsamını tek başına belirlemediği ve etkili bir yargısal gözetim altında hareket ettiği öne sürülmektedir (Dekeyser ve Gauer 2005, 556-557)¹⁴⁵.

Hemen belirtmelidir ki, yerinde incelemelere ilişkin olarak Topluluk uygulamasında öngörülen bu ve benzeri güvencelerin varlığı yadsınamaz. Ancak bu noktada önemli olan, anılan güvencelerin, kişilerin özel hayatına yapılan müdahaleyle ölçülü olup olmadığıdır. Dolayısıyla yukarıda ortaya konulan iddiaların AIHS m. 8/2 bağlamında yeterliliği tartışmalıdır.

Öncelikle oldukça az sayıda Avrupa ülkesinde¹⁴⁶ yerinde inceleme yapabilmek için önceden mahkeme kararı almanın zorunlu olduğu, ayrıca 1/2003 sayılı Tüzük m. 20/8'e göre öngörülen ulusal mahkemenin denetim yetkisinin¹⁴⁷ oldukça sınırlı olduğu belirtilmelidir (Riley 2002, 76). Üstelik

¹⁴³ Bu güvenceler şöyle sıralanabilir: Sadece işe ilişkin kayıtların incelenebilmesi, sadece incelemenin amacına ve konusuna ilişkin soru sorulabilmesi, yerinde inceleme kararında incelemenin amacını ve konusunu, başladığı tarihi, uygulanabilecek cezaları ve yargı yolunu gösterme zorunluluğu, inceleme kararına karşı yargı yoluna başvurulabilmesi, zorunluluk olmasa bile makul bir süre avukatın beklenmesi (Bkz. Komisyon 1997, 38; Açıklayıcı Not, para. 6), avukat-müvekkil yazışmalarının korunması, ölçülülük ilkesinin gözetilmesi (Örneğin teşebbüsün iş akışının durma noktasına getirmemeye özen göstermek, sistematik bir inceleme yaparak belgelerin düzenini korumak gibi).

¹⁴⁴ Bkz. Rizza ve Lang (2002, 415-416)

¹⁴⁵ Ancak bahsedilen bu farklılıklara karşın Messina da (2006, 199), 1/2003 sayılı Tüzük'ün 20. maddesinin AIHS m. 8'e uygunluğunun tartışılır olduğunu kabul etmektedir.

¹⁴⁶ Bu ülkeler Avusturya, Bulgaristan, Almanya, Fransa, Macaristan, İrlanda, Portekiz ve İsveç'tir (Komisyon 2009, 61, para. 202, dn. 261; karşı. Modernizasyona ilişkin Beyaz Kitap, para. 110).

¹⁴⁷ Konutlarda yerinde inceleme yapma yetkisi bakımından ulusal mahkemenin yapacağı denetimi getirilen sınırlamanın, AIHM içtihadına aykırı olması nedeniyle kaldırılması gerektiğine ilişkin olarak bkz. Riley (2002, 77); Aslam ve Ramsden (2008, 79); ayrıca bkz. Dekeyser ve Gauer (2005, 557-558).

incelemenin engellenmesi ihtimaline karşı tedbiren mahkeme kararı alınması durumu bir kenara bırakılırsa, sadece teşebbüsün incelemeye karşı koyması halinde mahkeme kararı alınacaktır. Bu durumda ise teşebbüs incelemeyi engellemekten dolayı zaten cezaya maruz kalacak, bir başka deyişle teşebbüse sağlanan güvence ancak teşebbüsün ceza alması halinde devreye girebilecektir.

İkinci olarak, yerinde inceleme kararına karşı İlk Derece Mahkemesi'nin (İDM) yapacağı denetim, inceleme sonrasında gerçekleşecektir. İDM'ye yapılacak başvuru yürütmeyi durdurmayacağından ayrıca RA m. 242'ye dayanarak yürütmenin durdurulması talep edilecektir¹⁴⁸. Dolayısıyla yerinde inceleme kararına karşı açılan dava ve yapılan yürütmeyi durdurma başvurusu, yerinde inceleme kararını ve uygulamasını denetlemede pratik nedenlerden ötürü zamanında sonuç verebilecek bir denetim aracı değildir (Kerse ve Khan 2005, 168). Dolayısıyla mevcut uygulamanın, inceleme öncesi mahkeme kararı alınmasıyla aynı güvenceyi sağlamadığı¹⁴⁹, ayrıca mahkeme kararı alınarak polis gücüyle yapılacak bir yerinde incelemenin engellenme ihtimalinin ortadan kalkmasıyla "sürpriz" unsurunun da korunduğu, böylece incelemeyi beklenen maksimum faydanın hayata geçeceği belirtilmelidir (Wils 2005, 144). Keza polis desteği alınması durumunda, raporların güvenli bir ortamda çalışması da sağlanacaktır¹⁵⁰.

Türk rekabet hukuku açısından da Kurul'un mahkeme kararı almadan yerinde inceleme yapma yetkisi bulunmakta, engellemeden sonra mahkeme kararı alınarak incelemenin yapılmış olması durumunda da teşebbüslere önemli miktarda para cezası uygulanabilmektedir¹⁵¹. Bir başka ifadeyle yerinde incelemeler bakımından kural, mahkeme kararı alınmaması, istisna ise mahkeme kararıyla inceleme yapılmasıdır. Dolayısıyla AİHM'nin yukarıda yer verilen kararları ışığında; Kurul'un yerinde inceleme yetkisinin kapsamı ve bu konuda geniş bir hareket alanına sahip olduğu, bir başka ifadeyle söz konusu geniş yetkiler kendisine incelemenin yerindeliliğini, sayısını, süresini ve kapsamını belirleme imkânı tanıdığı dikkate alınır, inceleme öncesi mahkeme kararı alınmasının gerekli olduğu görülmektedir¹⁵².

¹⁴⁸ Bu durumda sırf teşebbüste inceleme yapılması nedeniyle ciddi ve telafisi güç zararların ortaya çıkacağını ispatlamanın zorluğu da ayrı bir husustur (Riley 2002, 76; Kerse ve Khan 2005, 179).

¹⁴⁹ AG Warner Opinion in Case 136/79, Panasonic v. Commission, 30.4.1980, [1980] ECR 2033, 2068; karşı. AG Mischo Opinion in Case C-94/00, Roquette Frères SA v. Commission, 20.9.2001, para. 47

¹⁵⁰ Ayrıca bkz. Kekevi (2008, 48).

¹⁵¹ Bkz. yukarıda dn. 133

¹⁵² Karşı. Aksoylu (2006, 36-37). Mahkeme kararı alınmadan arama yapılmasına izin veren bir kanun hükmüne ilişkin AYM kararı için bkz. AYM 18.9.2008 tarih ve E. 2005/43, K. 2008/143 sayılı kararı.

Türkiye uygulamasında yerinde incelemelere yönelik eleştirilerin yoğunlaştığı bir başka nokta ise yetki belgelerinde genel nitelikli bilgilendirme¹⁵³ yapılmasına ilişkindir (Öz 2005). Hâlbuki özel hayata müdahale niteliğinde olan yerinde inceleme yetkisinin, ancak ihlale ilişkin makul bir şüphenin varlığı (Yılmaz 2004, 82; Budak 2004, 147) halinde kullanılabilmesi ve teşebbüse söz konusu şüpheye ilişkin yeterli bilginin verilmesi gerektiği iddia edilmektedir. Ayrıca Kurul'a geniş yetkiler tanıyan bu yöntemin incelemenin amacıyla sınırlı olduğu, keyfi ve teşebbüslerin işlerini durma noktasına getirecek biçimde kullanılmaması gerektiği öne sürülmektedir (Eğerci 2005, 165).

Gerçekten de bu iddiaların kimilerinde haklılık payı bulunduğu¹⁵⁴ görülmektedir. Zira yukarıda yer verilen kararlar ışığında, incelemeye ilişkin kararın kapsamı ile içeriğinin belirli olması hususları AIHM tarafından dikkate alınmaktadır. Ancak AIHM içtihadına uyum sağlayabilmek adına daha fazla önem taşıyan hususun, yerinde inceleme öncesi mahkeme kararı alınması olduğu da belirtilmelidir (Waelbroeck ve Fosselard 1994, 138). Çünkü sadece bahsedilen bu konularda iyileştirme yapılmasının tek başına yeterli olup olmayacağı tartışmalıdır.

2.5. AIHM İÇTİHADINA UYUM SAĞLAMAK İÇİN YAPILABİLECEK DEĞİŞİKLİKLER

Gelinen bu noktada, AB ve Türk rekabet hukukundaki mevcut yerinde inceleme uygulamasının AIHM içtihadına uygunluğu bakımından, yerinde incelemenin mahkeme kararı alınarak yapılması asgari şart olarak görünmektedir. Bunun yanı sıra, incelemelerin etkinliği bakımından mevcut sisteme yöneltilebilecek başka eleştiriler de bulunmaktadır. 1/2003 sayılı Tüzük'e göre ulusal mahkemenin yapacağı denetimin Topluluk mevzuatıyla sınırlandırılması ve aynı inceleme için farklı mahkemelerden karar alınmasının incelemelerin eş zamanlı yapılmasını zorlaştırması bunlardan başlıcalarıdır. Bu sorunlardan ikincisi Türk rekabet hukuku uygulaması bakımından da aynen geçerlidir. Bütün bu sorunların çözümü için öne sürülen ve **merkezi yargısal**

¹⁵³ Bu eleştiriler, yetki belgesinde incelemenin konusu ve amacına ilişkin yeterli bilgi olmaması, inceleme yapılacak teşebbüslerin unvanları ile yetki belgesinin ne kadar süreyle geçerli olduğunun belirtilmemesi gibi hususlardır.

¹⁵⁴ Ancak incelemenin konusu ile amacının, "herhangi bir tereddüde yer bırakmayacak somutlukta" yetki belgesinde gösterilmesi gerektiği görüşüne (Öz 2005) katılmak güçtür. Zira her ne kadar yetki belgesinde incelemenin konusuna ilişkin belirliliğin sağlanması gerekse de, incelemenin konusuyla ilgili kesin bilgilere bizzat yapılacak yerinde incelemeyle ulaşılabileceğinden sürecin bu aşamasında zikredilen ölçüde kesin bilgilere sahip olunması oldukça güçtür. Ayrıca bkz. Venit (2009, 17, dn. 52) ve Case 46/87 and 227/88, Hoechst AG v. Commission, 21.9.1989, para. 27

kontrol olarak adlandırılabilir sistem cazip bir öneri olarak görünmektedir (Messina 2006, 200).

Yerinde inceleme yapılmadan önce tek bir mahkemeden karar alınması fikri aslında hiç de yeni değildir. ATAD hukuk sözcüsü Mischo, *Hoechst* davasında verdiği görüşte¹⁵⁵ bu fikri öne sürmüş ve “Avrupa arama emri” kavramını ortaya atmıştır. O zamana kadar teşebbüslerin, yerinde incelemeyi engellemekten kaçındıklarını ancak Hoechst olayından sonra bu engellemelerin yaygınlaşabileceğini ve Komisyon’un her incelemede tedbiren mahkeme kararı almak zorunda kalabileceğini belirten hukuk sözcüsü, bu durumda yerinde incelemenin “sürpriz” unsurunun kalmayacağını ve incelemeden beklenen verimin alınamayacağını haklı olarak vurgulamaktadır¹⁵⁶.

Yerinde incelemeden önce mahkeme kararı alınması durumunda, bunun Topluluk mahkemesinden alınmasının daha tercih edilebilir bir yol olacağını öneren hukuk sözcüsü, bunun nedenlerini şu şekilde açıklamaktadır: Öncelikle yerinde inceleme kararına, bu kararın yürürlüğünün durdurulmasına ve Komisyon’un nihai kararına karşı yapılan başvuruların hepsi Topluluk Mahkemeleri tarafından incelenmektedir. Dolayısıyla yerinde inceleme yapılmadan önce Komisyon’u, bir ihlalin varlığından şüphelenmeye sevk eden nedenlerin ne kadar gerçekçi olduğunun da aynı mahkeme tarafından incelenmesi çok daha mantıklıdır. Böylece teşebbüslerin, yerinde inceleme kararının yürürlüğünün durdurulması yönündeki talepleri de bir bakıma gereksiz olacaktır¹⁵⁷. Hukuk sözcüsü Mischo’nun öne sürdüğü ikinci gerekçe ise farklı ülkelerde eş zamanlı incelemeler yapılması gerektiğinde, farklı mahkemelerden alınacak kararların incelemenin eş zamanlı yapılmasını engelleme olasılığıdır¹⁵⁸.

Komisyon, modernizasyona ilişkin Beyaz Kitap’ta¹⁵⁹ hukuk sözcüsünün bu görüşlerini dikkate almıştır. Beyaz Kitap’ta, birçok teşebbüsün yer aldığı soruşturmalarda incelemelerin farklı ülkelerde yapıldığı ve farklı mahkemelerden karar alınması gerektiği belirtilmekte, hem yerinde incelemelerin eş zamanlı ve uyumlu bir biçimde yapılabilmesinin hem de teşebbüslere sağlanan güvencelerin sağlanlaştırılmasının mümkün olduğu ileri sürülmektedir. Buna göre anılan sorunların giderilmesinin en uygun yolu, yerinde inceleme öncesi mahkeme kararı alma uygulamasının merkezileştirilerek, Topluluk mahkemesinden karar alınmasıdır. Bu yöntem bir yandan teşebbüslerin haklarını güvenceye alırken öte yandan inceleme usulünü

¹⁵⁵ AG Mischo, Opinion in Case 46/87 and 227/88, *Hoechst v. Commission*, 21.9.1989, para. 141-154

¹⁵⁶ *Ibid.* para. 144-45

¹⁵⁷ *Ibis.* para. 147

¹⁵⁸ *Ibid.* para. 148

¹⁵⁹ The White Paper on Modernisation of the Rules Implementing Articles 85 and 86 of the EC Treaty of May 1999, OJ C 132/1, 1999, para. 110-111

oldukça basitleştirmekte ve eşzamanlılık ile uyumluluk sorunlarını ilk ve son olarak çözmektedir.

Ancak yerinde inceleme öncesi etkili bir yargısal denetim sağlayabilecek olan bu sistem, 1/2003 sayılı Tüzük'te benimsenmemiştir. Buna karşın gerek yukarıda yer verilen AİHM kararlarının etkisi, gerekse tek bir mahkemeden karar almanın yerinde incelemeyi beklenen faydaları gerçekleştirilmede sağlayacağı katkılar göz önüne alındığında, bu yönde bir uygulamanın çok da uzak olmayacağı sonucuna ulaşılabilir.

AB rekabet hukuku bakımından bu yetkinin Topluluk Mahkemelerine veya rekabet hukuku alanında kurulacak bir ihtisas (uzmanlık) mahkemesine verilebileceği öne sürülmektedir. Bir sonraki bölümde inceleneceği üzere, AİHS'nin adil yargılanmaya ilişkin 6. maddesinin mevcut rekabet hukuku usulüne uygulanmasından doğabilecek sorunları da çözecek olması, rekabet hukuku davalarını karara bağlayacak bir mahkemenin kurulması fikrini desteklemektedir (Messina 2006, 186). Ancak bu durum çeşitli kuruluşların yaptığı öneriler¹⁶⁰ çerçevesinde ele alınmışsa da, AB'nin kendine has özellikleri nedeniyle öneriden beklenen yararları¹⁶¹ elde etmenin güç olacağı belirtilmektedir. Dolayısıyla AB rekabet hukuk bakımından böyle bir yetkinin Topluluk Mahkemelerine verilmesi en uygun çözüm olarak görünmektedir (Messina 2006, 206-208).

Türkiye uygulaması açısından da benzer bir çözümün benimsenmesi en uygun yol olarak görünmektedir. Gerçekten de tek bir mahkemeden izin alınarak yürüyen yerinde inceleme usulü, bir taraftan eşzamanlı baskınların yapılabilmesini ve polis desteği alınarak raportörlerin güvenli bir ortamda çalışmasını sağlarken incelemenin engellenmesi ihtimalini de ortadan kaldıracak, öte yandan idarenin keyfi hareket etmesini ve makul bir şüphe olmadan kişilerin özel hayatına müdahale etmesini engelleyerek teşebbüsler bakımından da önemli bir güvence oluşturacaktır. Dolayısıyla rekabet hukuku gibi uzmanlaşma gerektiren ve ülke çapındaki bilinirliği az olan bir alanda, ülkenin dört bir köşesindeki yerel mahkemelerden karar almanın delil toplama yetkilerinin etkili bir şekilde kullanılmasına zarar verebileceği de göz önüne alınarak, yerinde incelemeler öncesi izin kararının tek bir mahkemeden alınması en uygun çözüm olarak görünmektedir.

¹⁶⁰ Özellikle yoğunlaşma işlemlerinin kısa sürede sonuçlandırılabilmesi gerekçesiyle yapılan bir öneri için bkz. CBI Brief, "The need for an EU Competition Court". Daha geniş kapsamlı bir çalışma için bkz. House of Lords Select Committee on the European Union, XV Report: An EU Competition Court, 2006/2007.

¹⁶¹ Bkz. Vesterdorf (2005b, 25)

Bu çerçevede yapılabilecek ilk öneri, Vergi Usul Kanunu'nun 142. maddesine¹⁶² benzer bir düzenlemeye 4054 sayılı Kanun'da yer verilerek, yerinde incelemeye ilişkin mahkeme kararının aynı sulh ceza mahkemesinden alınabilmesini mümkün hale getirmektir. Türkiye uygulaması bakımından yapılabilecek bir diğer öneri ise yerinde inceleme öncesi mahkeme kararının, yeni kurulacak bir uzmanlık mahkemesinden alınmasıdır. Bu öneri, yukarıda yer verilen açıklamalar ışığında daha uygun bir çözüm yolu olarak görünmektedir. Ayrıca böyle bir mahkemenin oluşturulması sadece yerinde incelemeler bakımından değil, sonraki bölümlerde incelenecek olan AİHM içtihadına uyum sağlanması açısından da oldukça önemli katkılar sağlayacaktır.

¹⁶² Anılan maddeye göre; “irtibatları sebebiyle muhtelif şahıslar nezdinde ve mahallerde yapılmasına lüzum gösterilen aramalardan birine karar vermeye yetkili olan sulh yargıcı bunlardan diğer sulh yargıcılarının salahiyyetine dahil bulunanlar hakkında da karar vermeye yetkilidir.”

BÖLÜM 3

AİHS'NİN 6. MADDESİ ÇERÇEVESİNDE REKABET İHLALLERİNE İLİŞKİN USULÜN NİTELİĞİ

*“Justice must not only be done,
but must be seen to be done.”¹⁶³*

3.1. AİHM'NİN ADİL YARGILANMA HAKKINA YAKLAŞIMI

AİHS ile getirilen koruma sistemi açısından, adil yargılanma hakkı başlığını taşıyan 6. madde oldukça önemli bir yere sahip olup, adeta Konvansiyon'un belkemiğini oluşturmaktadır. AİHM'nin 1998-2008 yılları arasında karara bağladığı başvuruların yarısından fazlası bu maddeye ilişkindir.¹⁶⁴ AİHM kararlarında da bu hükme büyük önem atfedilmiş ve demokratik bir hukuk devletinde m. 6/1'in kısıtlayıcı bir şekilde yorumlanmasının, hükmün amacına ve hedefine uygun düşmeyeceği ifade edilmiştir¹⁶⁵. Nitekim 2001 yılı Anayasa değişikliğiyle de, Anayasanın hak arama hürriyeti başlıklı 36. maddesine, herkesin adil yargılanma hakkına sahip olduğu ibaresi eklenmiştir. Bu durum, Anayasa hükümlerinin bağlayıcılığına

¹⁶³ Lord Chief Justice Hewart in R v. Sussex Justices ex p McCarthy (1926). İngiliz ceza hukukunun önde gelen bu davası; karar veren bakımından sadece taraflı bir görünümün veya bu yönde bir şüphenin oluşmasının, alınan kararı hukuka aykırı kılacağı yönündeki ilkenin yerleşmesine öncülük etmiştir. Zira karar verenin tarafsızlığına ilişkin bir şüphenin varlığı halinde, adaletin tecelli edeceği yönündeki inanç kaybolacaktır. AİHM'nin kararlarıyla, ister idari ister yargısal tüm karar verme süreçlerinde karar verenlerin tarafsız görünüm sergilemesi giderek daha da önem kazanmaktadır. Nitekim Kurul'un kullandığı yetkilerle orantılı olarak bağımsızlık ve tarafsızlık ilkelerine göre faaliyette bulunması yönündeki Danıştay içtihadı da bunun bir yansımasıdır.

¹⁶⁴ Bkz. ECHR Annual Report 2008, 136-137.

¹⁶⁵ Başvuru no: 2689/65, Delcourt v. Belgium, 17.1.1970, para. 25; başvuru no: 6538/74, The Sunday Times v. UK, 26.4.1979, para. 55

ilişkin 11. madde hükmü dikkate alındığında, idare makamları açısından da oldukça önemlidir¹⁶⁶.

AİHS m. 6/1'e göre herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir. Aynı maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında ise sadece cezai alanda yöneltilen suçlamalar bakımından öngörülen ek güvenceler yer almaktadır¹⁶⁷.

Adil yargılamanın demokratik bir toplumda sahip olduğu önem, AİHM'yi, incelenen usulün görünüşünün ardındaki gerçekliği araştırmaya sevk etmiştir. Böylece AİHS'de yer alan kimi kavramlara, maddi yorum yöntemi benimsenerek ulusal hukuktaki anlamından özerk (otonom, bağımsız) bir anlam verilmiştir¹⁶⁸. AİHS'nin 6. maddesinde yer alan cezai alanda yöneltilen suçlama (cezai isnad), medeni hak ve yükümlülük, mahkeme¹⁶⁹ gibi kavramlar bunlardan bazıları olup, AİHM kararlarıyla bu kavramların görünüşünün ardındaki gerçek nitelik kavranmaya çalışılmaktadır¹⁷⁰.

AİHS, yargısal olmayan kuruluşlar önünde yürütülen usullere uygulanabilecek "adil idare" standartlarına ilişkin açık hükümler içermemekle beraber AİHM, taraf ülkelerin idare hukuklarına göre kamu otoritelerine, çeşitli alanlarda kişilerin haklarını etkileyebilecek yetkiler verildiğinin farkındadır¹⁷¹. Bu nedenle kamu otoritelerine verilen idari yetkilerin kullanılmasının AİHS m. 6 kapsamında olup olmadığını belirlemek için maddi yorum yöntemi ve özerk kavramlar yaklaşımı benimsenerek AİHS'deki güvencelerin, sadece ulusal hukukta yapılan sınıflandırma neticesinde devre dışı bırakılması engellenmiştir (Andreangeli 2008, 24). Dolayısıyla adil yargılanma hakkı sadece yargısal usulleri değil, medeni hak ve yükümlülük veya cezai alanda yöneltilen bir suçlama bakımından belirleyici olan tüm usulleri kapsayan bir niteliğe

¹⁶⁶ AİHS'nin 6. maddesine özellikle kabahatler bakımından birçok ülkenin çekince koyduğu görülmekle birlikte Türkiye, bu maddeye herhangi bir çekince koymamıştır (Cremer 2009, 175, dn. 9).

¹⁶⁷ Başvuru no: 30508/96, Pitkanen v. Finland, 9.3.2004, para. 59. Giriş kısmında da belirtildiği gibi bu fıkralardaki güvenceler çalışma kapsamında incelenmemiştir. Ayrıca AİHS m. 6/1 çerçevesinde makul sürede yargılanma, dinlenilme hakkı, silahların eşitliği gibi hususlara da çalışma kapsamında değinilmemiştir. Bu konuda bkz. Andreangeli (2008, 31-91).

¹⁶⁸ Başvuru no: 6903/75, Deweer v. Belgium, 27.2.1980, para. 44; başvuru no: 6289/73, Airey v. Ireland, 9.10.1979, para. 24

¹⁶⁹ Sırasıyla bkz. Başvuru no: 5100/71, ..., Engel and Others v. Netherlands, para. 81; başvuru no: 6232/73, König v. Germany, 28.6.1978, para.88; başvuru no:10328/83, Belilos v. Switzerland, para. 64

¹⁷⁰ Başvuru no: 39665/98, 40086/98, Ezech and Connors v. UK, 9.10.2003, para. 123

¹⁷¹ Başvuru no: 7598/76, Kaplan v. United Kingdom, 17.6.1980, para. 150

bürünmüştür¹⁷². Ayrıca söz konusu adil yargılama güvencelerinin tüzel kişilere de tanındığı dikkate alındığında¹⁷³, rekabet hukuku bakımından özellikle cezai isnad kavramının kapsamı önem kazanmaktadır.

3.1.1. Cezai Alanda Yöneltilen Suçlama Kavramıyla İlgili AİHM Kararları

Suç olmaktan çıkarma (*decriminalisation*) sürecinin yaşandığı ve bu nedenle önemsiz sayılabilecek kimi cezaların yargısal olmayan makamlarca uygulandığı bir dönemi göz önüne alan AİHM, suç isnadının varlığını maddi yoruma göre belirlemekte, yani suçlamanın mahiyeti ile cezanın amacına önem vererek bir analiz yapmaktadır¹⁷⁴ (Andreangeli 2008, 24). Böylece kimi idari yaptırımlar da cezai alana sokularak AİHS'deki güvencelere tabi olmaktadır. AİHM, cezai alanda yöneltilen suçlamanın tespitinde kullandığı kriterleri ilk olarak, askeri disiplin hukukunda uygulanan yaptırımları incelediği *Engel*¹⁷⁵ davasında ortaya koymuştur. Buna göre mahkemenin dikkate aldığı kriterleri;

- ilgili normun ulusal hukuktaki sınıflandırması,
- suçlamanın niteliği (doğası)
- muhtemel cezanın ağırlık derecesi

olarak üç başlık altında toplamak mümkündür. Sonraları “*Engel* kriterleri” olarak anılacak olan bu kriterlerden ikinci ve üçüncü kriter, alternatif nitelikte olup kümülatif değildir¹⁷⁶. Eğer mahkeme, her bir kriteri ayrı ayrı inceleyerek suçlamanın niteliği hakkında açık bir kanaate ulaşamazsa, o zaman söz konusu kıstasların her birini bir bütün olarak değerlendirmektedir¹⁷⁷. Bu çerçevede AİHM'nin yapacağı analiz şu şekilde ilerleyecektir:

Eğer suçlamaya ilişkin norm ulusal hukukta cezai alana dâhil değilse AİHM, iç hukuktaki sınıflandırmayı sadece bir başlangıç noktası olarak kabul edecek ve diğer iki kriter çerçevesinde değerlendirmeye devam edecektir. İç hukukta yapılan sınıflandırmanın görece bir öneme sahip olmasının nedeni, sadece iç hukukta yapılan nitelendirmeye taraf devletlerin AİHS'den kaynaklanan yükümlülüklerinden kolayca kurtulmasını ve AİHS m. 6'daki

¹⁷² Başvuru no: 6878/75,7238/75, Le Compte, ... v. Belgium,23.6.1981, para. 44; ayrıca bkz. Öz2005

¹⁷³ Başvuru no: 14448/88, Dombo Beheer v. Netherlands, 27.10.1993, para. 30; başvuru no: 35382/97, Comingersoll v. Portugal, 6.4.2000, para. 35. Ayrıca bkz. Akıllıoğlu (2005, 12); (Ameye 2004, 336); Bellamy ve Child (2001, 967).

¹⁷⁴ Başvuru no: 8544/79, Öztürk v. Germany, 21.2.1984, para. 51

¹⁷⁵ Başvuru no: 5100/71, ..., Engel and Others v. Netherlands, 8.6.1976, para. 82

¹⁷⁶ Başvuru no: 9912/82, Lutz v. Germany, 25.8.1987, para. 55

¹⁷⁷ Başvuru no: 12547/86, Bendenoun v. France, 24.2.1994, para. 47; başvuru no: 18996/91, Garyfallou Aebe v. Greece, 24.9.1997, para. 33

güvencenin kapsamını tek taraflı olarak belirlemesini önlemektir¹⁷⁸.

Ardından *ikinci kriter* çerçevesinde mahkeme; ilgili normun sadece belirli bir gruba mı yoksa toplumun geneline yönelik olarak mı bağlayıcılığı olduğu¹⁷⁹ hususu ile oluşan zararı gidermeye mi yoksa cezalandırmaya ve fiilin tekrar işlenmesinden caydırmaya mı yönelik olduğu¹⁸⁰ hususunu dikkate almaktadır¹⁸¹. Bir başka ifadeyle mahkeme, ihlal edilen normun kapsamı ile yaptırımın cezalandırıcı ve caydırıcı karakterini değerlendirmektedir (Galembert 2002, 59). Ayrıca AİHM, uygulanacak yaptırımın niteliğiyle bağlantılı olarak da dikkate aldığı söylediği bu kriterin, yapacağı değerlendirmede daha büyük bir öneme sahip olduğunu belirtmektedir¹⁸².

Üçüncü kriter olan kişinin maruz kalacağı muhtemel cezanın ağırlık derecesi ifadesi ilk defa *Engel* davasında ortaya konulmasına karşın *Öztürk*¹⁸³ davasında bu kriter, “cezanın ağırlık derecesi ve niteliği” olarak ifade edilmiştir. Söz konusu kriter bakımından hapis cezası, kriminal nitelikteki cezanın en iyi örneğidir. Ancak özgürlükten yoksun bırakmaya dayanan cezaların yanı sıra yüksek para cezaları da, cezai alanda yöneltilen suçlamanın varlığına yol açacak kadar ağır kabul edilmektedir¹⁸⁴. Ayrıca mahkeme, uygulanan cezanın yanı sıra potansiyel ceza miktarını da dikkate almaktadır¹⁸⁵. Zira AİHM’ye göre, uygulanan cezanın ağırlık derecesinin nispeten düşük olması, onda içkin olan cezai karakteri ortadan kaldırmaz¹⁸⁶.

AİHM’nin yaptığı değerlendirmede maddi yorum yöntemini tercih etmesi, daha önemsiz olarak adlandırılabilir ve idari usuller izlenerek alınan birçok ceza bakımından AİHS m. 6/1’i uygulanabilir kılmıştır. Nitekim şehir

¹⁷⁸ Başvuru no: 5100/71, ..., Engel and Others v. Netherlands, 8.6.1976, para. 81

¹⁷⁹ Başvuru no: 11034/84, Weber v. Switzerland, 22.5.1990, para. 33; başvuru no: 19380/92, Benham v. UK, 10.6.1996, para. 56

¹⁸⁰ Başvuru no: 8544/79, Öztürk v. Germany, 21.2.1984, para. 53; başvuru no: 12547/86, Bendenoun v. France, 24.2.1994, para. 47

¹⁸¹ Bunun yanında AİHM; uygulanan cezanın kusur esasına dayanması (Başvuru no: 19380/92, Benham v. UK, 10.6.1996, para. 56), diğer taraf devletlerde yapılan sınıflandırma (Başvuru no: 8544/79, Öztürk v. Germany, 21.2.1984, para. 53) gibi hususları da zaman zaman dikkate almaktadır.

