

Uzmanlık Tezleri Serisi No: 141

REKABET KURUMU

REKABET HUKUKUNDA *NE BIS IN IDEM* İLKESİ

GÖZDE KARABEL

REKABET HUKUKUNDA *NE BIS IN IDEM* İLKESİ

GÖZDE KARABEL

ANKARA 2015

©Bu eserin tüm telif hakları
Rekabet Kurumuna aittir. 2015

Baskı, Haziran 2015
Rekabet Kurumu-ANKARA

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

Bu tez, Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı Ali İhsan ÇAĞLAYAN, II. Denetim ve Uygulama Dairesi Başkanı Ali DEMİRÖZ, Mesleki Koordinatör Salim AYDEMİR, Mesleki Koordinatör Abdülcani GÜNGÖRDÜ ve Yrd. Doç. Dr. Gamze ÖZ AŞÇIOĞLU'ndan oluşan Tez Değerlendirme Heyeti tarafından 27 - 28 Mayıs 2014 tarihlerinde yürütülen Tez Savunma Toplantısı sonucunda yeterli bulunmuş, Başkanlık Makamının 9.6.2014 tarih ve 6221 sayılı onayı ile tezin yazarı Gözde KARABEL Rekabet Uzmanı olarak atanmıştır.

YAYIN NO

316

Aileme...

İÇİNDEKİLER

SUNUŞ	VII
KISALTMALAR.....	IX
GİRİŞ.....	1

Bölüm 1

NE BIS IN IDEM İLKESİ

1.1. KAVRAMSAL ÇERÇEVE	3
1.2. <i>NE BIS IN IDEM</i> İLKESİNİN REKABET HUKUKU İLE İLİŞKİSİ.....	4
1.2.1. İdari Ceza Hukuku	5
1.2.2. AİHM Kararları Işığında İdari Yaptırımlar	6
1.3. <i>NE BIS IN IDEM</i> İLKESİNİN UNSURLARI.....	10
1.3.1. Fiilin Aynılığı	10
1.3.2. Kişinin Aynılığı	12
1.4. HUKUKİ NİTELİK.....	13
1.4.1. <i>Ne Bis In Idem</i> İlkesinin Muhakeme Hukuku ve Maddi Hukuk ile İlişkisi	14

Bölüm 2

AB REKABET HUKUKUNDA *NE BIS IN IDEM* İLKESİ

2.1. AB REKABET HUKUKUNDA REKABET İHLALLERİNE UYGULANAN YAPTIRIMLARIN NİTELİĞİ	16
2.2. AB REKABET HUKUKUNDA MÜKERRER SORUŞTURMA VE CEZALANDIRMA.....	20
2.2.1. AB'nin Yapısından Kaynaklanan Çifte Soruşturma ve Cezalandırma Sorunu.....	21
2.2.1.1. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı	21
2.2.1.2. 1/2003 Sayılı Tüzük Öncesi Durum	22
2.2.1.3. 1/2003 sayılı Tüzük Sonrası Durum	23
2.2.1.3.1. Olayların Aynılığı.....	24

2.2.1.3.2. Kişinin Aynılığı.....	24
2.2.1.3.3. Korunan Hukuki Menfaatin Aynılığı.....	24
2.2.2. Nihai Para Cezasının Belirlenmesi Sırasında Ortaya Çıkan Mükerrer Cezalandırma Sorunu.....	27
2.2.2.1. İşbirliği Yapmayı Reddetme ve <i>Ne Bis In Idem</i> İlkesi.....	27
2.2.2.2. Tekerrür ve <i>Ne Bis In Idem</i> İlkesi.....	28
2.2.3. Düzenlenen Sektörlerde <i>Ne Bis In Idem</i> İlkesinin Uygulanışı.....	30
2.3. DEĞERLENDİRME.....	34

Bölüm 3

TÜRK REKABET HUKUKUNDA *NE BIS IN IDEM* İLKESİ

3.1. TÜRK REKABET HUKUKUNDA REKABET İHLALLERİNE UYGULANAN YAPTIRIMLARIN NİTELİĞİ.....	36
3.2. TÜRK REKABET HUKUKUNDA MÜKERRER CEZALANDIRMA.....	39
3.2.1. Bir Fiilin Hem Suç Hem de Rekabet İhlali Teşkil Etmesi Durumu.....	40
3.2.2. Nihai Para Cezasının Belirlenmesi Sırasında Ortaya Çıkması Muhtemel Çifte Cezalandırma.....	43
3.2.3. Aynı Fiilin Birden Fazla Kabahat Oluşturması Durumu.....	45
3.2.3.1. Rekabet Kurumunun Görev Alanına Giren Birden Fazla Kabahatin Oluşması.....	47
3.2.3.2. Farklı İdari Otoritelerin Görev Alanına Giren Birden Fazla Kabahatin Oluşması.....	50
3.3. DEĞERLENDİRME VE ÖNERİLER.....	55
SONUÇ.....	60
ABSTRACT.....	63
KAYNAKÇA.....	64

SUNUŞ

Yaklaşık 18 yıldır bağımsız bir idari otorite olarak faaliyetlerini sürdürmekte olan Rekabet Kurumu, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un uygulanmasını gözeterek, piyasalarda kartelleşmeyi ve tekelleşmeyi engellemek yönünde önemli adımlar atmaktadır. Piyasa ekonomilerinde hayati bir role sahip olan rekabetin korunması ile tüketicilerin, yaşamın her alanında daha kaliteli ürünü, daha ucuza ve daha çok miktarda satın alabilmeleri sağlanmaktadır. Bu yöndeki çalışmaları ile 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 raporunda bu durum ifade edilmekte ve Kurumun ulaştığı idari kapasite ve mesleki düzey takdirle karşılanmaktadır.

Rekabet Kurumunun ulaştığı bu idari kapasite ve mesleki düzeyin en önemli yansımalarından biri de uzmanlık tezleridir. Rekabet uzman yardımcıları, üç yılı aşan meslekî çalışmalarından elde ettikleri tecrübeleri, yoğun bilimsel araştırmalarla birleştirerek tez hazırlamaktadır. Rekabet hukuku, politikası ve sanayi iktisadı alanlarında hazırlanan ve gerek Rekabet Kurumuna gerekse diğer ilgililere yönelik önemli bir kaynak niteliğini haiz olan bu tezlerden bazılarında, rekabet hukuku ve politikasının temel konu başlıklarını içeren teorik hususlar derin 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.

Bu eserlerin yayımlanması, doktrine katkı sağlanmasını ve toplumun rekabet konusunda bilgilendirilmesini hedeflemekte; bu yönüyle rekabet otoritelerinin en önemli görevleri arasında yer alan rekabet savunuculuğunun bir parçasını teşkil etmektedir. Rekabet Kurumu, uzmanlık tezlerinin yayımlanmasını, rekabet savunuculuğu çerçevesinde tek başına veya üniversitelerle, barolarla ve benzeri örgütlerle işbirliği halinde yürütmekte olduğu konferanslar, sempozyumlar, eğitim ve staj programları düzenlemek gibi faaliyetlerine ilave bir etkinlik olarak değerlendirmektedir.

Ele alınan konular bakımından kaynak olarak kullanılabilir yerli eserlerin sayıca az olması nedeniyle, rekabet uzman yardımcılarımızca hazırlanan uzmanlık tezlerinin değerleri bir kat daha artmaktadır. Bu çerçevede tez süreçlerini başarıyla tamamlayarak Rekabet Uzmanı unvanını alan bütün arkadaşlarımı gönülden kutluyor, başarılarının devamını diliyorum. Meslek personelimizin uzmanlık tezlerini, önemli bir başvuru kaynağı olacağı inancıyla ilgili kamuoyunun bilgisine sunuyorum.

Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Rekabet Kurumu Başkanı

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
ABİDA	: Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Anlaşma
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BDDK	: Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu
bkz.	: Bakınız
BTK	: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu
CGK	: Ceza Genel Kurulu
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
EPDK	: Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu
İDDK	: İdari Dava Daireleri Kurulu
K.	: Karar
KİK	: Kamu İhale Kurumu
Komisyon	: Avrupa Komisyonu
Kurul	: Rekabet Kurulu
md.	: Madde
parag.	: Paragraf
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
sa.	: Sayı
T.	: Tarih
TCK	: Türk Ceza Kanunu
vd.	: Ve Devamı
v.	: Versus

GİRİŞ

Kişiler açısından azami önemdeki hürriyet ve hak kavramlarını sınırlandırıcı nitelik taşıyan herhangi bir husus, kişilerin temel hak ve özgürlüklerini güvence altına alan devletin temel nitelikleri ve anayasal olarak düzenlenmiş birtakım ilkelerle bağdaşmak zorundadır. Günümüzde, devletin ve anayasaların temelinin, hukuk devleti ilkesi, adil yargılanma hakkı, hukuki belirlilik ve güvenlik, suç ve cezaların orantılı olması gibi unsurlara dayanmasından dolayı aynı eylemin mükerrer yargılanmasını ve cezalandırılmasını yasaklayan *ne bis in idem* ilkesi, kişilerin temel hak ve özgürlüklerini güvence altına alan ilkelerden birisini oluşturmaktadır.

Kökene Roma Hukuku'na dayanan *ne bis in idem* ilkesi (Sigler 1963, 284), başta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) olmak üzere uluslararası sözleşmelerde, Amerikan Anayasası'nda, ülkelerin ulusal mevzuatında ve Avrupa Birliği (AB, Birlik) hukukunda güvence altına alınmaktadır. Esas itibariyle ceza hukukuna özgü olan bu ilkenin, zaman içerisinde, idarenin yaptırım uygulama alanının genişlemesi, ceza miktarlarının artması gibi sebeplerle idari yaptırımlar konusunda da uygulanması gündeme gelmiştir. İdari yaptırımların, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından yapılan değerlendirmesinde, kimi idari yaptırımların cezai nitelikte kabul edileceği ve ceza hukukuna özgü güvencelerin bu yaptırımlara da sağlanacağı belirtilmektedir. Bu çerçevede idari yaptırım öngören rekabet hukuku kurallarının *ne bis in idem* ilkesi açısından incelenmesi gerekmektedir.

Rekabet ihlallerine uygulanan para cezalarına bakıldığında, bu cezaların hem düzenleme şekli hem de fiilen uygulanan miktarı itibariyle bozulan rekabet ortamını yeniden tesis etmeye, teşebbüsleri rekabet ihlali niteliğindeki davranışlarda bulunmaktan caydırmaya yönelik olduğu görülmektedir. Bu doğrultuda aynı davranışın rekabet ihlali olarak cezalandırılmasının yanı sıra başka bir idari ihlal ve/veya suça vücut vermesi dolayısıyla cezalandırılması, suç ve cezaların arasındaki orantıyı bozucu, adaleti zedeleyici nitelik taşıyabilmektedir. Diğer taraftan *ne bis in idem* ilkesinin, rekabet hukukunda geniş kapsamda uygulanması ise rekabet ihlaline

uygulanan cezanın amacı ile bağdaşmayabilecektir. Bu nedenle, ilkenin, rekabet ihlallerine verilen para cezaları hakkında uygulanmasının, ceza hukukundaki kapsamında olup olmayacağı ve sınırlarının belirlenmesi gerekmektedir.

Türk rekabet hukuku ve ilgili mevzuatta, *ne bis in idem* ilkesini açıkça öngören bir hüküm bulunmamasıyla birlikte, muhtelif düzenlemelerden mükerrer cezalandırmanın istenmediği sonucuna ulaşmak mümkündür. Buna karşılık mehz AB mevzuatında, ilkeye ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Keza ilke, Avrupa Komisyonunun (Komisyon) ve Avrupa Birliği Adalet Divanının (ABAD, Divan) birçok kararına konu olmuş ve ilkenin uygulanışına ilişkin esaslar belirlenmiştir. Anılan esasların hukukumuz bakımından da uygulanması ile olası mükerrer cezalandırma sorunlarının önüne geçilebilmesi mümkün görülmektedir.

Çalışmanın amacı, yukarıda ifade edilen hususlar çerçevesinde, hangi tür idari yaptırımların *ne bis in idem* ilkesinin kapsamına gireceğini, ilkenin rekabet hukukundaki uygulama esaslarını ortaya koymak ve rekabet hukuku bakımından doğabilecek mükerrer cezalandırma sorunlarını belirleyerek bu sorunların çözümüne ilişkin öneriler sunmaktır. Bu doğrultuda, çalışmanın birinci bölümünde, *ne bis in idem* ilkesinin kavramsal çerçevesi ele alınacak ve ilke ile ilgili genel bilgiler sunulacaktır. İlk bölümde ayrıca ilkenin daha iyi anlaşılabilmesi bakımından ceza hukukundaki anlamına yer verildikten sonra rekabet hukuku ile bağlantısı kurulacak, ilkenin uygulanma şartları belirtilecektir. Çalışmanın ikinci bölümünde mehz AB Rekabet Hukuku uyarınca uygulanan para cezalarının ilkenin uygulama alanı bakımından değerlendirilmesine yer verildikten sonra, ilke bakımından sorun oluşturabilecek mükerrer soruşturma ve cezalandırma hallerine değinilecektir. Bu çerçevede ilgili yasal düzenlemeler ve Komisyon ile ABAD tarafından ilkenin uygulanışına ilişkin ortaya konulan esaslar üzerinde durulacaktır. Son bölümde ise Türk rekabet hukuku kapsamında Rekabet Kurulu (Kurul) tarafından uygulanan para cezalarının niteliği belirlendikten sonra hukukumuzda olası mükerrer cezalandırma sorunları ve ilgili yasal düzenlemeler ele alınacak ve nihai olarak, *ne bis in idem* ilkesinin AB'deki uygulamaları çerçevesinde mükerrer cezalandırma sorunlarına ilişkin çözüm önerileri sunulacaktır.

BÖLÜM 1

NE BIS IN IDEM İLKESİ

1.1. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

Ne bis in idem, aynı eylem ve konudan dolayı mükerrer yargılama yapılmasına ve ceza uygulanmasına izin verilmemesini ifade eden bir ceza hukuku ilkesidir (Özay 1985, 35). Başka bir deyişle ilke, o konuda kesinleşmiş bir hüküm bulunmaması; bir kimseye bir eyleminden dolayı tek bir ceza verilebilmesi, aynı eylemden ötürü birden fazla ceza verilememesi anlamlarına gelmektedir. İlke, iki kere anlamına gelen Latince “*bis*” ve aynı, tıpkısı anlamına gelen Latince “*idem*”² kelimelerinden oluşmakta ve bütün olarak “*aynı şey için ikincisi olmaz*” (Surlan 2004, 1) anlamına gelmektedir.

Batı uygarlığının en eski ilkelerinden birisi olan *ne bis in idem* ilkesi, Roma Hukukunda yer alan “*nemo debet vis vexari pro una et eadem causa*” (hiç kimse aynı suçtan dolayı birden fazla kovuşturulamaz) ve “*nemo debet bis puniri pro uno delicto*” (hiç kimse aynı suçtan dolayı iki kere cezalandırılmaz) ilkelerine dayanır (Vervaele 2005, 100). İlke, ceza hukukunda doğmakla birlikte, idare hukuku kapsamında, idari otoritelerce verilen para cezaları hakkında da uygulanmaktadır.

Ne bis in idem ilkesi, günümüzde temel bir insan hakkı olarak kabul edilerek başta AIHS olmak üzere, birçok uluslararası sözleşmede³ düzenlenmekte ve birçok ülkenin anayasasında ve yasal metinlerinde güvence altına alınmaktadır.

Ülkemizde ise 1982 Anayasası’nda *ne bis in idem* ilkesine ilişkin açık bir hüküm yer almamaktadır. 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nun

¹ <http://tr.glosbe.com/la/tr/bis> Erişim Tarihi: 28.11.2013.

² <http://tr.glosbe.com/la/tr/idem> Erişim Tarihi: 28.11.2013.

³ Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü’nün 20. maddesi, Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi’nin 53. maddesi, Ceza Kovuşturmalarının Aktarılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi’nin 35. maddesi, Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi’nin 9. maddesi, Schengen Uygulama Anlaşması’nın 54. maddesi, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’nin 14/7. maddesi *ne bis in idem* ilkesine ilişkindir.

253/5. maddesi “*aynı konuda aynı sanık için evvelce verilmiş hüküm veya açılmış dava var ise, davanın reddine karar verilir*” hükmüne yer vermiştir. 17.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun (CMK) 223/7. maddesinde ise “*Aynı fiil sebebiyle, aynı sanık için verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa, davanın reddine karar verilir.*” düzenlemesi bulunmaktadır.

İlke, idari yaptırımlar bakımından dayanağını Kabahatler Kanunu’ndan almaktadır. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun “İçtima” başlıklı 15/1. maddesinde “*Bir fiil ile birden fazla kabahatin işlenmesi halinde bu kabahatlere ilişkin tanılarda sadece idarî para cezası öngörülmüşse, en ağır idarî para cezası verilir. Bu kabahatlerle ilgili olarak kanunda idarî para cezasından başka idarî yaptırımlar da öngörülmüş ise, bu yaptırımların her birinin uygulanmasına karar verilir.*” ifadelerine yer verilerek tek bir fiil ile birden fazla kabahatin oluşması durumunda sadece idari para cezaları açısından ilke kabul edilmektedir. Aynı Kanun’un 15/3. maddesinde ise, bir fiilin hem suç hem de kabahat oluşturduğu durumlarda sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabileceği düzenlenerek tek fiille meydana gelen suç ve kabahatin ayrı ayrı cezalandırılmaması esası benimsenmiştir.

1.2. NE BIS IN IDEM İLKESİNİN REKABET HUKUKU İLE İLİŞKİSİ

Hukuka aykırı bir davranışın ceza yaptırımıyla karşı karşıya olması yalnızca ceza hukukuna ilişkin bir husus olarak kalmamakta, yasak davranış, hukukun diğer dallarında da cezalandırılabilir bir görünüm sergileyebilmektedir. Çifte cezalandırma veya mükerrer cezalandırma olarak adlandırılan bu durum idari yaptırım öngören hukuk düzenlerindeki rekabet ihlalleri bakımından da üzerinde durulması gereken bir husus olarak ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla *ne bis in idem* ilkesi, ceza hukukundan türemekle birlikte, bu sahanın sınırlarını aşmış ve her alanın kendine özgü bir tarzda başvurduğu ceza ve benzeri kurumlarda göz önünde tutulması gereken bir ilkeye dönüşmüştür.

Ceza ve cezalandırmanın konusunun temel hak ve özgürlüklerle yakın olan ilişkisi ışığında insan hakları uygulamaları düşünüldüğünde, yasamanın ve yürütmenin düzenleyici işlemlerini uygulayan makam olan idareyi ve özellikle idari yaptırımlar alanını gözden uzak tutmak güçtür (Oğurlu 2003, 101). *Depenalizasyon*⁴ olarak da adlandırılan eğilim neticesinde bazı davranışların idari suç ve ceza haline getirme çalışmaları kapsamında idari düzene aykırı davranışlar olarak da ifade edilen kabahatlere ceza verme yetkisi idari makamlara

⁴ Fransızca kökenli depenalizasyon terimi, bir suç ve cezanın ceza mahkemelerince bakılan bir suç ve onlarca verilen bir ceza olmaktan çıkartılıp idari suç ve ceza haline getirilmesini ifade etmektedir (Ulusoy 2009, 44).

verilmektedir. Gün geçtikçe yaygınlaşan kabahatleri suç olmaktan çıkarma eğilimi sonucunda *idari ceza hukuku* olarak adlandırılan yeni bir alan ortaya çıkmıştır. Bu alanda çekirdek denilebilecek, *ne bis in idem* ilkesinin de içerisinde bulunduğu en temel ceza hukuku ilke ve kurallarının uygulanması evrensel bir genel hukuk ilkesi olarak kabul edilmektedir (Kühne 2009, 112; Ulusoy 2013, 48). Ancak idari makamlar tarafından uygulanan her tür idari yaptırıma çekirdek ceza hukuku kurallarının uygulanıp uygulanamayacağı, rekabet ihlallerine uygulanan idari para cezalarının da bu kapsama dâhil olup olmayacağı cevaplanması gereken bir soru olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu noktada AİHM'nin idari yaptırımların cezai nitelik taşıyıp taşımadığına ve *ne bis in idem* ilkesinin uygulama alanına girip girmeyeceğine yönelik içtihatları yol gösterici niteliktedir.

Bu doğrultuda, çalışmanın bu başlığı altında, ilkenin rekabet hukuku ile ilişkisini ortaya koyabilmek bakımından öncelikle rekabet hukuku ihlalleri karşılığında verilen cezaların da dâhil olduğu idari ceza hukukuna genel olarak değinilecek daha sonra AİHM'nin idari yaptırımlara bakış açısını yansıtmak bakımından *Engel kriterleri* olarak adlandırılan ölçütlerine ve diğer kararlarına yer verilecektir.

1.2.1. İdari Ceza Hukuku

“*Cezai İdare Hukuku*” ve “*Düzene Aykırılıklar Hukuku*” olarak da isimlendirilebilen idari ceza hukuku, idarenin kendine özgü yaptırımlar sistemini ifade etmektedir (Oğurlu 1999, 149). Bu doğrultuda idari ceza hukuku, idarece saptanan belirli eylem ve davranışlar ile idarece uygulanan yaptırımlar sisteminin nasıl işleyeceğini, yetkilerin nasıl kullanılacağını, sosyal düzeni bozucu davranışların neler olduğunu ve bunlara ne gibi yaptırımların uygulanabileceğini göstermektedir (İçel 1984, 117). Rekabet Kurumunun yetki alanını ve rekabet hukukunun esaslarını belirleyen 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (4054 sayılı Kanun) bu durumun tipik örneğini oluşturmaktadır.

İdari ceza hukukunun ortaya çıkmasından sonra idarenin işlemlerinden hangilerinin idari ceza niteliğinde olacağı konusu önem kazanmıştır. İdari yaptırım en genel haliyle uygulanması idari otoritelere bırakılmış kanunlardan doğan müeyyideler olarak tanımlanmaktadır (Zanobini 1963, 314-315). Bu doğrultuda her idari cezanın idari yaptırım olduğu ancak, her idari yaptırımın idari ceza olmadığı söylenebilecektir⁵ (Sancakdar 2009, 62). İdari yaptırımları genel olarak idari para

⁵ Zira bir idari yaptırım idari ceza niteliğinde kabul edildiğinde o işlemin yapıldığı sürecinde diğer idari kararlara göre daha farklı idari usul kuralları uygulanması gerekecektir (Ulusoy 2009, 46).

cezaları ve diğer idari yaptırımlar olarak iki grupta toplamak mümkün olup (Tan 2004, 99) idari ceza hukukunun konusunu rekabet ihlalleri karşılığında verilenlerin de dâhil olduğu idari para cezalarının oluşturduğu söylenebilecektir. Bu doğrultuda mükerrer yargılama ve cezalandırma yasağını içeren *ne bis in idem* ilkesi idari para cezaları bakımından uygulama alanı bulmaktadır.

Konuyla ilgili olarak 14. Uluslararası Viyana Ceza Kongresi'nde, idari ceza hukukunun, misillemede bulunma amacını taşıyan müeyyidelere hükmedilmesini öngördüğü ölçüde ceza hukukuyla benzerlik gösterdiği, bu benzerliğin ceza hukukunun ve kurallara uygun bir muhakemenin temel ilkelerinin idari ceza hukuku alanında uygulanmasını zorunlu kıldığı ifade edilmiştir (Centel 1990, 6). Ayrıca bir davranışın, hem bir suçun hem de idari bir ihlalin unsurlarını oluşturması durumunda, kişinin iki kez cezalandırılmaması gerektiği, hiç olmazsa daha önce hükmedilen müeyyidenin, aynı fiil nedeniyle yapılan ikinci yargılamada uygulanması öngörülen müeyyideden mahsup edilmesi gerektiği belirtilmiştir (Centel 1990, 7).

Sonuç olarak rekabet hukuku ihlallerine verilen para cezalarının da dâhil olduğu idari ceza hukukunun cezai nitelik taşıdığı, bu doğrultuda ceza hukukunun temel ilkelerinden olan *ne bis in idem* ilkesinin idari para cezası gerektiren ihlallere uygulanmasının yerinde olduğu görülmektedir. Ancak ilkenin hangi idari para cezaları açısından uygulanabilir olduğu sorusu en açık şekilde AİHM içtihatları çerçevesinde cevap bulmaktadır.

1.2.2. AİHM Kararları Işığında İdari Yaptırımlar

AİHS Ek 7 nolu Protokol'ün⁶ 4. maddesinde bir devletin ceza yargılaması usulüne ve yasaya uygun olarak kesin hükümle mahkûm olan ya da beraat eden kişinin aynı suçtan, aynı devletin yargı yetkisi altındaki yargılama usulleri çerçevesinde yeniden yargılanamayacağı veya cezalandırılmayacağı düzenlenerek *ne bis in idem* ilkesine yer verilmiştir. Böylece Ek 7 nolu Protokol ile aynı suçtan birden fazla kez yargılanmama ve cezalandırılmama bir hak olarak garanti altına alınmıştır. Türkiye, bu protokolü imzalamakla birlikte henüz iç hukukunun bir parçası haline getirmemiştir. Ancak ülkemizin onayladığı adil yargılanma hakkını düzenleyen AİHS'nin 6. maddesi çerçevesinde AİHM'nin idari yaptırımların niteliği hakkında verdiği kararlar, *ne bis in idem* ilkesinin rekabet hukukunda uygulaması bakımından da önem taşımaktadır.

⁶ AİHS Ek 7 No'lu Protokol Strasbourg'da 22.11.1984 tarihinde imzalanmış ve 01.11.1988 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Protokol'ü 14.03.1985 tarihinde imzalamıştır.