¹⁸² Başvuru no: 8544/79, Öztürk v. Germany, 21.2.1984, para. 52

¹⁸³ Başvuru no: 8544/79, Öztürk v. Germany, 21.2.1984, para. 50

¹⁸⁴ Ancak AİHM kararlarının, hangi cezaların yüksek kabul edileceği konusunda istikrarlı olduğunu söylemek güçtür. Bu konuda yargıç De Meyer’in karşı oy yazısı için bkz. başvuru no: 24194/94, Pierre-Bloch v. France, 21.10.1997

¹⁸⁵ Başvuru no: 34619/97, Janosevic v. Sweden, 23.7.2002, para. 69; başvuru no: 14939/03, Sergey Zolotukhin v. Russia, 10.2.2009, para. 56; başvuru no: 5242/04, Dubus v. France, 11.6.2009 para. 37, (Bu karar için bkz. Forrester 2009, 828). Ayrıca para cezasının ödenmemesi halinde hapis cezası uygulanmayacak olması, cezai suçlamanın tespitinde belirleyici değildir.

¹⁸⁶ Başvuru no: 8544/79, Öztürk v. Germany, 21.2.1984, para. 54

planlaması, çevre düzenleme veya trafik cezalarına¹⁸⁷ ilişkin olarak uygulanan idari usuller bu madde anlamında cezai niteliktedir (Andreangeli 2008, 30). Bu değerlendirme, rekabet ihlalleri bakımından uygulanan usul için de geçerli görünmektedir. Keza AİHM kararları ile Topluluk Mahkemeleri ve kimi Avrupa ülkelerindeki mahkeme kararları¹⁸⁸ da bu durumu teyit etmektedir (Perroud 2008, 52).

3.1.2. AİHM'nin Rekabet Usulüne İlişkin Kararları

AİHM'nin konuya ilişkin ilk kararı olan ve Fransız rekabet hukuku uygulamasındaki usulün değerlendirildiği *Stenuit*¹⁸⁹ davasında, tarafların uzlaşması nedeniyle AİHM davanın esası hakkında karar verememiştir. Ancak AİHK raporunda¹⁹⁰ konuya ilişkin önemli değerlendirmeler yapılmaktadır. Buna göre; öncelikle rekabet hukukuna ilişkin kurallar, Fransa pazarındaki rekabeti korumak amacına yönelik olup, normalde ceza hukuku tarafından korunan kamu menfaatinin ilgilendirilmesidir. Dahası uygulanan ceza miktarı (50.000 Fransız Frangı) göz ardı edilemeyecek niteliktedir. Son olarak yıllık cironun % 5'i olan üst ceza sınırı, cezanın caydırıcılık amacıyla uygulandığını açıkça ortaya koymaktadır. Yine Fransa rekabet usulüne ilişkin *Lily France*¹⁹¹ davasında AİHM, AİHS m. 6'nın uygulanabilirliğini bir kez daha teyit etmektedir (Jalabert-Doury 2004, 210).

Rusya rekabet hukukuna ilişkin *Neste*¹⁹² kararı, AİHS m.6 anlamında cezai alanda yöneltilen bir suçlamadan söz edilemeyeceğine karar verilmesi nedeniyle dikkat çekmektedir. Ancak bu durum, aslında o tarihlerde yürürlükte olan Rusya rekabet kanununun kendine özgü ve pek de alışık olunmayan hükümlerinden kaynaklanmıştır. Şöyle ki; ilgili kanun sadece mal piyasalarında uygulanmakta, sadece usule ilişkin cezalar öngörmekte ve maddi hükümlerin ihlaline yönelik cezalar içermemektedir.

Bir başka örnek olan *Fortum*¹⁹³ kararında Finlandiya hükümeti, rekabet usulünün 6. madde kapsamında olmadığına ilişkin herhangi bir iddiada bulunmamış, aslında dolaylı olarak AİHS m. 6'nın uygulanabilirliğini kabul

¹⁸⁷ Bkz. Başvuru no: 15523/89, Schmutz v. Austria, 23.10.1995, para. 28

¹⁸⁸ Bkz. Perroud (2008, 55, dn. 81); Andreangeli (2008, 233).

¹⁸⁹ Başvuru no: 11598/85, Stenuit v. France, 27.2.1992

¹⁹⁰ Commission Report of 30.5.1991 in Societe Stenuit v. France, para. 56-66; Rekabet Politikasına İlişkin 21. Rapor'unda Komisyon; Stenuit davasında AİHK'nın, teşebbüslere ceza uygulanan rekabet usulünün AİHS m. 6 kapsamında değerlendirilebileceğini açıkça ortaya koyduğunu belirtmektedir.

¹⁹¹ Başvuru no: 53892/00, Lilly France v. France, 14.10.2003

¹⁹² Başvuru no: 69042/01, OOO Neste St. Petersburg v. Russia, 3.6.2004. Karara ilişkin bir çalışma için bkz. Jalabert-Doury (2005).

¹⁹³ Başvuru no: 32559/96, The Fortum Corporation v. Finland, 15.7.2003, para. 36-37

etmiştir¹⁹⁴. Yakın tarihli *Jussila*¹⁹⁵ kararında ise AİHM, *Stenuit* davasına da atıfta bulunarak; cezai alanda yöneltilen suçlama kavramının bağımsız bir biçimde yorumlanmasının idari cezalar, gümrük hukuku ve rekabet hukuku gibi geleneksel anlamda ceza hukuku kapsamında olmayan alanların da kademeli olarak cezai alanda kabul edilmesine yol açtığını belirtmektedir. Dolayısıyla incelenen AİHM kararları ışığında; rekabet ihlallerine ilişkin usulün otomatik olarak cezai alanda kabul edilmesi gibi genel bir sonuca ulaşılmamakla birlikte, bu yönde ciddi ipuçları bulunduğu söylenebilir.

3.2. AB REKABET HUKUKUNDAKİ DURUM

3.2.1. Topluluk Mahkemesi Kararları

ATAD'ın konuya ilişkin ilk kararlarında, Komisyon'un hem soruşturmacı hem de karar veren konumda olmasının alınan kararları hukuka aykırı kıldığı yönündeki iddiaları¹⁹⁶, Komisyon'un AİHS m. 6 anlamında mahkeme olmadığı gerekçesiyle reddettiği görülmektedir¹⁹⁷. Sonraki yıllarda ise Topluluk Mahkemesi hukuk sözcüleri tarafından, Topluluk rekabet hukuku usulünün cezai niteliklerinin ağır bastığı görüşü sıkça dile getirilmeye başlanmıştır. Bu görüşlerden birini dile getiren *Vesterdorf*'un haklı olarak belirttiği üzere; Topluluk rekabet hukukundaki cezalar kriminal karaktere sahip olduğundan ATAD, kararlarını, AİHS'nin hükümleriyle çeliştiğine ilişkin şüpheyi ortadan kaldıracak şekilde vermenin yollarını araştırmalıdır¹⁹⁸.

Belki de bu görüşlerden etkilenen ATAD, *Hüls*¹⁹⁹ kararında; AİHM'nin *Öztürk* ve *Lutz* kararlarına atıfta bulunarak, rekabet ihlallerinin niteliği ile ardından uygulanan cezaların mahiyeti ve ağırlığı dikkate alındığında, para cezasıyla sonuçlanabilecek rekabet usulünde, AİHS m. 6'daki anlamıyla cezai alanda yöneltilen suçlamalar bakımından uygulanan masumiyet karinesinin tanınacağını söylemiştir. Mahkeme bu kararında, AB rekabet hukuku usulünün

¹⁹⁴ Ayrıca İsveç rekabet hukukuna ilişkin bir karar için bkz. başvuru no: 53507/99, *Swedish Transport Workers Union v. Sweden*, 18.7.2006

¹⁹⁵ Başvuru no:73053/01, *Jussila v. Finland*, 23.11.2006, para. 43

¹⁹⁶ Komisyon uygulamasına yönelik olarak 1970'lerde dile getirilmeye başlanan bu iddiaların bir bakıma rekabet hukuku kurallarının uygulanmaması şeklinde gizli bir içerik taşıdığı, ancak günümüzdeki durumun böyle olmadığı hakkında bkz. Forrester (2009, 819-820 ve 843).

¹⁹⁷ Case 209-215 and 218/78, *Van Landewyck v Commission*, 29.10.1980, para. 81; Case 103/80, *Musique Diffusion v. Commission*, 7.6.1983, para 7-10; Case T-11/89, *Shell v. Commission*, 10.3.1992, para. 39; ayrıca bkz. Wernicke (2009, para. 11).

¹⁹⁸ AG *Vesterdorf*, Opinion in Case T-1/89, *Rhone-Poulenc SA v. Commission*, para. I-3; AG *Leger*, Opinion in Case C-185/95 P, *Baustahlgewebe GmbH v. Commission*, para. 31-33; AG *Kokott*, Opinion in Case C-105/04 P, *Nederlandse ... v. Commission*, para. 107-108

¹⁹⁹ C-199/92 P, *Hüls AG v. Commission*, 8.7.1999, para. 150; ayrıca C-235/92 P, *Montecatini v. Commission*, 8.7.1999, para. 176; Case T-348/94, *Enso Española v Commission*, 14.5.1998, para 37-38 vd; Case T-67/00, *JFE Engineering v. Commission*, 8.7.2004, para. 178

cezai alanda olduğunu doğrudan kabul etmemiştir. Ancak AİHM'nin esasında cezai niteliğe sahip idari usullere ilişkin kararlarına yapılan açık atıflar, rekabet hukuku uygulamasından etkilenen teşebbüslerin AİHS m. 6'daki güvencelerden yararlanması gerektiğinin kabul edildiğini göstermektedir (Andreangeli 2007, 608).

Topluluk Mahkemelerinin son dönemlerindeki kararlarında ise aksi yönde görüşler öne çıkmış ve uygulanan cezaların kriminal nitelikte olmadığı belirtilmiştir²⁰⁰. Mahkemeye göre aksi bir sonucun kabul edilmesi, rekabet kurallarının etkili bir şekilde uygulanmasını engelleyecektir. Ancak bu iddia cezai alandaki birçok fiil bakımından geçerli olduğu gibi, kriminal rejimi benimseyip uygun güvenceler tanıyan birçok sistem başarısızlığa uğramadan rekabet ihlallerini cezalandırabilmektedir (Slater vd. 2008, 17).

3.2.2. AB Uygulamasında Rekabet İhlallerinin Soruşturulmasına İlişkin Usulün AİHS'nin 6. Maddesi Çerçevesindeki Niteliği

Yukarıda yer verilen mahkeme kararlarından da anlaşılacağı üzere aslında, AB rekabet hukukunda uygulanan usulün AİHS m. 6 çerçevesinde cezai nitelikte olduğu konusunda doktrinde açık bir görüş birliği mevcuttur²⁰¹. Hatta Wils'e göre (2009, 13) bu durum, artık yeni bir haber olma niteliğini dahi kaybetmiştir. Ancak yine de AİHM'nin belirlediği kriterler ışığında, AB rekabet hukuku uygulamasına kısaca göz atarak bazı çıkarımlarda bulunulması faydalı olacaktır.

Öncelikle uygulanan cezaların AB hukukundaki sınıflandırmasına bakıldığında, 1/2003 sayılı Tüzük m. 23/5 ile Tüzük'te yer alan yaptırımların cezai nitelikte olmadığı belirtilmiştir. Ancak bu hüküm, anılan cezaları AİHS m. 6'nın uygulama alanından çıkarmamaktadır. Zira AİHM'nin içtihatlarına göre bu durum yapılacak değerlendirmenin sadece başlangıç noktasıdır ve cezai alanda yöneltilen suçlama kavramı ulusal hukuktaki sınıflandırmadan bağımsızdır²⁰².

AİHM kararlarında yer verilen *ikinci kriter* açısından bakıldığında, RA'da yer alan rekabet hukuku normlarının tüm teşebbüslere uygulanan genel kurallar niteliğinde olduğu ve rekabete aykırı davranışlar neticesinde oluşan refah kaybına karşı toplumu yani kamu yararını korumayı amaçladığı

²⁰⁰ Case C-338/00 P, Volkswagen v. Commission, 19.9.2003, para. 97; Case T-276/04, Compagnie Maritime Belge v. Commission, 1.7.2008, para. 66

²⁰¹ Bu yöndeki birçok görüşten bazıları için bkz. Wils (2005, 77); Kerse ve Khan (2005, 129); Andreangeli (2008, 26); Perroud (2008, 52); MacCulloch (2006, 233); Bellamy ve Child (2001, 968). Ayrıca bkz. Komisyon (2009, 20, para. 56).

²⁰² Başvuru no: 8544/79, Öztürk v. Germany, 21.2.1984, para. 52

görülmektedir. Dolayısıyla rekabet hukuku normlarının, toplumun geneline dönük olarak uygulanma gücüne sahip olduğu anlaşılmaktadır. Söz konusu normlara aykırı davranılması durumunda uygulanabilecek cezaların (cironun % 10'una kadar) ise açıkça cezalandırıcı ve caydırıcı karaktere sahip olduğu görülmektedir. Keza Komisyon'un ceza rehberlerinde caydırıcılık unsurundan birçok defa açıkça bahsedilmektedir²⁰³. Bütün bunlara ilaveten tekerrürün ağırlaştırıcı unsur olarak dikkate alınması ve pişmanlık gibi aslında ceza hukukunun tipik bir yöntemine başvurulması da, fiilin yeniden işlenmesini önleme yani caydırıcılık amacını daha da belirginleştirmekte hatta açıkça ortaya koymaktadır (Slater vd. 2008, 9-10).

AİHM'nin belirlediği *üçüncü kriter* ışığında AB uygulamasına bakıldığında, Komisyon'un uyguladığı cezaların oldukça yüksek miktarlara ulaştığı²⁰⁴ ve AİHM'nin cezai nitelikte suçlama olarak kabul ettiği süreçlerde uygulanan para cezalarından çok daha yüksek olduğu görülmektedir. Bütün bu değerlendirmeler çerçevesindeyse, rekabet ihlallerinin soruşturulmasına ilişkin olarak AB'de uygulanan usulün, AİHS m. 6 kapsamında cezai nitelikte olduğu tespitini yapmak oldukça kolaylaşmaktadır.

3.3. TÜRK REKABET HUKUKUNDAKİ DURUM

Esasında Türk rekabet hukukunda uygulanan usulün ve cezaların mehz mevzuatla büyük ölçüde paralellik taşıması nedeniyle bu kısımda yapılacak değerlendirmeler, AB uygulaması hakkında yapılan değerlendirmelerle büyük ölçüde örtüşecektir. Ancak yine de yukarıda yer verilen AİHM kararlarındaki kriterler ışığında, rekabet ihlallerinin soruşturulmasına ilişkin olarak Türk rekabet hukukunda uygulanan usulün, AİHS'nin 6. maddesi çerçevesindeki niteliği tespit edilmelidir.

Bu çerçevede öncelikle, Kanun'un "İdari Para Cezaları" başlıklı üçüncü bölümünde yer alan 16. ve 17. maddelerinin idari para cezası başlığını taşıdığı²⁰⁵ ve rekabet hukukunda uygulanan yaptırımların ulusal hukukta idari para cezası olarak nitelendirildiği belirtilmelidir. Ancak yine daha önce değinildiği üzere bu nitelendirme, cezai isnadın varlığı bakımından belirleyici değildir.

AB uygulamasına koşul olarak Türk rekabet hukukundaki normların, toplumun belirli bir kesimine değil geneline dönük uygulanma gücüne sahip olduğu ve rekabet ihlallerini önleyerek toplumsal refahı artırma amacı taşıdığı

²⁰³ Waelbroeck (2009, 15, para. 5).

²⁰⁴ Bkz. Venit (2009, 2-3, dn. 3); <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf> ; ayrıca karş. Wils (2009, 9-11);

²⁰⁵ 23.1.2008 tarih ve 5728 sayılı Kanun'un 578. maddesiyle mülga 4054 sayılı Kanun m. 18'de, bu Kanun'da düzenlenen her türlü para cezasının idari nitelikte olduğu açıkça belirtilmekteydi.

görülmektedir. Kanun'un genel gerekçesi de bu değerlendirmeyi doğrulamaktadır. Kanun'un 16. maddesinin gerekçesi ile Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik'in gerekçesinde²⁰⁶ ise caydırıcılık unsurundan açıkça söz edildiği görülmektedir. Zira rekabeti kısıtlayıcı davranışlardan arındırılmış bir piyasa düzeninin kurulabilmesi, her şeyden önce caydırıcı niteliği bulunan bir yaptırım sisteminin varlığını zaruri kılar. Zaten klasik mânâda idari cezaların esas amacı da, cezalandırma ve caydırma (Eğerci 2005, 210-211).

Kurul'un uyguladığı para cezaları ise her ne kadar Komisyon'un uyguladığı cezalara göre düşük miktarlarda olsa da, AİHM'nin cezai nitelikte suçlama olarak kabul ettiği süreçlerde uygulanan para cezalarından yine de oldukça yüksektir²⁰⁷. Ayrıca AİHM, daha önce değinildiği üzere cezai isnadın tespitinde sadece uygulanan cezayı değil, potansiyel cezayı da dikkate almaktadır²⁰⁸. Dolayısıyla teşebbüslerin cirosunun % 10'u olan üst ceza sınırı, caydırıcılık amacını açıkça ortaya koymaktadır. Bu noktada değinilmesi gereken son bir husus, AB uygulamasına koşut olarak tekerrür ve pişmanlık müesseselerinin Türk rekabet hukukunda da uygulanıyor olmasıdır. Bu değerlendirmeler ışığında, rekabet ihlallerine ilişkin olarak Türk rekabet hukukunda uygulanan usulün de, AİHS m. 6 bağlamında cezai alana dahil olduğu görülmektedir²⁰⁹.

Son olarak, buraya kadar yapılan değerlendirmelerin rekabet ihlallerinin soruşturulmasına ilişkin usul bakımından geçerli olduğu belirtilmelidir. Zira yoğunlaşma işlemlerine ilişkin usulün, AİHS m. 6/1 çerçevesinde medeni hak ve yükümlülükler bakımından belirleyici olması ihtimali daha yüksektir. Örneğin AİHM'nin *Sramek*²¹⁰ kararında; arazi satım sözleşmelerinin hukuki etki ve sonuçlarını doğurması için kanunda öngörülen şartlara uygunluğunu denetleyen ulusal otorite önündeki usulün, medeni hak ve yükümlülükler bakımından belirleyici olduğuna karar verilmiştir. Çünkü anılan otoritenin olumsuz kararı halinde işlem geçerlilik kazanamamaktadır²¹¹.

AİHM'nin bu kararıyla, yoğunlaşmaların kontrolüne ilişkin usul arasında bir paralellik kurulabilir. Zira bildirilen işlemin pazardaki rekabeti olumsuz yönde etkileyip etkilemediğini incelemeyi amaçlayan yoğunlaşma denetimi, taraflar arasındaki özel hukuk kaynaklı ilişkiler bakımından belirleyicidir. İlgili rekabet otoritesi konuya ilişkin bir karar alana kadar askıda

²⁰⁶ <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/yonetmelik/yonetmelik9.pdf>

²⁰⁷ Örneğin *Societe Stenuit* davasında 50.000 Fransız Frangı, *Bendenoun* davasında 64.000 Avro'luk para cezaları, AİHS m. 6 anlamında cezai suçlamanın varlığı için yeterli kabul edilmiştir.

²⁰⁸ Başvuru no: 34619/97, *Janosevic v. Sweden*, 23.7.2002, para. 69; başvuru no: 5242/04, *Dubus v. France*, 11.6.2009, para. 37

²⁰⁹ Ayrıca bkz. Oğurlu (2001, 218); Aksoylu (2006, 4-5).

²¹⁰ Başvuru no: 8790/79, *Sramek v. Austria*, 22.10.1984, para. 34

²¹¹ Ayrıca bkz. başvuru no: 2614/65, *Ringeisen v. Austria*, 16.7.1971, para. 94

olan işlemin taraflarca gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceği, doğrudan bu süreç sonunda alınacak karara bağlıdır (Andreangeli 2007, 608). Bir başka ifadeyle izin süreci, tarafların birleşme ya da devralmaya ilişkin hakları bakımından doğrudan belirleyicidir (Waelbroeck ve Fosselard 1994, 124-125; Wils 2005, 159). Dolayısıyla yoğunlaşma denetimine ilişkin usul de, AİHS m.6/1'deki güvenceleri sağlamak durumundadır²¹². Böylece gerek yoğunlaşmaların denetimi gerekse rekabet ihlallerine ilişkin usul bakımından AİHS m. 6/1'in uygulanabilir olduğunu göz önüne alarak, bu uygulamanın hangi boyutlarda olacağı ve sonuçları üzerinde yapılacak değerlendirmelere geçilebilir.

3.4. REKABET İHLALLERİNİN SORUŞTURULMASINA İLİŞKİN USULÜN AİHS'NİN 6. MADDESİ KAPSAMINDA OLMASININ SONUÇLARI

Rekabet usulünün AİHS m. 6/1 kapsamında kabul edilmesinin en önemli sonucu, AİHS'nin hayati güvencelerinden²¹³ olan, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkemeye erişim hakkıdır. Dolayısıyla idari sistemi benimseyen birçok ülkede, rekabet otoritesinin soruşturma ve karar verme yetkilerine sahip olması dolayısıyla AİHS m. 6/1 anlamında bağımsız ve tarafsız mahkeme olmaması, mevcut sistemin AİHS'ye uygunluğunu tartışılır hale getirmiştir. Bu noktadaki en temel adaletsizliğin, bir rekabet ihlalinin varlığından şüphelenerek konuyla ilgili soruşturma açılmasına karar veren kişilerin, aynı zamanda bu iddialarının doğruluğu hakkında karar vermesinden kaynaklandığı dile getirilmektedir²¹⁴ (Galembert 2002, 71). Aslında bütün bu endişelerin kaynağında, “soruşturmacı önyargısı” (*prosecutorial bias*) kavramı yer almaktadır. Buna göre incelemeyi yürütenler, incelemenin başlamasıyla birlikte doğal olarak ihlalin olduğu önyargısıyla hareket etmeye, bir başka ifadeyle soruşturmacı kendi argümanları tarafından ele geçirilmeye başlamaktadır. Bunun temelindeyse; insan muhakemesinin, kendi görüşünü sorgulayandan ziyade

²¹² Topluluk Mahkemesi kararlarında, AİHS m. 6/1'in yoğunlaşma sürecine uygulanabilir olduğu kabul edilmekte ancak bu sürecin özel hukuk alanına mı yoksa cezai alana mı dâhil olduğu belirtilmemektedir. Bkz. Case T-351/03, Schneider v. Commission, 11.7.2007, para. 181-189.

²¹³ Başvuru no: 4451/70, Golder v. UK, 21.2.1975, para. 34

²¹⁴ Ancak kimi yazarların, bu durumun bağımsız idari otoritelerin kendine has bir özelliği olduğunu vurgulayarak yadırganmaması gerektiğini öne sürdükleri aktarılmaktadır (Tan 2005, 325). Bir ihlale ilişkin olarak aynı idari organın hem soruşturma hem de karar verme yetkilerine sahip olmasının sakıncaları, esas itibarıyla AYM tarafından da kabul edilmekle birlikte bu kararlara karşı idari yargı yolunun açık olmasının söz konusu sakıncayı giderdiği ifade edilmektedir. AYM'nin bu konuya değindiği bir kararında “*Bu yaptırımlar, idarenin eylemin işlendiği yönündeki suçlamasına ve bu konudaki yargısına dayanarak idarece doğrudan uygulanmaktadır. Her iki etkinliğin aynı organda toplanmasının doğurabileceği sakıncalar, bu kararlara karşı idari yargıya itiraz yolu açılmak suretiyle giderilmiştir*” denilmektedir (AYM 23.5.2001 tarih, E. 2001/232, K. 2001/89 sayılı karar).

onunla aynı yönde olan delilleri araması ve mantıksal geçerliliği ne olursa olsun kendi görüşüne yakın sonucu daha çabuk kabul etmesi yatmaktadır. (Wils 2005, 162-167).

Ancak AİHM kararları incelendiğinde, idari organların maddi anlamda “mahkeme” kavramı içinde değerlendirilebildiği görülmektedir. Bunun için söz konusu idari organın, kanunla belirlenmiş yetki alanındaki konuları, önceden belirlenmiş usul kurallarını izleyerek karara bağlaması gerekir²¹⁵. Bununla birlikte idari organların sahip oldukları fonksiyonel özellikler, idari usulün AİHS m. 6’daki güvencelere uygun sayılmasına elverişli değildir (Andreangeli 2008, 52). Bu güvencelerden en önemlisi olan tarafsızlık koşulunun, kuşkusuz birçok idari kuruluş tarafından gerçekleştirilmesi oldukça zordur. Tarafsızlığa ilişkin güvencelere büyük önem veren AİHM, mahkemelerin toplum nezdinde uyandırdığı güvenin buna bağlı olduğuna işaret etmektedir²¹⁶. Böylece AİHS m.6’nın, idari usulün gerçekleri ile bağdaşmayan yapısının nasıl bağdaştırılacağı en önemli husus haline gelmektedir (Boyle 1984, 99).

Soruşturma ve karar verme fonksiyonunun tek bir kuruluşta birleştirilmesinin avantajları yanında önemli dezavantajları da bulunmaktadır. Böyle bir sistem, daha az maliyetli ve etkin bir uygulama sağlamakla birlikte, *özeleştir*i imkânına zarar vermekte ve takdir yetkisinin daha az denetlenmesi riskini ortaya çıkarmaktadır (OECD 2005b, 62). Dolayısıyla uygun bir karar alma mekanizması oluşturmak, kararların kalitesini doğrudan etkileyecektir. Ancak soruşturma ve karar verme yetkisinin tek bir kuruluşta toplanması, mevcut sistemi bu itibarla AİHS m. 6’ya aykırı hale de getirmemektedir. Çünkü AİHM içtihatlarına göre, gerek medeni hak ve yükümlükler gerekse cezai alanda yöneltilen suçlamalar hakkında karar verme yetkisi, etkinlik gerekçesiyle idari makamlara bırakılabilir. Bu durumda idari makamın alacağı karara karşı, AİHS m. 6’daki bütün güvenceleri sağlayan ve tam yetkili (*full jurisdiction*)²¹⁷ bir mahkemeye başvuru imkânının olması gerekmektedir²¹⁸ (Wils 2005, 46).

Kısacası, AİHS m. 6/1 kapsamında yer alan bir usul bakımından aslolan, bağımsız ve tarafsız bir mahkemece karar verilmesidir. Ancak bu maddedeki güvenceler, cezai alanda yöneltilen suçlamalar bakımından daha katı bir şekilde uygulanırken, cezai alanda kabul edilmekle birlikte kabahat²¹⁹ olarak

²¹⁵ Başvuru no: 8790/79, Sramek v. Austria, 22.10.1984, para. 36

²¹⁶ Başvuru no: 19874/92; Ferrantelli and Santangelo v. Italy, 7.8.1996, para. 58

²¹⁷ Gözübüyük ve Gölcüklü (2007, 278) “tam kazai yetkiye sahip mahkeme” ifadesini kullanmaktadır.

²¹⁸ Ancak bu durumun geleneksel manada ceza hukukunda mümkün olmadığına ilişkin olarak bkz. başvuru no: 9186/80, De Cubber v. Belgium, 26.10.1984, para. 32; başvuru no: 22107/93, Findlay v. UK, 25.2.1997, para 79.

²¹⁹ “*Minor Offence*” karşılığı olarak kullanılan kabahat kavramı iç hukuktaki anlamından bağımsızdır.

nitelendirilebilecek ihlaller bakımından yukarıda bahsedilen iki kademeli yaklaşım benimsenmekte, bir başka ifadeyle ilk aşamada bağımsız ve tarafsız mahkemece karar verilmesi kuralına bir istisna getirilmektedir.

Bahsedilen bu istisna ilk olarak *Le Compte*²²⁰ kararında, medeni hak ve yükümlülükler bakımından kabul edilmiştir. AİHM'e göre; esneklik ve etkinlik gerekçesiyle idari makamlara, ilk derecede karar verme yetkisi tanınabilir. Daha sonraki *Albert Le Compte*²²¹ kararında, disiplin suçları hakkında karar verme yetkisinin meslek birliklerinin yetkili organına bırakılmasının başlı başına AİHS'yi ihlal etmeyeceğine karar verilmiştir. Ancak bu durumda ya ilk aşamada bağımsız ve tarafsız bir mahkemece karar verilmesi yani bir bakıma idari usulün "yargısallaştırılması" (Boyle 1984, 100) ya da ilk aşamada alınan kararların, tam yetkiye sahip bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından denetlenerek bir bakıma idari usuldeki eksiklerin veya aksaklıkların giderilmesi gerekir.

*Öztürk*²²² davasında bu içtihat, belirli cezai sahada yer alan kimi usullere de genişletilmiş ve çok sayıda kabahatin işlendiği bir alanda, mahkemelerin bu yükten kurtarılarak idari organlara karar verme yetkisinin tanınması AİHS'ye aykırı bulunmamıştır. *Bendenoun*²²³ davasında ise, sadece kabahatler bakımından kabul edilen istisnanın, çok sayıda suçun işlendiği alanlardaki cezai alanda yöneltilen suçlamaların tamamı bakımından geçerli olacağı gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Ancak davadaki suçlamanın, geleneksel anlamda ceza hukukunun merkezinde yer alan bir fiil olmadığı²²⁴, dolayısıyla cezai alanda yöneltilen suçlamalara ilişkin güvencelerin çok katı bir biçimde uygulanmadığı dikkate alındığında böyle bir sonuca varmak hatalı olacaktır (Slater vd. 2008, 23).

AİHM'nin yakın tarihli *Jussila*²²⁵ kararında söz konusu istisnaya ilişkin olarak da açıklamalarda bulunulmakta ve cezai sahada yöneltilen suçlamaların farklı önem derecesine sahip olduğunun açık olduğuna işaret edilmektedir. Zira kimi cezaların, uygulandığı kişi üzerinde doğurduğu olumsuz etkiler daha azdır. Ayrıca cezai isnad kavramının bağımsız bir biçimde yorumlanması sonucunda cezai alan, geleneksel anlamda kapsamında olmayan alanları da kapsamına alacak bir şekilde genişlemiştir. Bütün bunlar göz önüne alındığında, cezai alanın merkezinde (çekirdeğinde) yer almayan kimi suçlamalar bakımından söz konusu güvencelerin katı bir şekilde uygulanmasına gerek bulunmamaktadır.

AİHM'nin kabul ettiği bu istisnanın gerekçesi; bütün sistemin

²²⁰ Başvuru no: 6878/75, 7238/75, *Le Compte, ... v. Belgium*, 23.6.1981, para. 51

²²¹ Başvuru no: 7299/75, 7496/76, *Albert and Le Compte v. Belgium*, 10.2.1983, para. 29

²²² Başvuru no: 8544/79, *Öztürk v. Germany*, 21.2.1984, para. 56

²²³ Başvuru no: 12547/86, *Bendenoun v. France*, 24.2.1994, para. 46

²²⁴ Başvuru no: 73053/01, *Jussila v. Finland*, 23.11.2006, para. 43

²²⁵ *Ibid.* para. 43

etkinliğinden elde edilen kazanımın, idari usulde oluşabilecek noksanlardan üstün gelmesi ve çekirdek cezai alandakinin aksine söz konusu noksanların mahkeme aşamasında düzeltilme imkânının da mümkün olmasıdır (Slater vd. 2008, 24). Gerçekten de AİHM'nin iç hukuktaki usulü bir bütün halinde ele aldığı²²⁶ düşünüldüğünde söz konusu değerlendirmede gerçeklik payı olduğu görülmektedir. Ancak bu istisna kurala dönüşmemeli ve genel kuralın ilk aşamada mahkeme tarafından karar verilmesi olduğu unutulmamalıdır²²⁷. Çünkü AİHM, cezai alanda yöneltilen suçlamaların kendine has özellikleri üzerinde ısrarla durmakta²²⁸, içtihatla geliştirilen istisnaların dar yorumlanması gerektiğini vurgulamaktadır²²⁹. Keza AİHS'nin lafzı da cezai alanda yöneltilen suçlamalar bakımından kural olanın, ilk aşamada mahkemece karar verilmesi olduğunu ifade etmektedir²³⁰ (Slater vd. 2008, 21).

Bu noktadaki anahtar soru, rekabet usulünün bu istisna kapsamına girip girmediğidir. Topluluk rekabet hukuku uygulamasının; rekabet ihlallerinin ve özellikle de kartellerin adeta hırsızlıkla eşdeğer görülmeye başlanması²³¹, kartele katılanların bu ihlalin izlerini (lekesini) geri kalan hayatlarında taşıması (*stigma effect*²³²), ülkelerin giderek artan bir şekilde kriminal uygulamaya geçmesi ve özellikle de rekabet ihlallerine uygulanan cezaların oldukça yüksek seviyelere ulaşması nedeniyle kabahatler bakımından uygulanan istisnanın kapsamında olmadığı ileri sürülmektedir (Slater vd. 2008, 25-26). Ancak AİHM kararlarında açıkça ifade edildiği üzere, uygulanan cezalar yüksek miktarlara ulaşsa bile söz konusu istisnadan yararlanılması mümkündür²³³. Ayrıca yine bu istisna kapsamında yer alan usuller bakımından, hem soruşturma hem de karar verme yetkisine sahip olan bir idari kuruluşun bu fonksiyonları ayrıştırmasına da gerek bulunmamaktadır. Fakat anılan idari kuruluşun kararına karşı tam yetkili bir mahkemeye başvuru imkanı bulunmuyorsa veya anılan kuruluş ulusal hukuka

²²⁶ Başvuru no: 13071/87, Edwards v. UK, 16.12.1992, para. 34

²²⁷ Başvuru no:73053/01, Jussila v. Finland, 23.11.2006, para. 40

²²⁸ Başvuru no: 30508/96, Pitkanen v. Finland, 9.3.2004, para. 59

²²⁹ Başvuru no: 9186/80, De Cubber v. Belgium, 26.10.1984, para. 32

²³⁰ Uluslararası antlaşmaların yorumuna ilişkin olarak Viyana Antlaşması m. 31-32'ye göre; antlaşmanın yorumunda öncelikle antlaşmanın lafzının dikkate alındığı da unutulmamalıdır.

²³¹ Waelbroeck (2009, 15, para. 4).

²³² Ayrıntılı bilgi için bkz. Slater vd. (2008, 11-13).

²³³ Başvuru no: 12547/86, Bendenoun v. France, 24.2.1994, para. 46-47; başvuru no: 34619/97, Janosevic v. Sweden, 23.7.2002, para. 81. Dolayısıyla AB uygulamasındaki cezaların artması bu bağlamda belirleyici değildir. Uygulanan idari para cezası miktarının çok yüksek seviyelere ulaşmasının bu cezaların idarî niteliğini değiştirmeyeceği ve bu konuda ceza miktarının tek başına ölçüt olamayacağı hakkında bkz. AYM 23.10.1997 tarih, E. 1997/19, K. 1997/66 sayılı kararı.

göre yargısal bir organ olarak kabul ediliyorsa²³⁴ bu mümkün olmayacaktır²³⁵ (Wils 2009, 16-18).

AB rekabet hukuku uygulaması bakımından gündeme gelen bu iddianın, Türk rekabet hukuku bakımından öne sürülmesi imkânsız değilse bile oldukça güçtür. Çünkü Türkiye’de uygulanan ceza miktarının Topluluk hukukuna nazaran düşük olmasının yanı sıra, rekabet ihlallerinin ilgili otorite tarafından topluma sunulmuş şekli²³⁶, toplumun bu ihlalleri işleyenlere tepkisi ve bu kişilerin hayatında meydana getirdiği olumsuz sonuçlar Avrupa’daki kadar yoğun değildir. Dolayısıyla Türk rekabet hukukundaki usulün bu istisnadan yararlanabileceği kabul edilirse; Kurul kararlarının yargısal denetiminin kapsamı ile niteliğinin AİHM içtihadına uygunluğu, bir başka ifadeyle Danıştay’ın, Kurul kararlarını inceleme bakımından tam yetkili bir mahkeme olup olmadığı hususu önem kazanacaktır.

Ülke uygulamalarına bakıldığında kimi ülkelerin (örneğin İngiltere) rekabet otoritesi kararlarının yargısal denetimine ilişkin düzenlemeler yaparak AİHM içtihadına uyum sağlamaya çalıştığı, kimi ülkelerin ise (örneğin Fransa) daha çok ilk aşamaya, yani idari aşamada AİHS m. 6/1’deki şartları sağlamaya yönelik düzenlemeler yaptığı ve bir anlamda idari usulü “yargısallaştırdığı” görülmektedir (Perroud 2008, 61). Fakat bahsi geçen ikinci yöntemin benimsenmesi halinde idari rejimin, en az maliyetle en kısa sürede karar alınması şeklindeki avantajlı yönünün zedeleneceği görülmektedir²³⁷. Zira bu yol, iç denetim mekanizmalarının artırılması suretiyle rekabet otoritesinin yapılanmasında önemli değişiklikleri gerektirmektedir. Şöyle ki; Komisyon’un, dosyayı hazırlayan ekipten ayrı bir başka ekibin dosyayı tekrar incelemesi şeklindeki uygulaması²³⁸ veya Fransa uygulamasındaki re’sen soruşturma açılmasına karar verenlerle dosyanın esası hakkında karar verenlerin farklı olması şeklindeki uygulamalar buna örnek olarak gösterilebilir²³⁹ (Perroud 2008,

²³⁴ Bu duruma örnek olan bir dava için bkz. başvuru no: 5242/04, Dubus v. France, 11.6.2009 para. 26

²³⁵ Komisyon ise mevcut sistemin hem soruşturma hem de karar verme yetkilerini birleştirmesi nedeniyle eleştiriler aldığı doğrulamakta ancak, uygulanan usulde teşebbüslere tanınan güvencelerin varlığının yanı sıra bu süreç sonunda alınan kararların Topluluk Mahkemeleri’nce denetlendiğini, hatta cezalar bakımından İDM’nin sınırsız yetkiye sahip olduğunu belirterek mevcut sistemin AİHS’ye uygun olduğunu belirtmektedir (Komisyon 2009, 20, para. 55-56).

²³⁶ Bkz. Forrester (2009, 829, dn. 42).

²³⁷ Organik anlamda bir ayırımdan ziyade fonksiyonel anlamda bir görev ayırımına gidilmesinin daha az maliyetli olacağı hakkında bkz. Güzel (2007, 75-76).

²³⁸ *Peer review panel*.

²³⁹ Bunun yanı sıra Komisyon uygulamasındaki “Hearing Officer”, yine Fransa uygulamasında tedbir kararını alanların dosyanın esasına ilişkin karar alamaması ve raporörlerin nihai karar toplantısına katılmasının AİHS’ye aykırı bulunması (Perroud 2008, 62; ayrıca bkz. Waelbroeck ve Griffiths 2000) örnek olarak gösterilebilir. Fransa uygulaması için ayrıca bkz. Güzel (2007, 188-192).

62-63). Bütün bunlara ilaveten, özellikle usuli eksiklikler nedeniyle iptal edilen rekabet otoritesi kararlarının yeniden alınması da, söz konusu maliyet avantajını azaltmaktadır (Wils 2005, 173).

Dolayısıyla idari usulü, yargısal usul haline dönüştürmektense, karar verme mekanizmasının soruşturma aşamasından ayrılması veyahut da Kurul kararlarının ayrıntılı bir şekilde yargısal denetimini yapabilecek bir uzmanlık mahkemesi kurulması amaca en uygun çözüm olarak görünmektedir²⁴⁰. Keza bu, özellikle karteller bakımından giderek daha fazla kabul görmeye başlayan gerçek kişilere para cezası haricinde yaptırım uygulanmasının hayata geçebilmesi bakımından da zorunludur²⁴¹ (Wils 2005, 174).

Rekabet otoritesi kararlarının yargısal denetiminin kapsamını, AİHM kararları ışığında incelemeye geçmeden önce, rekabet usulünün AİHS m. 6 kapsamında cezai alanda kabul edilmesinin bir başka önemli sonucu olan kendini suçlama yasağı ile avukat-müvekkil yazışmalarının korunması hususlarına değinilmesi önem arz etmektedir. Zira delil toplama sürecinde ve bu delillerin kullanılmasında oldukça önemli etkilere sahip olan bu sınırlamalar bakımından da, Topluluk Mahkemeleri ile AİHM içtihadının farklılaştığı, Türkiye uygulamasında ise bu konularda belirsizlik olduğu görülmektedir.

²⁴⁰ Bu konulardaki reform önerileri hakkında ayrıca bkz. Forrester (2009, 837-838); Venit (2009, 4).

²⁴¹ Nitekim Macaristan rekabet hukukunda yöneticilikten men cezasının uygulanmasına ilişkin kanun hükümleri, adil yargılama ilkelerine aykırı olduğu gerekçesiyle Macaristan Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Horanyi (2009).

BÖLÜM 4

REKABET SORUŞTURMALARINDA HASSAS DELİLLER: KENDİNİ SUÇLAYICI BEYANDA BULUNMA YASAĞI VE AVUKAT - MÜVEKKİL YAZIŞMALARININ KORUNMASI

4.1. KENDİNİ SUÇLAYICI BEYANDA BULUNMA YASAĞI²⁴²

Rekabet hukuku uygulamasında kendini suçlama yasağına ilişkin sorunlar, bilgi isteme veya yerinde inceleme yetkilerinin kullanılması nedeniyle ortaya çıkabilir (Kerse ve Khan 2005, 138). İkinci bölümde değinildiği üzere, idari rejimi benimseyen rekabet hukuku sistemlerinde; ceza tehdidi (zorlayıcı yetkiler) yoluyla delil toplamanın bilgi isteme ve yerinde inceleme olmak üzere iki yolu bulunmakta, ancak etkili bir uygulama için tanınan bu geniş yetkilere kimi sınırlar getirilmektedir. İşte bu genel sınırlamalardan biri de kendini suçlama yasağıdır.

Yerinde inceleme yetkisiyle rekabet otoritesi, bir anlamda doğrudan güç kullanmaktadır. Ancak bu yöntemin, sadece önceden var olan belgelerin (fiziksel varlığı olan delillerin) alınmasına olanak tanınması ve teşebbüsün yönlendirmesi olmadan ilgili delile ulaşmanın zorluğu nedeniyle en azından iki olumsuz yönü bulunmaktadır. Bilgi isteme yetkisinin ise bu olumsuzlukları bulunmamakta, ancak “güvenilirlik problemi” bu yetkinin en önemli sakıncasını teşkil etmektedir. Bu sorunun iki temel nedeni bulunmaktadır: ihlali gerçekleştirenlerin cezadan kurtulmak için rekabet otoritesini yanlış yönlendirmeye çalışması ya da gerçekte masum olan kişilerin baskı altında vereceği cevapların suçlu oldukları izlenimi oluşturması. İşte kendini suçlama yasağı asıl olarak, kişinin suçlu olduğu izlenimi oluşturan ve güvenilir olmayan beyanatlarını engellemeyi amaçlamaktadır (Wils 2005, 143-148).

²⁴² “Privilege against self-incrimination” karşılığı olarak kullanılmıştır.

İstenen bilginin niteliği ile zorlayıcı yetkinin kullanıldığı şartlar, güvenilirlik problemini etkileyen en önemli faktörlerdir. Örneğin fiziksel varlığı bulunan yani yazılı haldeki bilgiler ile muhataba belirli bir süre tanınarak, yazılı yolla talep edilen ve yasal temsilcisinden yardım olarak verilen bilgilerin güvenilir olma ihtimali daha fazladır. Ancak amaç, niyet, saik gibi subjektif kavramlara ilişkin cevapların²⁴³, yerinde incelemede veya birebir aynı şartlarda olmasa da karakolda ya da duruşmada istenen bilgilerin güvenilir olma ihtimali daha azdır. Zira kişi, bu esnada oluşan veya hissedilen psikolojik ya da somut baskıdan kaçınmak için pekala suçlu olduğu izlenimi doğuran cevaplar verebilir²⁴⁴ (Wils 2005, 147).

Kişinin rızasıyla bilgi vermesi ya da ceza tehdidi taşımayan usulle bilgi istenmesi²⁴⁵ hallerindeyse, kişinin hakkına gerçek anlamda bir müdahale bulunmadığından kendini suçlama yasağı uygulama alanı bulmayacaktır²⁴⁶. Keza pişmanlık sürecinde verilen suçlayıcı beyanlar, kişinin kendi özgür iradesine dayandığı sürece herhangi bir sorun teşkil etmemektedir²⁴⁷ (Lenaerts 2007, 1489-90).

Farklı hukuk geleneklerine sahip olan birçok ülkede kabul görmesine karşın, kapsamı ve uygulanma biçimleri farklılıklar gösteren kendini suçlama yasağından, gerçek kişilerin yararlanması noktasında genel bir kabul olmakla beraber tüzel kişilerin bu haktan yararlanıp yararlanamayacağı hususunda bu kadar kesin bir kabul bulunmamaktadır. Kimi ülkelerde (ABD ve Avustralya) bu yasağın sadece gerçek kişileri korumak amacıyla ortaya çıktığı ve dolayısıyla tüzel kişilere uygulanamayacağı kabul edilirken, bazı ülkelerde (Yeni Zelanda, İspanya, Almanya) yasağın tüzel kişiler bakımından da geçerli olduğu görülmektedir²⁴⁸. AB'nin konuya yaklaşımıysa, kamu otoriteleri ile şirketler arasında "adil bir güç dengesi" kurmaya çalıştığı için daha doğru kabul edilmektedir (Trainor 1995, 2140-41).

Konuya AİHS açısından bakıldığında, Konvansiyon'un temel değerlerinden olan hukuk devleti ilkesinin **objektif bir nitelik taşıması**, gerçek kişilerin yanı sıra tüzel kişilerin de devlet gücünün aşkın kullanımına karşı

²⁴³ Topluluk Mahkemeleri'nin içtihadının ardında yer alan temel gerekçe de budur.

²⁴⁴ Suçluların beraat etmesine zemin hazırladığı gerekçesiyle eleştirilen kendini suçlama yasağının, aslında masumların suçlulardan ayrışmasına yardımcı olduğu hakkında bkz. Macculloch (2006, 221).

²⁴⁵ Örneğin 1/2003 sayılı Tüzük m. 18/2'ye dayanan bilgi talepleri.

²⁴⁶ Case C-238/99 P, LVM NV and Others v. Commission, 15.10.2002, para. 275, 279, 282

²⁴⁷ Ayrıca bkz. yargıç Walsh'ın farklı gerekçesi, Başvuru no: 19187/91, Saunders v. UK, 29.10.1996

²⁴⁸ Avrupa ülkelerindeki uygulamaya ilişkin olarak bkz. AG Darmon, Joined Opinion in Case 374/87 and 27/88, Orkem v. Commission, 18.5.1989, para. 98-117. Ayrıca bkz. Stessens (1997, dn.70-75).

korunması ve teşebbüslerin de AİHS'deki güvencelerden yararlanması bakımından önemli bir dayanak teşkil edebilir (Andreangeli 2008, 127; Emberland 2006, 42-45). Bu gerekçe her ne kadar tatmin edici görünse de yasağın kapsamı teşebbüslere genişletildiğinde, bireyin özel yaşamının ve kendine ilişkin bilgilerin korunmasıyla yakından ilişkili olan “özel hayat” kavramı anlamını tamamen yitirmese bile taşıdığı anlam esnetilmiş olacaktır (MacCulloch 2006, 234). Ancak yasağın, sadece gerçek kişileri korumak üzere ortaya çıktığı gerekçesinin, teşebbüslerin bu haktan yararlanamamasını açıklamakta artık zorlandığı görülmektedir²⁴⁹ (Trainor 1995, 2186).

Devlet ile şirketler arasındaki ilişkide yaşanan değişimler ve “şirketlerin kişileşmesi” olgusu, yasağın şirketlere gerektiği gibi uygulanması bakımından hayli önem taşımaktadır. Şöyle ki; şirketlerin varlığını izin teorisiyle açıklayan yaklaşımın geçerliliğini yitirmesiyle devlet, şirketler üzerindeki kontrolünü yavaş yavaş kaybetmiştir. Sonrasında devletin bu fonksiyonunun yerini düzenleme ve denetleme rolünün almasıyla şirketler, artan bir şekilde yaptırımlarla karşılaşmaya başlamış ve şirketlerin haklarıyla devletin yetkileri arasındaki dengenin nasıl kurulacağı sorunu ortaya çıkmıştır (Trainor 1995, 2164-66). Geçmiş dönemlerde, piyasa faaliyetlerinin regülasyonu sürecinde yürütülen soruşturmalardan ziyade sadece geleneksel manada cezai soruşturmalarda uygulanabilir görülen kendini suçlama yasağının kapsamı, konuya ilişkin mahkeme kararlarının artmasıyla önemli bir değişim göstermiştir. Dolayısıyla kendini suçlayıcı beyanda bulunma yasağının artık, rekabet soruşturmaları gibi alışılmışın dışındaki alanlarda nasıl uygulanacağı tartışılmaktadır (Macculloch 2006, 212).

4.1.1. AİHM'nin Kendini Suçlama Yasağına İlişkin Kararları

Kendini suçlayıcı beyanda bulunma yasağı, AİHS m. 6'da açıkça yer almamasına karşın, adil yargılanma kavramının özünde yer alan ve uluslararası alanda kabul görmüş bir norm olduğu gerekçesiyle mahkeme tarafından, cezai alanda yöneltilen suçlamaya ilişkin adil yargılama güvenceleri arasında kabul edilmiştir. AİHM'ye göre suçlanan kişiye tanınan bu güvence, adaletin yanılmasını önlemeye ve AİHS m.6'nın amaçlarının gerçekleşmesini güvence altına almaya katkı sağlamaktadır²⁵⁰. AİHM'nin konuya ilişkin kararlarını incelemeye geçmeden önce belirtmek gerekir ki mahkemenin gerekçeleri,

²⁴⁹ Anılan yasağın; devlet ile vatandaşları arasında adil bir güç dengesi kurmaya çalıştığı, bu dengede şirketlerin bireylere nazaran geçmişten bugüne daha iyi konumda olduğunun kabul edildiği, ancak bunun değişmeye başladığı, artık devletin şirketler aleyhinde delil bulma ve önemli yaptırımlar uygulamadaki zorlukları aştığı, bu nedenle yasağın uygulanmasında anılan güç dengesine etki eden bu faktörlerin dikkate alınması gerektiği hakkında bkz. Trainor (1995, 2176-86).

²⁵⁰ Başvuru no: 18731/91, John Murray v. UK, 8.2.1996, para. 45

anlaşılması güç ve muğlak olduğundan söz konusu yasağın önemi kuşkusuz olmakla beraber sınırları da bir o kadar belirsiz hale gelmiştir (Ward ve Gardner, 389).

AİHM'nin kendini suçlama yasağını ilk defa kabul ettiği *Funke*²⁵¹ kararı, Fransız gümrük müfettişlerinin şüphelinin evinde yaptıkları aramada çeşitli banka hesap özetleri bulmasının ardından, diğer hesap özetlerini ve başka bazı belgeleri talep etmesine ilişkindir. İlgilinin söz konusu belgeleri sağlamamasının ardından para cezasına maruz kalması üzerine, AİHS m. 6'daki güvencelerin ihlal edildiği gerekçesiyle açılan davada AİHM;

“... gümrük otoritesi, kesin olarak bilmemesine rağmen var olduğuna inandığı belgeleri alabilmek için davacıyı cezalandırmış, ... başka yollara başvurmak istememesi veya bu yollara başvursa bile delilleri elde edemeyecek olması nedeniyle, davacının işlediği iddia edilen suçlara ilişkin delilleri sağlaması için zor kullanmıştır. Gümrük hukukunun kendine has özellikleri, 6. maddedeki özerk anlamında cezai alanda yöneltilen bir suçlamayla karşılaşan kişinin sahip olduğu susma ve kendini suçlamama hakkının ihlalini haklı kılamaz²⁵².”

diyerek, AİHS m. 6/1'in ihlal edildiğine karar vermiştir. *Funke* davası, sadece kişinin anılan delilleri **sağlamaması** nedeniyle suçlu bulunmasına ilişkin olup, bu delillerin sonradan **kullanılmasına** ilişkin değildir. Yani söz konusu deliller, cezai alanda yöneltilen bir suçlamada kişi aleyhine kullanılmasa da, delil elde etmek için zorlayıcı yetkilere başvurulmasının başlı başına AİHS m.6'yı ihlal etmesi anlaşılmalıdır. Çünkü AİHS m. 6'nın amacı, cezai alanda yöneltilen suçlamaya ilişkin sürecin adil olmasıdır. Böyle bir sürecin olmaması durumundaysa, zorlayıcı yetkiler yoluyla elde edilen deliller de zaten kullanılamayacaktır. Dolayısıyla bu yetkilere başvurulması, kişiye yöneltilen cezai alanda yöneltilen suçlama bakımından belirleyici değildir (Ward ve Gardner 2003, 391).

Karara ilişkin eleştirilerin yoğunlaştığı bir başka nokta ise delillerin niteliğidir. Yapılan incelemede müfettişler önceden var olan belgeleri istemiş olup, ilgili kişiyle herhangi bir görüşme yaparak sözlü deliller elde etmemiştir. Eğer yasağın gerekçesi, suçlanan kişinin özel hayatı ve insanlık onuru ile açıklanıyorsa, sadece suçlanan kişinin ‘ürettiği’ delillerin korumadan yararlanması, ilgili kişinin “ruhsal mahremiyeti” (*mental privacy*) dışında kalan, diğer bir deyişle önceden var olan belgelere dayanan delillerinse bu korumadan yararlanmaması gerekir (Andreangeli 2008, 137). Sadece kendini suçlayıcı nitelikteki bilgileri değil, aynı zamanda somut olaylara ilişkin bilgilerle önceden var olan belgeleri de sağlamaktan kaçınma imkânı tanıyan *Funke* kararının kendini suçlama yasağını oldukça geniş yorumladığı söylenebilir

²⁵¹ Başvuru no: 10828/84, *Funke v. France*, 25.2.1993

²⁵² *Ibid.* para. 44

(Riley 2000, 273). Ancak AİHM'nin *Saunders* kararında benimsediği yaklaşım, bu durumun pek de geçerli olmadığını göstermektedir (Willis 2001, 314-315).

*Saunders*²⁵³ davası, bir devralma işlemi sırasındaki hisse işlemlerine yönelik olarak yapılan ve işbirliği yapmamanın cezai yaptırımı tabi olduğu inceleme esnasında, suçlanan kişiyle yapılan görüşme sonucu elde edilen beyanların daha sonra açılan ceza davasında kullanılmasına ilişkindir²⁵⁴. Dolayısıyla *Funke* davasından farklı olarak ihtilafın konusu, delillerin elde edilmesinde zorlayıcı yetkilerin kullanılması değil, bu yolla elde edilen delillerin cezai alanda yöneltilen suçlamaya ilişkin süreçte kullanılmasıdır (Riley 2000,273).

Bu konuda mahkeme şunları söylemektedir:

“Dava konusu olaydaki usulün inceleme niteliği ağır basmakta ve müfettişlerin konuya ilişkin olarak ne usul ne de esas bakımından karar verme yetkileri bulunmamaktadır. Bu ve benzeri hazırlık incelemelerinin AİHS m.6'daki yargılama güvencelerine tabi tutulması uygulamada, karmaşık niteliğe sahip finansal ve ticari faaliyetlerin kamu yararına olmak üzere etkili bir şekilde düzenlenmesine engel olacağından, mahkemenin asıl olarak incelemesi gereken, söz konusu beyanların ceza davasında kullanılmasındır²⁵⁵.”

AİHM'ye göre; iddia makamının, *itham altındaki kişinin iradesine aykırı olarak baskı veya zor kullanılması* suretiyle elde edilmiş delillere başvurmadan iddiasını ispatlamasını gerektiren kendini suçlayıcı beyanda bulunma yasağı, bu çerçevede masumiyet karinesiyle yakından ilişkilidir. İtham altındaki kişinin susma şeklinde ortaya çıkan iradesine saygı göstermeye ilişkin olan bu hak, *şüphelinin iradesinden bağımsız olarak var olan* delillerin (örneğin mahkeme kararıyla alınan belgeler, kan örneği vb.) zorla alınarak cezai usulde kullanılmasını engellemektedir²⁵⁶. Bu çerçevede *Saunders* kararı, deliller konusunda;

- Zor kullanma yetkileriyle (ceza tehdidiyle) elde edilen ancak suçlanan kişinin iradesinden bağımsız olarak var olan deliller (bir izin belgesine²⁵⁷ dayanarak

²⁵³ Başvuru no: 19187/91, *Saunders v. UK*, 29.10.1996

²⁵⁴ Davaya konu olayda hukuka aykırı işlem bir şirket adına gerçekleştirilmiş ve müfettişler şirketin işlerini incelemekle görevlendirilmiş olmasına rağmen, suçlama şirkete değil bir gerçek kişiye yöneltilmiştir (Benjamin 2006, 695).

²⁵⁵ *Ibid.* para. 67

²⁵⁶ *Ibid.* para. 68-69

²⁵⁷ *Saunders* kararında, söz konusu beyanların veya belgelerin mahkeme kararına dayanmadan alınmış olmasının tek başına AİHS m. 6'yı ihlal edip etmeyeceği hususu tartışma konusu olmamıştır. Sözlü bilgi talepleri yasağın kapsamında olduğundan, yerinde incelemelerin Bölüm 2'de değinildiği üzere mahkeme kararıyla yapılması gerektiğinden buradaki asıl mesele, bilgi isteme yetkisine dayanarak talep edilen belgelerdir. Bu yetkiyi kullanmadan önce mahkeme kararı alınması gerekebileceği görüşü için bkz. Riley (2000, 275); (2002, 71); Kerse ve Khan (2005, 143). Aksi yönde Willis (2001, 316).

elde edilen veya verilmesi şart koşulan *belgeler*)

- Suçlanan kişinin iradesine aykırı olarak, baskı veya zor kullanma yetkileriyle kişinin aktif işbirliği sonucu elde edilen deliller (doğrudan sözlü bilgi isteme veya elde edilen belgelere ilişkin yapılan *açıklamalar*)

olmak üzere ikili bir ayırım yapmakta ve *Funke* kararından farklı olarak birinci kısımdaki delillerin kendini suçlama yasağının kapsamında olmadığını belirtmektedir (Willis 2001, 316). Zira bu delillerin içeriği ile zor kullanma arasında bir bağlantı bulunmamakta, bir başka ifadeyle *belgenin içeriği, zorlayıcı yetkilerden (ceza tehdidinden) bağımsız olarak oluşmaktadır* (Ward ve Gardner, 393).

AİHM'nin *Saunders* kararında belirlediği kıstasa göre, kendini suçlama yasağının ihlal edildiğinin belirlenmesinde öncelikle davacının delil gösterme konusunda baskı veya zorlamayla karşılaşmış karşılaşmadığı, ardından bu delillerin AİHS m.6/1'in özünde yer alan adil usul ilkelerini ihlal edecek şekilde kullanılıp kullanılmadığı tespit edilmelidir²⁵⁸. Dolayısıyla kişiyi temize çıkaran nitelikteki açıklamalar ya da somut olaylara ilişkin bilgiler de, doğrudan suçlayıcı nitelikte olsun ya da olmasın, kişinin aleyhine kullanıldığı takdirde yasağı ihlal edecektir. Nitekim AİHM, doğrudan suçlayıcı olmayan ifadelerin, iddia makamının tezlerini güçlendirerek kişinin savunmasının inanılabilirliğini olumsuz yönde etkilediğine ve adil yargılanma hakkını zayıflatığına karar vermiştir²⁵⁹. Son olarak AİHM, şirket yolsuzluklarının *karmaşık* yapısı ile bu suçların cezalandırılmasındaki *kamu yararının*, adil usulün temel ilkelerinden ayrılmayı haklı kılamayacağını, AİHS m.6'da yer alan adil yargılama güvencelerinin, en basit olandan en karmaşığına, bütün cezai alanda yöneltilen suçlamalara uygulanacağını belirtmektedir²⁶⁰.

Bahsedilen iki karar arasında, gerek alınabilecek delillerin niteliği gerekse bu delillerin kişinin aleyhine kullanılmasının gerekip gerekmediği bakımından farklılıklar bulunmasını kimi yazarlar, *Saunders* kararıyla AİHM'nin konuya ilişkin içtihadının değiştiği şeklinde yorumlamaktadır²⁶¹. Zira *Saunders* kararında mahkeme, *Funke* kararında benimsediği ve ceza tehdidiyle alınan tüm belgeleri içeren geniş kapsamlı korumadan vazgeçerek yasağın kapsamını sadece beyanlara indirgemekte, fakat Topluluk Mahkemelerinin içtihadından farklı olarak yapılan beyanlar arasında bir ayırma gitmeden tamamını yasağın kapsamına almaktadır (Riley 2000, 274).

Ancak daha sonraki kararlarında AİHM'nin, *Funke* davasında yasağın

²⁵⁸ Ibid. para. 69

²⁵⁹ Ibid. para. 71-72

²⁶⁰ Ibid. para. 74

²⁶¹ Bkz. Kerse ve Khan 2005, 140; Riley 2002, 68, dn. 72; Bellamy ve Child (2001, 969).

kapsamını geniş tutan yaklaşımı tekrar benimsemesi, bu yorumun geçerliliği konusunda akıllara soru işaretleri getirmiştir. Bu kararlardan birisi olan *JB*²⁶² davasında AİHM, önceden var olan belgelerle yeni elde edilmek istenen bilgiler arasında bir ayırım yapma gereği duymamış, her iki bilgi talebine uyulmaması nedeniyle para cezası uygulanmasının, yasağı ihlal ettiğine karar vermiştir. Yine *Saunders* kararından farklı olarak, ceza tehdidiyle elde edilen deliller kişinin aleyhine kullanılmamasına rağmen AİHS m. 6'nın ihlal edildiğine hükmedilmiştir²⁶³.