AİHS, idari yaptırımlara karşı hukuki güvence sağlamak bakımından açık herhangi bir hüküm içermemekte, Sözleşme’de idari yaptırımlardan bahsedilmemektedir. Bununla birlikte AİHM yerleşik içtihadında, AİHS’nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinde⁷ yer alan *cezai nitelikteki suçlama* (suç isnadı) ifadesini maddi yorum yöntemini benimseyerek ulusal hukuktaki anlamından bağımsız bir biçimde değerlendirmektedir. Böylece maddenin kapsamı idari cezaları içerir şekilde genişlemektedir. Diğer bir deyişle AİHM, maddede geçen *cezanın*, üye ülkenin bir mahkemesince verilmesinin zorunlu olmadığını ve idare tarafından uygulanan cezaların da belli kriterleri taşıması şartıyla cezai nitelikte görülebileceğini, dolayısıyla Sözleşme’nin 6. maddesinde öngörülen güvenceden yararlanabileceğini öngörmektedir. AİHM’nin bu yorumu yalnızca Sözleşme’nin 6. maddesiyle de sınırlı kalmamaktadır. Mahkeme’nin 6. maddeye ilişkin içtihatlarının, kabahat veya idari ceza hukukunda uygulanan yaptırımlar bakımından Ek Protokol 7/4. maddesi hakkında da uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir (Wils 2003, 6, Cremer 2009, 184). Dolayısıyla AİHM’nin içtihatları çerçevesinde kabahatler ve idari cezalar suç isnadı olarak görülebilecek ve böylece esasen bir ceza hukuku ilkesi olan *ne bis in idem* kuralı kabahatler ve idari ceza hukuku bakımından da temel olarak kabul edilecektir. Bu doğrultuda aşağıda, AİHM’nin, AİHS’nin 6. maddesi çerçevesinde verdiği kararları, *ne bis in idem* ilkesi bakımından da geçerli olduğu ön kabulü ışığında incelenecektir.

AİHM, suç isnadı kavramını, Sözleşme’nin 6/1. maddesi kapsamında ilk kez yorumladığı *Engel*⁸ kararında, isnadın, ceza hukukuna ait olup olmadığının belirlenmesinde üç ölçüt geliştirmiştir. Daha sona Engel kriterleri olarak adlandırılan bu ölçütlerin hepsi aynı anda aranmamakta sadece bir tanesi açısından isnadın cezai olarak görülmesi yeterli kabul edilmektedir. Mahkeme’nin belirlediği bu kriterler *ihlalin/yaptırımın ulusal hukuktaki yeri, ihlalin niteliği ve yaptırımın ağırlığı* olarak sıralanmaktadır. Ayrıca AİHM, *Bendenoun*⁹ kararında Engel kriterlerini tamamlayıcı nitelikte dört unsur üzerinde durmuştur. Mahkeme, ilk olarak *ihlali düzenleyen kuralın bütün vatandaşlara yönelik olup olmadığını*, ikinci olarak,

⁷ AİHS md. 6/1- “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.”

⁸ Engel and Others v. The Netherlands, Application No: 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72 (08.06.1976).

⁹ Bendenoun v. France, Application No: 12547/85 (24.02.1994).

kuralın ihlali halinde uygulanan yaptırımın caydırıcılık içerip içermediğini, üçüncü olarak *yaptırımın cezalandırıcı olup olmadığını* ve son olarak ise *yaptırımın önemli ve anlamlı olup olmadığını* değerlendirmiştir.

AİHM'nin analizinin başlangıç noktasını *ihlal edilen kuralın ulusal hukuktaki yeri* oluşturmaktadır. Ancak bu kriter, AİHM tarafından belirleyici olarak kabul edilmemekte ve ihlal edilen kural, ulusal hukukta ceza hukuku kapsamında düzenlenmemiş olsa bile analize devam edilmektedir. Zira Mahkeme, ulusal sınıflandırmanın, diğer kriterlere nazaran daha sübjektif ve aldattıcı olduğunu, sadece ulusal hukukta yapılan sınıflandırmayla taraf devletlerin AİHS'ten kaynaklanan yükümlülüklerinden kolayca kurtulabileceğini ifade etmektedir.

Analizin devamında *ihlalin niteliği* değerlendirilmektedir. Mahkeme, ihlal konusu kuralın ulaşmak istediği amaca bakmakta ve kuralın kapsamını değerlendirmektedir. İhlal konusu kuralın belirli bir gruba yönelmeyecek toplumdaki geneline uygulanabilir olması, ihlal karşısında uygulanan yaptırımının caydırıcı ve cezalandırıcı olması halinde ihlalin niteliği şartı yerine getirilmektedir.

Son olarak, *yaptırımın ağırlığı* kriterini irdelerken cezanın sosyal kınama içermesi gerektiğini ifade etmektedir. Ancak hangi düzeydeki cezanın yeterince ağır kabul edilebileceği sorununa karşılık Mahkeme, yaptırımın ağırlığı kriterinin sağlanmasının tek başına bir yaptırımın cezai nitelikte olduğunun kabulüne yeterli olmadığını belirtmektedir. AİHM, Engel kriterlerini uyguladığı *Öztürk*¹⁰ davasında bu son kriteri, cezanın ağırlık derecesi ve niteliği olarak ifade ederek ulusal hukukta kabahat olarak görülen trafik cezasını cezai nitelikte değerlendirmiştir¹¹.

AİHM'nin Engel kriterlerine ilişkin uygulamasının incelenmesi sonucunda kriterlerin hiyerarşik bir yapıya sahip olduğu anlaşılmaktadır (Kostova 2013, 22). Kriterlerin arasında en çok önem atfedilen, ihlalin niteliği olarak göze çarparken ikinci sırada yaptırımın ağırlığı kriteri gelmektedir. Üçüncü olarak ise sonuca ulaşmada en az role sahip ihlalin ulusal hukuktaki yeri sayılabilmektedir. Bu hiyerarşi rekabet ihlallerine uygulanan para cezalarının değerlendirilmesi açısından da önem arz etmektedir. Zira rekabet ihlallerine uygulanan para cezaları gerek ülkemizde gerek mehz AB Rekabet Hukukunda ceza hukukunun kapsamında bulunmamaktadır.

¹⁰ Ozturk v. Germany, Application No: 8544/79 (21.02.1984).

¹¹ Aynı yönde bkz. Malige v. France, Application No: 68/1997/852/1059 (23.09.1998). Söz konusu kararda, AİHM, trafik kurallarının ihlali sonucunda sürücü ehliyetinden puan düşülmesi yaptırımını, seyahat özgürlüğünün kısıtlanması sonucunu doğurabileceği gerekçesiyle cezai nitelikte saymıştır.

AİHM'nin rekabet ihlallerini incelediği kararları ise değişkenlik göstermiştir. Mahkeme, başvuru sahibine tahakkuk ettirilen ek vergiyi değerlendirdiği *Jussila*¹² kararında, Engel kriterlerinin uygulanmasıyla idari cezalar, disiplin soruşturmaları, gümrük hukuku ve rekabet hukuku gibi geleneksel olarak ceza hukukunun kapsamına girmeyen alanlarda uygulanan yaptırımların da cezai nitelikte kabul edilebildiğini ifade etmiştir. *Lily France*¹³ kararında, Fransa rekabet hukuku bakımından AİHS'nin 6. maddesinin uygulanabileceğine karar vermiştir (Gündüz 2009, 43).

AİHM'nin Rusya'nın tekel karşıtı düzenlemelerini değerlendirdiği *Neste*¹⁴ kararında, Rusya Rekabet Kanunu'nun yalnızca mal piyasalarında uygulandığını bu nedenle genel kapsamlı bir uygulama alanının bulunmadığını ifade etmiştir. Ayrıca rekabet otoritesinin usule ilişkin cezalar verdiği ve maddi hükümlerin ihlaline yönelik cezaların ilgili kanun tarafından öngörülmediği belirtilerek cezai nitelikte bir yaptırımın söz konusu olmadığına karar verilmiştir. Ancak bu durumun, aslında o tarihlerde uygulanan Rusya rekabet hukuku kurallarının kendine özgü ve pek alışık olunmayan yapısından kaynaklandığını söylemek mümkündür (Gündüz 2009, 43).

Mahkeme, yakın tarihli *Menarini*¹⁵ kararında, İtalyan Rekabet Otoritesi'nin, diyabet tanı testleri pazarında fiyat tespiti ve pazar paylaşımı nedeniyle uyguladığı altı milyon Euro para cezasını değerlendirerek rekabet hukuku kurallarının serbest rekabet ortamını korumaya yönelik olduğunu ve genel kamu yararına hizmet ettiğini ifade etmiştir (Blachnio-Prazych 2012, 47). Ayrıca altı milyon Euro tutarındaki yaptırımı, cezalandırıcı, caydırıcı ve ağır bularak cezai karakter taşıdığını kabul etmiştir.

Görüldüğü üzere AİHM çoğunlukla, rekabet ihlalleri karşısında uygulanan para cezalarını cezai nitelikte kabul etmektedir. Mahkeme'nin, AİHS'te yer alan kuralları günün koşullarına ve amacına uygun olarak yorumladığı göz önüne alındığında bütün taraf devletlerin rekabet hukukuna ilişkin kuralları hakkında bir genelleme yapmaktan ziyade somut olayın koşulları çerçevesinde bir değerlendirme yaptığı söylenebilecektir. Özellikle AİHM'nin *Menarini* kararındaki rekabet hukukuna ilişkin ifadeleri dikkat çekicidir. Aynı yorumun 4054 sayılı Kanun'un öngördüğü sistem bağlamında ülkemiz açısından da geçerli olduğu

¹² *Jussila v. France*, Application No:73053/01 (23.11.2006).

¹³ *Lilly France v. France*, Application No:53892/00 (14.10.2003).

¹⁴ *OOO Neste St. Petersburg v. Russia*, Application No: 69042/01 (03.06.2004).

¹⁵ *A. Menarini Diagnostics S.R.L. v. Italy*, Application No: 43509/08 (27.06.2011).

söylenebilecektir. Yani Rekabet Kurulu tarafından uygulanan para cezaları, her ne kadar hukukumuzda “*idari*” olarak nitelendirilmişse de, cezaların ağırlığı, etkisi, caydırıcılığı gibi açılardan değerlendirilmesi sonucunda kimi zaman adli cezalar ile yarıştığı söylenebilecektir. Böylece rekabet ihlallerine uygulanan idari para cezalarının, *ne bis in idem* ilkesinin uygulama alanına girmesi kaçınılmazdır¹⁶.

1.3. NE BIS IN IDEM İLKESİNİN UNSURLARI

Ne bis in idem ilkesi, aynı fiilden dolayı aynı kişi hakkında birden çok dava açılmamasını veya ceza verilmemesini ifade etmektedir. Tanımdan anlaşılacağı üzere ilkenin (1) fiilin aynılığı, (2) kişinin aynılığı olmak üzere iki unsuru¹⁷ bulunmaktadır (Özen 2010, 391)¹⁸.

1.3.1. Fiilin Aynılığı

Ne bis in idem ilkesinin uygulanmasında, yargılama ve cezalandırma konusu fiilin belirlenmesi önemli bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Ceza hukukunda fiilin aynılığından iddianamede sınırı çizilen eylem anlaşılmalıdır. Eylemin nitelendirmesi değişse de, iddianamede belirtilen olaylar ile bunların içinde olan suçun maddi unsuru ikinci bir dava konusu yapılamaz (Cihan ve Yenisey 2004, 220).

AİHM, konuya ilişkin olarak, suçların, ağırlık ve sonuçları, korunan sosyal değer gibi yönlerden birbirlerinden ayrılması durumunda farklı temel unsurlara sahip olacağından farklı suçlar olarak değerlendirilebileceğini belirtmektedir¹⁹. Mahkeme, “*idem factum*” (aynı eylem) ölçütünde hareket ettiği *Gradinger-Avusturya*²⁰ davasında, alkollü araç sürmekten taksirle ölüme sebebiyet veren başvuru sahibinin hem ceza yaptırımına hem de idari para cezasına çarptırılmasının,

¹⁶ Konu, AB rekabet hukuku ve Türk rekabet hukuku bakımından ayrıca değerlendirilecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm II, s. 19, Bölüm III, s. 42.

¹⁷ “*Kesin hükmün biri olumlu diğeri olumsuz iki etkisi vardır. Kesin hükmün olumlu etkisi bağlayıcılık, olumsuz etkisi ise hükmün konusunu oluşturan eylemden dolayı aynı kişinin ikinci kez koşuşturulamamasıdır. Bu kural öğretide ne bis in idem olarak ifade olunmakta ve aynı fiilden dolayı aynı kişi bir defa suçlanabilmektedir. Durum böyle olunca kesin hüküm etkisinden söz edilebilmesi için iki unsurun bulunması zorunludur. Bunlar kişinin aynılığı ve fiilin aynılığıdır*”. Yargıtay CGK. 02.06.1986 T., 1986/2-78 E., 1986/324 K.

¹⁸ Cihan ve Yenisey’e (2004) göre konunun aynılığı da *ne bis in idem* ilkesinin unsurlarındandır. Prensipten sadece ceza muhakemesinin kesin hüküm oluşturan kararları, ikinci ceza yargılamasını engeller.

¹⁹ Zolotukhin v. Russia, Application No: 14939/03 (10.02.2009).

²⁰ Gradinger v. Austria, Application No: 15963/90 (23.10.1995). Aynı yönde bkz. Zolotukhin v. Russia, Application No: 14939/03 (10.02.2009).

iki suçun yapı ve amaç bakımından birbirinden farklı olmasına rağmen, aynı eyleme dayandıkları için Ek 7 nolu Protokol'ün 4. maddesini ihlal edeceğini belirtmiştir. AİHM, *Franz Fischer-Avusturya*²¹ davasında, suçların temel unsurlarına dikkat çekerek bilerek sarhoş olmak eyleminin hem idari bir ihlal olan alkollü araç sürmek hem de taksirle ölüme sebebiyet vermek suçunda aynı temel unsur olarak kabul edildiği, bu nedenle hem idari yaptırıma hem de ceza davası sonucu mahkûmiyete hükümlenmesinin, *ne bis in idem* ilkesine aykırı olduğuna karar vermiştir²².

Schengen Uygulama Sözleşmesi'nin 54. maddesinde, anlaşmaya taraf devlet tarafından hakkında kesin karar verilmiş olan kişinin, mahkûmiyet durumunda yaptırımın infaz edilmiş veya edilecek olması veya kararı veren devletin hukukuna göre artık infaz edilemeyecek olması koşuluyla, aynı fiil nedeniyle anlaşmaya taraf başka devlet tarafından kovuşturulamayacağı ifadeleriyle yer verilen ilkenin ABAD tarafından uygulamasında aynı fiil kavramının, korunan hukuki yarar ya da hukuki nitelendirmeden bağımsız olarak, ayrılmaz biçimde bağlı eylemler grubu olarak yorumlandığı görülmektedir.

ABAD, aynı fiil kavramını tartıştığı *Van Esbroeck*²³ davasında, uyuşturucu madde ithalinden cezalandırılan sanığın daha sonra başka bir devlet mahkemesince yeniden yargılanmasına ilişkin olarak, uyuşturucu madde ithal ve ihracının Schengen Uygulama Sözleşmesi'nin 54. maddesi kapsamında aynı fiil olarak yorumlanması gerektiğini ifade etmiştir. Kararda sözleşmenin dilini de yorum aracı olarak kullanan ABAD, Sözleşme'nin İngilizce ve Almanca metinlerinde eylem anlamına gelen “*act*” ve “*tat*” terimlerinin kullanıldığını, hukuki nitelemeye bağlı olmaksızın eylemlerin yapısının dikkate alınması gerektiğine işaret etmiştir²⁴.

Ülkemizde de Yargıtay Ceza Genel Kurulu, bir kararında²⁵ fiilin tekliğini belirleme ölçüsünün “*fiili ferdileştiren maddi vakıalar ve yargılama sırasında bu fiille aynı hukuki konuya dâhil olan maddi fiil*” olduğunu belirtmiştir.

²¹ Franz Fischer v. Austria, Application No:37950/97 (29.05.2001).

²² AİHM'in bu yaklaşımı Sailer-Avusturya davasında da devam etmiştir (Sailer v. Austria, Application No: 38237/97 (06.06.2002).

²³ Leopold Henri Van Esbroeck, Case C- 436/04 (09.03.2006).

²⁴ Ayrıca bkz. Kraaijenbrink, Case C-367/05 (18.07.2007). Bahse konu kararda, ABAD narkotik ilaçların, ithalat ve ihracatının, idari düzenlemeler ve taraflar açısından tek bir eylem teşkil ettiğini ve hâlihazırda yargılaması yapılarak ceza almış bir kimsenin, aynı eylemden dolayı ikinci kere yargılanamayacağını belirtmiştir. *Gasparini* kararında ise Divan, kaçak zeytinyağı ithal ve ihraç etmenin, buna ek olarak da bundan ticari bir kazanç elde etmenin netice itibarıyla tek bir fiil oluşturduğunu belirtmiştir. *Guiseppe Francesco Gasparini*, Case C-467/04 (28.09.2006).

²⁵ Yargıtay CGK. 02.06.1986 T., 1986/2-78 E., 1986/324 K.

Rekabet ihlalleri bakımından fiil, rekabet hukukunda yasaklanmış davranışlardır. Bu çerçevede teşebbüsler arasında rekabeti kısıtlayıcı, bozucu, engelleyici anlaşmalar veya aynı nitelikteki teşebbüs birliği kararları yahut hâkim durumdaki firmanın, hâkim durumunu kötüye kullanma niteliğindeki davranışları rekabet hukukunda fiil olarak ele alınacaktır. Anılan davranışların diğer kanunlarda farklı şekilde nitelendirilmesi *ne bis in idem* ilkesinin uygulanması bakımından fiilin teklifi unsurunu değiştirmemektedir. Zira fiilin teklifi açısından dikkat edilmesi gereken husus, nitelendirme farklılığının fiil sayısını etkilememesidir. Yargılama/cezalandırma konusu olan fiil, insan davranışlarının dış dünyada somutlaşmış hali olarak ve şekli, zamanı, süresi, yeri, kullanılan araçlar gibi unsurlarla bir bütün olarak değerlendirilmektedir. Bu bakımdan fiilin mahkeme/idari otorite tarafından nitelendirilmesi veya hukuki niteliğinin değiştirilmesi rekabet hukuku bağlamında fiilin teklifini etkilememekte, maddi âlemde meydana gelmiş olan gerçeklik esas alınmaktadır.

1.3.2. Kişinin Aynılığı

Kişinin aynılığı unsuru, *ne bis in idem* ilkesinin korumasından kimin yararlanacağı sorusunu cevaplandırmaktadır. Buna göre, daha önce dava açılarak hüküm verilen kişi hakkında ikinci dava açılmamalıdır (Kunter, Yenisey, Nuhoglu 2010, 116). Kişinin aynılığı, iddianamede yer alan ve hakkında dava açılan veya hüküm verilen kişi hakkında başka dava açılmaması veya hüküm verilememesini ifade eder. Bu nedenle *ne bis in idem* ilkesi ile ikinci kez yargılanması/cezalandırılması yasaklanan kişi, kesin hükümle sonuçlanan davada kabul edilen iddianamede nüfus bilgileri ve fiziki özellikleri somutlaştırılmış olan kişidir (Özen 2010, 393). Rekabet Kurulu kararları bakımından ise kişi, kararda ferdileştirilmiş, ihlal konusu davranışları gerçekleştiren gerçek/tüzel kişidir.

İlk yargılama/cezalandırma süjesinin tüzel bir kişi olması durumunda, bu tüzel kişi, kendisini oluşturan gerçek kişilerden ve çalışanlarından bağımsız olarak ele alınmaktadır (Bockel 2009, 43), Diğer bir deyişle, aynı suçtan bir gerçek kişiye yapılan yargılama bir tüzel kişi için, ters yorumla bir tüzel kişi için yapılan yargılama da bir gerçek kişi için *ne bis in idem* kapsamında geçerli olmamaktadır (O'Connor, Rausch, Albrecht, Klemenčič 2007, 53). Aynı durum birden fazla yavru ortaklığın (tüzel kişinin) oluşturduğu ana ortaklık için de geçerlidir. Aynı gruba dâhil tüzel kişiler, gruptan bağımsız olarak karar alabilmeleri durumunda, *ne bis in idem* ilkesinin uygulanmasında farklı kişiler olarak ele alınacaktır (Bockel 2009, 43). Bu yorum, 4054 sayılı Kanun'da yapılan teşebbüs tanımıyla da uygunluk göstermektedir. Rekabet hukuku süjesi olarak kabul edilen ve hakkında

soruşturma yürütülen tüzel kişiler, kendisini oluşturan kişilerden bağımsız bir bütünlük olarak karşımıza çıkmaktadır²⁶. Bu doğrultuda, örneğin, bir teşebbüs birliği hakkında, rekabet ihlali gerçekleştirmesi dolayısıyla idari para cezası uygulanmasının ardından aynı teşebbüs birliğinin üyesi bir gerçek ve/veya tüzel kişinin aynı eylem dolayısıyla sorumluluğu devam etmektedir. Benzer şekilde Danıştay 13. Dairesi bir kararında²⁷, teşebbüs yetkilileri hakkında yürütülen ceza kovuşturmasının bulunduğu ve bu kovuşturmanın rekabet soruşturması açısından bekletici mesele yapılması gerektiği aksi takdirde çifte cezalandırma ihtimalinin doğacağı iddiası üzerine “... ceza soruşturmasının şirket yetkilisi gerçek şahıslar, rekabet soruşturmasının ise tüzel kişiler açısından yürütüldüğü ...” ifadelerine yer vererek kişinin aynılığı unsurunun oluşmadığı ve mükerrer cezalandırmanın söz konusu olmayacağına hükmetmiştir.

1.4. HUKUKİ NİTELİK

Ne bis in idem ilkesi, “geçmişte yapılan yargılama neticesinde verilen hüküm, geleceğe karşı bir güvence işlevine sahiptir” ilkesini temel almaktadır (Özen 2010, 2). Dolayısıyla *ne bis in idem* ilkesinin daha önce kesinleşmiş bir hükmün başka bir hüküm verilmesini önleme (kesin hükmün önleme etkisi) işlevine sahip olduğu söylenebilecektir. Bu doğrultuda ilke, hukuki güvenlik, barış ve dolayısıyla kişisel özgürlüğe hizmet etmektedir (Gülşen 2005, 318). Ayrıca aynı eylemin mükerrer yargılanması/cezalandırılması, yargılamanın hakkaniyete uygun ve adil olmasını amaçlayan adil yargılanma hakkı²⁸ ile çelişmektedir²⁹.

Bu doğrultuda *ne bis in idem* ilkesi kişinin, aynı eylemden dolayı ikinci kez yargılanmasının engellemesinin yanı sıra ikinci kez cezalandırılmasının da önüne

²⁶ Rekabet Kurulu tarafından, 07-62/740-268 sayılı ve 26.07.2007 tarihli kararda, aynı kişiye ait iki tüzel kişilik hakkında ayrı ayrı soruşturma yürütülerek ceza verilmiştir. Bu duruma teşebbüs temsilcileri tarafından Danıştay 13. Dairesi nezdinde itiraz edilmişse de karar hukuka uygun bulunmuştur (Danıştay 13. Dairesi, 2007/16188 E., 2011/240 K., 25.01.2011 T.; Danıştay 13. Dairesi, 2007/16187 E., 2011/239 K., 25.01.2011 T.).

²⁷ Danıştay 13. Dairesi, 2009/3363 E., 2013/217 K., 01.02.2013 T. Aynı yönde bkz. Danıştay 13. Dairesi, 2009/3216 E., 2013/219 K., 01.02.2013T., Danıştay 13. Dairesi, 2009/3218 E., 2013/1632 K., 30.05.2013 T.

²⁸ Adil yargılanma hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ nin 6. maddesinde düzenlenmiş, yargılamanın hakkaniyet uygun, adil bir biçimde yapılmasını amaçlayan ve birden fazla ve çeşitli unsurları içerisinde barındıran temel bir hakır (Gölcüklü 1994, 200). Adil yargılanma ise, ceza muhakemesi hukukunda, sanığa ve mağdura tanınan hakların tümü ve insan hakları ihlal edilmeden yapılan yargılama olarak tanımlanmaktadır (Centel 2004, 200).

²⁹ Daha önce hakkında kesin hükümlerle sonuçlanmış bir yargılamadan sonra aynı fiilden dolayı kişinin tekrar yargılanarak cezalandırılması adalet duygularını rencide edici ve fiilin haksızlığı ile verilen ceza arasındaki oranı kişi aleyhine bozucu niteliktedir (Özen 2010, 391).

geçmektedir. Dolayısıyla ilkenin muhakeme hukukunu ve maddi hukuku etkilediği görülmektedir. Bu bağlamda, bu başlık altında ilkenin muhakeme hukuku ve maddi hukuk ile ilişkisi üzerinde durulacaktır.

1.4.1. *Ne Bis In Idem* İlkesinin Muhakeme Hukuku ve Maddi Hukuk ile İlişkisi

Ne bis in idem ilkesinin etkisinin çift yönlü olduğu görülmektedir. İlk olarak mükerrer dava açılmasına engel olması bakımından muhakeme hukukuna ilişkin usulî etki doğururken ikinci olarak ceza verilmesini engellemesi bakımından maddi hukuka ilişkin etki doğurmaktadır.

İlkenin usule ilişkin etkisi sonraki yargılamaların/soruşturmaların yasaklanması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Mükerrer yargılamanın yasaklanması, ilk yargılama sonucunda verilen kararın kesinleşmesi üzerine ikinci kez yargılama yapılmamasını ifade etmektedir³⁰. Bu doğrultuda *ne bis in idem* ilkesi kesin hükmün önleyici etkisiyle (*res iudicata*) doğrudan ilişkilidir (Bockel 2009, 35). Ayrıca mükerrer cezalandırmanın önlenmesi, ilkenin usule ilişkin bu boyutunun doğal sonucu olarak ortaya çıkmaktadır (Bockel 2009, 35).

Ne bis in idem ilkesinin maddi hukukla ilişkisi ise yapılan yargılama/soruşturma sonucunda uygulanacak yaptırımın belirlenmesi sırasında ortaya çıkmaktadır. Bu doğrultuda ilke, aynı eylemden dolayı ikinci kez ceza verilmesini yasaklamaktadır. Ancak ilkenin bu etkisi verilmiş olan ilk cezanın olası ikinci cezanın hesaplanması sırasında göz önünde bulundurulması ve/veya ilk cezanın ikinciden mahsup edilmesi olarak yorumlanmaktadır (Bockel 2009, 36).

Ne bis in idem ilkesine ilişkin AIHS Ek 7 nolu Protokol'ün 4/1. maddesinde, işlediği bir suç nedeniyle yargılanan ve kesin hükümlü beraat eden ya da mahkûm olan kişinin, aynı suç nedeniyle yargılandığı devlet mahkemeleri tarafından yeniden kovuşturulamayacağı ve cezalandırılmayacağı belirtilmektedir. Böylece ilkenin, muhakeme hukuku ve maddi hukukla ilişkisi kabul edilerek iki boyutlu koruma sağlanmaktadır.

Amerika Birleşik Devletleri Temel Haklar Bildirgesi'nin Ek 5. maddesinde³¹ aynı kişinin aynı suçtan dolayı yeniden yargılanamayacağı ve aynı suçtan iki kere cezalandırılmayacağı düzenlenmiştir. İlke, Amerikan hukukunda üç yönlü

³⁰ İlk hükmün kesinleşmesinin ardından yeni bir delilin ortaya çıkması veya hatalı yargılama yapıldığının anlaşılması gibi haller kuralın istisnasını oluşturmaktadır.