Yakın tarihli *O'Halloran and Francis*²⁶⁴ kararında ise AİHM konuya ilişkin verdiği birçok kararı incelemiş ve adeta içtihadını gözden geçirmiştir. Buna göre mahkeme, her türden zorlayıcı yetkinin kullanımının doğrudan AİHS m. 6'nın ihlali anlamına gelmediğini, adil yargılama kavramının her zaman geçerli olan tek bir kurala indirgenemeyeceğini, tersine her bir davanın kendi koşullarına göre belirlenmesi gerektiğini belirtmektedir²⁶⁵. Kendini suçlama yasağının ihlal edilip edilmediğinin tespitinde; delil elde etmek için, suçlanan kişinin iradesi üzerinde kullanılan baskı veya zorlamanın türü ve derecesi, bu süreçteki güvencelerin varlığı ile son olarak elde edilen delillerin ne şekilde kullanıldığına odaklanılmalıdır²⁶⁶.

Dava sonucunda AİHS m.6'nın ihlal edilmediğine hükmeden AİHM, özellikle elde edilen delillerin kullanılış biçimine vurgu yapmış ve talep edilen bilginin, cezanın unsurlarından sadece birisi olduğunu, ayrıca iddia makamının sadece ceza tehdidi altında elde edilen bilgiye dayanmadığını belirtmiştir²⁶⁷. Kararın bir başka önemli noktası da; *Saunders* kararından farklı olarak, inceleme konusu düzenleyici rejimin özel konumunun dikkate alınmış olmasıdır. Her ne kadar bu gerekçe, kendini suçlama yasağının daha dar yorumlanabileceği yönünde anlaşılabilir olsa da (Andreangeli 2008, 141) bu noktada gözden kaçırılmaması gereken husus, mahkemenin, dava konusu olayda **ceza tehdidi altında talep edilen bilginin**²⁶⁸ ve **incelemenin sınırlı niteliğine** yaptığı

²⁶² Başvuru no: 31827/97, *JB v. Switzerland*, 3.5.2001, para. 63-69

²⁶³ Aynı yönde bkz. Başvuru no: 34720/97, *Heaney and McGuinness v. Ireland*, 21.12.2000, para. 45, 54-59; başvuru no: 6563/03, *Shannon v. UK*, 4.10.2005, para. 34-35. Bilgi talebinin konusu, bu talebin öncesinde işlenmiş olabilecek bir suça ilişkin değilse ve kişi aleyhinde yürütülen ya da muhtemel bir cezai suçlama yoksa, kendini suçlama yasağının uygulama alanı bulamayacağına ilişkin olarak bkz. başvuru no: 76574/01, *Allen v. UK*, (kabul edilebilirlik kararı), 10.9.2002, para. 1. Bu durum asıl olarak, herhangi bir incelemenin veya soruşturmanın muhatabı olmayanlardan yani 3. kişilerden bilgi talep edilmesi halinde önem arz etmektedir (bkz. Stessens 1997, dn. 79).

²⁶⁴ Başvuru no: 15809/02 ve 25624/02, *O'Halloran and Francis v. UK*, 29.6.2007.

²⁶⁵ *Ibid.* para. 53

²⁶⁶ *Ibid.* para. 55

²⁶⁷ *Ibid.* para. 60

²⁶⁸ Hız sınırının aşıldığı sırada arabayı kullanan kişinin kimliğini açıklama zorunluluğu

vurgudur²⁶⁹.

AİHM'nin bu son kararlarının önemi tartışmasız olmakla beraber, yasağın kapsamı ile uygulandığındaki tartışmalı hususlara yeterince ışık tutamamıştır. Ancak AİHM'nin önceden var olmayan (ifadelere dayanan) delilleri (*testimonial evidence*) mutlak surette yasağın kapsamında değerlendirdiği dikkate alınır, *Saunders* kararındaki yaklaşımın benimsenmesi en makul çözüm olarak görünmektedir²⁷⁰ (Andreangeli 2008, 150).

4.1.2. AB Rekabet Hukukunda Yasağın Uygulanışı

Kendini suçlayıcı beyanda bulunma yasağı, Topluluk rekabet hukukunda açıkça düzenlenmemesine²⁷¹ karşın teşebbüslerin, Topluluk hukukunun genel ilkeleri arasında yer alan savunma haklarını gözetmek amacıyla ATAD tarafından sınırlı ölçüde de olsa tanınmıştır. *Orkem*²⁷² kararında, Komisyon'un inceleme usulünü delil toplama (hazırlık) ve soruşturma aşaması olarak ikiye ayıran ATAD, kimi savunma haklarının soruşturma raporunun gönderilmesiyle başlayan aşamada kullanılabilmesine karşın, kimilerinin hazırlayıcı nitelikteki delil toplama sürecinde dahi gözetilmesi gerektiğini belirtmektedir²⁷³. Bunun gerekçesi, usulün iki aşamadan oluşmasına rağmen tek bir kuruluş tarafından yürütülmesidir. Eğer Komisyon'un ilk aşamada sahip olduğu yetkilere sınırlama getirilmezse, teşebbüslerin durumu telafi edilemez bir biçimde etkilenip, sonraki aşamada sahip oldukları usuli güvenceler anlamını yitirebilir (Lasok 1990, 91). Ancak bu güvenceler teşebbüse, rekabet kurallarını ihlal ettiğini gösteren delillerin ortaya çıkabileceği gerekçesiyle incelemeden kaçınma imkânı vermemekte, tam tersine bu aşamada, Komisyon'un inceleme yetkilerinin etkili olmasını (amaca uygunluğunu) sağlamak için teşebbüslerin aktif işbirliği yapma yükümlülüğü bulunmaktadır²⁷⁴.

AB üyesi ülkelerin hukuklarında, kendini suçlayıcı beyanda bulunma yasağının sadece gerçek kişiler bakımından ve ceza muhakemesi usulünde kabul edildiğini belirten mahkemeye göre, özellikle rekabet hukuku gibi ekonomik

²⁶⁹ Ibid. para. 58, 62

²⁷⁰ Nitekim hukuk sözcüsü Geelhoed da bu hususa işaret etmektedir. Bkz. Opinion in Case C-301/04 P, SGL Carbon v. Commission, 19.1.2006, para. 65-66 (Roth 2006, 12).

²⁷¹ Her ne kadar 17/62 sayılı Tüzük kabul edilmeden önce hazırlanan "Deringer Raporu"nda, kendini suçlayıcı beyanda bulunmama hakkına Tüzük'te yer verilmesi gerektiği dile getirilmişse de bu öneri kabul edilmemiştir. Bkz. AG Darmon, Joined Opinion in Case 374/87 and 27/88, *Orkem v. Commission*, 18.5.1989, [1989] ECR 3283, para. 90-91

²⁷² Case 374/87, *Orkem v. Commission*, 18.10.1989

²⁷³ Ibid. para. 33; ayrıca bkz. Case 46/87 and 227/88, *Hoechst AG v. Commission*, 21.9.1989, para.15

²⁷⁴ Ibid. para. 27

düzen ihlallerinde tüzel kişiler bu haktan yararlanamayacaktır²⁷⁵. Rekabet soruşturmasıyla karşılan bir teşebbüs AİHS m. 6'ya dayanarak hak talep edebilecek olmakla birlikte, gerek AİHS m.6'nın lafzı gerekse kararın alındığı tarih itibariyle AİHM kararları, kendini suçlayıcı beyanda bulunma yasağının varlığına işaret etmemektedir²⁷⁶. Ancak ATAD, her ne kadar inceleme yetkilerinin etkili kullanılabilmesi için teşebbüslerin gerekli tüm bilgi ve belgeleri sağlama zorunluluğu olsa da, ihlalin varlığını ispatlaması gereken Komisyon'un sahip olduğu yetkilere, savunma haklarını güvence altına almak adına sınırlama getirilip getirilmeyeceğinin incelenmesi gerektiğini belirtmiştir. Nitekim mahkeme, yaptığı değerlendirme sonucunda Komisyon'un, teşebbüsleri bir ihlalin varlığını doğrudan kabul etmeye yol açacak cevaplar vermeye zorlayamayacağına hükmetmiştir²⁷⁷.

Mahkemenin konuya ilişkin olarak belirlediği kıstaslara göre, sadece **somut vakıalara** (olaylara) ilişkin bilgileri elde etmek amacıyla sorulan sorular, kendini suçlama yasağının kapsamında değildir. Bu çerçevede teşebbüse şu sorular yöneltilebilecektir²⁷⁸:

- Toplantıların hangi durumlarda yapıldığı,
- Bu toplantılara kimlerin katıldığı,
- Toplantılara ilişkin olarak teşebbüsün elindeki belgelerin neler olduğu,
- Teşebbüs tarafından diğer üreticilere, ilgili ürünün üretimi ve satışına ilişkin olarak gönderilen bilgilerin neler olduğu (bilgi değişim sisteminin işleyişine ilişkin somut bilgileri sağladığı kabul edilmiştir),
- Toplantılardaki katılımcıların hepsi bakımından tatmin edici bulunan fiyat seviyelerini belirlemek ve sürdürmek için alınan tedbirlerin neler olduğu (alınan tedbirlerin konusuna veya uygulanışına ilişkin somut olayları açıklığa kavuşturacak nitelikte olması şartıyla)

Ancak alınan tedbirlerin veya girişilen eylemlerin **amacına**²⁷⁹ ilişkin sorular, aslında teşebbüsü, rekabeti sınırlayan bir anlaşmaya katıldığını kabul etmeye zorlayacak niteliktedir. Bu nedenle aşağıda yer verilen soruların, teşebbüslerin savunma haklarını ihlal ettiği kabul edilmiştir:

²⁷⁵ Ibid. para. 29

²⁷⁶ Ibid. para. 30

²⁷⁷ Ibid. para. 34-35

²⁷⁸ Ibid. para. 36-40

²⁷⁹ Toplantının amacına ilişkin bilgilerin de somut olaya ilişkin kabul edilebileceği ve bu tür bilgilere farklı şekilde davranılmasının nedeninin açık olmadığına ilişkin olarak bkz. MacCulloch (2006, 236).

- Fiyat girişimlerini desteklemek için tasarlanmış veya kabul edilmiş olabilecek tedbirler ve bu konuda atılan her bir adım,
- Katılımcılara satış hedefleri veya kotaları getirilmesini mümkün kılan herhangi bir sistemin veya metodun ayrıntıları,
- Satış miktarına veya kotasına ilişkin hedeflere uyumu izlemeyi kolaylaştıran yöntemler.

Komisyon'un yukarıda yer verilen soruları sorarak teşebbüsleri, rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşmaya katıldığını kabul etmeye *yönelttiği* belirtilen bu karardan sonra AİHM'nin aldığı kararlar, kendini suçlayıcı beyanda bulunma yasağının, adil yargılanma hakkı ile masumiyet karinesinin olmazsa olmaz koşulu olduğunu açıkça kabul etmektedir (Andreangeli 2008, 132). Sonrasında 1/2003 sayılı Tüzüğün dibace kısmınının 23. paragrafında yerini alacak olan *Orkem* kararındaki görüş, İDM'nin *Werke* kararında da benimsenmiş, ancak bu süreçte AİHM'nin aldığı kararlarla *Orkem* kararının geçerliliğini yitirdiği iddiaları pek de dikkate alınmamıştır²⁸⁰.

İDM, mutlak anlamda bir susma hakkının kabul edilmesinin, teşebbüslerin savunma haklarını korumanın ötesine geçeceğini ve Komisyon'un görevlerini yerine getirmesini haksız bir şekilde engelleyeceğini belirttiği *Werke* kararında, *tamamen somut olaylara* ilişkin sorular sorulmasının ve *önceden var olan belgelerin* talep edilmesinin, teşebbüslerin savunma haklarını ihlal etmediğine hükmetmiştir²⁸¹. Zira bu soruların veya taleplerin muhatabı olan teşebbüsler, idari usulün sonraki aşamalarında veya yargılama safhasında, kendisine yöneltilen sorulara verdiği cevaplarda ya da sağladığı belgelerde yer verilen olayların Komisyon'un bunlara yüklediğinden farklı anlama geldiğini gösterebilir²⁸². Ancak teşebbüsleri, rekabet ihlali teşkil eden bir anlaşmaya katıldıklarını itiraf etmeye zorlayıcı nitelikte olabilecek ve Komisyon'un bu toplantıların amacının fiyat anlaşması yapmak olduğundan şüphelendiği açık olan toplantıların amacı ile bu toplantılarda alınan kararlara ilişkin soruların, savunma haklarını ihlal ettiğine karar verilmiştir²⁸³.

Topluluk Mahkemeleri böylece, bir yandan savunma haklarını hazırlık aşamasına genişletirken, hem sınırlı ölçüde de olsa kendini suçlayıcı beyanda bulunmama hakkını tanımakta hem de inceleme yetkilerinin varlık nedenini korumaktadır. Ancak bu içtihadın, *Tokai Carbon* davasıyla belirsiz hale geldiği ileri sürülmektedir (Kerse ve Khan 2005, 139). Anılan davada İDM; Komisyon'un, rekabeti kısıtlama amacıyla yapıldığından şüphelendiği açık olan

²⁸⁰ Ayrıca bkz. Case C-301/04 P, Commission v. SGL Carbon AG, 29.6.2006, para. 43

²⁸¹ Case T-112/98, Mannesmannröhren Werke v. Commission, 20.2.2001, para. 66, 70, 77-78

²⁸² Ibid. para. 78

²⁸³ Ibid. para. 71-73

ve bilgi talebinin muhatabı olan teşebbüsün katıldığı toplantılarda neler yaşandığına ve bunların sonuçlarına ilişkin bilgi talep edemeyeceğini, ayrıca toplantı tutanakları, çalışma metinleri, bunlara ilişkin hazırlayıcı belgeler, el yazısıyla alınmış notlar, tartışma metinleri gibi belgelerin²⁸⁴ istenemeyeceğini belirtmiştir. Ancak bu davanın temyiz aşamasında²⁸⁵ ATAD, İDM'nin hatalı bir değerlendirme yaptığına ve mevcut içtihadın geçerliliğini koruduğuna karar vermiştir (Jones ve Sufrin 2008, 1180).

Topluluk mahkemelerinin yaklaşımı özellikle, kendini suçlama yasağını dar yorumlayarak sadece “yönlendirici sorulara” engel olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir. Willis'e (2001, 313) göre bu durum, Komisyon incelemelerini yasağın kapsamı dışında tutma yönündeki bilinçli bir politikanın ürünüdür. Lasok'a göre (1990, 91) mahkemenin yaklaşımı sadece “*Eşinizi dövmeği bıraktınız mı?*” türündeki bir soruyu engellemektedir. Ancak verilecek yanıt teşebbüs bakımından sakıncalı olsa bile, vakıalara ilişkin sorulara cevap verilmesi zorunludur. Örneğin rekabeti sınırlama amacıyla yapıldığından şüphelenilen veya bu yönde deliller bulunan bir toplantıya ilişkin olarak, “*Çalışanlarınızdan herhangi biri, bu toplantıya katıldı mı?*” şeklindeki bir soruya teşebbüsün cevap vermesi gerekmektedir. Böyle bir durumda ise kendini suçlama yasağının varlığından bahsetmenin anlamsız olduğu, zira teşebbüsün ihlali kabul etmeye ceza tehdidiyle zorlanmasa da yöneltildiği öne sürülmektedir (Lasok 1990, 91).

Komisyon'un konuya ilişkin olarak verdiği örnekler bu durumu daha çarpıcı hale getirmektedir. Komisyon'a göre yönlendirici soru, doğru cevap verilmesi durumunda teşebbüsün ihlali itiraf etmesine yol açacak sorular olarak tanımlanmaktadır. Buna örnek olarak gösterilen soru ise şöyledir: “*Rakiplerinizle, 81. maddeye aykırı olan kaç toplantıya katıldınız?*”. Ancak bu soru şu şekilde formüle edilirse teşebbüse yöneltilmesinde bir sakınca bulunmamaktadır: “*Rakiplerinizle kaç toplantıya katıldınız?*” (Komisyon 1997, 28). Her ne kadar ATAD; teşebbüsten istenen yanıtın gerçekte ihlali kabul etmekle aynı anlama gelmemesi gerektiğini belirtse de²⁸⁶ Komisyon, rekabeti sınırlamak amacıyla yapıldığından şüphelenilen toplantılara kimlerin katıldığına veya bu toplantının ayrıntılarına ilişkin bilgi talep etmekten çekinmemektedir (Kerse ve Khan 2005, 139-140). Zira Komisyon'a göre, özellikle kartel dosyalarında teşebbüs yöneticileri ile çalışanlarına somut olaylara ilişkin olarak yöneltilen sorular, ihlal iddialarına ilişkin bilgilere ulaşılmasını oldukça kolaylaştırmaktadır (Komisyon 2009, 26, para. 73).

²⁸⁴ Case T- 236/01, Tokai Carbon v. Commission, 29.4.2004, para. 407-408.

²⁸⁵ Case C-301/04 P, Commission v. SGL Carbon AG, 29.6.2006, para. 43-50.

²⁸⁶ Case C-238/99 P, LVM NV and Others v. Commission, 15.10.2002, para. 273.

4.1.3. Türk Rekabet Hukukundaki Durum

Türk rekabet hukukuna ilişkin mevzuat ile Kurul'un ve Danıştay'ın uygulamasında, teşebbüslerin kendilerini suçlayıcı beyanda bulunma yasağına tabi olduğuna ilişkin herhangi bir düzenleme veya karar bulunmamaktadır. Ancak Anayasa'nın "Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar"²⁸⁷ başlıklı 38. maddesinin 5. fıkrası; "hiç kimse kendisini ... suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz" demek suretiyle kendini suçlama yasağına yer vermektedir²⁸⁸. Fakat Kanun'un 14. ve 15. maddelerinin Anayasa'nın anılan hükmüne aykırı olduğu ileri sürülmüşse de Danıştay, bu iddiaları ciddi bulup henüz AYM önüne taşımamıştır²⁸⁹. Buna karşın AYM'nin, vergi mevzuatındaki benzer hükümlerin Anayasa'nın anılan hükmüne aykırı olup olmadığını incelediği kimi kararları bulunmaktadır.

AYM'ye yapılan bir başvuruda; AİHM'nin, istenen belgeleri vergi denetçilerine vermekten kaçınan kişinin bu nedenle cezalandırılmasını adil yargılanma hükmüne aykırı gördüğü, bu nedenle Vergi Usul Kanunu'nun bu yöndeki hükmünün Anayasa m. 38/5'e aykırı olduğu öne sürülmüştür. AYM ise, kişilere getirilen kimi defter ve kayıtları saklama ve gerektiğinde ibraz etme zorunluluğuna uymamanın suç kabul edilmesi ile suçla itham edilmenin farklı durumlar olduğunu belirtmiş ve itiraz konusu kuralın, kendini suçlama ve bu yolda delil göstermeye zorlanma olarak nitelendirilemeyeceğine karar vermiştir²⁹⁰. Karara ilişkin karşı oy yazısında, susma hakkının suçlanmayla başladığının kabul edilerek sadece sanıklık veya şüphelilik hali ile sınırlanamayacağı belirtilmektedir²⁹¹. Temel hak ve özgürlükler bakımından bu tarz daraltıcı yorumların yapılamayacağı belirtilen karşı oy yazısında, Anayasa'nın 38. maddesindeki güvencelerin idari cezalarla kabahatler

²⁸⁷ Kimi yazarlara göre; Anayasa'nın suç ve cezalara ilişkin hükümlerinin idarî cezalar ve dolayısıyla Kanun'daki cezalar bakımından da geçerli olduğu açıktır. Bkz. İnan (2005, 4).

²⁸⁸ Ayrıca bkz. CMK m. 48 ve m. 147/1-e.

²⁸⁹ Danıştay 13. Dairesi, 13.12.2006 tarih, E. 2005/8957, K. 2006/4722 sayılı kararı (Denizli Çimento); Danıştay 13. Dairesi, 8.4.2008 tarih, E. 2005/5652, K. 2005/5498 sayılı kararı (Çamsan Ağaç).

²⁹⁰ AYM 31.1.2007 tarih, E. 2004/31, K. 2007/11 sayılı kararı.

²⁹¹ AİHM kararlarına bakıldığında, kişinin (şüphelinin) durumunun önemli ölçüde etkilenmesi halinde suçlamanın varlığından bahsedilmektedir (Başvuru no: 6903/75, Deweer v. Belgium, 27.2.1980, para.42, 46; Başvuru no: 34720/97, Heaney and McGuinness v. Ireland, 21.12.2000, para. 41-42). Bu çerçevede kimi zaman, hazırlık incelemesinin başlaması halinde bile, kişinin cezai nitelikte bir suçlamayla karşı karşıya olduğu kabul edilmiştir (Başvuru no: 2614/65, Ringeisen v. Austria, 16.7.1971, para. 110). Kendini suçlama yasağı bakımındansa, ceza tehdidiyle bilgi talep edilen hususa ilişkin olarak mevcut ya da muhtemel bir cezai suçlamanın olması gerekmektedir. Bu durumda, yürütülen (veya muhtemel) cezai süreçle, yanlış bilgi vermekten dolayı cezalandırılan kişi hakkındaki süreç arasında bir bağlantı bulunmalıdır (Başvuru no:38544/97, Weh v. Austria,8.4.2004, para.52-56).

bakımından da geçerli olduğu öne sürülmektedir. Nitekim AİHM'nin, şirket devrini soruşturan müfettişlere cezai yaptırım tehdidi ile verilen ifadedeki beyanların yargılama sırasında kullanılmasını AİHS'ye aykırı bulduğu ve susma hakkının idari soruşturma aşamasında da kabul ettiği belirtilmektedir.

Bu çerçevede Türk rekabet hukukunda, kendini suçlayıcı beyanda bulunma yasağının tanınması yönünde herhangi bir işaret bulunmamaktadır. Ancak Topluluk Mahkemeleri'nin bile sınırlı ölçüde de olsa teşebbüslere bu imkânı verdiği ve AİHM içtihadının bunun da ötesine geçtiği göz önüne alındığında, Türk rekabet hukukunda konuya ilişkin belirliliğin sağlanması gereği açıktır.

4.1.4. AİHM Kararları ve AB Uygulaması Işığında Türkiye İçin Öneriler

AİHM'nin, önceden var olan delillerin kendini suçlama yasağı kapsamında olup olmadığı hususunda farklı kararları bulunmakla birlikte, ceza tehdidiyle yapılan sözlü açıklamaları ayırım yapmadan yasağın kapsamında kabul ettiği görülmektedir. Dolayısıyla AİHM içtihadı sadece yönlendirici sorulara değil, gerek bilgi isteme gerekse yerinde inceleme yoluyla sorulabilecek birçok soruya ve önceden var olmayan delillerin alınmasına engel olabilecek niteliktedir. Zaten Topluluk Mahkemeleri'nin yaklaşımına ilişkin eleştiriler genel olarak bu noktada, yani somut olaya ilişkin soru-yönlendirici soru ayırımının yeterli korumayı sağlamadığı ve belirsiz olduğu hususları üzerinde toplanmaktadır²⁹².

Bu çerçevede, AİHS'nin temelinde yer alan değerler sisteminin teşebbüslere verdiği önem de dikkate alınarak yasağın kapsamının belirlenmesinde, gerçek kişilerle tüzel kişilere uygulanacak farklı standartlar benimsemek yerine tek bir ölçüt belirleyerek bir denge sağlamak gerektiği öne sürülmektedir (Andreangeli 2008, 147). Zira kendini suçlama yasağı bakımından tüzel kişiliğe sahip teşebbüslere, gerçek kişi teşebbüslere oranla daha dar bir koruma tanınması halinde eşit olmayan bir uygulamaya yol açılabilir. Bu durumda da AİHM, AİHS çerçevesinde hak talebinde bulunan herkese eşit davranması gerektiği yönündeki içtihadıyla karşılaşabilir (Riley 2000, 276). Nitekim yerinde incelemelere ilişkin ikinci bölümde değinildiği üzere AİHM, işyerlerinin de AİHS m. 8'deki korumadan yararlandığına ilişkin kararlarında bu hususa dikkat çekmiştir²⁹³. Kaldı ki hakkında soruşturma yürütülenlerin savunma hakları etkili bir şekilde korunmak isteniyorsa, kendini suçlama yasağının kapsamının belirlenmesine ilişkin değerlendirmenin, istenen bilginin değil

²⁹² Bkz. Andreangeli (2008, 142-143); Macculloch (2006, 236).

²⁹³ Başvuru no: 13710/88, Niemietz v. Germany, 16.12.1992, para. 29

yürütülen usulün mahiyetine odaklanması gerektiği ileri sürülmektedir (Hogan 2005, 672-73). Dolayısıyla rekabet usulünün AİHS bağlamında cezai nitelikte olduğu kabul edilirse, ceza tehdidiyle elde edilen bilgilere karşı sağlanan korumanın, AİHS'deki standartlar ışığında rekabet usulünün adil olmasını sağlamaya yeterli olup olmadığı tartışmaları yeniden başlayacaktır (Andreangeli 2008, 151).

AİHM'nin yukarıda yer verilen içtihadının rekabet hukukunda uygulanamayacağı yönündeki görüşün en önemli dayanağıysa; kendini suçlama yasağına ilişkin AİHM kararlarının tamamının gerçek kişilere ilişkin olduğu ve aynı korumanın sadece tüzel kişilere ceza verilebilecek usuller bakımından tanınıp tanınmayacağına açık olmadığıdır. Dolayısıyla en azından teşebbüslerin tüzel kişi olduğu incelemeler bakımından Topluluk Mahkemeleri'nin yaklaşımının AİHS standartlarına uygun olduğu, ancak tüzel kişiliği olmayan bir teşebbüse kendini suçlamama hakkının tanınması gerektiği öne sürülmektedir²⁹⁴ (Wils 2005, 139; MacCulloch 2006, 233). Ayrıca AİHM'nin yaklaşımının, karmaşık niteliğe sahip suçların veya regülasyona tabi konuların etkili bir biçimde soruşturulmasını ciddi şekilde tehdit ettiği ve bu ihlaller karşısında toplumun savunmasız hale geleceği görüşü de öne çıkmaktadır²⁹⁵.

Gerçekten de bu iddianın, AİHM'nin içtihadıyla da örtüştüğü görülmektedir. Teşebbüslerin AİHS'deki güvencelerden yararlanmasına ilişkin kısımda değinildiği üzere AİHM, tüzel kişilerin sahip olduğu haklara devletin yaptığı müdahalelere daha müsamahakâr yaklaşmakta ve ulusal makamlara takdir payı tanımaktadır. Ayrıca yukarıda ifade edildiği üzere, kendini suçlama yasağına ilişkin AİHM kararlarının tamamı gerçek kişilere ilişkindir. Dolayısıyla bütün karşı iddialara rağmen AİHM içtihadı, gerçek kişiler gibi tüzel kişilerin de kendini suçlama yasağından yararlanabileceği yönünde bir işaret taşımamakta ve AİHM kararlarına dayanarak yasağın uygulama alanını teşebbüslere genişletmek pek mümkün görünmemektedir. AİHM'nin tüzel kişilere de bu korumayı tanınıp tanınmayacağı sorusunun cevabını, yapacağı değerlendirmede hukuk

²⁹⁴ Rekabet hukuku uygulamasında teşebbüslerin büyük çoğunlukla tüzel kişiliğe sahip olduğu ve gerçek kişi niteliğindeki teşebbüslerin rekabet hukukunun muhatabı olduğu durumlarla nadiren karşılaşıldığı belirtilmelidir (Wils 2005, 139, dn. 50). Bu bağlamda örneğin; RKHK m. 16/4 uyarınca ihlalde belirleyici etkisi saptanan teşebbüslerin yöneticileri ile çalışanlarına ceza uygulanırken, anılan içtihadın göz önüne alınması gerekebilir. Ayrıca Kanun Tasarısı'yla, sadece teşebbüslerden değil gerçek kişilerden de bilgi istenmesinin önü açıldığı dikkate alınırsa bu husus daha da önem kazanacaktır (bkz. Kanun Tasarısı m. 7-8).

²⁹⁵ Yargıç Valticos ve Gölcüklü'nün karşı oyları, Başvuru no: 19187/91, Saunders v. UK, 29.10.1996. Çünkü Dünya çapında faaliyet gösteren büyük şirketlerin ve üst düzey yöneticilerinin kendilerini savunmak için sahip olduğu muazzam finansal kaynaklar ile hukuki, teknik ve finansal konularda oldukça uzman kişilere başvurabilme imkânlarının, ceza tehdidiyle kişilerin ifadesine başvurma yetkisini oldukça önemli kıldığı ve belirli türdeki suçların izinin ancak bu şekilde bulunabileceği dile getirilmektedir (bkz. aynı yerde Yargıç Martens'in karşı oyu, para. 25).

kurallarının etkili bir şekilde uygulanmasını yani faydacı mülhazaları ne kadar dikkate alacağı gösterecektir (Wils 2006, 15, 19).

AİHM'nin tüzel kişilere de bu hakkı tanınması halindeyse, rekabet hukukundaki delil toplama yetkileri işlevsiz hale gelebilir²⁹⁶. Zira AİHM içtihadı, ifadelere dayanan delillerin tamamını yasak kapsamında değerlendirmektedir. Böyle bir durumla karşılaşılması halindeyse, karteller de dâhil olmak üzere karmaşık ve gizli niteliğe sahip bu ihlallerle mücadelede, anılan ihlallerin niteliğiyle orantılı ve daha geniş inceleme yetkilerine (telefon dinleme, teknik takip vb) başvurulması şarttır. Kaldı ki yeterli güvenceler olduğu müddetçe bu geniş yetkilerin kullanılması, AİHM içtihadına da aykırı değildir (Riley 2000, 279-280). Zaten ifadelere dayanan delillerin sahip olduğu güvenilirlik sorunu, bu bilgilere gereğinden fazla dayanılarak ulaşılan sonucun geçeceği ne kadar yansıtacağı noktasında da soru işaretlerine yol açmaktadır.

4.2. AVUKAT-MÜVEKKİL YAZIŞMALARININ GİZLİLİĞİ

Rekabet otoritelerinin sahip olduğu delil toplama yetkilerinin bir diğer sınırı da, avukatla müvekkili arasında yapılan görüşmelerin dokunulmazlığını ifade eden “avukat-müvekkil imtiyazı”²⁹⁷ kapsamındaki delillerdir. Söz konusu kavramı açıklayan teorilerden biri olan faydacı yaklaşım; avukat-müvekkil arasındaki güven ilişkisinin önemine dayanmaktadır. Müvekkilin, samimi ve içten bir şekilde bütün olayları avukatına anlatmasını sağlayarak gerçek manada bir hukuki yardım almasına hizmet eden bu ilke, adaletin işlemesi ve hukuka uyulması şeklindeki toplumsal yararlar katkısı sağlamaktadır. Temel hak merkezli yaklaşım ise toplumsal yarardan ziyade kişisel menfaatlere dayanmakta ve müvekkile bir tür gizlilik hakkı tanıyan imtiyazın, nihai olarak müvekkilin adil yargılanma ve savunma haklarını koruduğunu belirtmektedir (Andreangeli 2008, 115; Fournier 2005, 596).