³¹ Tam metin için bkz. <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/GPO-CONAN-1992/pdf/GPO-CONAN-1992-7.pdf>.

koruma sağlamaktadır. İlk olarak, aynı suçtan daha önce yargılanarak beraat eden kişinin tekrar yargılanamayacağı, ikinci olarak, aynı suçtan yargılanarak mahkûm olan kişinin tekrar yargılanamayacağı kabul edilmektedir. İlkenin sağladığı son koruma ise aynı kişinin aynı suçtan dolayı birden fazla kez cezalandırılmamasıdır (Rudstein 2007, 400).

Hukukumuzda *ne bis in idem* ilkesinin muhakeme hukukundaki etkisi bakımından en önemli yasal düzenleme CMK md. 223/7’de yer alan aynı fiil nedeniyle, aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava bulunması durumunda davanın reddine karar verileceğine ilişkin hükümdür. Madde metninin uygulanması bakımından konunun aynılığı olarak da ifade edilen bu husus, açılan ikinci davanın da, ceza davası olmasını gerektirmektedir (Kunter, Yenisey, Nuhoglu 2010, 117).

Ne bis in idem ilkesinin maddi hukuk açısından mükerrer cezalandırmayı önleme etkisinin hukukumuzdaki görünümü Türk Ceza Kanunu’nun (TCK) 44. maddesinde düzenlenen fikri içtima hükmüdür. Hüküm “İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır” şeklinde düzenlenmiştir. Hüküm uygulanmasında ihlal edilen maddeler bağımsızlığını korurken yalnızca verilen ceza tek olarak değerlendirilmektedir (İçel 1964, 175). Keza idari yaptırımlar bakımından Kabahatler Kanunu’nun 15/3. maddesinde bir fiilin, hem kabahat hem de suç olarak tanımlanması durumunda, öncelikle suçtan dolayı cezalandırılmasının kabul edildiği, aynı fiilin iki farklı kabahat oluşturması halinde ise en ağır yaptırımın uygulanması esasının benimsendiği görülmektedir. Böylece idari yaptırımlar söz konusu olduğunda, *ne bis in idem* ilkesinin maddi hukuka ilişkin etkisinin kabul edildiği söylenebilecektir. Bu doğrultuda aynı fiil hakkında birden fazla idari otorite ve/veya mahkeme tarafından soruşturma/yargılama yapılması mümkündür.

Ülkemizde, rekabet hukuku ihlallerinin kabahat niteliğinde bir haksız davranış teşkil etmesi ve Rekabet Kurulu tarafından uygulanan idari para cezalarının Kabahatler Kanunu’nun kapsamına girmesi dolayısıyla rekabet ihlali doğuran bir eylem hakkında eşzamanlı olarak birden fazla idari soruşturma/yargılama yürütülmesinin önünde yasal olarak bir engelin bulunmadığı görülmektedir. Dolayısıyla *ne bis in idem* ilkesinin muhakeme hukukuna ilişkin etkisinin rekabet hukukunda geçerli olmadığı söylenebilecektir. Buna karşılık ilke, rekabet hukukundaki etkisini, fiilin cezalandırılması sırasında göstermektedir. Bu etkinin kapsamı ve şekli konusunda, AB rekabet hukuku uygulamaları, Türk rekabet hukukuna yol gösterici nitelikte bulunmaktadır.

BÖLÜM 2

AB REKABET HUKUKUNDA NE BIS IN IDEM İLKESİ

2.1. AB REKABET HUKUKUNDA REKABET İHLALLERİNE UYGULANAN YAPTIRIMLARIN NİTELİĞİ

Ne bis in idem ilkesi, esas itibarıyla ceza hukuku karakterli bir ilke olmakla birlikte cezai nitelik taşıması halinde idari yaptırımlara da uygulanmaktadır. Bu doğrultuda *ne bis in idem* ilkesinin AB rekabet hukukunda uygulanması konusunda üzerinde durulması gereken ilk husus, rekabet ihlallerine uygulanan yaptırımların cezai nitelik taşıyıp taşımadıklarının belirlenmesidir. Zira ilk bölümde de belirtildiği üzere, belirli kriterlerin mevcudiyeti halinde, idari bir yaptırım cezai nitelik taşımakta ve *ne bis in idem* ilkesinin kapsamına girmektedir. Dolayısıyla *ne bis in idem* ilkesinin, rekabet ihlallerine verilen para cezaları bakımından uygulanmasında öncelikle, AB rekabet hukuku kapsamında uygulanan idari müeyyidelerin niteliği belirlenmelidir.

Bilindiği üzere, Birlik düzeyindeki rekabet ihlallerine yaptırım uygulama yetkisine sahip organ Komisyon'dur. Komisyon, Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Anlaşma'nın (ABİDA) 101. ve 102. maddelerinin ihlali halinde idari para cezasına hükmedebilmektedir. Bunun dışında Komisyon'un yargısal bir yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla Komisyon'un idari bir organ olduğu ve uyguladığı para cezalarının da idari nitelikte olduğu konusunda şüphe bulunmamaktadır. Ayrıca 1/2003 sayılı Konsey Tüzüğü'nün (1/2003 sayılı Tüzük)³² 23/5. maddesinde, Komisyon tarafından AB rekabet hukukunun ihlalinin cezalandırılması amacıyla verilen kararların cezai olarak görülemeyeceği belirtilmektedir. Bu noktada

ABAD'ın, Komisyon'un uyguladığı idari para cezaları konusundaki yorumu önem kazanmaktadır.

³² Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules of competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, Official Journal 2003 L 001, 04.01.2003.

Yukarıda ifade edildiği üzere, AİHM'nin bir yaptırımın cezai nitelik taşıyıp taşımadığı konusunda yaptığı yorum ve uyguladığı “*yaptırımın ulusal hukuktaki yeri*”, “*ihlalin niteliği*” ve “*yaptırımın ağırlığı*” kriterleri çoğu zaman idari para cezalarının da cezai nitelikliymiş gibi değerlendirilmesine neden olmaktadır. Bunun yanı sıra ABAD'ın da, genel olarak, idari para cezalarının cezai niteliği konusunda verdiği kararlar ve uyguladığı kriterler bulunmaktadır.

ABAD'ın bir idari yaptırımın cezai nitelikte olup olmadığının tespitinde kullandığı kriterler AİHM'nin kriterleriyle benzerlik göstermektedir. Divan, *Fransson*³³ ve *Bonda*³⁴ kararlarında, cezai nitelikte bir yaptırımın mevcudiyeti için iki koşulun bulunması gerektiğini belirtmiştir. ABAD, ilk olarak “*ihlalin sınıflandırılması*”na bakmıştır. İkinci olarak “*ihlalin niteliği*”ni dikkate alarak ihlal sonucunda uygulanacak “*yaptırımın amacının cezalandırıcı olup olmadığı*”nı ve “*ihlal edilen kuralın herkese uygulanabilirliği*”ni sorgulamıştır. Bununla birlikte AİHM'nin kabul ettiği üçüncü kriter olan cezanın ağırlığı ise ABAD tarafından esaslı bir değerlendirmeye tabi tutulmamıştır. ABAD'ın bu kriterlerinde, AİHM'nin, AİHS'nin 6. maddesinin uygulanmasına ilişkin içtihatlarından ilham aldığı görülmektedir (Moor-van Vugt 2012, 5).

Diğer taraftan, rekabet ihlallerine ilişkin ABAD kararları değişkenlik göstermiştir. İlk olarak rekabet ihlali soruşturmaları sonucunda verilen kararların idari olduğu ve uygulanan para cezalarının cezai nitelikte kabul edilemeyeceğini belirten ABAD, 1999 yılında verdiği *Hüls*³⁵ kararında, rekabete aykırı davranışlar içerisine giren teşebbüslere de (ceza hukukuna egemen bir ilke olan) masumiyet karinesinin uygulanabileceğini ifade ederek rekabet hukuku soruşturmalarının cezai nitelikte olabileceğine ilişkin ipucu vermiştir. Genel Mahkeme tarafından 2011 yılında verilen *Schindler*³⁶ kararında ise, Komisyon tarafından rekabet hukuku ihlallerine uygulanan para cezalarının cezai nitelik taşıyabileceği belirtilmiştir. Bununla birlikte Genel Mahkeme, rekabet ihlalinin ceza hukukunun kapsamına sınırdan girdiğini, dolayısıyla bu ihlallerin esnek ceza hukuku (*soft criminal law*)³⁷ olarak adlandırılabilceğini ifade etmiştir.

³³ Åklagaren v. Hans Åkerberg Fransson,, Case C-617/10 (26.02.2013).

³⁴ Łukasz Marcin Bonda, Case C-489/10 (05.06.2012).

³⁵ Hüls AG v. Commission, Case C-199/92 (08.07.1999).

³⁶ Schindler Holding Ltd, Schindler Management AG, Schindler SA, Schindler Deutschland Holding GmbH, Schindler Sàrl, Schindler Liften BV v. European Commission, Case T-138-07 (13.07.2011).

³⁷ Rekabet ihlallerine karşı uygulanan para cezaları yarı cezai nitelikte (*semi-criminal nature*) olarak da adlandırılmaktadır (Rosiak 2012, 121).

Bu noktada, yukarıda ifade edilen ABAD kararlarında, bir idari yaptırımın cezai nitelik taşıyıp taşımadığının tespitinde bulunması gereken kriterlerin rekabet ihlallerine Komisyon tarafından uygulanan idari para cezaları açısından değerlendirilmesi gerekmektedir.

İlk olarak, ihlalin sınıflandırılması, yani *rekabet ihlalinin ceza hukukunun kapsamına girip girmediği* irdelenmelidir. Rekabet hukukuna ilişkin kurallar ABİDA'nın 101. ve 102. maddelerinde düzenlenmektedir. Anılan maddelerin, Anlaşma'nın ceza hukukuna ilişkin hükümlerinin bulunduğu bölümde yer almadığı, aksine 7. Bölüm altında rekabete ilişkin ortak kurallar, vergilendirme ve kanunların yakınlaştırılmasına ilişkin hükümlerin arasında yer aldığı görülmektedir. Diğer taraftan, 1/2003 sayılı Tüzük'ün 23/5. maddesinde Komisyon tarafından rekabet ihlalinin cezalandırılması amacıyla verilen kararların cezai olarak görülemeyeceği “kesin bir şekilde” ifade edilmektedir. ABİDA ile anılan Tüzük'ün yalnızca sistematik ve/veya lâfzî yorumu neticesinde, rekabet hukukuna ilişkin yaptırımları düzenleyen kuralların ceza hukuku alanı içerisinde yer almadığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte Komisyon'un uyguladığı cezaların niteliğinin belirlenmesinde ilk adım olarak ifade edilebilecek yukarıda özetlenen hususun, bir yaptırımın cezai niteliğe sahip olup olmadığının analizinde esası etkileyici niteliği bulunmamaktadır (Kostova 2013, 28).

Rekabet ihlallerine uygulanan para cezalarının cezai nitelik taşıyıp taşımadığının değerlendirilmesinde ikinci olarak, *rekabete ilişkin kuralların ihlalinin niteliği* tespit edilmelidir. Bu hususta yapılan değerlendirme, *anılan kuralların kapsamı* ile kuralların ihlali halinde uygulanan cezanın *cezalandırıcı ve caydırıcı yapısı* olmak üzere iki noktada toplanmaktadır. Kuralların kapsamı açısından ABAD, bir ihlale uygulanan kuralın herkese uygulanabilir bir kural mı olduğu yoksa belirli bir grup ya da sektöre özgü olarak mı uygulandığı konuları üzerinde durmuştur. Bu doğrultuda AB rekabet hukukunun temel kurallarını ihtiva eden ABİDA'nın 101. ve 102. maddelerinin uygulandığı alanın, toplumun genelini kapsadığını söylemek yanlış olmayacaktır. Zira söz konusu maddeler, herhangi bir kişi, grup veya sektörü dışlayıcı ya da yalnızca bunlara özgü bir nitelik arz etmemektedir. Rekabet ihlali karşılığında uygulanan para cezasının cezalandırıcı ve caydırıcı niteliği konusunda ise Komisyon tarafından 2006 yılında çıkarılan para cezalarının belirlenmesi yöntemine ilişkin Ceza Rehberi³⁸ yardımcı olmaktadır. Ceza Rehberi'nde açıkça para cezalarının cezalandırıcı ve caydırıcı etkiye sahip olması

³⁸ Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003. Official Journal C 210, 1.9.2006.

gerektiği ifade edilmiştir³⁹. Ayrıca Komisyon'un, teşebbüslerin cirounun %10'una kadar para cezası uygulama yetkisinin bulunması cezaların caydırıcı olmasına hizmet etmektedir (Jones ve Sufrin 2011, 1041). Bu doğrultuda Komisyon'a, yeterli caydırıcı etkinin sağlanabilmesi için temel para cezasının artırılması konusunda takdir yetkisi verilmiştir. Dolayısıyla rekabet ihlallerine uygulanan para cezalarının hâlihazırda ihlali gerçekleştiren teşebbüsü cezalandırmasının ve aynı zamanda gerek mevcut gerek potansiyel ihlaller bakımından caydırıcılık niteliğine sahip olmasının zemininin sağlandığı söylenebilecektir.