²⁹⁶ Bu noktada ortaya çıkabilecek bir diğer sorun, bu haktan teşebbüs adına açıklama yapmaya yetkili kişilerin mi yoksa çalışanların tamamının mı yararlanacağıdır. Bkz. Vesterdorf (2005c, 727-729).

²⁹⁷ Legal Professional Privilege (LPP) karşılığı olarak çalışmada, avukat-müvekkil imtiyazı veya gizlilik ilkesi kavramları kullanılmıştır. Bu ilkeyle aynı amaca hizmet ettiği söylenebilecek olan avukatın sır saklama yükümlülüğü ise sadece avukata gönderilen bilgilerin ifşa edilmesini önlemekte, fakat avukat tarafından müvekkile gönderilen bilgileri korumamaktadır. Zira bu kavram, sır teşkil eden bilgilerin gönderildiği kişinin, yani avukatın görev ve sorumluluklarıyla ilgilenmektedir. Dolayısıyla avukat-müvekkil imtiyazı, avukatın sır saklama yükümlülüğünden farklıdır.

4.2.1. AİHM'nin Avukat-Müvekkil İmtiyazına İlişkin Kararları

Avukat-müvekkil iletişiminin gizliliği, AİHS çerçevesinde genellikle adil yargılanma hakkının esaslı bir unsuru kabul edilerek korunmakta, kimi durumlardaysa özel hayatın ve haberleşmenin gizliliğine ilişkin 8. maddeye dayanılmaktadır. Ancak ikinci gruba dâhil olan kararlarda sadece özel hayata değil, AİHS m. 8'in diğer temel hakların korunmasındaki yardımcı rolüne vurgu yapılmaktadır (Fournier 2005, 613).

Kadrolu avukatlara²⁹⁸ ilişkin olarak AİHM'nin henüz bir kararı bulunmamakla beraber genel yaklaşımının, avukat-müvekkil iletişiminin en üst seviyede korunması yönünde olduğu söylenebilir (Andreangeli 2008, 117). Zira AİHM, kişinin, avukatıyla başkaları haberdar olmadan görüşebilmesini, adil yargılanma hakkının temel koşullarından saymaktadır²⁹⁹. Eğer bir avukat, üzerinde bir gözetim olmadan müvekkiliyle görüşme ve ondan gizli nitelikte açıklamalar alma imkânına sahip değilse, yapacağı hukuki yardımın yararlı olması da beklenemez. Zaten bu durum, AİHS'deki hakların gerçekçi ve etkili bir şekilde tanınması amacına da ters düşer³⁰⁰.

Campbell kararında AİHM, bir avukata danışmak isteyen kişilere, hiçbir sınırlamaya maruz kalmadan avukatıyla görüşebileceği ve tartışabileceği koşulların sağlanmasının, açıkça kamu yararına olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle avukat-müvekkil ilişkisi, kural olarak imtiyazlıdır³⁰¹. AİHS m. 8 bağlamında bir ihlal tespiti yapılan *Kopp* kararında da, avukatla müvekkil arasındaki ilişkinin gizliliğinin hassas bir konu olduğu ve doğrudan savunma haklarıyla ilgili olduğu belirtilmektedir³⁰². *Sorvisto* kararında ise AİHM, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin avukatlık mesleğinin icrasına ilişkin tavsiye kararına atıfta bulunarak, devletlerin, avukat-müvekkil ilişkisinin gizliliğini sağlamak için gereken tüm tedbirleri alması gerektiğini belirtmiştir³⁰³. Anılan tavsiye kararına göre, bu ilkeye ancak hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmak koşuluyla sınırlama getirilebilir³⁰⁴.

Foxley kararında, incelenen delillerin avukatla yapılan yazışmalar olduğu yönündeki iddiaların gerçekliği araştırılmadan, bunların okunup

²⁹⁸ "In-house Lawyer / Counsel" kavramının Türkçe karşılığı olarak maaşlı avukat, müvekkiline işçi-işveren ya da hizmet ilişkisiyle bağlı avukat, kadrolu istihdam edilen avukat kavramları kullanılmaktadır. Çalışmada ise bu kavramın karşılığı olarak kadrolu avukat ifadesi kullanılmıştır.

²⁹⁹ Başvuru no: 13710/88, Niemietz v. Germany, 16.12.1992, para. 28, 37

³⁰⁰ Başvuru no: 12629/87, 13965/88, S. v. Switzerland, 28.11.1991, para. 48

³⁰¹ Başvuru no: 13590/88, Campbell v. UK, 25.3.1992, para. 46

³⁰² Başvuru no: 23224/94, Kopp v. Switzerland, 25.3.1998, para. 74-75

³⁰³ Başvuru no: 19348/04, Sorvisto v. Finland, 13.1.2009, para. 114

³⁰⁴ Recommendation No. R(2000)21 of The Committee of Ministers to Member States on The Freedom of Exercise of The Profession of Lawyer, Principle I/6

kopyasının alınması şeklindeki uygulama haklı görülmemiştir³⁰⁵ (Roth 2006, 10). *Nikula* kararındaysa AİHM, avukatların sahip olduğu özel konuma değinerek, mahkemelerle kamuoyu arasında bir tür arabuluculuk yaparak adaletin işleme sürecinde avukatlara önemli bir rol yüklemektedir. Bu rol, baroya kayıtlı avukatların davranışlarına getirilen alışlagelmiş sınırlamaları ve aynı zamanda baro yönetim kurullarına verilen gözetim ve denetim yetkilerini açıklamaktadır³⁰⁶. Ancak avukatların bu özel konumu, baroya kayıtlı olma koşuluna bağlı görünmemektedir³⁰⁷.

Özetle AİHM'nin, kişinin mahkemeye erişimini güvence altına almak için etkili bir şekilde hukuki yardım almasıyla ilgilendiği görülmektedir³⁰⁸. Bunun gerçekleşmesi için müvekkilin her türlü bilgiyi, ileride açıklanma veya aleyhine kullanılma korkusu yaşamadan avukatına anlatabilmesi şarttır. Ayrıca AİHM'ye göre avukatlar, mahkemelerle kamuoyu arasında yaptıkları aracılık ve sahip oldukları özel konum nedeniyle kendine özgü güvencelerden yararlanmaktadır. Bunun için avukatın baroya kayıtlı olması şart değilse de AİHM, avukatın konumuna uygun, dürüstlüğü ve bağımsızlığını muhafaza edecek bağlayıcı kurallara tabi olmasını aramaktadır. Fakat AİHM kararlarında, kadrolu avukatların baro mensubu olmaları ve kimi kurallara tabi olmasının, hizmet ilişkisiyle bağlı olduğu müvekkili karşısında bağımsızlığını sağlamaya ve dolayısıyla bu özel konumdan yararlanmasına yeterli olup olmadığı açık değildir (Andreangeli 2005, 41-42; 2008, 118).

4.2.2. AB Rekabet Hukukunda İmtiyazın Uygulanışı

Kendini suçlama yasağında olduğu gibi avukat-müvekkil imtiyazının kapsamı ve uygulanışı da, Topluluk Mahkemeleri'nin kararlarıyla şekillenmiştir³⁰⁹. Buna göre ilk olarak *A.M.&S.*³¹⁰ kararıyla avukat-müvekkil iletişiminin gizliliği, önemi bütün üye devletlerce kabul edilen ancak kapsamı ve uygulaması ülkeden ülkeye değişen bir ilke olarak kabul edilmiştir. Herkesin, bir sınırlamayla karşılaşmaksızın avukata danışarak hukuki yardım alabilmesine hizmet eden gizlilik ilkesinin korunması için ATAD üç şart aramaktadır³¹¹.

³⁰⁵ Başvuru no: 33274/96, *Foxley v. UK*, 20.6.2000, para. 43-44

³⁰⁶ Başvuru no: 31611/96, *Nikula v. Finland*, 21.3.2002, para. 45; başvuru no: 15450/89, *Casado Coca v. Spain*, 24.2.1994, para. 54

³⁰⁷ Başvuru no: 37328/97, *A. B. v. Netherlands*, 29.1.2002, para. 86

³⁰⁸ Avukat-müvekkil imtiyazı ile kendini suçlama yasağı arasındaki ilişki ve cezai suçlamadan önce yapılan avukat-müvekkil görüşmelerinin AİHS çerçevesinde korunmadığına ilişkin olarak bkz. Fournier (2005, 616-620)

³⁰⁹ 17/62 sayılı Tüzük kabul edilmeden önce hazırlanan "Deringer Raporu"nda, avukat- müvekkil imtiyazının korunmasına yönelik bir düzenlemeye Tüzük'te yer verilmesi önerilmişse de bu öneri kabul edilmemiştir (Berghe ve Dawes 2009, 418, dn. 104).

³¹⁰ Case 155/79, *A.M. & S. v. Commission*, 18.5.1982

³¹¹ *Ibid.* para. 18-19

Buna göre;

- müvekkilin savunma haklarını kullanması amacıyla,
- bağımsız çalışan ve
- üye ülkelerden birinde mesleğini yürüten³¹² avukatla

yapılan yazışmalar korumadan yararlanacaktır³¹³. İlk şart bakımından, idari sürecin başlamasından sonra yapılan bütün yazışmaların yanı sıra, bu süreç başlamadan önce yapılan ancak incelemenin konusuyla alakalı yazışmalar da gizlilik kapsamındadır³¹⁴. İkinci şart olan avukatın bağımsızlığı yani müvekkiline bir hizmet akdiyle bağlı bulunmaması; avukatın adaletin işlemesi sürecinde mahkemeleri tamamlayıcı rolü ve müvekkilin ihtiyacı olan hukuki yardımı tam bir bağımsızlık içinde verebilmesiyle açıklanmaktadır. Bunların gerçekleşmesiyle ancak, avukatın mesleki etik ve disiplin kurallarına tabi olması ve bu kurallara uymaması halinde belirli yaptırımlara uğramasıyla mümkündür³¹⁵. Bu nedenle şirket içinde çalışan avukat (hizmet akdiyle çalışan, maaşlı avukat) bağımsızlık koşulunu taşımadığı gerekçesiyle imtiyaz kapsamında kabul edilmemektedir³¹⁶.

Ancak *A.M.&S.* davası, kadrolu avukatın yazışmalarını korumamasının yanı sıra, imtiyaz kapsamında olan yazışmaların belirlenmesi noktasında da çeşitli endişeler uyandırmıştır. Zira teşebbüsler, anılan yazışmaların içeriğini açıklamak zorunda olmamalarına rağmen, bunların imtiyazdan yararlanabilmesi için gereken şartları taşıdığına ilişkin maddi delilleri Komisyon yetkililerine göstermelidir³¹⁷. Bu durumda söz konusu değerlendirmeyi yapmanın tek yolu, yerinde incelemeyi yapan görevlilerin belgeyi incelemesidir. Oysa gizlilik kapsamında olabilecek bu tür evraklara “göz gezdirmek” bile, incelemeyi yürüten görevlilerin bilinçli ya da bilinçsiz olarak soruşturmayı farklı bir yöne çevirmesine yol açarak, usulün genel olarak adillliğini tehdit edebilir (Fournier 2005, 635).

³¹² Ibid. para. 25-26. AB üyesi olmayan ülkelerde çalışan avukatların yaptığı yazışmaların korumadan yararlanamamasının başlıca nedeni, mesleğe ilişkin ortak kuralların yetersizliğidir (Andreangeli 2008, 95). Ancak bu şart, örneğin ABD’de çalışan ve AB’deki müvekkiline danışmanlık veren bir avukatın, Brüksel’deki ofiste çalışan Avrupa’lı bir avukat aracılığıyla müvekkiliyle yazışmak zorunda kalması veya AB’ye ilişkin bir konunun ABD’de yapılan rekabet soruşturmasında korumadan yararlanmasına karşın bunun tersinin mümkün olmaması gibi garipliklere yol açmaktadır (Carr 1996, 525).

³¹³ Ibid. para. 21

³¹⁴ Ibid. para. 23

³¹⁵ Ibid. para. 24

³¹⁶ Fakat kimi AB üyesi ülkelerde kadrolu avukatlar da baroya üye olabilmekte ve meslek kuralları ile disiplin yaptırımlarına tabi olmaktadır.

³¹⁷ Ibid. para. 17, 29-30

İDM'nin *Hilti*³¹⁸ kararında imtiyazın kapsamı biraz genişletilmiş ve kadrolu avukatın yaptığı yazışmalar, bağımsız bir avukattan alınan hukuki görüşü nakletmesi şartıyla imtiyaz kapsamında değerlendirilmiştir. *Akzo* davasına ilişkin ara karar³¹⁹ ise, *A.M.&S.* davasıyla belirlenen çerçevenin gözden geçirilmesi yönünde işaretler vererek imtiyazın kapsamının genişletilmesine yönelik beklentileri artırmıştır. Bu ara karara ve yapılan reform çağrılarına rağmen *Akzo*³²⁰ kararında İDM, mevcut uygulamayı genel olarak korumuştur (Andreangeli 2008, 93).

Akzo kararına göre; yazışmanın yapıldığı avukatın bağımsız olması şartı, baroya üye olma veya meslek kurallarına tabi olma gibi müspet koşullara değil, müvekkille arasında hizmet ilişkisi bulunma şeklindeki menfî koşula bağlıdır. İDM'ye göre tam olarak bağımsız bir avukatın, hukuki yardımı alan teşebbüs karşısında yapısal, hiyerarşik ve fonksiyonel anlamda üçüncü kişi konumunda olması gerekmektedir³²¹. Bu nedenle kadrolu avukatın baroya mensup ve dolayısıyla mesleki etik ve disiplin kurallarına tabi olmasının, bağımsızlık koşulunu yerine getirmek için yeterli olmadığı, keza *A.M.&S.* davasında ATAD'ın bütün bunları dikkate alarak bir sonuca ulaştığı ve bunun bilinçli bir tercih olduğu belirtilmektedir³²².

Kadrolu avukatın, bağımsız avukatla yaptığı yazışmalara da açıklık getiren İDM, tamamen iç yazışma niteliğindeki belgelerin kural olarak inceleme yetkilerinin kapsamında olduğunu, ancak bunun iki istisnası bulunduğunu belirtmektedir: Bağımsız avukatla yapılan ve hukuki danışmanlık içeren yazışmaların içeriğini veya metnini nakleden notlar ile münhasıran savunma haklarının kullanılması çerçevesinde bağımsız avukattan danışmanlık almak amacıyla oluşturulan hazırlayıcı belgeler³²³. Öte yandan bir belgeye ilişkin olarak avukatla görüşme yapılmış olması, bu belgenin koruma kapsamında değerlendirilmesi için tek başına yeterli değildir³²⁴. Ayrıca bu uygulamanın bir istisna olduğu, istisnaların dar yorumlanması ve bu şartların oluştuğunu ilgili teşebbüsün ispatlaması gerektiği unutulmamalıdır³²⁵.

Alınmak istenen belgelerin imtiyaz kapsamında olduğunun teşebbüslerce öne sürülmüş olması, bunların Komisyon yetkililerince

³¹⁸ Case T-30/89, *Hilti AG v. Commission*, 12.12.1991; Order of the CFI, Case T-30/89, 4.4.1990, para. 13, 16-18

³¹⁹ Order of the President of the CFI, Case T-125/03, *Akzo Nobel ... v. Commission*, 30.10.2003

³²⁰ Case T-125/03 and 253/03, *Akzo Nobel ... v. Commission*, 17.9.2007

³²¹ *Ibid.* para. 168

³²² *Ibid.* para. 167; kadrolu avukat olmanın özünde var olduğu iddia edilen işverene bağımlılık sorununa ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Cohen (2004, 314 -322).

³²³ *Ibid.* para. 173

³²⁴ *Ibid.* para. 123

³²⁵ *Ibid.* para. 124; hazırlık belgelerinin durumu için ayrıca bkz. *ibid.* para. 117-124

okunmasına tek başına bir engel oluşturmaz. Dolayısıyla teşebbüslerin, belgelerin gerçekten imtiyaz kapsamında olduğunu kanıtlayabilecek nitelikteki bulguları göstermesi gerekir. Bunun için de, örneğin belgenin kim tarafından kaleme alındığı, belgenin kimin için, hangi bağlamda ve ne amaçla hazırlandığı, bu kişilerin görevleri, belgenin bulunduğu yer, dosyalandığı yerdeki diğer belgeler gibi hususlarda yetkililer bilgilendirilmelidir³²⁶.

Birçok durumda, gizlilik kapsamında olduğu öne sürülen belgelerin dış görünüşüne ait bulgulardan (örneğin başlığı, genel tasarımı, antetli kağıda yazılması) teşebbüsün öne sürdüğü gerekçelerin haklılığı anlaşılabilir. Buna karşın İDM, yüzeysel bir inceleme yapılarak belgeye “göz gezdirmenin” dahi imtiyaz kapsamındaki bilgilere erişim sağlayacağına işaret etmektedir. Dolayısıyla teşebbüsler, göz gezdirmenin belgenin içeriğini ortaya çıkaracağını düşünüyorsa ve bu konudaki görüşünü destekleyen makul gerekçeler sunabiliyorsa, belgenin sadece “göz ucuyla” incelenmesine dahi engel olabilir³²⁷. Eğer Komisyon yetkilileri, teşebbüsün öne sürdüğü gerekçelerden ikna olmamışsa, söz konusu belgelerin bir suretini mühürlü bir zarfa koyarak almalıdır³²⁸. Bu süreç sonrasında Komisyon gizlilik talebine ikna olmazsa, bu talebi reddederek teşebbüsün konuyu İDM önüne taşımaya imkân tanıyan bir karar alması ve teşebbüsün mahkemeye başvuru süresi dolana kadar söz konusu belgeyi okumaması gerekecektir³²⁹. Böylece hem gizlilik ilkesinin ihlali hem de inceleme kapsamındaki delillerin karartılması önlenecektir³³⁰.

İmtiyaz kapsamındaki belgelerin Komisyon’ca okunmasını ilkenin ihlali olarak gören İDM, söz konusu imtiyazın, bağımsız avukatla yapılan yazışmaların teşebbüs *aleyhine kullanılmaması* koşulunun ötesine geçtiğini ifade etmektedir. Zira imtiyaz kapsamında olan belgeler delil olarak kullanılmasa bile teşebbüs, geri döndürülmesi mümkün olmayan bir zararla karşılaşacaktır³³¹. Fakat elektronik ortamdaki veriler bakımından imtiyazın nasıl belirleneceği, teşebbüsün böyle bir hakka sahip olduğunun incelemeye başlamadan önce belirtilmesinin zorunlu olup olmadığı gibi hususlar, Topluluk Mahkemeleri’nce henüz açıklığa kavuşturulmamıştır.

³²⁶ Ibid. para. 80

³²⁷ Ibid. para. 81-82

³²⁸ İncelemeyi yürüten yetkililer teşebbüsün öne sürdüğü gerekçelerden ikna olmuşlarsa ilgili belgeyi almayacak, belgenin imtiyaz kapsamında olabileceği yönünde şüpheleri varsa mühürlü zarf yoluyla belgeyi alacaklardır. Eğer belgenin imtiyaz kapsamında olmadığından emin olmuşlarsa, bu takdirde belgenin suretini almalarında bir sakınca bulunmayacaktır (Dekeyser ve Gauer 2005, 573, dn. 82).

³²⁹ Ibid. para. 85, 88; ayrıca bkz. Komisyon (2010, 14, para.51).

³³⁰ Ibid. para. 83

³³¹ Ibid. para. 86-87

Topluluk Mahkemelerinin bu yaklaşımına³³² getirilen en önemli eleştiriyse, kadrolu avukatın yazışmalarını imtiyaz kapsamında kabul etmemesidir. Hâlbuki bazı üye ülkelerde kadrolu avukatlar baroya üye olabilmekte, dolayısıyla serbest avukatla aynı hak ve yükümlülüklerle sahip olmaktadır. Bu nedenle disiplin cezasıyla desteklenmiş meslek kurallarına tabi olmak şartıyla, kadrolu avukatların da imtiyazdan yararlanması gerektiği öne sürülmüştür³³³. Bu öneriyi kabul etmeyen Topluluk Mahkemesi, yaptığı değerlendirmede esastan çok biçime, yani disiplin yaptırımıyla desteklenmiş meslek kurallarına tabi olan avukatın, müvekkiliyle yazışmalarının korunması ihtiyacından ziyade, imtiyazın Topluluk bünyesinde yeknesak biçimde uygulanmasına önem verdiği gerekçesiyle eleştirilmektedir (Hill 1995, 191). Ayrıca mevcut yaklaşımın teşebbüsler bakımından önemli zorluklar oluşturduğu³³⁴ ve teşebbüslerin hukuka uymasını sağlamada kadrolu avukatların sahip olduğu önemli imkânlarla zarar verdiği iddia edilmektedir (Faull 1998, 140). Keza 1/2003 sayılı Tüzük'ün bildirim sistemini ortadan kaldırmasıyla, teşebbüslerin kendi başlarına yapacağı değerlendirmenin çok daha önemli hale geldiği, kadrolu avukatların bu süreçte daha aktif bir role sahip olacağı ve bu nedenle imtiyazdan yararlanmaları gerektiği yönünde değerlendirmeler yapılmaktadır³³⁵.

Buna karşın ATAD, müvekkile olan finansal bağlılığın Fransa ve İtalya gibi üye ülkelerde³³⁶ avukatın etik anlamda bağımsızlığının sonu ve meslekten çıkarılma gerekçesi olarak görüldüğünü, bu nedenle de bağımsız çalışan avukatlara uygulanan meslek kurallarına tabi olmadıklarını belirtmektedir³³⁷. Hatta meslek kurallarına tabi olsa bile bu kuralların, maaşlı avukatın işverene olan bağlılığına üstün gelemeyeceği³³⁸, hukuka aykırı davranışları yetkili mercilere bildirme yükümünü tehdit edeceği ve hiçbir zaman tam olarak

³³² ABD uygulamasında avukatın baroya kayıtlı olması veya mesleğini yürüttüğü ülkede tabi olduğu kurallar imtiyaz bakımından önemli değildir. Bir avukatın imtiyazdan yararlanması için hukuki görüş vermeye yetkili ve kanuna göre buna ehil olması aranmaktadır. Bağımsızlık ve baroya kayıtlı olma ise belirleyici unsur olmayıp, yazışmaların hukuki görüş içerip içermediğini belirlemede kullanılan kriterlerdendir. Böylece kadrolu avukatlar da gerekli koşulları yerine getirmek kaydıyla imtiyazdan yararlanabilir (Joshua 2004, 40).

³³³ AG Slynn, Opinion in Case 155/79, A.M. & S. v. Commission, 26.1.1982

³³⁴ Örneğin müvekkiline mümkün olan en iyi şekilde hukuki görüş vermeye çalışan kadrolu avukat, yaptığı çalışmanın bir gün müvekkili aleyhine kullanılabileceği riskiyle çalışmakta, oluşturulan hukuki görüşler imtiyazdan yararlanması için serbest avukat aracılığıyla teşebbüse gönderilmekte ve mümkün olduğunca yazılı hale getirilmemektedir (Carr 1996, 522-523).

³³⁵ Ancak bu iddiaların pek de geçerli olmadığı yönünde bkz. Wils 2006, 20; Case T-125/03 and 253/03, Akzo Nobel ... v. Commission, 17.9.2007, para. 172-173

³³⁶ Avrupa ülkelerindeki uygulama hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. CCBE Report (2004).

³³⁷ Case T-125/03 and 253/03, Akzo Nobel ... v. Commission, 17.9.2007, para. 171

³³⁸ Dekeyser ve Gauer 2005, 569; aksi yönde bkz. Order of the President of the CFI, Case T-125/03, Akzo Nobel ... v. Commission, 30.10.2003, para. 80

bağımsız olamayacağı öne sürülmektedir. Bu durum, maaşlı avukat olmanın doğal sonucu ve serbest avukatla arasındaki temel yapısal fark olan işverene karşı ekonomik bağımlılık ve bunun sonucunda oluşan işini kaybetme riskinden kaynaklanır. Kadrolu avukatla işvereni arasındaki bu güçlü bağ, avukatın olayları bağımsız bir şekilde değerlendirmesi için gereken bakış açısını kaybetmesine yol açabilir (Cohen 2004, 318). Kısacası bir avukatın imtiyazdan yararlanabilmesi için, yöneticisi adına çalışmaktan ziyade hukukun hizmetkârı olmasını teminat altına alan şartların varlığı aranmaktadır (Faull 1998, 143).

Sonuç olarak Topluluk Mahkemeleri'nin konuya yaklaşımında, avukat-müvekkil imtiyazının korunması ile rekabet hukuku kurallarının etkili bir şekilde uygulanması arasında denge kurma çabası açıkça görülmektedir. Asıl olarak imtiyazın kapsamına kadrolu avukatla yapılan yazışmaları dâhil etmediği için eleştirilen³³⁹ bu yaklaşım, özellikle gizlilik kapsamında olması muhtemel delillerin alınması usulünü belirginleştirmesi ve alınan belgelerin imtiyaz kapsamında olmadığına ilişkin Komisyon kararlarına karşı yargı yolunu açıkça öngörmesi nedeniyle oldukça önemlidir³⁴⁰ (Andreangeli 2008, 111-112).

4.2.3. Türk Rekabet Hukukundaki Durum

Türk hukuk sisteminde avukat-müvekkil yazışmalarının korunmasına yönelik düzenlemeler, CMK m. 130 ile Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği³⁴¹ m. 13'te yer almaktadır. Bu düzenlemeler Topluluk Mahkemeleri'nin yaklaşımına oldukça benzemekte ve el konulacak şeylerin avukat-müvekkil arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğu öne sürülürse, bunların bir zarfa konularak konuyla ilgili kararı verecek hâkime iletilmesi usulünü benimsemektedir.

Türk rekabet hukukundaysa, avukat-müvekkil iletişiminin korunmasına yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır³⁴². Ancak OECD tarafından yapılan bir çalışmada; Kurul'un, AB uygulamasını takip ettiğini belirttiği ve dokunulmazlık kapsamındaki belgeleri ne talep ettiği ne de delil olarak kullandığı ifade

³³⁹ Mevcut uygulamayı avukat-müvekkil imtiyazı olarak adlandırmanın mümkün olmadığı, kavramın İngiliz gelenek hukukundakinden çok temel farkları olduğu, dolayısıyla uygulamanın sınırlarını daha iyi yansıtan ve teşebbüslere, nelerin imtiyaz kapsamında olduğunu anlama imkânı tanıyan yeni bir isim bulunması gerektiğine ilişkin olarak bkz. Murphy (2009, 125, 132).

³⁴⁰ Case T-125/03 and 253/03, Akzo Nobel ... v. Commission, 17.9.2007, para. 45-49

³⁴¹ Bkz. 1.6.2005 tarih ve 25832 sayılı RG. Bu yönetmelik hükümlerinin, Kurul'un yapacağı yerinde incelemeler bakımından kıyasen uygulanması gerektiği görüşü için bkz. Budak (2004, 147).

³⁴² Kanun Tasarısı'nda ise; özel kanunlarda yazılı gizlilik ve sır saklama hükümleri ileri sürülerek bilgi ve belge vermektan imtina edilemeyeceği ve yerinde inceleme yetkisinin kullanılmasına engel olunamayacağı yönünde bir düzenleme getirilmektedir. Ancak bu düzenleme, gizlilik ilkesinden ziyade avukatın sır saklama yükümlülüğü bakımından sonuç doğurabilecek niteliktedir.

edilmiştir (OECD 2005, 85). Fakat bazı çalışmalarda, uygulamanın bu yönde olmadığı ve Kurul'un, avukat-müvekkil yazışması olduğu açıkça belirtilmesine karşın serbest avukatla yapılan yazışmaların bile suretini alıp delil olarak kullandığı ifade edilmektedir (Gürkaynak ve İkiler 2007, 10). Dolayısıyla bugüne kadarki Kurul kararlarında konuya nasıl yaklaşıldığını irdelemek yararlı olacaktır.

Kurul'un bu konuya ilk defa değindiği *ABC Türkiye*³⁴³ kararında; derneğin hukuk müşaviri tarafından yönetim kurulu başkanına gönderilen ve yapılan uygulamanın Kanun'a aykırı olduğu yönündeki e-postanın delil olarak kullanıldığı görülmektedir³⁴⁴. Daha sonraki tarihli *Sanofi Aventis*³⁴⁵ kararında ise her ne kadar mevzuatta, avukat-müvekkil imtiyazının tanınması yönünde bir zorunluluk bulunmasa da Topluluk Mahkemesi'nin kararlarının bu konuda yol gösterici olduğuna işaret edilmekte ve kadrolu avukatla yapılan yazışmaların değerlendirmeye esas alınabileceği belirtilmektedir. Bu iki karar ışığında Kurul'un yaklaşımının, kadrolu avukatla yapılan yazışmaları imtiyaz kapsamında değerlendirmeyen Topluluk uygulamasına paralel olduğu söylenebilir.

Uluslararası alanda kabul görmüş ve tarihi çok eskilere dayanan bir ilke olan avukat-müvekkil imtiyazından, artık kadrolu avukatın da yararlanmasının gerekip gerekmediğinin tartışıldığı bir ortamda, Türk rekabet hukukunda imtiyazın uygulanıp uygulanmayacağı, şayet uygulanacaksa bundan sadece bağımsız avukatların mı yararlanacağı ve konuya ilişkin sürecin nasıl işleyeceği hususları belli değildir³⁴⁶. Dolayısıyla savunma haklarının doğal bir sonucu olan bu ilkeye ilişkin belirsizlikler giderilmeli, uygulamanın nasıl şekillenmesi gerektiğine ilişkin öneriler sunulmalıdır.

4.2.4. AİHM Kararları ve AB Uygulaması Işığında Türkiye İçin Öneriler

Rekabet hukuku bağlamında avukat-müvekkil imtiyazının korunmasına ilişkin temel tartışma, müvekkiline hizmet ilişkisiyle bağlı (maaşlı) avukatın

³⁴³ 24.4.2007 tarih ve 07-34/347-127 sayılı Kurul kararı, s. 30. Danıştay'ın 24.6.2008 tarih ve E. 2007/2143, K. 2008/5037 sayılı kararında (Nuh Çimento); avukatla yapılan yazışmaların delil olarak kullanılmayacağı yönündeki iddianın, dava konusu işlemi sakatlayıcı nitelikte görülmediği ifade edilmiştir.

³⁴⁴ Bağımsız çalışan serbest avukatla yapılan yazışmaların alındığı iddia edilen kararsa, Kurul'un 4.7.2007 tarih ve 07-56/669-232 sayılı 3M kararıdır. Ancak gerekçeli kararda, söz konusu avukat-müvekkil yazışmasının alındığı veya kullanıldığı yönünde bir ifade bulunmamaktadır.