Son olarak, rekabet ihlallerine uygulanan para cezalarının cezai niteliği haiz olup olmadığı konusunda, *cezanın ağırlığı* kriterinin değerlendirilmesi faydalı olacaktır. Her ne kadar anılan unsur ABAD tarafından uygulanmasa da konu bakımından önemli olması nedeniyle değerlendirmeyi gerektirmektedir. AİHM, cezanın ağırlığını, bir ihlal karşısında uygulanabilecek potansiyel ceza miktarı ile ilgili olarak değerlendirmektedir⁴⁰. Rekabet ihlaline verilebilecek para cezaları yasalarda nispi olarak belirlenmiş olmasının yanı sıra uygulanan cezalar önemli miktarlara ulaşabilmektedir⁴¹. Dolayısıyla rekabet hukuku ihlallerinde uygulanabilecek cezanın taban miktarının bulunmamasına karşın önemli tutarlara ulaşabildiği görülmekte ve böylece cezanın ağırlığı unsurunun karşılandığı anlaşılmaktadır (Kostova 2013, 29).

Sonuç olarak, rekabet hukukuna ilişkin kuralların ihlallerinin niteliğinin tespitinde, hem cezaların herkesi kapsamına alması hem de caydırıcı ve cezalandırıcı etkisinin bulunması neticesinde, rekabet hukukuna ilişkin ihlallerde uygulanan para cezalarının cezai nitelik taşıdığı anlaşılmaktadır.

Yukarıda ifade edildiği üzere, AİHM ve ABAD'ın esas aldığı kriterlerin, AB rekabet hukukunda rekabet ihlallerine verilen para cezalarına uygulanması sonucunda anılan yaptırımların cezai karakter taşıdığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla

³⁹ Ceza Rehberi'nin giriş kısmında caydırıcılık etkisi genel ve özel olarak ikiye ayrılmış ve para cezalarının hem potansiyel ihlallerin önüne geçmesini (genel caydırıcılık) hem de ihlali gerçekleştiren teşebbüslerin aynı davranışları tekrarlamasını engellemesini (özel caydırıcılık) sağlaması gerektiği ifade edilmiştir.

⁴⁰ Zolotukhin v. Russia, Application No: 14939/03 (10.02.2009). AİHM'ye göre uygulanan cezanın düşük olması, ihlalin doğasında bulunan cezai niteliği ortadan kaldırmaz. Ozturk v. Germany, Application No: 8544/79 (21.02.1984).

⁴¹ Örneğin; Saint Gobain hakkında, 2008 yılında, araba camı kartelinden dolayı 880.000.000 Euro, Philips hakkında, televizyon ve bilgisayar ekran tüpü kartelinden dolayı 2012 yılında 705.269.000 Euro para cezası uygulanmıştır. <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf> Erişim Tarihi: 15.02.2014.

Komisyon tarafından verilen idari para cezalarının, *ne bis in idem* ilkesinin uygulama alanına girdiği söylenebilecektir (Nazzini 2005, 10; Scordamaglia Tosis 2013, 407).

2.2. AB REKABET HUKUKUNDA MÜKERRER SORUŞTURMA VE CEZALANDIRMA

Komisyon tarafından uygulanan para cezalarının cezai nitelikte kabul edilebileceğinin ve *ne bis in idem* ilkesinin bu para cezaları bakımından uygulama alanı bulabileceğinin belirlenmesinin ardından ilkenin, Komisyon'un yaptırımlarına nasıl uygulanacağı, AB'de ne tür mükerrer soruşturma ve cezalandırma sorunlarının çıktığının ortaya konulması gerekmektedir.

Ne bis in idem ilkesinin AB rekabet hukukunda birçok farklı uygulama alanının olduğu görülmektedir. İlk olarak, AB'nin, bütünleşme ve dayanışma çerçevesinde tek pazar oluşturma anlayışına dayalı özel yapısı gereğince sahip olduğu Birlik organlarının yanı sıra üye devletlerin kendi organlarının bulunması, aynı eylemin hem Birlik organları hem de üye devletlerin ulusal organları tarafından ele alınması ihtimalini doğurmakta böylece mükerrer soruşturma ve cezalandırma mümkün olmaktadır.

İlkenin, AB rekabet hukukunda ikinci uygulama alanı rekabet ihlallerine uygulanan nihai para cezasının hesaplanması yönteminden doğmaktadır. Rekabet ihlallerine verilen cezanın hesaplanması sırasında, aynı eylemin hem ihlalin kendisi hem de ağırlaştırıcı sebebi olarak görülmesi yine mükerrer cezalandırma ihtimalini gündeme getirebilmektedir.

Son olarak, rekabet hukuku kurallarının yanı sıra sektörel düzenleyici otoritelerin ve sektöre has kuralların ortaya çıkmasının ardından aynı davranışın birden fazla mevzuatta düzenlenmesi ve dahası bu davranış için birden fazla mevzuatta yaptırım öngörülmüş olması mümkün hale gelmiştir. Bu durumda aynı eylemin bir rekabet ihlali olarak görülerek rekabet otoritesi tarafından cezalandırılmasının öncesinde/ardından sektörel düzenleyici tarafından cezalandırılarak aynı eylemin çifte soruşturma ve cezalandırma ihtimali yine gündeme gelmektedir.

Yukarda sayılan durumların her biri, *ne bis in idem* ilkesinin ihlaline yol açabilecek nitelikte olduğundan ilkenin uygulanması bakımından değerlendirilmesine ihtiyaç göstermektedir. Bu nedenle bu bölümde *ne bis in idem* ilkesinin AB rekabet hukukunda, yukarıda sayılan her bir uygulama alanı kapsamında, bu alana ilişkin yasal düzenlemeler ve örnek uygulamalara değinilmek suretiyle incelenecektir.

2.2.1. AB'nin Yapısından Kaynaklanan Çifte Soruşturma ve Cezalandırma Sorunu

Bilindiği üzere, AB sistemi, üye devletler ile Birlik organlarının yetki paylaşımına dayalı özel bir yapıya sahiptir. Birlik mevzuatı, üye ülkeler arasındaki ticareti korurken, üye devletlerin kendi mevzuatlarında özel çıkarları düzenlenmektedir. Ancak bu ikili düzenleme, rekabet hukukunda olduğu gibi, paralellik arz ettiğinden bir eylem hem Birlik mevzuatı hem de üye devlet mevzuatınca hukuka aykırı sayılabilmekte ve keza her iki alanda bu eyleme yaptırım öngörülebilmektedir. Hukuka aykırı olarak nitelenen davranışın hem Birliğin organları hem de üye devletin organları tarafından ele alınarak değerlendirilmesi sonrasında ise, iki soruşturma ve cezalandırma kararı ortaya çıkmaktadır. Her ne kadar AB çapındaki temel düzenlemelerle bu durumu önleyici tedbirlere yer verilmişse de uygulamada sorunların yaşandığı gözlenmektedir.

Rekabet hukuku uygulamasında en sık rastlanan sorun, üye devletlerin rekabet otoriteleri ile Komisyon'un aynı eyleme ceza uygulaması olmaktadır. ABAD'ın konuya ilişkin kararlarında, *ne bis in idem* ilkesinin uygulanırlığına yönelik birtakım şartların arandığı görülmektedir. ABAD'ın bu şartları, *ne bis in idem* ilkesinin, AB'nin özel yapısından kaynaklanan mükerrer soruşturma ve cezalandırma problemlerini aşarak ilkenin bütün uygulama alanlarına sirayet etmekte, bu nedenle, önem taşımaktadır. Bu doğrultuda bu başlık altında öncelikle ilkenin AB mevzuatındaki yeri ortaya konulacak sonra uygulanmasında karşılaşılan sorunlar ve ABAD'ın şartlarına değinilecektir.

2.2.1.1 AB Temel Haklar Şartı⁴²

Ne bis in idem ilkesi ile ilgili en temel düzenleme AB Temel Haklar Şartı'nda yer almaktadır. Şartın dibacesinde, AİHS'te yer alan temel hakların ve AİHM'in içtihat hukukunun teyit edildiği ifade edildikten sonra 50. maddesinde, hiç kimsenin yasalara uygun olarak Birlik içinde daha önce beraat ettiği ya da mahkûm edildiği bir suçtan dolayı tekrar yargılanamayacağı ya da cezalandırılmayacağı düzenlenmektedir. Temel Haklar Şartı'nın 50. maddesine ilişkin Açıklama Bildirisinde⁴³, anılan maddenin AİHS'nin Ek 7 nolu Protokolü'nün 4. maddesinin karşılığı olduğu, ancak kapsamının AB ve üye devlet mahkemelerini içerir şekilde genişletildiği belirtilmiştir. Bununla birlikte 50. madde uyarınca *ne bis in idem* ilkesinin tek bir üye ülke tarafından verilen kararlar bakımından uygulanabileceği

⁴² The Charter Of Fundamental Rights of The European Union, Official Journal C 364/1 (18.12.2000).

⁴³ Bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:303:0017:0035:EN:PDF>, Erişim Tarihi: 18.02.2014.

gibi, birden fazla üye devletin kararları bakımından da sonuç doğurabileceği ifade edilmiştir. Ayrıca Şart'ın 52/3. maddesinde, diğer maddelerde teminat altına alınan hakların, AİHS'te yer alan haklarla örtüşmesinin anlamı ve kapsamının AİHS ile aynı olduğu, öte yandan AB hukuku kapsamında daha ileri bir koruma getirilebileceği belirtilmiştir. Böylece AB temel mevzuatında, *ne bis in idem* ilkesinin AİHS'teki düzenleniş şeklinin ve AİHM'nin ilkeye ilişkin içtihatlarının benimsendiği açıkça ifade edilmiştir.

2.2.1.2. 1/2003 Sayılı Tüzük Öncesi Durum

1/2003 sayılı Konsey Tüzüğü'nün yürürlüğe girmesinden önce yürürlükte bulunan 17/62 sayılı Tüzük⁴⁴ uyarınca üye devletlerin rekabet otoritelerinin, ABİDA'nın 81. ve 82. (101. ve 102.) maddelerini uygulama yükümlüğü bulunmamakta, her bir üye devlet kendi rekabet hukuku kurallarını uygulamaktaydı (Wils 2003, 16). Rekabet ihlalleri; bir tarafta üye devletlerin otoriteleri tarafından ulusal mevzuatları ışığında değerlendirilirken, diğer tarafta Komisyon tarafından AB mevzuatı uyarınca ele alınmaktaydı (Whish 2009, 74). Bu durum, aynı davranışın birden fazla otorite tarafından incelenmesine yol açmaktaydı (Whish 2009, 75).

Konuya ilişkin olarak, ABAD, 1969 yılında aynı kartel hakkında hem Komisyon hem de Alman Rekabet Otoritesi tarafından yürütülen iki soruşturmayı incelediği *Walt Wilhelm*⁴⁵ kararında, *ne bis in idem* ilkesine aykırılığın bulunmadığını, Komisyon ile ulusal rekabet otoritesinin farklı amaçları güttüğünü belirtmiştir. Divan, Komisyon'un üye devletler arasında bozulmamış rekabet ortamını tesis etmekle yükümlü olduğunu; buna karşılık üye devlet otoritesinin, ulusal düzenlemeler ışığında ve bu düzenlemelere özgü bir soruşturma yürüttüğünü belirtmiştir. Bununla birlikte ABAD, yürütülen iki ayrı soruşturmanın iki ayrı cezaya neden olabileceğini ve adil yargının bir gereği olarak ilk cezanın göz önünde bulundurulması gerektiğini belirterek teşebbüslerin cezasını hafifletmiş ve *ne bis in idem* ilkesinin önemini kabul etmiştir (Louis ve Accardo 2011, 101). Ancak ilkeyi yalnızca çifte cezalandırmayı önleyici etkisiyle sınırlamıştır (Vervaele 2013, 218).

1969 tarihli bu karar, o dönemde üye devletlerin birbiriyle karşılaştırılabilir rekabet kurallarının bulunmamasının ve 17/62 sayılı Tüzük'ün, Komisyon'a, Birlik menfaatlerinin gözetilmesinde sağladığı tekel konumun bir sonucu olarak

⁴⁴ Council Regulation No 17 First Regulation implementing Articles 85 and 86 of the Treaty, Official Journal 013/204 (21.01.1962).

⁴⁵ *Walt Wilhelm v. Bundeskartellamt*, Case C-14/68 (13.02.1969). Aynı yönde bkz. *Boehringer Mannheim GmbH v. Commission*, Case C-7/72 (12.12.1972).

karşımıza çıkmaktadır. Günümüzde ise AB’de farklı bir yapının mevcut olması ve AB’nin tek pazar olgusu karşısında *Walt Wilhelm* kararı ile ortaya konulan sonuç tartışmalı hale gelmektedir (Bockel 2009, 86).

2.2.1.3. 1/2003 sayılı Tüzük Sonrası Durum

Üye devletlerin ulusal rekabet otoriteleri ile Komisyon arasındaki çift başlı uygulama, 1/2003 sayılı Tüzük’ün yürürlüğe girmesinden sonra büyük oranda bertaraf edilmiştir (Petr 2008, 395). 1/2003 sayılı Tüzük’ün 3/1. maddesine göre, üye devletlerin rekabet otoriteleri ve yerel mahkemeleri, üye devletler arasındaki ticareti olumsuz etkileyebilecek ihlallere karşı ulusal rekabet hukuku kurallarını uygularken ABİDA’nın 101. ve 102. maddelerini de göz önünde bulunduracaklardır. Böylece Komisyon, AB rekabet hukukunu uygulama konusundaki tekel konumunu kaybederken üye devlet otoriteleri, Birlik çapındaki ihlaller bakımından aynı anda hem ulusal rekabet hukuklarını hem de AB rekabet hukukunu uygulamakla yükümlü tutulmuşlardır. Bununla birlikte aynı davranışın iki kez soruşturma ve ceza konusu olmasının engellenmesi için 1/2003 sayılı Tüzük’ün 11/1. maddesinde Komisyon ve ulusal rekabet otoritelerinin, Birlik mevzuatının uygulanmasında yakın işbirliği içerisinde olması şart koşulmuştur. Herhangi bir üye devlette başlayan soruşturma hakkında Komisyon’un ve gerekiyorsa diğer üye devletlerin de bilgilendirilmesi gerektiği, ayrıca üye devlette başlayan bir soruşturmanın ardından Komisyon’un aynı eylem hakkında ikinci bir soruşturmayı ancak anılan üye devlete danıştıktan sonra başlatabileceği belirtilmiştir.

1/2003 sayılı Tüzük’ün yürürlüğe girmesinin ardından *ne bis in idem* ilkesinin uygulanmasıyla ilgili en önemli karar, ABAD’ın *Aalborg Portland*⁴⁶ kararı olmuştur. Bahse konu kararda Divan, *ne bis in idem* ilkesinin ihlal edildiğinin kabul edilebilmesi için kümülatif olarak üç şartın gerçekleşmesi gerektiğini ifade etmiştir. ABAD bu şartları; “*olayların aynılığı*”, “*kişinin tekliği*” ve “*korunan hukuki menfaatin tekliği*” olarak sıralamıştır. ABAD’ın bu son yorumuna göre, aynı teşebbüs, aynı hukuki değeri koruyan yaptırımı gerektiren tek bir hukuka aykırı davranıştan dolayı birden fazla soruşturulamayacak ve cezalandırılmayacaktır. Divan’ın bu şartları, rekabet hukuku kapsamında mükerrer soruşturma ve cezalandırma iddialarının değerlendirilmesinde temel oluşturmuştur. Ayrıca ABAD’ın, hâlihazırda *ne bis in idem* ilkesinin ihlal edildiği iddialarının karşılanmasında anılan şartları uygulaması bakımından da önem taşımaktadır.

⁴⁶ Aalborg Portland and Others v. Commission, Joined Cases C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P, C-219/00 P (07.01.2004).

2.2.1.3.1. Olayların Aynılığı

İlk olarak olayların aynılığı şartının değerlendirilmesinde, hukuki niteliği ne olursa olsun, birbiriyle ayrılmaz bir biçimde ilişkili davranış ve olaylardan oluşan bir bütünlüğün esas alınması gerektiği ifade edilmektedir⁴⁷. Bu doğrultuda bir davranışın bir coğrafi bölgedeki rekabeti kısıtlama, engelleme, bozma amacı veya etkisi değerlendirilmektedir⁴⁸. Anılan kriter, soruşturma konusu rekabeti kısıtlayıcı anlaşma/uygulamaların nitelendirmesinin rekabet ihlalleri konusunda yürütülen farklı soruşturmalar kapsamında değişkenlik arz etmemesi nedeniyle genellikle sorun doğurmamaktadır (Rosiak 2012, 129).

2.2.1.3.2. Kişinin Aynılığı

ABAD, *ne bis in idem* ilkesinin ihlali için ikinci olarak kişinin tekliği şartının gerçekleşmesini aramaktadır. Anılan unsurun değerlendirilmesinde yol gösterici nitelikte açıklamalar ilk derece mahkemesinin bir kararında⁴⁹ yer almıştır.

Dava konusu Komisyon kararı, altı Fransız teşebbüs birliğinin (federasyon) akdettikleri rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaya ilişkindir. Teşebbüs birlikleri tarafından, üç federasyonun diğer bir federasyona üye olduğu ve ihlal oluşturan faaliyetlerin büyük çoğunluğunun dördüncü federasyon tarafından gerçekleştirildiği, Komisyon tarafından hem üye olunan federasyona hem de üyelere ceza verilerek aynı kişilerin iki kez cezalandırıldığı iddia edilmiştir. İlk derece mahkemesi ise kararında, federasyonların ayrı tüzel kişiliklerinin, ayrı bütçelerinin, ayrı kuruluş amaçlarının bulunduğunu ve ayrıca her bir federasyonun kendi menfaatlerine uygun hareket ettiklerini belirtmiştir. Böylece iddialar karşısında *bağımsız karar verebilme* unsurunu esas alan mahkeme, aynı kişiye, aynı eylemden dolayı verilen mükerrer cezanın bulunmadığı ve *ne bis in idem* ilkesinin ihlal edilmediğini ifade etmiştir.

2.2.1.3.3. Korunan Hukuki Menfaatin Aynılığı

ABAD tarafından *ne bis in idem* ilkesinin ihlaline ilişkin esas alınan üçüncü ve son şart korunan hukuki menfaatin aynılığıdır. Anılan şart, ABAD ve Komisyon tarafından ön şart olarak kabul edilmekte ve çoğunlukla korunan hukuki menfaatin farklı olması nedeniyle *ne bis in idem* ilkesinin kapsamının daralmasına neden olmaktadır. ABAD, hukuki menfaat kavramını bölgesel olarak ele almakta ve

⁴⁷ Toshiba Corporations and Others v. Úřad Pro Ochranu Hospodářské Soutěže (Czech Competition Authority), Case C-17/10 (14.02.2012).

⁴⁸ Toshiba Corporations and Others v. Úřad Pro Ochranu Hospodářské Soutěže (Czech Competition Authority), Case C-17/10 (14.02.2012).

⁴⁹ FNCBV v. Commission, Joined Cases T-217/03, T-245/03 (13.12.2006).

ihlalin üye devletlerdeki etkisi ile Birlik çapındaki etkisini tartışmaktadır⁵⁰. Buna göre, ulusal rekabet otoriteleri, ihlalin kendi ülkelerindeki etkisini göz önünde tutmakta, Komisyon ise, Birlik çapında etki değerlendirmesi yapmaktadır. Bu doğrultuda korunan hukuki menfaat bir tarafta ulusal nitelik taşıırken diğer tarafta AB çapına genişlemesi bakımından farklılaşmaktadır⁵¹.

Bu bağlamda, Divan'ın Hukuk Sözcüsü Colomer'in *Aalborg Portland* kararına ilişkin görüşü⁵² dikkat çekicidir. Hukuk Sözcüsü; *ne bis in idem* ilkesinin uygulanması için kümülatif üç koşulun bulunması gerektiğini teyit ederken korunan hukuki menfaatin aynılığı koşulunun yorumunda, üye devlet otoritesi ile Komisyon'un rekabet ihlallerini değerlendirmesinde farklı amaçlar güttüğünün düşünülmemeyeceğini, aksi takdirde ilkenin uygulanamaz hale geleceğini belirtmektedir. Sözcü, ayrıca, *Walt Wilhelm* kararında benimsenen yaklaşımın ilkenin gereklerine uymadığını, *ne bis in idem* ilkesinin usulî bir kuraldan ziyade kişilerin temel hakkı olduğunu vurgulamaktadır. Benzer şekilde ABAD Hukuk Sözcüsü Kokott, korunan hukuki menfaatin aynılığı unsurunun uygulanmasında yapılan bölgesel değerlendirmenin çelişkili olduğunu, zira kamu görevlileri kanunu uyarınca yapılan disiplin soruşturmaları ya da özgürlük, güvenlik, adalet alanındaki hükümler gibi AB Hukuku'nun diğer dallarında ABAD'ın bölge ayırımına gitmeksizin korunan hukuki menfaatin tek olduğunu kabul ettiğini ifade etmektedir⁵³. Bu doğrultuda, *ne bis in idem* ilkesinin AB Hukuku'na egemen olan temel bir ilke olarak kabul edildiğini ve uygulanışı bakımından anılan şartın,

⁵⁰ Komisyon'un global düzeydeki kartel anlaşmaları hakkındaki *Amino Acids* kararında, Amerika ve Kanada rekabet otoritelerinin ceza uyguladığı kartel anlaşmasına Komisyon'un da ceza uygulamasının *ne bis in idem* ilkesine aykırı olmadığı zira her bir otoritenin farklı amaçlar güttüğünü böylece korunan hukuki menfaatin tek olmadığını ifade etmiştir (*Amino Acids*, COMP/36.545/F3 (07.06.2000)). Aynı yönde bkz. *Sorbates*, COMP/E-1/37.370 (01.10.2003); *Citric Acid*, COMP/E-1/36.604 (05.12.2001).

ABAD'a göre Komisyon'un amacı AB'de ve Avrupa Ekonomik Bölgesi'nde bozulmamış bir rekabet ortamını sağlamakken Amerikan ve Kanada otoritelerinin amacı kendi pazarlarının korunmasıdır (*Archer Daniels Midland Ingredients v. Commission*, Case C-397/03 (18.05.2006)).

İlk derece mahkemesi de *Tokai* kararında, AB Temel Haklar Şartı'nın 50. maddesinin Birlik içerisinde uygulama alanı bulacağına açıkça ifade edildiğini ve 50. maddede teminat altına alınan temel hakkın Birlik sınırları dâhilinde verilmiş beraat veya mahkûmiyet kararları ile sınırlandırıldığını belirtmiştir. (*Tokai Carbon Co. Ltd and Others v. Commission*, Joined Cases T-236/01, T-239/01, T-244/01 to T-246/01, T-251/01, T-252/01, (29.04.2004)).

⁵¹ *Akzo Nobel Chemicals and Akros Chemicals v. Commission and Others*, Case C-550/07 P (14.09.2010), *Toshiba Corporations and Others v. Úřad Pro Ochranu Hospodářské Soutěže* (Czech Competition Authority), Case C-17/10 (14.02.2012).

⁵² Opinion of A.G. Colomer in Case C-217/00 (11.02.2003).

⁵³ Opinion of A.G. Kokott in Case C-17/10 (08.09.2011).

hukukun muhtelif alanlarına bağılı olarak farklı yorumlanmasının haklı bir sebebinin bulunmadığını belirtmektedir.

ABAD'ın kırk yıl önce, *Walt Wilhelm* kararı ile benimsediğı tutumunu devam ettirmesi, 1/2003 sayılı Tüzük ile getirilen yeni sistemin eşzamanlı soruşturma yürütülmesi ihtimalini sınırlaması karşısında çelişkili bulunmaktadır (Louis ve Accardo 2011, 108). Aynı şekilde tek pazar anlayışına dayanan AB sistemi esas alındığında, bu pazarın bir parçasını oluşturan üye devlet otoritesinin aynı ihlale farklı bir açıdan baktığı sonucuna ulaşılması, sistemin ana felsefesi ile uyuşmamakla birlikte, Colomer'in haklı olarak belirttiğı üzere; ilkenin gereklerini karşılamamakta ve ilkeyi uygulanamaz hale getirmektedir. Zira *ne bis in idem* ilkesi, *bir ihlalin aynı etkisini değil, aynı ihlal dolayısıyla mükerrer soruşturma ve cezalandırma* yasaklamaktadır (Wils 2003, 19)⁵⁴.

Sonuç olarak, AB'nin eskisinden daha çok bütünleşmiş rekabet hukuku sistemi karşısında, *Walt Wilhelm* kararında benimsenen yöntem terk edilerek *ne bis in idem* ilkesinin, 1/2003 sayılı Tüzük hükümleri ışığında değerlendirilmesi gerektiğı ve ilkenin, Komisyon ile üye devletler arasında çıkabilecek mükerrer soruşturma ve cezalandırma ihtimallerinde daha etken olması gerektiğı görülmektedir. Diğer taraftan, ABAD'ın *Aalborg Portland* kararında öne çıkan şartların, yukarıda ifade edilen eleştirilerin de göz önünde bulundurulması suretiyle, ilkenin idari yaptırımlara uygulanmasında uygun bir başlangıç noktası teşkil edebileceğı anlaşılmaktadır. İdari yaptırımların çeşitliliğı karşısında mükerrer soruşturma ve cezalandırma yasağının geniş kapsamlı uygulanması halinde bu kez yaptırımların caydırıcılık ve cezalandırıcılık niteliğini kaybedebileceğı de gözden kaçırılmaması gereken bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle bir yandan temel bir hak olan *ne bis in idem* ilkesinin ihlal edilmemesi gözetilirken diğer yandan ihlal nedeniyle doğan/doğması muhtemel olan etkinin giderilmesi arasındaki dengenin sağlanması gerekmektedir.

⁵⁴ Bu noktada ulusal rekabet otoritesi karşısına gelmiş bir rekabet ihlalinin yeterli olarak değerlendirilememesi ve aynı ihlalin Komisyon tarafından incelenmesi durumunda verilmesi muhtemel para cezasından daha düşük bir miktarın uygulanması ihtimali gündeme gelebilmektedir. Ancak bu durumda dahi Komisyon tarafından ikinci bir soruşturmanın yapılabilmesi için öncelikle yasalar tarafından öngörölmüş olması şartı aranmalıdır (Wils 2003, 19). Bununla birlikte 1/2003 sayılı Tüzük bu anlamda ikinci soruşturmanın yürütülmesi için yeterli açıklıkta bir düzenleme getirmemektedir. Diğer taraftan Birliğin birincil düzenlemesi niteliğindeki AB Temel Haklar Şartı ile güvence altına alınan bir temel hakkın sınırlandırılabilmesi için zorunlu ve gerçekten Birliğin genel menfaatinin korunmasını gerektiren amaçlar bulunmalı ve sınırlama hakkın özüne dokunmamalıdır (Wils 2003, 20).