³⁴⁵ 20.04.2009 tarih ve 09-16/374-88 sayılı Kurul kararı.

³⁴⁶ Kurul'un 13.10.2009 tarih ve 09-46/1154-290 sayılı kararına (CNR II) konu olayda da avukat-müvekkil imtiyazının ihlal edildiğine ilişkin iddialar yer almaktadır. Ancak konuyla ilgili gerekçeli karar henüz yayımlanmadığından kararla ilgili ayrıntılı değerlendirmelere yer verilememiştir.

imtiyazdan yararlanıp yararlanamayacağı noktasında toplanmaktadır³⁴⁷. Serbest çalışan ve gerçek manada bağımsız olan avukatla yapılan yazışmaların imtiyaz kapsamında olduğu ise genel kabul görmektedir. Dolayısıyla Türk rekabet hukuku uygulamasında da, bağımsız avukatla yapılan yazışmalar imtiyazlı kabul edilmelidir. Ancak bu uygulamanın, Kurul'un inceleme ve delil toplama yetkilerini işlevsiz kılması engellenmelidir. Bu nedenle gizlilik iddialarına ne şekilde davranılacağı ve bu iddialar yeterli görülmezse nasıl bir uygulama benimseneceği önemlidir³⁴⁸.

İmtiyaz kapsamında olduğu öne sürülen belgelerin dış görünüşüne ait bulgulardan bu özellikleri anlaşılıyorsa bunların alınmaması; eğer anlaşılıyorsa, yetkililerin anılan belgeyi yüzeysel olarak incelemeleri halinde içeriğinin ortaya çıkması kaçınılmazsa ve teşebbüs tarafından öne sürülen gerekçeler haklı bulunursa bu belgelerin bir zarfa konup mühürlenerek alınması gerekir. Fakat bu uygulamanın kötüye kullanılması da önlenmeli, örneğin bir odadaki tüm belgelerin imtiyaz kapsamında olduğu yönündeki iddialar dikkate alınmamalıdır. Alınan belgelerin delil olarak kullanılmasına karar verildiği takdirdeyse, Kurul'un bu yönde alacağı karara karşı yargı yoluna gidilebilmelidir. Münhasıran hukuki mütalaa almak için hazırlanan veya bağımsız avukattan alınan görüşü aktaran iç yazışmalar ise, dar yorumlanmak ve imtiyaza ilişkin şartların varlığı teşebbüslerce ispatlanmak kaydıyla korumadan yararlanabilir.

Bu noktada Topluluk Mahkemeleri'nin benimsediği yaklaşımın hem adil hem de akılcı olduğu belirtilmelidir. Zira yerinde incelemeyi gerçekleştirenlerin sahip oldukları tecrübe ve uygulama farklılıkları, konuyla ilgili sıcaklığına ve olayların etkisine kapılarak öznel kararlar alma riski, her yerinde incelemenin kendine özgü şartlarının bulunması gibi nedenler imtiyaz konusunda yeknesak olmayan uygulamalara yol açabileceğinden, konuya ilişkin kararın sonradan alınması bu sorunları da çözmektedir (Murphy 2009, 129).

AB uygulamasının anlatıldığı kısımda ayrıntılı olarak değinildiği üzere, kadrolu avukatın disiplin rejimine tabi olduğu takdirde bile müvekkiline karşı tam olarak bağımsız olup olamayacağı hususu tartışmalıdır. Bu çerçevede

³⁴⁷ 1/2003 sayılı Tüzük'le oluşturulan Avrupa Rekabet Ağı bünyesinde yapılan işbirliği neticesinde de imtiyaza ilişkin sorunlar yaşanabilir. Örneğin İngiltere gibi kadrolu avukatın da imtiyazdan yararlandığı ülkelerin rekabet otoriteleri, aynı korumayı sağlamayan bir üye ülke rekabet otoritesi aracılığıyla elde ettiği ve kadrolu avukatla yapılmış yazışmaları, kendi hukukuna göre elde etme imkânı olmamasına rağmen delil olarak kullanabilecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Vesterdorf (2005c, 721-722); Wils (2005, 55-56, 83); Roth (2006, 10); OFT, Powers of Investigation (2004, para. 6.3.).

³⁴⁸ Başvuru no: 50882/99, Sallinen v. Finland, 27.9.2005, para. 91-92

kadrolu avukatın imtiyazdan yararlanması hususu³⁴⁹; özellikle avukatın faaliyetini yürüttüğü ülkede yürürlükte olan kurallar ışığında, avukatın mesleki anlamda dürüstlüğünü ve müvekkiline karşı bağımsızlığını koruyan bağlayıcı kurallara tabi olup olmadığına göre değerlendirilmelidir. Bu yaklaşım, üye ülkelerin uygulamalarını dikkate alarak konuyu çözümlmek durumunda olan AB uygulaması bakımından elverişli olmasa da, Türkiye bakımından benimsenebilir (Andreangeli 2008, 121). Her ne kadar Türkiye’de, kadrolu avukatlar baroya kayıtlı ve meslek kuralları ile disiplin yaptırımlarına tabi olsa bile, bu durumun işveren konumundaki müvekkillerine karşı tam bir bağımsızlık sağlayıp sağlamadığı hususu açık değildir. Dolayısıyla kadrolu avukatların durumuna ilişkin olarak AİHM’nin de bir kararının bulunmadığı göz önüne alınırsa, Topluluk Mahkemeleri’nin yaklaşımını benimsemek en uygun çözüm yolu olarak görünmektedir.

³⁴⁹ Avukat-müvekkil imtiyazını kadrolu avukata da tanıyan Avrupa ülkeleri; İngiltere, İrlanda, Belçika ve Yunanistan’dır (Dekeyser ve Gauer 2005, 569).

BÖLÜM 5

AİHM’NİN GETİRDİĞİ ÖLÇÜTLER IŞIĞINDA REKABET OTORİTESİ KARARLARININ YARGISAL DENETİMİ

Rekabet hukuku uygulamasında genel olarak görülen iki sistemden biri olan idari rejimde³⁵⁰, soruşturma ve karar verme fonksiyonlarının tek bir organ bünyesinde toplanması aslında alışılmış bir özelliktir. Fakat böyle bir sistemin kabul edilebilir olması, idari kararların alınması sürecinde çeşitli güvencelerin varlığı³⁵¹ (iç denetim), sonrasında ise bağımsız ve tarafsız bir mahkemece bu kararların etkili bir şekilde denetlenmesi (dış denetim) koşuluna bağlıdır (Vesterdorf 2005b, 6-8).

Üçüncü bölümde değinildiği üzere AİHS m.6/1’e ilişkin AİHM içtihadı, bu koşulları bir adım daha öteye götürmektedir. Buna göre AİHS m. 6/1 kapsamında yer alan usuller bakımından aslolan, kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız mahkeme niteliğine sahip bir organ tarafından ilk aşamada karar verilmesidir. Eğer ilk aşamada AİHS m.6/1’de öngörülen bu koşul karşılanamıyorsa, alınan kararların tam yetkili bir mahkeme tarafından denetlenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, birçok idari kuruluş bakımından bağımsızlık ve tarafsızlık koşulunun yerine getirilmesinin zorluğu dikkate alındığında, rekabet hukuku uygulamasında yargısal denetimin kapsamına ve ne kadar etkili olduğuna ilişkin sorular hayati bir öneme kavuşmaktadır.

5.1. AİHM KARARLARI IŞIĞINDA TAM YETKİLİ MAHKEME KAVRAMI

AİHM içtihadına bakıldığında, hukuki meseleler ile somut olayın (vakıaların) gerekleri ve esası hakkında tam bir değerlendirme yapma yetkisine

³⁵⁰ AB üyesi olan ülkelerdeki rekabet otoritelerinin yapılanması hakkında bilgi için bkz. Komisyon (2009, 58-59, para. 190-194).

³⁵¹ Örneğin sözlü ve yazılı dinlenilme hakkı ile dosyaya erişim imkânı tanınması gibi uygulamalar.

sahip olan mahkemelerin, uyuşmazlık konusu üzerinde tam yetkili olduğu kabul edilmektedir³⁵² (Boyle 1984, 105; Galembert 2002, 56). Tam yargısal denetim olarak da ifade edilebilecek olan ve yerindelik denetimine uzanabilecek kadar kapsamlı bir denetim öngören AİHM'nin bu yaklaşımının, aslında daha çok cezai alanda yöneltilen suçlamalar bakımından geçerli olduğu görülmektedir.

Medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin olan *Kaplan*³⁵³ davasında AİHK, AİHS'ye taraf devletlerin hukuklarında kamu otoritelerine belirli ölçüde takdir yetkisi tanıdığı ve bunun doğal sonucunun da, ilgili işlemin tabi olacağı yargısal denetime sınır getirilmesi olduğunu belirtmektedir. Dolayısıyla idarenin takdir yetkisinin belirli unsurları, yargısal denetime tabi olmamaktadır. İdari kuruluşlar bu çerçevede hareket ettikleri sürece yargısal denetimi yapan mahkeme, çok istisnai durumlar haricinde idari işlemin esasının sağlam temeller üzerine kurulup kurulmadığına karar verememektedir³⁵⁴.

Ancak sonraki kararlarında AİHM bu denetimin, idari kuruluşların takdir yetkisinin biçimsel bir denetimi anlamına gelmediğini vurgulamıştır (Zupancic 2000, 9). *Obermeier*³⁵⁵ davasında; idari otoritelerin takdir yetkilerine ilişkin denetimin, anılan yetkinin kanunun amacına uygun kullanılıp kullanılmadığıyla sınırlandırılmış olmasının, AİHS m. 6/1'in gereklerini karşılamadığı, çünkü böyle bir denetimin, mahkemenin konunun esasına girmesini engellediği belirtilmiştir³⁵⁶. Benzer şekilde *Zumtobel*³⁵⁷ davasında; idare mahkemesinin, iddiaların esasını tek tek değerlendirerek bunlara yanıt vermesini ve davaya ilişkin çeşitli olayları araştırmaktan çekinmemesini dikkate alan AİHM, m. 6/1'in ihlal edilmediğine karar vermiştir³⁵⁸.

AİHM'nin *Bryan*³⁵⁹ davasında ise şehir plancılığı alanında İngiliz hukukunda geçerli olan yargısal denetim incelenmiştir. AİHM'ye göre bu olaydaki hukukilik denetimi, kararın bütün yönlerini kapsayıcı nitelikte olmadığı gibi asıl şikâyetteki hususları tekrar değerlendirmeyi veya kararın yerine geçecek yeni karar alınmasını öngörmemektedir. Ancak karara dayanak olan delillerin yetersizliği veya idari usulde kabul edilen güvencelerin ihlal edildiği gerekçeleriyle, yargısal denetimi yapan mahkemenin kararı iptal etme yetkisine

³⁵² Başvuru no: 7299/75, 7496/76, Albert and Le Compte v. Belgium, 10.2.1983, para. 29

³⁵³ Başvuru no: 7598/76, Kaplan v. UK, 17.7.1980, Report of the Commission.

³⁵⁴ Ibid. para. 159

³⁵⁵ Başvuru no: 11761/85, Obermeier v. Austria, 28.6.1990

³⁵⁶ Ibid. para. 70

³⁵⁷ Başvuru no: 12235/86, Zumtobel v. Austria, 21.9.1993

³⁵⁸ Ibid. para. 31-32, ayrıca başvuru no: 12884/87, Ortenberg v. Austria, 21.11.1994, para 70

³⁵⁹ Başvuru no: 19178/91, Bryan v. UK, 22.11.1995

vurgu yapılarak, mevcut yargı denetiminin AİHS m. 6/1'e uygunluğu sağladığı kabul edilmektedir³⁶⁰.

Bu davayla; kararın yerindeliğini sorgulama imkânı bulunmasa bile, idari usulde uygun güvencelerin tanınması ve ilgili kararın hukukiliğine ilişkin yargısal denetimin bulunmasının, usulün genel olarak adil olmasını sağladığı kabul edilmiştir. Ancak benzer yargısal denetim standartlarının, kişisel haklar bakımından doğrudan belirleyici ve özellikle de cezai alanda yöneltilen suçlamalar hakkındaki idari usuller bakımından yeterliliği tartışmalıdır (Poustie 2001, 668-669).

AİHS m. 6/1 çerçevesinde cezai nitelikte bir isnada ilişkin olarak alınan karara karşı başvurulabilecek yargı yollarını AİHM, *Belilos*³⁶¹ davasında değerlendirmiştir. Buna göre; somut olaydaki yargısal denetimin, konunun esasına ilişkin karar verilmesine izin vermediği ve sadece hukukilik denetimiyle sınırlı olduğu, ayrıca iddiaların sözlü olarak dinlenmesine veya kararı desteklemek için yeni deliller toplanmasına izin vermediği belirtilmektedir. Keza somut olayın yeniden incelenmesi imkânının bulunmadığı ve aynı durumun üst mahkeme aşamasında da geçerli olduğu ifade edilmektedir. Zira üst mahkemenin bu olaydaki yetkisi, keyfilik bulunmadığını temin etmekle sınırlıdır. Anılan nedenlerle AİHM, AİHS m. 6/1'in ihlal edildiğine karar vermiştir³⁶².

*Schmautzer*³⁶³ davasında; idare mahkemesinin, idari işlemi bütün yönleriyle, bir diğer ifadeyle hem maddi vakıalar hem de hukuki olaylar bakımından değerlendirip iptal etme yetkisinin bulunmaması, AİHS m.6/1'e aykırı bulunmuştur³⁶⁴. Belirli koşullar altında medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin idari işlemler bakımından daha sınırlı bir yargısal denetim kabul edilebilmekle birlikte, cezai alanda yöneltilen suçlamalar bakımından yargısal denetim, davaya ilişkin bütün olayları inceleme yetkisine sahip mahkemece yapılmalıdır. Dolayısıyla idari otoritelerin, cezai alandaki kararları bakımından gereken yargısal denetime sınır getirilmesi mümkün değildir³⁶⁵.

Bu başlık altında incelenecek son dava olan *Janosevic*³⁶⁶ davasında AİHM, tam yetkili mahkemenin, hukuki meselelere veya maddi vakıalara ilişkin bütün hususları inceleyerek gerektiğinde kararı iptal edebilme yetkisine sahip

³⁶⁰ Ibid. para. 44-46

³⁶¹ Başvuru no: 10328/83, *Belilos v. Switzerland*, 29.4.1988

³⁶² Ibid. para. 70-71

³⁶³ Başvuru no: 15523/89, *Schmautzer v. Austria*, 23.10.1995

³⁶⁴ Ibid. para. 36

³⁶⁵ Başvuru no: 15523/89, *Schmautzer v. Austria*, 19.5.1994, Report of The Commission, para. 53

³⁶⁶ Başvuru no: 34619/97, *Janosevic v. Sweden*, 23.7.2002

olması gerektiğini bir kez daha ifade etmiştir³⁶⁷. Ardından somut olaydaki idare mahkemesinin, önündeki davaların bütün yönlerini inceleme yetkisinin bulunduğu, bu incelemenin sadece hukuki olaylarla sınırlı olmayıp maddi vakıaların ve hatta delillerin değerlendirilmesini de kapsadığı ve nihayetinde eğer idari kuruluşun tespitlerine katılmazsa kararı iptal edebildiği gerekçeleriyle AİHS m. 6/1'in gerektirdiği şartları taşıdığına karar verilmiştir³⁶⁸.

Özetle AİHM'nin konuya ilişkin içtihadı, AİHS m. 6/1'in kapsamında yer alan idari işlemlerin yargısal denetiminin anılan işlemlerin medeni haklar veya cezai alanda yöneltilen suçlamalar bakımından belirleyici olmasına göre değişmektedir. Daha sınırlı bir yargısal denetim ancak medeni haklara ilişkin işlemler bakımından kabul edilmektedir. Cezai alanda yöneltilen suçlamalar bakımından ise yetkili mahkeme, hukukilik denetiminin yanı sıra maddi vakıaların gerçekliğini de inceleme yetkisine sahip olmalıdır³⁶⁹ (Andreangeli 2008, 183).

5.2. AB REKABET HUKUKUNDA YARGISAL DENETİM

RA'nın 229. maddesi, AB Konseyi'ne, çıkardığı tüzüklerde yer alan para cezalarını denetleme bakımından Topluluk Mahkemeleri'ne sınırsız yetki vermesine olanak tanımaktadır. Bu çerçevede 1/2003 sayılı Tüzük'ün 31. maddesiyle Topluluk Mahkemeleri'ne, para cezaları bakımından sınırsız yetki tanınmıştır. Bunun doğal sonucu olarak Topluluk Mahkemeleri'nin, Komisyon'un uyguladığı cezaların miktarını azaltma, artırma ya da tamamen iptal etme yetkisi bulunmaktadır³⁷⁰.

RA'nın 230. maddesinde ise İDM ile ATAD'ın, Komisyon kararlarının denetimine ilişkin yetkileri düzenlenmektedir. Topluluk mahkemelerine sınırlı bir denetim yetkisi veren bu hükme göre Komisyon'un kararı; yetkisizlik, usule ilişkin bir kuralın ihlali, RA'nın ya da onun uygulanmasına ilişkin bir hukuk kuralının ihlali ve takdir yetkisinin kötüye kullanılması halleriyle sınırlı olmak üzere iptal edilebilir. Dolayısıyla Topluluk mahkemeleri kendi değerlendirmelerini Komisyon kararında yer alanlarla değiştiremeyeceği³⁷¹ gibi sadece Komisyon'un takdir yetkisini aşmadığını ve kendi önündeki delilleri değerlendirmede hukuki ya da fiili bir hata yapmadığını temin edeceklerdir (Kerse ve Khan 2005, 467-68; Bailey 2004, 1331).

³⁶⁷ Ibid. para. 81

³⁶⁸ Ibid. para. 82

³⁶⁹ Başvuru no: 20641/92, Terra Woningen v. Netherlands, 17.12.1996, para. 51-55

³⁷⁰ Topluluk Mahkemeleri'nin bu yetkisini kullanma biçimine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Andreangeli (2008, 162-164); Kerse ve Khan (2005, 461-466).

³⁷¹ Case T-155/04, SELEX Sistemi Integrati v. Commission, 12.12.2006, para. 28

Rekabet ihlallerine ilişkin Topluluk mahkemesi kararlarına bakıldığında, yapılan yargısal denetimin yoğunluğu, Komisyon kararına karşı ileri sürülen iddialara göre değişmektedir. Eğer usul hükümlerinin veya maddi hukuk kurallarının yanlış uygulandığına ilişkin iddialar söz konusuysa, Topluluk Mahkemeleri kapsamlı bir denetim yaparak adeta hukukun ne olduğunu söylemekte ve Komisyon ile teşebbüslere yol göstermektedir (Vesterdorf 2005b, 12-14). Bu çerçevede, somut olaya ilişkin bulgular ve RA'daki hükümlere uyulup uyulmadığı ayrıntılı şekilde incelenmektedir³⁷² (Bailey 2004, 1332). İDM'nin bu yaklaşımı³⁷³, ATAD tarafından da kabul görmekte ve İDM'nin somut olayları saptayıp ardından bunların doğruluğunu derinlemesine incelemesi gerektiği belirtilmektedir³⁷⁴ (Andreangeli 2008, 165). Zaten İDM'nin kuruluş amaçlarından biri de, karmaşık niteliğe sahip olayların kapsamlı bir şekilde incelenebilmesidir (Vesterdorf 2005b, 13)

Ancak Komisyon'un yaptığı karmaşık ekonomik analizlere ilişkin iddialar söz konusu olduğunda yapılacak yargısal denetim; usul kurallarına uyum, kararın gerekçesinin yeterliliği, somut olayın doğru bir şekilde açıklanması ve somut olayın değerlendirilmesinde açık bir hata yapılması hususlarıyla sınırlı tutulmaktadır³⁷⁵ (Vesterdorf 2005a, 12). Bu durumun gerekçesi olarak; İDM'nin görevinin, önündeki delilleri ayrıntılı bir şekilde yeniden değerlendirmek ve bu delillerden rekabet hukuku kuralları ışığında bazı sonuçlar çıkarmak olmadığı, keza Komisyon'un kararını değiştiremeyeceği, zira bu durumun kurumlar arasındaki dengeyi sekteye uğratacağı ifade edilmektedir³⁷⁶ (Bailey 2004, 1334-1335).

Yoğunlaşma işlemlerine karşı açılan davalarda ise, usuli eksiklik ya da hukuki hata iddialarına ilişkin kapsamlı denetim anlayışı değişmezken, karmaşık ekonomik analizlere ilişkin iddialar bakımından, rekabet ihlallerine ilişkin davalarda benimsenen sınırlı denetimin terk edilerek daha kapsamlı bir yargısal denetimin benimsendiği görülmektedir (Andreangeli 2008, 177). *Airtours*³⁷⁷ ve *Tetra Laval*³⁷⁸ kararlarında, Komisyon'un bazı konularda takdir yetkisi

³⁷² Case T-44/02, *Dresdner Bank AG and Others v. Commission*, 27.9.2006, para. 66-67

³⁷³ Komisyon'un, maddi olayları doğru algıladığını kapsamlı bir şekilde inceleyen İDM kararlarından bazıları için bkz. Case T-41/96, *Bayer v. Commission*, 26.10.2000; Case T-44/02, *Dresdner Bank AG and Others v. Commission*, 27.9.2006

³⁷⁴ Case C-7/95 P, *John Deere Ltd v. Commission*, 28.5.1998, para. 21-22; Case C-2/01 P, *BAI and Commission v. Bayer*, 6.1.2004, para. 47

³⁷⁵ Case 42/84, *Remia v. Commission*, 11.7.1985, para. 26 ve 34; Joined Cases 142/84 and 156/84, *BAT and Reynolds v. Commission*, 17.11.1987, para. 62; Case T-112/99, *Métropole Télévision - M6 and Others v. Commission*, 18.9.2001, para. 114; Case T-168/01, *Glaxosmithkline Services Unlimited v. Commission*, 27.9.2006, para. 57 ve 241

³⁷⁶ Case T-68/89, *Societa Italiano Vetro SpA and Others v. Commission*, 10.3.1992, para. 318-320

³⁷⁷ Case T-342/99, *Airtours v. Commission*, 6.6.2002, para. 63-65

³⁷⁸ Case C-12/03 P, *Commission v. Tetra Laval*, 15.2.2005, para. 39 ve 42

bulunmakla birlikte bunun da yargısal denetime tabi olduğu, yararlanılan delillerin iddiayı ispatlama gücünün de denetlenmesi gerektiği vurgulanmaktadır.

Bu çerçevede, Komisyon'un uyguladığı³⁷⁹ cezalara karşı Topluluk Mahkemeleri'nde açılacak davada, kararın ayrıntılı bir şekilde denetlendiği ve AİHS m. 6/1'deki koşulların sağlandığı ifade edilmektedir. Nitekim *Cimenteries*³⁸⁰ kararında İDM, Komisyon'un hem somut olaya ilişkin bulgularının (maddi deliller) hem de bu bulguların hukuki değerlendirmesinin doğru yapıp yapılmadığının denetlendiğini belirtmektedir (Wils 2005, 47, 159).

Gerek usuli konular gerekse 81. ve 82. maddelerin yorumu bakımından Topluluk mahkemelerinin yaptığı kapsamlı yargısal denetim, Komisyon'un kararları üzerinde etkili bir kontrol sağlamakla beraber, karmaşık iktisadi analizler bakımından geçerli olan daha sınırlı denetimin, AİHS m. 6/1 gereği öngörülen tam yetki kavramını bütünüyle karşılamadığı söylenebilir. Bu nedenle, yoğunlaşma işlemlerinin yargısal denetiminde benimsenen yaklaşımın, rekabet ihlalleri bakımından da kabul edilmesi gerekebilir (Andreangeli 2008, 185-186). Ancak söz konusu kapsamlı yargısal denetimin, yoğunlaşma işlemlerinin kendine has özelliklerinden³⁸¹ kaynaklandığı ileri sürülmekte ve rekabet ihlalleri bakımından aynı yaklaşımı benimsemenin uygun olmadığı belirtilmektedir (Vesterdorf 2005a, 27).

Özetle; Komisyon'un uyguladığı cezalar bakımından Topluluk Mahkemeleri'nin tam yetkili olması sebebiyle, AİHS m. 6/1 bağlamında bir sorun bulunmadığı görülmektedir. Ancak ceza uygulanmayan kararların yargısal denetimi bakımından durum bu kadar açık değildir³⁸². Zira Topluluk Mahkemeleri'nin bu kapsamdaki rolü, olayın esasını yeniden incelemek değil yargısal denetim yapmaktır. Bu durum, Topluluk rekabet hukuku uygulamasının idari sisteme dayanması nedeniyle ilk aşamada karar verme yetkisinin mahkemeye değil idari bir organa verilmesinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla sistem, bir tür kurumlar arası denge öngörmekte, Komisyon ile Topluluk Mahkemeleri'nin kendi esas rollerine (rekabet politikası ve uygulaması - yargısal denetim) odaklanmasını sağlamaktadır³⁸³ (Vesterdorf 2005b, 9-10).

³⁷⁹ Komisyon kararında teşebbüse ceza uygulanmamış olmasının, anılan karara karşı dava açılmasını engellemediğine ilişkin olarak bkz. *Case 77/77, BP v. Commission*, 29.6.1978, para. 13

³⁸⁰ *Case T-25/95, Cimenteries CBR v. Commission*, 15.3.2000, para. 719; *Case T-156/94, Aristrain v. Commission*, 11.3.1999, para. 39

³⁸¹ *Case C-12/03 P, Commission v. Tetra Laval*, 15.2.2005, para. 42

³⁸² House of Lords Select Committee on the European Union, XIX Report: Strengthening the role of the Hearing Officer, 1999/2000, para. 55-56 ve 75-78

³⁸³ *Case T-305/94, ..., LVM v. Commission*, 20.4.1999, para. 148-149; AG Tizzano, Opinion in *Case C-12/03 P, Tetra Laval v. Commission*, 25.5.2004, para. 89

5.3. TÜRK REKABET HUKUKUNDA YARGISAL DENETİM³⁸⁴

Bilindiği üzere Kanun'un 55. maddesi uyarınca, Kurul'un nihai kararları ile tedbir kararları ve para cezalarına ilişkin kararlarının yargısal denetimi Danıştay tarafından yapılmaktadır. İdari yargı yetkisi, Anayasa'nın 125. maddesinin 5. fıkrasıyla idari eylem ve işlemlerin **hukuka uygunluğunun** denetimi ile sınırlanmış ve yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Aynı ifadeler İYUK m. 2'de de yer almakta, ayrıca bu maddede idari mahkemelerin **yerindelik** denetimi yapamayacağı da belirtilmektedir. Dolayısıyla idari yargı denetimi, bir idari işlem ya da eylemin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat öğeleri bakımından incelenmesiyle sınırlı bir denetimdir.

İdari yargı denetimine ilişkin olarak yukarıda belirtilen sınırlamalar göz önüne alındığında, yapılacak denetimin Danıştay'a dar bir hareket alanı sağlaması ihtimaline karşın idari yargı mercilerinin sebep unsuru yönünden olayın özüne dönük inceleme yapabileceği ve davanın esasını da önemli ölçüde inceleyebileceği, bu nedenle sebep unsurunun, kararın dayanak noktasının denetlenmesinde önemli bir araç olduğu belirtilmektedir (Bolatoğlu 2004, 12). Ayrıca idarenin takdir yetkisi de, yargı denetiminden muaf olmayıp, bu yetkinin hukuka uygun kullanılıp kullanılmadığı mahkemece denetlenecektir. Ancak bu denetimin açık hata halleriyle sınırlı olduğu (Eğerci 2005, 286) ve takdir yetkisinin içeriğinin denetlenemeyeceği, aksi durumun yerindelik denetimine gireceği belirtilmektedir (Bolatoğlu 2001, 52). Dolayısıyla sebep ve konu unsuru aracılığıyla davaya ilişkin bütün maddi vakıaların incelenebilmesine ve idarenin takdir yetkisinin de yargı denetimine tabi olmasına rağmen Danıştay'ın, AİHM kararlarında belirtildiği şekliyle tam yargılama yetkisine sahip olup olmadığı noktasında soru işaretleri bulunmaktadır.

Danıştay'ın yapacağı yargısal denetimin sınırları bakımından göze çarpan ilk husus, idari yargının anayasal sınırları nedeniyle, Topluluk rekabet hukuku uygulamasında mahkemelerin sahip olduğu ve Komisyon'un verdiği cezaları değiştirme yetkisine Danıştay'ın sahip olmaması, bir başka ifadeyle Kurul'un yerine geçerek karar almasının mümkün olmamasıdır³⁸⁵. Bu durum Danıştay'ın ceza miktarı nedeniyle aldığı iptal kararı üzerine Kurul'un, Danıştay

³⁸⁴ Türk hukukunda idari yargı yetkisinin sınırlarına dair ayrıntılı bilgi için bkz. Anter (2006, 151-176).

³⁸⁵ Her ne kadar AİHM kararlarında tam yetkili mahkeme kabul edilebilmek için böyle bir yetkiye sahip olmanın zorunlu olup olmadığı açıkça ifade edilmese bile IDM'nin, Komisyon'un uyguladığı cezaları değiştirme yetkisi bulunmasaydı tam yetkili olarak kabul edilmesinin zor olacağı ifade edilmektedir (Wils 2009, 25).

kararındaki gerekçeden hareket ederek uygun cezanın ne olduğunu bulmaya çalışmasına ve zaman kaybına yol açtığı için haklı olarak eleştirilmektedir³⁸⁶. Ancak Kabahatler Kanunu'nun 28. maddesinin dokuzuncu fıkrasıyla Sulh Ceza Mahkemeleri'ne, idari para cezalarının miktarında değişiklik yapma yetkisi tanınmıştır. Uygulamada ise bazı idari yargı yerlerinin, idari para cezası uygulanmasına ilişkin idari işlemin kısmen iptaline karar verdikleri ve aynı yöntemin Danıştay'ın kararlarında da benimsendiği görülmektedir. Fakat bu durumun idari işlemin tanımına ve niteliğine aykırı olduğu belirtilerek, idari para cezasının fazla bulunan kısmının gerekçesini de belirtmek suretiyle idari işlemin tamamının iptal edilmesi gerektiği öne sürülmektedir (Karabulut 2008, 109-110).

Bu noktada daha da önemli olan, Danıştay'a tanınan yargı yetkisinin, *vaka değerlendirmesi* yapılmasına ne ölçüde olanak tanıyacağıdır. Zira iptal davasında yargıcın görevi, hukukun ne olduğunu söylemek ve eğer idari işlem hukuka aykırıysa iptal kararı vermektir. Yerindelik ise zaman ve mekan ile somut duruma en uygun çözüm anlamında kullanılan bir kavram olup, yasa koyucunun bu sayede, idari işlemin sebep unsuru yönünden denetime tabi tutulamamasını murad ettiği öne sürülmektedir (Özay 2000, 308). Özellikle idari kolluk³⁸⁷ etkinlikleri alanında yerindelik denetiminin adeta bir zorunluluk olduğunu belirten Özay (2000, 308) konuya ilişkin olarak şunları aktarmaktadır:

“İdari yargı yerleri, zabıta tedbir ve kararlarını denetleyebilmek için bunların alınmasını gerektiren durum ve olguları değerlendirmek zorundadır. Şöyle ki, bireylerin girişim ve eylemleri olmuş mudur; olmuşsa gerçekten kamu düzenini bozacak nitelikte midir; bunu önlemek için alınan tedbir, tehlikenin ağırlığıyla orantılı ve etkili midir; yoksa hak ve özgürlükleri gereksiz ölçüde sınırlamış mıdır gibi sorunlar aydınlanmadıkça, kolluk yetkisinin hukuka uygun yolda kullanılıp kullanılmadığı anlaşılamaz. Gerçekten idare hâkimi maddi hal ve şartları, sebep-saik unsurunu incelemeyen zabıta yetkisinin saptırıldığını, kötüye kullanıldığını anlayamaz, temel hak ve özgürlükleri koruma misyonunu gereğince yerine getiremez. Bu nedenle idari yargının, kolluk faaliyetleri üzerinde daha geniş ve etkili bir denetleme yetkisine sahip olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla bu alandaki uyuşmazlıkların çözümünde maddi olguların tespit ve takdiri gerekebilir. Zira bu faaliyetlerin hukuka uygunluğu, yerindeliliğine sıkı sıkıya bağlıdır.”

Bu ifadelerden açıkça anlaşıldığı üzere, yerindelik denetimi konusunda genel ve soyut bir yasak getirmek, hukuk devletinin en temel ögesi olarak idari yargı denetiminin taşıdığı anlama aykırıdır (Özay 2000, 309). Ancak idari yargı

³⁸⁶ Bkz. İnan (1999, 51); Bolatoğlu (2001, 60); Karabulut 2008, (106-107).

³⁸⁷ Kurul'un, özel idari kolluk türü olan ekonomik kolluk görevini yürüttüğü genel kabul gören bir husustur (Eğerci 2005, 286).

yerleri yerindelik denetimi yapamaları da, İYUK m. 20/1'de düzenlenen re'sen tahkik ilkesinin bir sonucu olarak maddi durumun gerçekliğini kendiliğinden araştırabilir (Karabulut 2008, 104). Dolayısıyla idari yargı yerlerinin, maddi vakıaların doğruluğunu incelemesinin önünde bir engel bulunmadığı ve dolayısıyla AİHM kararlarındaki tam yetkili mahkeme niteliğine sahip olduğu söylenebilir.

Bu noktada sadece Danıştay'ın sahip olduğu yargısal denetim yetkisinin pozitif hukuktaki sınırları değil, sahip olunan bu yetkinin Kurul kararları bakımından ne ölçüde kullandığı (Waelbroeck vd. 1994, 127) da önemlidir. Kurul kararlarına karşı açılan davalarda Danıştay'ın, rekabet hukukunun maddi hükümlerine aykırılık gerekçesiyle iptal ettiği Kurul kararı yok denecek kadar azdır³⁸⁸. Dolayısıyla Danıştay'ın esas bakımından yaptığı denetim genelde Kurul kararları lehinde sonuçlanmaktadır (Gürzumar 2007, 93). Kimilerince bu durum, Türk rekabet hukuku uygulamasının Danıştay ayağının yürümediği şeklinde yorumlanmaktadır³⁸⁹ (Yılmaz 2007, 121).

Bu çerçevede idari yargı denetiminin Anayasal sınırları bulunmakla birlikte uygulamada idari yargı yerlerinin, para cezalarını dolaylı da olsa değiştirebilme ve maddi vakıaların gerçekliğini taraflarca ileri sürülmesi bile araştırabilme yetkisine sahip oldukları görülmektedir. Ancak Danıştay'ın mevcut yetkisi dâhilinde Kurul kararlarını ayrıntılı bir esas değerlendirmesine tabi tutmaktan kaçındığı görülmektedir. Dolayısıyla AİHS m. 6/1 kapsamında cezai nitelikte kabul edilen rekabet usulüne ilişkin yargısal denetimin AİHM kararlarında öngörülen tam yargısal denetim koşulunu karşılama bile, Kurul kararlarının esasa ilişkin konular bakımından etkili bir yargısal denetime tabi tutulduğunu söylemek güçtür³⁹⁰.

5.4. AİHM KARARLARI IŞIĞINDA TÜRKİYE UYGULAMASI İÇİN ÖNERİLER

Rekabet hukuku uygulamasında idari rejimi benimseyen sistemlerde, rekabet otoritesi kararlarının sınırlı gerekçelere dayanarak iptal edilebilmesi ve yargısal denetimi yapan mahkemenin kararı yeniden alamayıp sadece iptal ediyor olması, aslında bu sistemin alışılmış bir özelliğidir. Fakat bu durumun

³⁸⁸ Rakamlarla ifade edilecek olursa, 314 kesinleşen dava arasından iptal kararı verilen dosya sayısı 243'tür. Söz konusu iptal kararlarının tamamı usuli eksikliklere dayanmaktadır (Gürzumar 2007, 92). Ancak ABD uygulamasında da bağımsız idari kurumların kararlarının esasa dayalı olarak çok nadir iptal edildiği ifade edilmektedir (Güzel 2007, 185-186).

³⁸⁹ Ancak usul denetiminin gayet iyi işlediği hakkında bkz. Güzel (2007, 283).

³⁹⁰ Bu noktada, Türk idare hukukundaki uyumsuzluklara ilişkin olarak AİHM'ye yapılan başvuru sayısının azlığı nedeniyle, Türk idari yargı sistemine ilişkin AİHM içtihadının çok fazla gelişme imkânı bulamadığı belirtilmelidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kalay (2007, 301).

kimi dezavantajları bulunmaktadır.

Öncelikle kararın iptal edilmesi halinde Kurul'un, mahkeme kararının icaplarına göre yeniden bir karar almak durumunda olması³⁹¹ etkin olmayan bir görünüm arz etmektedir. Zira mahkeme kararından yapılması gereken çıkarımlar her zaman belirgin olmayabilir ve dosyanın en baştan yeniden incelenmesini gerektirebilir³⁹². İkinci olarak mahkeme önündeki dava konusu; rekabete aykırı davranış veya yoğunlaşma işlemi değil, rekabet otoritesinin buna ilişkin kararıdır. Bu durum, yapılan yargılama ve sunulabilecek deliller bakımından önemli sonuçlar doğurmakta, daha çok yazılı usule dayanan bu tip yargısal denetimde uzman raporları ve tanık ifadeleri daha az önem taşımaktadır. En önemlisi de, yargılama aşamasında rekabet otoritesinin mahkemeye ne sunduğundan ziyade önceden alınmış kararın içeriğinde ne olduğuna bağlı olarak inceleme konusu karar iptal edilmekte ya da onanmaktadır. Dolayısıyla yeni deliller göstererek kararın iptali edilmesini önlemek mümkün olmamaktadır (Vesterdorf 2005b, 21-22).

Mevcut yargısal denetimin yukarıda bahsedilen olumsuz yanları dikkate alındığında, AİHM içtihadına uygun olduğu kabul edilse bile mevcut sistemde birtakım değişikliklerin yapılması kaçınılmazdır. Bu noktada yapılabilecek ilk öneri, Kurul kararlarının adli yargıda denetlenmesidir³⁹³. Ancak bu önerinin, Anayasal sınırlar nedeniyle mevcut duruma göre nasıl bir farklılık oluşturabileceği sorusu bir yana, idari yargının görev alanını koruyan AYM içtihadına³⁹⁴ uygunluğu da tartışmalıdır (Eğerci 2005, 234). Ama örneğin Fransa Rekabet Konseyi'nin kararlarının adli yargı düzeninde yer alan Paris İstinaf Mahkemesi'nce denetlenmesi, Fransız Anayasa Konseyi'nce Anayasa'ya uygun bulunmuştur³⁹⁵ (Ulusoy 2000, dn. 39). Fransa'daki bu uygulamanın gerekçesi olarak liberal eğilimli hükümetin, idari yargıyı ticari ilişkilerin esnekliğine elverişli görmeyip rekabet alanını idari yargıdan kurtarma arzusu gösterilmektedir³⁹⁶ (Tan 2000, 4). Gerçekten de ekonomik alanın özellikleri

³⁹¹ İdari yargı yerlerince yapılan denetim, iptal davası yoluyla hukuka uygunluk denetimidir. İptal kararının uygulanması doğrultusunda gereken işlemi yapmak da idarenin görevidir. Bu yolla uyuşmazlığın kesin biçimde çözümlendiğini söylemek ise zordur (Tan 2005, 323).

³⁹² Örneğin pazar koşulları, yeni kararın alınacağı sırada önemli ölçüde değişmiş olabilir.

³⁹³ Bu durumun özel hukuk uygulaması bakımından da olumlu etkileri olabilecektir.

³⁹⁴ Ancak AYM'nin, Kabahatler Kanunu'na ilişkin olarak almış olduğu 1.3.2006 tarih, E. 2005/108, K. 2006/35 sayılı kararlarıyla önceki içtihadından ayrıldığı söylenebilir. AYM'nin bu kararının haklı eleştirisi için bkz. Karabulut (2008, 84-88).

³⁹⁵ Konuya ilişkin ayrıntılı bir çalışma için bkz. Atay (2000).

³⁹⁶ Ekonomik alana ilişkin düzenlemelerin bir bölümünün, düzenlenen alanın özelliği gereği karma bir hukuki rejime tabi olması nedeniyle rekabet hukuku için "özel hukukun kamusallaşması" ve "kamu hukukunun özelleşmesi" değerlendirilmesi yapılmaktadır. Buna koşut olarak regülasyon konusunda geleneksel kamu hukuku - özel hukuk ayrımının silikleştiği, zira söz konusu alanlarda çıkan uyuşmazlıkların idari ve adli yargının görevine giren yönleri bulunduğu, ancak uygulama ve

gereği bu alandaki idari işlemlerin yargısal denetiminin kendine özgü sorunları ve özellikleri bulunduğu bir gerçektir. Zira rekabet hukuku, teknik niteliği ağır basan, belirli ölçüde uzmanlaşma gerektiren, önceden konulmuş genel kurallarla ayrıntılı olarak düzenlenmemiş, diğer bir ifadeyle sorumlu kuruluşa bağlı yetkiden ziyade geniş takdir yetkisi tanınan bir alandır (Eğerci 2005, 231).

Gerçekten de ekonomik alana ilişkin kararların yargısal denetimi, hem teknik özellikleri hem de yerindelik denetimine kayma olasılığı nedeniyle önem taşımaktadır. Bu cümleden olarak, idare yargıcının gelecekte ekonomik yargıç olacağı, aynı zamanda iktisatçı, hukukçu ve sosyolog olan yeni bir yargıç tipinin yaratılması gerektiği öne sürülmüştür. Yine benzer gerekçelerle, idari ve adli yargının yanında ekonomik yargı oluşturulması, idari yargı içinde ekonomik konularda uzman mahkemeler kurulması önerildiği aktarılmaktadır (Tan 2010, 389). Buna karşın Türkiye uygulamasında, diğer bağımsız idari otoriteler gibi Kurul kararlarının yargısal denetimi de idari işlemlerin denetimindeki usul ve esaslardan ayrılmamakta, bir başka ifadeyle herhangi bir özellik göstermemektedir. Bu bağlamda, uzmanlaşmış düzenleyici kurul kararlarının yargısal denetiminin bazı güçlükler gösterdiği gerçeğinden hareketle, idari yargı içinde de uzmanlaşma gerektiği sonucuna varılabilir (Güzel 2007, 193)

Yukarıda ifade edildiği üzere AİHM içtihadı, cezai alanda yöneltilen suçlamaya ilişkin kararların yargısal denetiminin daha ayrıntılı ve kapsamlı olmasını öngörmektedir. İngiltere’de Rekabet Temyiz Mahkemesi’ne³⁹⁷ verilen esas denetimine ilişkin yetki, rekabet hukukuna ilişkin kararların AİHS m. 6 anlamındaki cezai niteliğinin ve bunun sonucunda kapsamlı bir yargısal denetimin gerekliliğinin farkına varılmaya başlandığının önemli işaretlerindedir³⁹⁸ (Andreangeli 2007, 596). Keza Paris İstinaf Mahkemesi, Fransız Rekabet Konseyi’nin aldığı kararları hem hukukilik hem de somut olaylar bakımından tam bir yargısal denetime tabi tutmaktadır. Ayrıca mahkemenin, Rekabet Konseyi’nin aldığı kararları iptal etme yetkisinin yanı sıra kendi alacağı kararlarla değiştirme yetkisi de bulunmaktadır³⁹⁹ (Petit 2008, 6, 10).

yorum farklılıklarını gidermek açısından tek bir yargı düzeninin görevlendirilmesinde yarar görüldüğü ifade edilmektedir. Adli yargı - idari yargı ayrımının ortaya çıkıp geliştiği Fransa’da idari yargıdan adli yargıya görev transferi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. (Tan 2010, 392-393).

³⁹⁷ Competition Appeal Tribunal.

³⁹⁸ Benzer şekilde Finlandiya ve İsveç’teki “*Market Court*” yapılanması da bu gelişmeye örnek olarak verilebilir.

³⁹⁹ Nasıl bir yargısal denetim sorusuna Tan (2005, 322); idari yaptırımlara karşı etkili bir yargısal denetimin iptal davasından çok tam yargı davasıyla sağlanabileceğini ve Fransa’daki durumun böyle olduğunu, böylece yargıcın hukuka uygunluk denetimi ile yetinmeyip idarenin yerine geçerek kararı düzeltme yetkisine kavuşacağını ifade ederek cevap vermektedir.

Türkiye uygulamasındaysa Kurul kararlarının yargısal denetiminin, bir uzmanlık mahkemesine bırakılması düşünülebilir⁴⁰⁰. Her ne kadar bu mahkemenin adli yargı düzeninde yer alması zor görünse de, AYM'nin idari yargının görev alanını koruyan içtihadında istisnaların⁴⁰¹ da bulunduğu görülmektedir. Fakat bu çözümün benimsenmesi durumunda, idari işlemlerin yargısal denetimine getirilen Anayasal sınırlamalar nedeniyle aslında mevcut duruma göre çok da fazla bir değişiklik yaşanması zor görünmektedir. Keza Kurul kararlarının Danıştay tarafından denetlenmesi neticesinde elde edilen bunca yıllık tecrübe ve birikimden vazgeçilerek adli yargı bünyesinde yargısal denetimin yapılmasından ziyade, yeni Anayasal sorunlara ve kurumsal tartışmalara mahal verilmeksizin, mevcut sistemin etkinliğinin sağlanması daha doğru olacaktır (Güzel 2007, 274). Ayrıca ikinci bölümde değinilen ve idari rejimin en önemli avantajı olarak görülen hızlı, pratik ve en az maliyetle (etkin) karar alınması özelliği, yargısal denetimin yoğunluğu nedeniyle zarar görebilir. Nitekim bu durumda Kurul'un aldığı karar, kurulacak uzmanlık mahkemesi tarafından ayrıntılı bir şekilde yeniden incelenip benzer işlemler tekrar edileceğinden, etkinlik de azaltacaktır⁴⁰². Dolayısıyla Türkiye uygulaması bakımından benimsenebilecek çözüm yolu, soruşturma ile karar verme fonksiyonlarının ayrılması ve karar verme yetkisinin yine bir uzmanlık mahkemesine bırakılması olmalıdır. Bu yol, önceki bölümlerde değinilen ve AİHS kaynaklı diğer sorunların çözümü bakımından da en makul çözüm olarak görünmektedir.

⁴⁰⁰ Rekabet hukukuna ilişkin meselelerin hukuki boyutunun yanı sıra en az onun kadar önemli olan iktisadi bir boyutu da bulunduğu ve Kurul kararlarını denetleyecek mahkemenin bu iktisadi konuları da etraflıca değerlendirebilecek uzmanlığa sahip olması gerektiği görüşü için bkz. Kumcu (2008, 67). Yine bu yöndeki bir başka öneri için bkz. Cumhurbaşkanlığı Devlet Denetleme Kurulu, Denetleme Raporu, Rekabet Kurumunun 2006, 2007 ve 2008 Yılları Faaliyet ve İşlemlerinin Denetlenmesi, 17.2.2010, sayı 2010 / 7, s. 336. <http://cankaya.gov.tr/sayfa/cumhurbaşkanligi/ddk/ddk38.pdf> Uzmanlık mahkemesi kurulması fikrinin, Topluluk uygulaması açısından beklenen faydaları gerçekleştirilmesinin zorluğuna ilişkin olarak bkz. Vesterdorf (2005b, 25).

⁴⁰¹ Bkz. Eğerci (2005, 240).

⁴⁰² İdari rejimin etkinlik avantajı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Wils (2005, 168-174).

SONUÇ

Adil yargılanma hakkına ilişkin AİHM içtihadının son yıllarda gösterdiği gelişim, kimi idari usullerin AİHS bağlamında cezai nitelikte kabul edilerek, adil yargılama güvencelerinin bu usullere de uygulanmasının yolunu açmıştır. Bunun yanında, özel hayatın ve konutun korunmasına ilişkin AİHM kararlarının işyerlerini de bu koruma kapsamına almasıyla, rekabet otoritelerinin sahip olduğu inceleme ve delil toplama yetkileri bakımından önemli sonuçların ortaya çıkması kaçınılmazdır. Dolayısıyla rekabet hukuku uygulamasında idari rejimi benimseyen ülkeler açısından söz konusu içtihadı uyum sağlamak, rekabet hukuku uygulamasının sağlıklı işleyebilmesi açısından oldukça önemli hale gelmiştir. Bu durum Türk rekabet hukuku bakımından daha da fazla önem arz etmektedir. Zira usuli eksiklikler nedeniyle Kurul'un birçok kararının iptal edilmesiyle sonuçlanan sürecin hafızalara kazınması ve bir daha tekrar etmemesi adına, mevcut sistemdeki eksikliklerin giderilmesi adeta bir zorunluluktur.

Rekabet hukukunda insan haklarına ilişkin bu tartışmanın, ideal bir rekabet hukuku uygulaması için nasıl bir sistemin benimsenmesi gerektiğine ilişkin tartışmaları da beraberinde getirdiği görülmektedir. Zira idari rejimi benimseyen rekabet hukuku sistemlerinde AİHS standartlarının uygulanması, hem karar alma mekanizmasını hem de delil toplama yetkilerini işlevsiz hale getirebilecektir. Dolayısıyla idari rejimi benimseyen Türk rekabet hukukundaki usulün; Danıştay'ın yaptığı yargısal denetim bakımından adil yargılamaya ilişkin AİHM kararlarındaki koşullar yerine getirilse bile, Kurul kararlarının yargısal denetimi bakımından kimi sorunların bulunduğu görülmektedir. Ayrıca yine AİHM kararları ışığında, yerinde incelemelerin mahkeme kararı alınmadan yapılması Türkiye uygulamasındaki bir diğer önemli eksikliklerdir.

Bu bağlamda AİHM kararlarıyla olan uyumsuzlukların giderilmesi için esas olarak iki seçenek karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan biri, soruşturma ve karar verme fonksiyonlarının ayrılması ve karar verme yetkisinin bir uzmanlık mahkemesine devredilmesidir. Böylece mevcut sistemin tarafsız ve adil olmadığı yönündeki eleştirilerle, bunların temelinde yer alan soruşturmacı önyargısına dayalı endişeler ortadan kalkacaktır. Ayrıca karar verme yetkisinin AİHS bağlamında bağımsız ve tarafsız bir mahkemeye bırakılması, delil toplama yetkilerinin hem AİHM içtihatlarıyla uyumlu hem de etkili bir şekilde

kullanılabilmesi bakımından çeşitli avantajları da beraberinde getirecektir. Şöyle ki, yerinde incelemelerin mahkeme kararıyla yapılması halinde kurulacak tek bir mahkemeden izin alınması, incelemelerin eş zamanlı yapılmasını oldukça kolaylaştıracaktır. Keza bu durumda polis desteği de alınacağından incelemenin engellenmesi olasılığı ortadan kalkacağı gibi raportörlerin güvenli bir ortamda çalışması da sağlanacaktır. Bunun haricinde örneğin avukat-müvekkil imtiyazı kapsamında olduğu iddia edilen delillerin gerçekten bu kapsamda olup olmadığı da bu mahkeme tarafından karara bağlanabilecektir.

İkinci seçenek ise, rekabet otoritesi kararlarını, hem hukukilik hem de somut olaylar bakımından denetleyecek tam yetkili bir mahkemenin kurulmasıdır. Bu öneri, her ne kadar soruşturmacı önyargısını tam olarak ortadan kaldırmasa da AİHM içtihadına uyum sağlamak açısından yeterlidir. Ancak Kurul'un detaylı bir inceleme yaparak ulaştığı kararın, hem hukukilik hem somut olayın doğruluğu bakımından tekrar incelenecek olması, bu seçeneğin etkinliği açısından akıllara soru işaretleri getirebilir. Bununla birlikte rekabet hukuku alanında uzmanlaşmış bir yapının oluşturulmasını öngören her iki seçeneğin, bu alanın teknik bilgi ve uzmanlaşma gerektiren karakteristik özelliğini de dikkate alması önemlidir.

Çalışmada kısmen dile getirilen bu önerilere ilaveten, Türk rekabet hukuku uygulamasında nasıl bir sistem oluşturulması gerektiği konusunun artık akademik çevrelerde tartışılması gerekmektedir. Bu tartışmalar yapılırken sadece AİHS standartlarına uyum sağlamak değil, rekabet hukuku kurallarının hem etkin hem de etkili bir şekilde uygulanabilmesi hususu göz ardı edilmemelidir. Esasen çalışmada dile getirilen öneriler, kartellerin suç sayılması (*criminalisation*) akımına ilişkin uygulama ve tartışmalara da paralel olarak değerlendirilmelidir. Zira kriminal rejimin uygulamadaki başarısı, artık göz ardı edilemeyecek noktalara ulaşmıştır.

Bu çerçevede AİHS'nin öngördüğü standartlara uygun davranma gereği, rekabet kuralların etkili bir biçimde uygulanmasını engelleyecek, adeta bir yük olarak görülmemelidir. Zira AİHM'nin emsal niteliğindeki kararlarının dikkate alınarak gerekli uyumun sağlanması, rekabet otoritelerinin keyfi hareket etmediği ve rekabet hukuku kurallarının adil bir şekilde uygulandığı yönünde geniş toplum kesimlerinde bir kabulün oluşmasını sağlarken, aynı zamanda rekabet hukuku normlarının daha fazla kabullenilerek bu normlara uyumun artmasına da katkı sağlayacaktır. Nitekim etkili bir hukuk uygulamasında en önemli faktörlerden birisi de toplumsal desteğin güçlenmesidir.

Ameye'nin ifadesiyle (2004, 341), rekabet hukuku alanında yaşanan bu tartışmaların, insan haklarına dayanan savunmaların kalitesini artırması da umulabilir. Zira rekabet otoritelerinin ve mahkemelerin bu iddialara şüpheyile yaklaşmasındaki en önemli gerekçe, belki de rekabet davalarının özüne ait görülmeyen bu savunmalara yeterli özenin gösterilmemesi sonucu söz konusu iddiaların analitik bakımdan yetersiz kalmalarıdır.

ABSTRACT

In the last two decades, the jurisprudence of the European Court of Human Rights (ECtHR) has evolved in such a way that competition law enforcement could be influenced significantly. Accordingly fundamental rights invoked under the European Convention on Human Rights (ECHR) have steadily grown in importance in competition law cases.

Hence, this study evaluates the case law of the ECtHR to determine whether the application of competition law has conformed to the requirements of the ECHR. In this connection, the provisions of the ECHR most relevant to competition law enforcement are the right to fair trial (article 6) and the right to respect for private and family life, home and correspondence (article 8). Applicability of fair trial standards to competition law enforcement has great consequences on the competition law procedure and judicial review of competition authorities' decisions. This issue is also notable for fair trial guarantees such as right to silence (self-incrimination) and legal professional privilege. Furthermore, in the light of ECtHR's case law, competition authorities' powers to inspect premises of undertakings (dawn raids) raise questions under Article 8 ECHR.

This debate on the interface between competition law and ECHR has come to conclusion that the effectiveness of competition law enforcement is highly dependent on a proper enforcement system. Consequently, a comprehensive analysis of the case-law of the ECtHR shows that possibility of establishing a competition court, while guaranteeing an efficient competition law enforcement, is not in a too distant future.

KAYNAKÇA

- AKILLIOĞLU, T. (2004), “İnsan Hakları ve Yönetim Hukuku: Avrupa Yönetim Hukukunun Oluşmasında Avrupa İnsan hakları Mahkemesi Kararlarının Rolü”, www.idare.gen.tr/akillioglu-insan.htm
- AKILLIOĞLU, T. (2005), “Rekabet Hukuku Uygulamasında İnsan Hakları”, *Rekabet Haber Bülteni*, Sayı 10, s.11-15.
- AKINCI, M. (2001), “Ekonomik Kamu Düzeni ve Rekabet Kurumu”, *Rekabet Dergisi*, Sayı 5, 3-16.
- AKSOYLU, Ö. (2006), *Rekabet Kurulu Tarafından İzlenen İdari Usuller*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları No: 44, Beta Basım Yayım, İstanbul.
- ALİEFENDİOĞLU, Y. (2007), “Uluslararası Sözleşmelerin İç Hukuk Karşısındaki Durumu”, 2007 Yılı İdari Yargı Sempozyumu, Ankara. http://www.danistay.gov.tr/uluslararasi_sozlesmelerin.htm
- AMEYE, E. (2004), “The Interplay Between Human Rights And Competition Law In The EU”, *ECLR*, 25(6), 332-341.
- ANDERSSON, H. ve E. LEGNERFALT (2008), “Dawn Raids in Sector Inquiries – Fishing Expeditions in Disguise”, *ECLR*, 29(8), 439-445.
- 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?”, *The Competition Law Review*, Vol. 2, Issue 1, 31-54.
- ANDREANGELI, A. (2007), “Toward an EU Competition Court: ‘Article-6-Proofing’ Antitrust Proceedings Before The Commission?”, *World Competition*, 30(4), 595-622.
- ANDREANGELI, A. (2008), *EU Competition Enforcement and Human Rights*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham.

ANTER, N. B. (2006), “Türkiye Cumhuriyeti Anayasalarında İdari Yargı Yetkisinin Kapsamı”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.

ASLAM, I. ve M. RAMSDEN (2008), “EC Dawn Raids: A Human Rights Violation?”, *The Competition Law Review*, Vol. 5, Issue 1, 61-87.

ATAY, E. E. (2000), “Fransız İdare Hukukunda Bağımsız İdari Otoritelerin Yargısal Denetimi”, 2000 Yılı İdari Yargı Sempozyumu, Ankara.
<http://www.danistay.gov.tr/14-FRANSIZ%20IDARE%20HUKUKUNDA%20BAGIMSIZ%20IDARI%20OTORITELER.htm>

BALKI, B. (2009), “The Evaluation of The Presumption of Concerted Practices In The Turkish Competition Act and of Its Utilization Under The Case Law Of The European Court Of Justice”, *Rekabet Dergisi*, Cilt 10, Sayı 3, 67-114.

BELLAMY, C. ve G. CHILD (2001), *European Community Law of Competition*, Fifth Edition, Sweet & Maxwell, London.

BERGHE, P. ve A. DAWES (2009), “ ‘Little Pig, Little Pig, Let Me Come In’ : An Evaluation of the European Commission’s Powers of Inspection in Competition Cases”, *ECLR*, 30(9), 407-423.

BOLATOĞLU, H. (2004), *Rekabet Kurulu Kararlarının Yargısal Denetimi*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No:59, Ankara.

BOYLE, A. (1984), “Administrative Justice, Judicial Review and The Right to a Fair Hearing Under The European Convention on Human Rights”, *Public Law*, 89.

BUDAK, A. C. (2004), “AT Konsey ve Komisyonu’nun Yeni Rekabet Tüzükleri ve Rekabet Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler Işığında Delillerin Toplanması ve İspat”, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları-18, Ankara.

CANOR, I. (2000), “Primus Inter Pares: Who Is The Ultimate Guardian of Fundamental Rights in Europe”, *European Law Review*, 25(1), 3-21.

CARR, J. (1996), “Should In-House Lawyers Have Lawyer/Client Privilege?”, *International Business Lawyer*, 24(11), 522-526.

CCBE Report (2004), “Regulated Legal Professionals and Professional Privilege Within The European Union, The European Economic Area and Switzerland, and Certain Other European Jurisdictions”, Brüksel.
http://www.ccbe.org/fileadmin/user_upload/NTCdocument/fish_report_enpdf1184145269.pdf

COSTA, J. P. (2008), "The Relationship Between The ECHR and European Union Law - A Jurisprudential Dialogue Between The European Court of Human Rights and The European Court of Justice", Lecture at The King's College, London.

<http://www.kcl.ac.uk/content/1/c6/03/40/61/JPCostaLectureOctober2008.pdf>

COSTELLO, C. (2006), "The Bosphorus Ruling of the European Court of Human Rights: Fundamental Rights and Blurred Boundaries in Europe", *Human Rights Law Review*, 6(1), 87-130.

CREMER, W. (2009), "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İdari Ceza Hukuku", *İdari Ceza Hukuku Sempozyumu* içinde, s. 173-184, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

DEKEYSER, K. ve C. GAUER (2005), "The New Enforcement System for Articles 81 and 82 and The Rights of Defence", B. Hawk (der.), *International Antitrust Law and Policy, Annual Proceedings from the Fordham Corporate Law Institute 2004* içinde, Juris Publishing, New York, 549-585.

DONALD, R. (2009), "Spanish Court Limits CNC's Evidence Gathering", *Global Competition Review*, 22.10.2009

<http://www.globalcompetitionreview.com/news/article/19160/spanish-court-limits-cnccs-evidence-gathering/>

EĞERCİ, A. (2005), *Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi*, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi, No 12, Ankara.

EMBERLAND, M. (2006), *The Human Rights of Companies*, Oxford University Press, Oxford.

FAULL, J. (1998), "In-House Lawyers And Legal Professional Privilege: A Problem Revisited", *Columbia Journal of European Law*, Vol. 4, 139-145.

FORRESTER, I. S. (2009), "Due Process in EC Competition Cases: A Distinguished Institution with Flawed Procedures", *European Law Review*, 34(6), 817-843.

FOURNIER, E. G. (2005), "Legal Professional Privilege in Competition Proceedings Before The European Commission: Beyond The Cursory Glance", B. Hawk (der.), *International Antitrust Law and Policy, Annual Proceedings from the Fordham Corporate Law Institute 2004* içinde, Juris Publishing, New York, 587-658.

GALEMBERT, N. B. (2002), "The Antitrust Enforcement Procedure Facing Article 6 of The European Convention on Human Rights", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Institute of Comparative Law, McGill University, Montreal.

GÖZÜBÜYÜK, Ş. ve F. GÖLCÜKLÜ (2007), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, 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, 3-11.

GÜRZUMAR, O. B. (2007), “Rekabet Hukukunun 10 Yılı: Rekabet Kanunundan Rekabet Hukukuna”, *Rekabet Kurumu 10. Yıl Sempozyumu*, Ankara.

GÜZEL, O. (2007), “Bağımsız İdari Otoritelerde İdari Usul ve Yargısal Denetimi”, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara.

HILL, A. M. (1995), “A Problem of Privilege: In-House Counsel And The Attorney-Client Privilege In The United States And The European Community”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, 27, 145-194.

HORANYI, M. (2009), “The Hungarian Constitutional Court Quashes New Rules Introducing Director Disqualification”, *e-Competitions*, No: 25147.

HOGAN, G. (2005), “The Use of Compelled Evidence In European Competition Law Cases”, B. Hawk (der.), *International Antitrust Law and Policy, Annual Proceedings from the Fordham Corporate Law Institute 2004* içinde, Juris Publishing, New York, 659-673.

İLİMOĞLU, K. (2006), “Avrupa Birliği’nde İnsan Hakları ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Karşısındaki Konumu” (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.

İNAN, N. (1999), “Rekabet Kurulu Kararlarının Yargısal Denetimi”, *Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu*, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara.

İNAN, N. (2005), “4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un İki Hükümünün T.C. Anayasası Kuralları Açısından İncelenmesi”, *Rekabet Haber Bülteni*, Sayı 7, 4-5.

JALABERT-DOURY, N. (2005), “Competition Authorities and Article 6 ECHR: The Odd OOO Neste Case”, *International Business Law Journal*, No 2-2005, 207-217.

JONES, A ve B. SUFRIN (2008), *EC Competition Law*, Third Edition, Oxford University Press, Oxford.

JOSHUA, J. (2004), “Privilege in Multi-jurisdictional Cartel Investigations: Are European Courts Missing The Point ?”, *Global Competition Review*, Vol. 7, No 2, 39.

- KALAY, J. (2007), “AİHM Kararları Işığında Etkili ve Etkin Bir İdari Yargı Denetimi” (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- KARABULUT, M. (2008), *İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi*, Turhan Kitabevi, Ankara.
- KEKEVİ, G. (2008), *ABD, AB ve Türk Rekabet Hukukunda Kartellerle Mücadele*, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi, No: 15, Ankara.
- KERSE, C. S. ve N. KHAN (2005), *EC Antitrust Procedure*, Fifth Edition, Sweet & Maxwell, London.
- KINDL, J. (2009), “The Czech Supreme Administrative Court Clarifies Rules Applicable to Dawn Raids (Bakeries Cartel)”, *e-Competitions*, No: 28693.
- KOMİSYON (1997), “Dealing With The Commission, Notifications, Complaints, Inspections and Fact-finding Powers under Articles 85 and 86 of the EEC Treaty”, Brussels, Luxembourg. http://ec.europa.eu/competition/publications/dealen1_en.pdf
- KOMİSYON (2009), “Commission Staff Working Paper accompanying The Communication From The Commission to The European Parliament and Council, Report on The Functioning of Regulation 1/2003”. http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/report_regulation_1_2003_working_paper.pdf
- KOMİSYON (2010), “DG Competition, Best Practices on the Conduct of Proceedings Concerning Articles 101 and 102 TFEU”. http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010_best_practices/best_practice_articles.pdf
- KUMCU, E. (2008), *Rekabet Üzerine Denemeler*, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara.
- LASOK, K.P.E. (1990), “The Privilege Against Self-Incrimination in Competition Cases”, *ECLR*, 11(2), 90-91.
- LENAERTS, K. (2007), “Some Thoughts On Evidence And Procedure In European Community Competition Law”, *Fordham International Law Journal*, 30, 1463-1495.
- MACCULLOCH, A. (2006), “The Privilege Against Self-Incrimination in Competition Investigations: Theoretical Foundations and Practical Implications”, *Legal Studies*, Volume 26, No 2, 211-237.
- MESSINA, M. (2007), “The Protection of The Right To Private Life, Home and Correspondence v The Efficient Enforcement of Competition Law: Is A New EC

Competition Court The Right Way Forward?", *European Competition Journal*, Vol. 3, No 1, 185-212.

MURPHY, G. (2009), "Is It Time To Rebrand Legal Professional Privilege in EC Competition Law", *ECLR*, 30(3), 125-136.

OECD (2005a), "Competition Law and Policy in Turkey", Peer Review Report. <http://www.oecd.org/dataoecd/26/7/34645128.pdf>

OECD (2005b), "Competition Law and Policy in The European Union", Peer Review Report. <http://www.oecd.org/dataoecd/7/41/35908641.pdf>

OĞURLU, Y. (2001), *İdari Yapıtlar Karşısında Yargısal Korunma*, İkinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

ÖZ, G. A. (2005), "Rekabet Hukuku ve Politikası, Rekabet Kurumu", 2005 Yılı İdari Yargı Sempozyumu, Ankara. <http://www.danistay.gov.tr/3-Gamze%20Oz.htm>

ÖZAY, İ. (2000), "İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları", Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, Cilt-I, s. 307-314, Ankara.

PERRIN, B. (2006), "Challenges Facing the EU Network of Competition Authorities: Insights From a Comparative Criminal Law Perspective", *European Law Review*, 31(4), 540-564.

PERROUD, T. (2008), "The Impact of Article 6(1) ECHR on Competition Law Enforcement: A Comparison Between France and the United Kingdom", *Global Antitrust Review*, Issue 1, 48-68.

PETERSMANN, E. U. (2001), "Time for Integrating Human Rights into The Law of Worldwide Organizations Lessons from European Integration Law for Global Integration Law", Jean Monnet Working Paper 7/01.

PETIT, N. ve L. RABEUX (2008), "Judicial Review in French Competition Law and Economic Regulation – A Post Commission vs. Tetra Laval Assessment", Social Science Research Network. <http://ssrn.com/abstract=1290143>

PHELPS, J. (2006), "Reflections on Bosphorus and Human Rights in Europe", *Tulane Law Review*, 81, 251.

POUSTIE, M. (2001), "The Rule of Law or The Rule of Lawyers? Alconbury, Article 6(1) And The Role of Courts In Administrative Decision-Making", *European Human Rights Law Review*, 6, 657-676.

RILEY, A. (1999), "The Human Rights Act 1998: Triple Trouble For The OFT?", *Nottingham Law Journal*, Vol. 8(2), 1-27.

RILEY, A. (2000), "Saunders and The Power to Obtain Information in Community and United Kingdom Competition Law", *European Law Review*, 25(3), 264-281.

RILEY, A. (2002), "The ECHR Implications of The Investigation Provisions of The Draft Competition Regulation", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 51, s. 55-89.

RIZZA, C. ve J. T. LANG (2002), "Case Comment, STE Colas Est v France", *ECLR*, 23(8), 413-416.

ROTH, P. (2006), "Ensuring that Effectiveness of Enforcement Does Not Prejudice Legal Protection: Rights of Defence Fundamental Rights Concerns", *European University Institute, The Annual EU Competition Law and Policy Workshop, 2006 Session, Enforcement of Prohibition of Cartels, Florence*.
[http://www.eui.eu/RSCAS/Research/Competition/2006\(pdf\)/200610-COMPed-Roth.pdf](http://www.eui.eu/RSCAS/Research/Competition/2006(pdf)/200610-COMPed-Roth.pdf)

SLATER, D., S. THOMAS ve D. WAELBROECK (2008), "Competition Law Proceedings Before The European Commission and The Right to A Fair Trial: No Need For Reform?", *College of Europe Research Papers in Law*, No 5/2008.

STESSENS, G. (1997), "The Obligation To Produce Documents Versus The Privilege Against Self-Incrimination: Human Rights Protection Extended Too Far", *European Law Review*, 22 Supp (Human Rights Survey), 45-62.

TAN, T. (2000), "Rekabet Hukukunun Uygulama Alanı Açısından Kamu Kuruluşlarının Faaliyeti (Türkiye, Fransa ve İtalya örnekleri)", *Rekabet Dergisi*, sayı 4, 3-42.

TAN, T. (2005), "İdari Yaptırımlar ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki Güvenceler", *Prof. Dr. A. Şeref GÖZÜBÜYÜK'e Armağan* içinde, s. 309-326, Turhan Kitabevi, Ankara.

TAN, T. (2010), *Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri*, Turhan Kitabevi, Ankara.

TRAINOR, S. A. (1995), "A Comparative Analysis of A Corporation's Right Against Self-Incrimination", 18 *Fordham International Law Journal* 2139.

ULUSOY, A. (2000), "Regülasyon Kurumları Hakkında Genel Bir Değerlendirme", 2000 Yılı İdari Yargı Sempozyumu, Ankara.
<http://www.danistay.gov.tr/15-REGULASYON%20KURUMLARI%20HAKKINDA%20GENEL%20BIR%20DEGERLENDIRME.htm>

VENIT, J. S. (2009), "Human All Too Human: The Gathering and Assessment of Evidence and the Appropriate Standard of Proof and Judicial Review in

Commission Enforcement Procedure Applying Article 81 and 82”, *European University Institute, The Annual EU Competition Law and Policy Workshop, 2009 Session, Evaluation of Evidence and Its Judicial Review in Competition Cases, Florence*.

<http://www.eui.eu/Documents/RSCAS/Research/Competition/2009/2009-COMPETITION-Venit.pdf>

VESTERDORF, B. (2005a), “Standard of Proof in Merger Cases: Reflections in the Light of Recent Case Law of the Community Courts”, *European Competition Journal*, Vol. 1, No: 1, 3-33.

VESTERDORF, B. (2005b), “Judicial Review in EC Competition Law: Reflections on the Role of the Community Courts in the EC System of Competition Law Enforcement”, *Competition Policy International*, Vol. 1, No: 2, 1-27.

VESTERDORF, B. (2005c), “Legal Professional Privilege And Privilege Against Self Incrimination in EC Law: Recent Developments And Current Issues”, B. Hawk (der.), *International Antitrust Law and Policy, Annual Proceedings from the Fordham Corporate Law Institute 2004* içinde, Juris Publishing, New York, 701-730.

WAELEBROECK, D. ve D. FOSSELARD (1994), “Should the Decision-Making Power in EC Antitrust Procedures Be Left To An Independent Judge? The Impact of The European Convention of Human Rights on EC Antitrust Procedures”, *Yearbook of European Law*, Vol. 14, 111-142.

WAELEBROECK, D. ve M. GRIFFITHS (2000), “Comment on French Cour de Cassation: TGV Nord et Pont de Normandie, Judgment of 5 October 1999”, *Common Market Law Review*, 37, 1465-1476.

WAELEBROECK, D. (2002), “Twelve Feet All Dangling Down and Six Necks Exceeding Long': The EU Network of Competition Authorities and the European Convention on Human Rights”, *European University Institute, The Annual EU Competition Law and Policy Workshop, 2002 Session, Constructing The EU Network of Competition Authorities, Florence*.

<http://www.eui.eu/RSCAS/Research/Competition/2002/200207CompWaelbroeck.pdf>

WAELEBROECK, D. (2009), “Towards an Optimal Enforcement of Competition Rules in Europe: Time for a Review of Regulation 1/2003?”, *Concurrences* N° 3-2009, n° 26641, s. 15-21.

- WARD, T. ve P. GARDNER (2003), “The Privilege Against Self Incrimination: In Search of Legal Certainty”, *European Human Rights Law Review*, 4, 388-399.
- WERNICKE, S. (2009), “ ‘In Defence of The Rights of Defence’: Competition Law Procedure and The Changing Role of The Hearing Officer”, *Concurrences* N° 3-2009, n° 25875.
- WILLIS, P. ve P. HUGHES (2008), “Structural Remedies in Article 82 Energy Cases”, *The Competition Law Review*, Vol. 4, Issue 2, 147-174.
- WILLIS, P. R. (2001), “ ‘You Have The Right To Remain Silent ...’, Or Do You? The Privilege against Self Incrimination Following Mannesmannrohren-Werke and Other Recent Decisions”, *ECLR*, 22(8), 313-321.
- WILS, WOUTER P.J. (2005), *Principles of European Antitrust Enforcement*, Hart Publishing, Oregon.
- WILS, WOUTER P.J. (2006), “Powers of Investigation and Procedural Rights and Guarantees in EU Antitrust Enforcement: The Interplay Between European and National Legislation and Case-law”, *World Competition*, 29(1), 3-24.
- WILS, WOUTER P. J. (2009), “The Increased Level of EU Antitrust Fines, Judicial Review, and the European Convention on Human Rights”, Social Science Research Network. <http://ssrn.com/abstract=1492736>
- YILMAZ, E. (2004), “Rekabet Hukukunda Deliller, Delillerin Toplanması ve Değerlendirilmesi Üzerine Düşünceler”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-II, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara.
- YILMAZ, E. (2007), “Rekabet Kurumu’nun 10 Yılı”, Rekabet Kurumu 10. Yıl Sempozyumu, Ankara.
- ZUPANCIC, B. M. (2000), “Access to Court As A Human Right According to The European Convention of Human Rights”, *Nottingham Law Journal*, Vol. 9(2), 1-16.

AİHM Kararları

- Başvuru no: 2689/65, Delcourt v. Belgium, 17.1.1970
- Başvuru no: 2614/65, Ringeisen v. Austria, 16.7.1971
- Başvuru no: 4451/70, Golder v. UK, 21.2.1975
- Başvuru no: 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72; Engel and Others v. Netherlands, 8.6.1976
- Başvuru no: 5493/72, Handyside v. UK, 7.12.1976
- Başvuru no: 5310/71, Ireland v. UK, 18.1.1978
- Başvuru no: 6232/73, König v. Germany, 28.6.1978

- Başvuru no: 8030/77, CFDT v. European Communities, 10.7.1978
Başvuru no: 5029/71, Klass and Others v. Germany, 6.9.1978
Başvuru no: 6538/74, The Sunday Times v. UK, 26.4.1979
Başvuru no: 7805/77, X. and Church of Scientology v. Sweden (kabul edilebilirlik kararı), 5.5.1979
Başvuru no: 6289/73, Airey v. Ireland, 9.10.1979
Başvuru no: 6903/75, Deweer v. Belgium, 27.2.1980
Başvuru no: 7598/76, Kaplan v. United Kingdom, 17.7.1980
Başvuru no: 6878/75, 7238/75, Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium, 23.6.1981
Başvuru no: 7299/75, 7496/76, Albert and Le Compte v. Belgium, 10.2.1983
Başvuru no: 5947/72, 6205/73, ..., Silver and Others v. UK, 25.3.1983
Başvuru no: 8544/79, Öztürk v. Germany, 21.2.1984
Başvuru no: 8691/79, Malone v. UK, 2.8.1984
Başvuru no: 8790/79, Sramek v. Austria, 22.10.1984
Başvuru no: 9186/80, De Cubber v. Belgium, 26.10.1984
Başvuru no: 9912/82, Lutz v. Germany, 25.8.1987
Başvuru no: 10461/83, Chappell v. UK, Report of the Commission, 14.10.1987
Başvuru no: 10328/83, Belilos v. Switzerland, 29.4.1988
Başvuru no: 11921/86, Verein "Kontakt-Information-Therapie" (KIT) and Hagen v. Austria, 12.10.1988
Başvuru no: 10461/83, Chappell v. UK, 30.3.1989
Başvuru no: 14038/88, Soering v. UK, 7.7.1989
Başvuru no: 10572/83, Markt Intern Verlag GmbH and Klaus Bermann v. Germany, 20.11.1989
Başvuru no: 13258/87, M. & Co. v. Germany, 9.2.1990
Başvuru no: 11105/84, Huvig v. France, 24.4.1990
Başvuru no: 11034/84, Weber v. Switzerland, 22.5.1990
Başvuru no: 12726/87, Autronic AG v. Switzerland, 22.5.1990
Başvuru no: 11761/85, Obermeier v. Austria, 28.6.1990
Başvuru no: 12629/87, 13965/88, S. v. Switzerland, 28.11.1991
Başvuru no: 11598/85, Stenuit v. France, Report of the Commission, (1992) 14 E.H.R.R. 509, 30.5.1991
Başvuru no: 11598/85, Stenuit v. France, 27.2.1992
Başvuru no: 13590/88, Campbell v. UK, 25.3.1992

- Başvuru no: 13071/87, Edwards v. UK, 16.12.1992
Başvuru no: 13710/88, Niemietz v. Germany, 16.12.1992
Başvuru no: 11471/85, Cremieux v. France, 25.2.1993
Başvuru no: 10828/84, Funke v. France, 25.2.1993
Başvuru no: 12661/87, Miailhe v. France, 25.2.1993
Başvuru no: 12235/86, Zumtobel v. Austria, 21.9.1993
Başvuru no: 14448/88, Dombo Beheer v. Netherlands, 27.10.1993
Başvuru no: 12547/86, Bendenoun v. France, 24.2.1994
Başvuru no: 15450/89, Casado Coca v. Spain, 24.2.1994
Başvuru no: 12884/87, Ortenberg v. Austria, 21.11.1994
Başvuru no: 15523/89, Schmutzer v. Austria, 19.5.1994, Report of The
Commission
Başvuru no: 15523/89, Schmutzer v. Austria, 23.10.1995
Başvuru no: 19178/91, Bryan v. UK, 22.11.1995
Başvuru no: 18731/91, John Murray v. UK, 8.2.1996
Başvuru no: 19380/92, Benham v. UK, 10.6.1996
Başvuru no: 19874/92; Ferrantelli and Santangelo v. Italy, 7.8.1996
Başvuru no: 19187/91, Saunders v. UK, 29.10.1996
Başvuru no: 17862/91, Cantoni v. France, 15.11.1996
Başvuru no: 20641/92, Terra Woningen v. Netherlands, 17.12.1996
Başvuru no: 22107/93, Findlay v. UK, 25.2.1997
Başvuru no: 20605/92, Halford v. UK, 25.6.1997
Başvuru no: 18996/91, Garyfallou Aebe v. Greece, 24.9.1997
Başvuru no: 24194/94, Pierre-Bloch v. France, 21.10.1997
Başvuru no: 23224/94, Kopp v. Switzerland, 25.3.1998
Başvuru no: 24833/94, Matthews v. UK, 18.2.1999
Başvuru no: 26083/94, Waite and Kennedy v. Germany, 18.2.1999
Başvuru no: 28934/95, Beer and Regan v. Germany, 18.2.1999
Başvuru no: 35382/97, Comingersoll v. Portugal, 6.4.2000
Başvuru no: 33274/96, Foxley v. UK, 20.6.2000
Başvuru no: 34720/97, Heaney and McGuinness v. Ireland, 21.12.2000
Başvuru no: 31827/97, JB v. Switzerland, 3.5.2001
Başvuru no: 37328/97, A.B. v. Netherlands, 29.1.2002
Başvuru no: 31611/96, Nikula v. Finland, 21.3.2002

- Başvuru no: 37971/97, Soci t  Colas Est And Others v. France, 16.4.2002
Başvuru no: 34619/97, Janosevic v. Sweden, 23.7.2002
Başvuru no: 76574/01, Allen v. UK, (kabul edilebilirlik kararı), 10.9.2002
Başvuru no: 32559/96, The Fortum Corporation v. Finland, 15.7.2003
Başvuru no: 39665/98, 40086/98, Ezeh and Connors v. UK, 9.10.2003
Başvuru no: 53892/00, Lilly France v. France, 14.10.2003
Başvuru no: 30508/96, Pitkanen v. Finland, 9.3.2004
Başvuru no: 38544/97, Weh v. Austria, 8.4.2004
Başvuru no: 69042/01, OOO Neste St. Petersburg v. Russia, 3.6.2004
Başvuru no: 56672/00, Senator Lines GmbH v. All Member States, (kabul edilebilirlik kararı), 10.3.2004
Başvuru no: 41604/98, Buck v. Germany, 28.4.2005
Başvuru no: 50882/99, Sallinen v. Finland, 27.9.2005
Başvuru no: 6563/03, Shannon v. UK, 4.10.2005
Başvuru no: 53507/99, Swedish Transport Workers Union v. Sweden, 18.7.2006
Başvuru no: 73053/01, Jussila v. Finland, 23.11.2006
Başvuru no: 15809/02 ve 25624/02, O'Halloran and Francis v. UK, 29.6.2007
Başvuru no: 71362/01, Smirnov v. Russia, 7.7.2007
Başvuru no: 18497/03, Ravon v. France, 21.2.2008
Başvuru no: 65755/01, Iliya Stefanov v. Bulgaria, 22.5.2008
Başvuru no: 14939/03, Sergey Zolotukhin v. Russia, 10.2.2009
Başvuru no: 5242/04, Dubus v. France, 11.6.2009

**Topluluk Mahkemeleri Hukuk Sözcülerinin Görüşleri
(Advocate General's Opinions)**

- AG Warner, Opinion in Case 136/79, National Panasonic UK v. Commission, [1980] ECR 2033, 30.4.1980
- AG Slynn, Opinion in Case 155/79, A.M. & S. v. Commission, [1982] ECR 1575, 26.1.1982
- AG Mischo, Opinion in Case 46/87 and 227/88, Hoechst AG v. Commission, [1989] ECR 2859, 21.9.1989
- AG Darmon, Joined Opinion in Case 374/87 and 27/88, Orkem v. Commission, [1989] ECR 3283, 18.5.1989
- AG Vesterdorf, Opinion in Case T-1/89, Rhone-Poulenc SA v. Commission, [1991] ECR II-867, 10.7.1991

- AG Leger, Opinion in Case C-185/95 P, Baustahlgewebe GmbH v. Commission, [1998] ECR I-8417, 3.2.1998
- AG Tizzano, Opinion in Case C-12/03 P, Tetra Laval v. Commission, 25.5.2004
- AG Kokott, Opinion in Case C-105/04 P, Nederlandse v. Commission, 8.12.2005
- AG Geelhoed, Opinion in Case C-301/04 P, SGL Carbon v. Commission, 19.1.2006

İDM Kararları

- Order of the Court of First Instance, Case T-30/89, Hilti AG v. Commission, [1990] ECR II-163, 4.4.1990
- Case T-30/89, Hilti AG v. Commission, [1991] ECR II-1439, 12.12.1991
- Case T-68/89, Societa Italiano Vetro SpA and Others v. Commission, [1992] ECR II-1403, 10.3.1992
- Case T-11/89, Shell v. Commission, 10.3.1992
- Case T-348/94, Enso Española v Commission, 14.5.1998
- Case T-156/94, Siderurgica Aristrain Madrid v. Commission, [1999] ECR II-645, 11.3.1999
- Case T-305/94, ..., LVM v. Commission, [1999] ECR II-931, 20.4.1999
- Case T-25/95, Cimenteries CBR v. Commission, [2000] ECR II-701, 15.3.2000
- Case T-41/96, Bayer v. Commission, [2000] ECR II-3383, 26.10.2000
- Case T-112/98, Mannesmannröhren Werke v. Commission, [2001] ECR II-729, 20.2.2001
- Case T-112/99, Métropole Télévision - M6 and Others v. Commission, [2001] ECR II-2459, 18.9.2001
- Case T-342/99, Airtours v. Commission, [2002] ECR II-2585, 6.6.2002
- Order of the President of the Court of First Instance, Case T-125/03 AKZO Nobel Chemicals Ltd. and Ackros Chemicals Ltd. v. Commission, [2003] ECR II-4771, 30.10.2003
- Case T- 236/01, Tokai Carbon v. Commission, 29.4.2004
- Case T-67/00, JFE Engineering v. Commission, 8.7.2004
- Case T-168/01, Glaxosmithkline Services Unlimited v. Commission, 27.9.2006
- Case T-44/02, Dresdner Bank AG and Others v. Commission, 27.9.2006
- Case T-155/04, SELEX Sistemi Integrati v. Commission, 12.12.2006

- Case T-340/04, France Télécom v. Commission, 8.3.2007
- Case T-351/03, Schneider v. Commission, 11.7.2007
- Case T-125/03 and 253/03, AKZO Nobel Ltd. and Ackros Chemicals Ltd. v. Commission, 17.9.2007
- Case T-276/04, Compagnie Maritime Belge v. Commission, 1.7.2008
- Case T-99/04, AC-Treuhand AG v. Commission, 8.7.2008

ATAD Kararları

- Case 29/69, Stauder v. City of Ulm, 12.11.1969
- Case 11/70, Internationale Handelsgesellschaft mbh v. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, 17.12.1970
- Case 4/73, Nold v. Commission, 14.5.1974
- Case 77/77, BP v. Commission, [1978] ECR 1513, 29.6.1978
- Case 44/79, Hauer v. Land Rheinland-Pfalz, 13.12.1979
- Case 136/79, National Panasonic UK v. Commission, [1980] ECR 2033, 26.6.1980
- Case 209-215 and 218/78, Van Landewyck v. Commission, 29.10.1980
- Case 155/79, A.M. & S. v. Commission, [1982] ECR 1575, 18.5.1982
- Case 103/80, Musique Diffusion v. Commission, 7.6.1983
- Case 42/84, Remia v. Commission, [1985] ECR 2545, 11.7.1985
- Joined Cases 142/84 and 156/84, BAT and Reynolds v. Commission, [1987] ECR 4487, 17.11.1987
- Case 46/87 and 227/88, Hoechst AG v. Commission, [1989] ECR 2859, 21.9.1989
- Case 85/87, Dow Benelux v. Commission, [1989] ECR 3137, 17.10.1989
- Case 374/87, Orkem v. Commission, [1989] ECR 3283, 18.10.1989
- Case C-260/89 ERT v. DEP, 18.6.1991
- Case C-299/95, Kremzow v. Republik Österreich, 29.5.1997
- Case C-7/95 P, John Deere Ltd v. Commission, [1998] ECR I-3111, 28.5.1998
- Case C-199/92 P, Hüls AG v. Commission, 8.7.1999
- Case C-235/92 P, Montecatini v. Commission, 8.7.1999
- Case C-238/99 P, LVM NV and Others v. Commission, [2002] ECR I-8375, 15.10.2002
- Case C-94/00, Roquette Frères SA v. Commission, [2002] ECR I-9011, 22.10.2002

- Case C-338/00 P, Volkswagen v. Commission, 19.9.2003
- Case C-2/01 P, BAI and Commission v. Bayer, [2004] ECR I-23, 6.12004
- Case C-12/03 P, Commission v. Tetra Laval, [2005] ECR I-987, 15.2.2005
- Case C-301/04 P, Commission v. SGL Carbon AG, 29.6.2006
- Case C-341/06 P, Chronopost v. UFEX and Others, 1.7.2008

Rekabet Kurulu, Danıştay ve Anayasa Mahkemesi Kararları

- 24.04.2007 tarih ve 07-34/347-127 sayılı Kurul kararı (ABC Türkiye)
- 04.07.2007 tarih ve 07-56/669-232 sayılı Kurul kararı (3M)
- 20.04.2009 tarih ve 09-16/374-88 sayılı Kurul kararı (Sanofi Aventis)
- 13.10.2009 tarih ve 09-46/1154-290 sayılı Kurul kararı (CNR II)
- Danıştay 5. Dairesi, 22.05.1991 tarih, E. 1986/1723, K. 1991/933 sayılı kararı
- Danıştay 13. Dairesi, 13.12.2006 tarih, E. 2005/5652, K. 2005/5498 sayılı kararı (Çamsan Ağaç).
- Danıştay 13. Dairesi, 13.12.2006 tarih, E. 2005/8957, K. 2006/4722 sayılı kararı (Denizli Çimento).
- Danıştay 13. Dairesi, 08.04.2008 tarih, E. 2006/4084, K. 2008/3628 sayılı kararı (BATIÇİM).
- Danıştay 13. Dairesi, 24.06.2008 tarih, E. 2007/2143, K. 2008/5037 sayılı kararı (Nuh Çimento).
- AYM 26-27.09.1967 tarih, E. 1963/336, K. 1967/29 sayılı kararı
- AYM 23.10.1997 tarih, E. 1997/19, K. 1997/66 sayılı kararı
- AYM 23.5.2001 tarih, E. 2001/232, K. 2001/89 sayılı kararı
- AYM 01.03.2006 tarih, E. 2005/108, K. 2006/35 sayılı kararı
- AYM 31.01.2007 tarih, E. 2004/31, K. 2007/11 sayılı kararı
- AYM 18.09.2008 tarih, E. 2005/43, K. 2008/143 sayılı kararı

DİĞER

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği, 1.6.2005 tarih ve 25832 sayılı RG

CBI (Confederation of British Industry) Brief, 'The need for an EU Competition Court', 15.6.2006

www.parliament.the-stationery-office.com/pa/ld200607/ldselect/ldcom/75/6112202.htm

Charter of Fundamental Rights of The European Union, OJ C 303, 14.12.2007

Commission of European Communities, XXI Report on Competition Policy (1991)

Commission-Authorisation To Conduct An Inspection

http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/inspection_authorisation.pdf

Commission-Explanatory note to an authorization to conduct an inspection in execution of a Commission decision under Article 20(4) of Council Regulation No 1/2003, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/explanatory_note.pdf

Commission Regulation (EC) No 773/2004 of 7.4.2004, relating to conduct of proceedings by the Commission pursuant to Articles 81 and 82 of the EC Treaty, OJ L 123/18, 27.4.2004

Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16.12.2002, on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the EC Treaty, OJ L 1/1, 4.1.2003

Cumhurbaşkanlığı Devlet Denetleme Kurulu, Denetleme Raporu, Rekabet Kurumunun 2006, 2007 ve 2008 Yılları Faaliyet ve İşlemlerinin Denetlenmesi, 17.2.2010, sayı 2010 / 7.<http://cankaya.gov.tr/sayfa/cumhurbaskanligi/ddk/ddk38.pdf>

ECHR Annual Report 2008

<http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Reports+and+Statistics/Reports/Annual+Reports/>

House of Lords Select Committee on the European Union, XIX Report: Strengthening the role of the Hearing Officer, 1999/2000

<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199900/ldselect/lducom/125/12501.htm>

House of Lords Select Committee on the European Union, XV Report: An EU Competition Court, 2006/2007

www.publications.parliament.uk/pa/ld200607/ldselect/lducom/75/7502.htm

OFT, Powers of Investigation, 2004

http://www.offt.gov.uk/shared_offt/business_leaflets/ca98_guidelines/offt404.pdf

Opinion 2/94 Accession to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, [1996] ECR I-1759, [1996] 2 CMLR 265

Recommendation No. R(2000)21 of The Committee of Ministers to Member States on The Freedom of Exercise of The Profession of Lawyer, 25.10.2000

Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı, <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0636.pdf>

The White Paper on Modernisation of the Rules Implementing Articles 85 and 86 of the EC Treaty of May 1999, OJ C 132/1, 1999

Treaty of Lisbon, OJ C 306, 17.12.2007

Treaty on European Union, OJ C 115, 9.5.2008

Treaty on the Functioning of the European Union, OJ C 115, 9.5.2008

Vienna Convention on the Law of Treaties, 1155 U.N.T.S. 331