2.2.2. Nihai Para Cezasının Belirlenmesi Sırasında Ortaya Çıkan Mükerrer Cezalandırma Sorunu

Komisyon tarafından 2006 yılında çıkarılan para cezalarının belirlenmesi yöntemine ilişkin Ceza Rehberi uyarınca nihai para cezasının tespitinde temel para cezası miktarının belirlenmesi ile bu miktara ağırlatıcı ve hafifletici unsurların uygulanması olmak üzere iki aşamalı bir hesaplama yöntemi benimsenmiştir. Rehber'in 28. maddesinde ağırlatıcı sebepler (i) tekrür, (ii) işbirliği yapmayı reddetme ve (iii) teşebbüsün ihlalin gerçekleşmesindeki belirleyici rolü olarak sıralanmıştır. Anılan ağırlatıcı sebeplerden tekrür ve işbirliği yapmayı reddetme, teşebbüslerin aynı eyleminin iki kez cezalandırılabilmesi riskini ihtiva etmektedir. Bu nedenle, bu kısımda ağırlatıcı sebep olarak öngörülen işbirliği yapmayı reddetme ve tekrür ile *ne bis in idem* ilkesi arasındaki ilişki incelenecektir.

2.2.2.1. İşbirliği Yapmayı Reddetme ve *Ne Bis In Idem* İlkesi

1/2003 sayılı Tüzük'ün 23/1. maddesi teşebbüslerin yanlış/yanıltıcı bilgi vermeleri halini düzenlemektedir. Buna göre Komisyon, teşebbüslerin yanlış, yanıltıcı ve eksik bilgi vermeleri durumunda, toplam cirolarının %1'ine kadar para cezası uygulayabilecektir. Yanlış, yanıltıcı ve eksik bilgi verme eyleminin hâlihazırda yürütülen bir soruşturma kapsamında gerçekleştirilmesi durumunda, anılan eylemin bu sefer de işbirliği yapmayı reddetme ile ilişkili olarak temel cezayı ağırlatıcı bir unsur olarak görülmesi mümkündür. Bu durumda teşebbüse, aynı hukuka aykırı eyleminden dolayı hem münferiden yanlış, yanıltıcı bilgi vermeyi düzenleyen 1/2003 sayılı Tüzük'ün 23. maddesi uyarınca hem de ihlalin ağırlatıcı sebebi olarak Ceza Rehberi uyarınca ceza verilmiş olacaktır. Böylece teşebbüs, aynı eylemden dolayı birden fazla kez cezalandırılacaktır.

Bahse konu eylem açısından ABAD'ın *ne bis in idem* ilkesinin uygulanmasına ilişkin getirdiği şartlar göz önünde bulundurulduğunda;

- (i) yanıltıcı bilgi veren teşebbüsün hakkında soruşturma yürütülen teşebbüs olması dolayısıyla kişinin aynılığı şartının gerçekleştiği,
 - (ii) yanıltıcı bilgi verme eyleminin iki kez cezalandırılması dolayısıyla olayın teklifi şartının gerçekleştiği,
 - (iii) son olarak her iki ceza öngören hükmün nihai olarak bozulmamış bir rekabet ortamı sağlamayı hedef alması nedeniyle korunan hukuki menfaatin aynılığı şartının gerçekleştiği
- görülmemektedir. Böylece Divan'ın tüm şartlarının yerine getirilmesi sonucunda *ne bis in idem* ilkesi ihlalden söz edilebilecektir.

Konu hakkında Genel Mahkeme tarafından bir kararda⁵⁵ 1/2003 sayılı Tüzük uyarınca Komisyon'un bilgi talebine karşılık teşebbüsün yanlış ve yanıltıcı bilgi vermesi halinde Komisyon'ca teşebbüsün toplam cirosunun %1'ine kadar para cezası uygulanabileceği, anılan durum bağımsız bir ihlal teşkil etse de aynı eylemin, ağırlatıcı sebep olarak görülmesinin mümkün olduğu, öte yandan eğer bahse konu eylem bu iki durumdan birisi olarak nitelendiriliyorsa aynı zamanda diğerinin kapsamına girmeyeceği belirtilmiştir. Genel Mahkeme'nin bu kararında, her ne kadar çifte cezalandırmanın kabul edilip edilmediği açık bir şekilde belirtilmese de, aynı eylemin her iki başlık altında birden fazla kez değerlendirilemeyeceği anlaşılmaktadır. İki başlıktan birisinin kapsamına alınan, örneğin, münferiden cezalandırılan eylem bu sefer işbirliği yapmama unsuru kapsamında ayrıca ağırlatıcı sebep olarak uygulanmamalıdır. Zira hukuka aykırı eylem bir kez münferiden cezalandırılmıştır. Aynı eylemin ikinci kez temel cezanın arttırmasına sebep olması durumunda *ne bis in idem* ilkesi ihlal edilmiş olacaktır.

Ne bis in idem ilkesinin ihlali, aynı eylemin, aynı soruşturmayla ilgili hem bağımsız bir ihlal hem de soruşturma konusu rekabet ihlalinin ağırlatıcı sebebi teşkil etmesi durumunda gerçekleşecektir. Bunun dışında her iki durumun aynı dosyada ayrı ayrı gerçekleşmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Yani teşebbüs, Komisyonu yanıltmasından dolayı 1/2003 sayılı Tüzüğün 23/1. maddesi kapsamında cezalandırılmışken ikinci bir yanıltmanın ağırlatıcı sebep olarak görülmesi mümkündür.

Sonuç olarak, AB rekabet hukuku kapsamında işbirliği yapmayı reddetme eyleminin ne şekilde değerlendirileceğine baştan karar verilmesi gerekmektedir. Eylemin, bağımsız bir usuli cezası ya da ağırlatıcı sebep olarak görülmesi mümkündür. Bununla birlikte, yanlış/yanıltıcı bilgi verme eyleminin münferiden cezalandırılmaması durumunda, yürütülen inceleme sonucunda rekabet ihlalinin olmadığı tespit edildiği takdirde bahse konu eylem cezasız kalabilecektir. Dolayısıyla yanlış/yanıltıcı bilgi verme halinin 1/2003 sayılı Tebliğin 23/1. maddesi kapsamında cezalandırılması ve ağırlatıcı sebep olarak görülmemesi uygun olacaktır.

2.2.2.2. Tekerrür ve *Ne Bis In Idem* İlkesi

2006 tarihli Ceza Rehberi'nde tekerrür, bir teşebbüsün, *ulusal rekabet otoritesi yahut Komisyon tarafından 101. veya 102. maddeyi ihlal ettiğinin tespit*

⁵⁵ IBP Ltd. v. Commission, Case T-384/06 (24.03.2011).

edilmesinin ardından aynı veya benzer bir ihlale devam etmesi ya da tekrarlaması olarak tanımlanmış ve bu durumda ikinci ihlalden dolayı verilecek cezanın % 100 oranında arttırılabileceği belirtilmiştir.

İlk bakışta çifte cezalandırma ihtimalinin tekerrürün doğasında bulunduğu düşünülebilir. Şöyle ki Komisyon veya ulusal rekabet otoritesi tarafından tespit edilen ilk ihlalin ağırlaştırıcı sebep olarak ikinci ihlalden dolayı uygulanan para cezasının arttırılmasına sebep olduğu ve böylece aynı eylemin ikinci cezanın arttırılmasıyla ikinci kez cezalandırıldığı söylenebilir. Ancak ikinci ceza, ilk ihlale bağlı olmamakla birlikte ikinci ihlalin sonucu olarak verilmektedir. Dolayısıyla gerçekte çifte cezalandırma meydana gelmemektedir (Scordamaglia-Tousis 2013, 413).

Konuyla ilgili bir Genel Mahkeme kararında⁵⁶, tekerrür hükmünün uygulanmasının *ne bis in idem* ilkesine aykırı olduğunun iddia edilmesi üzerine Komisyon'un dava konusu kararında, teşebbüsün ilk ihlalini yeniden incelemeyeceği, aksine daha önce soruşturma konusu olmamış bir kartele katılımından dolayı ceza uyguladığı ifade edilmiştir. *Ne bis in idem* ilkesinin uygulanabilmesi için gerekli olan üç şarta atıf yapan mahkeme dava konusu karar bakımından olayların aynılığı kriterinin yerine getirilmediğini belirtmiştir. Benzer şekilde, Komisyon *Akzo Nobel*⁵⁷ kararında, teşebbüsün aynı tür ihlali devam ettirmesi ve daha önceki cezanın teşebbüsün davranışlarını değiştirmeye yeterli olmaması durumunda tekerrür hükmünün uygulanacağını, bu durumun aynı ihlalin ikinci kez cezalandırıldığı anlamına gelmediğini belirtmiştir.

Gerçekten de tekerrür dolayısıyla cezanın arttırılmasının sebebinin yalnızca teşebbüsün hukuka aykırı ilk davranışı oluşturmamaktadır. Zira rekabet otoritesi ilk ihlali yeniden değerlendirmemektedir. Ancak teşebbüsün hukuka aykırı davranışı tekrarlaması, ilk yaptırımın teşebbüsü caydırmadığı, ihlal edilen kuralın yeterince uygulanmadığını göstermektedir. Tekerrür hükmünün temelinde de bir kez ihlal edilen kurala uygulanan yaptırımın yeterli caydırıcılık etkisi doğuramadığı düşüncesi yatmaktadır. Özellikle rekabet ihlalleri ve karteller söz konusu olduğunda elde edilen kârlara oranla verilen cezalar caydırıcı olmaktan uzaklaşmaktadır (Arı ve Aygün 2009, 30). Bu durum, yaptırım öngören normun ciddiyetinin azalması ve ihlalinin çoğalmasına neden olabilecektir. Dolayısıyla tekerrür hükmünün *ne bis in idem* ilkesine aykırı olduğundan söz edilmemelidir.

⁵⁶ Arkema France v. Commission, Case T-343/08 (17.05.2011).

⁵⁷ Akzo Nobel NV and Others, COMP/E-1/.37.773 (19.01.2005).

2.2.3. Düzenlenen Sektörlerde *Ne Bis In Idem* İlkesinin Uygulanışı

Özelleştirme uygulamaları sonrasında rekabetçi ortamın sağlanabilmesi için serbestleşen bu piyasaların devlet eliyle düzenlenmesi yoluna gidilmiştir. Piyasaların düzenlenmesi bakımından kullanılan iki temel araç; tüm sektörler için yönelik genel bir ekonomik düzenleme olan rekabet hukuku ve sektörün kendine özgü düzenlemelere tabi tutulması olarak adlandırılabilir. Sektörel düzenlemeler olmuştur (Sarıçiçek 2012, 5). Bu düzenlemeler, özellikle telekomünikasyon ve enerji gibi sektörlerde doğal tekellerin varlığı karşısında serbest rekabet ortamının sağlanabilmesi için bir ihtiyaç olarak doğmuştur (İçöz 2003, 12)⁵⁸. Zira ilk olarak devlet eliyle yürütülen sektörlerin rekabete açılması sonrasında, tekel konumunda olan teşebbüslerin aşırı fiyat uygulama, piyasayı rakiplerine kapatma ihtimali gündeme gelmektedir (Whish 2009, 970). Ancak regülasyon otoriteleri tarafından konulan kurallar ve teşebbüslere getirilen yükümlülükler ile rekabet hukuku kuralları ile çatışma olabileceğine işaret edilmektedir (Petit 2004, 3). Bu sorunlara karşılık çeşitli çözüm önerileri getirilmişse de, bir teşebbüsün aynı hukuka aykırı davranışına hem regülasyon hem de rekabet otoritesi tarafından müdahale edilmesi riskinin bertaraf edilemediği dikkat çekmektedir. Bu doğrultuda düzenlenen sektörlerde bir yandan regülasyon otoritesinin kuralları ve yaptırımları diğer yandan rekabet hukuku kuralları ve yaptırımlarına dayanan ikili yapı, sorunun *ne bis in idem* ilkesi ve ABAD'ın, ilkenin ihlali için bulunması gerekli üç şartı çerçevesinde ele alınmasını gerekli kılmaktadır.

Regülasyon otoriteleri ile rekabet otoritesinin hukuka aykırı bir eyleme aynı anda müdahalesinin yaratacağı belirsizlik ortamına ilişkin bugüne kadar getirilen çözüm önerileri çeşitlilik göstermiştir (ICN 2004a). İlk olarak hukuka aykırı ve her iki alanın kapsamına giren bir davranışa yaptırım uygulama yetkisinin tek bir otoriteye verilmesi düşüncesi gündeme getirilmiş ve bunun olumlu ve olumsuz yönleri tartışılmıştır (Geradin ve O'Donoghue 2004, 53)⁵⁹. Diğer bir çözüm önerisi olarak bahse konu kurumların yakın işbirliği içerisinde faaliyet göstermesi⁶⁰, bilgi alışverişinde bulunması ve benzer konularda mutabakata varması tavsiye edilmiştir

⁵⁸ Aslında regülasyonun hedefi, bu sektörleri en kısa zamanda rekabetle tanıştırmaktır (Atiyas 2001, 42).

⁵⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. ICN 2004b.

⁶⁰ İşbirliğinin amaçları, tarafların şikâyetlerini veya bildirimlerini kendilerine en uygun çözümü sağlayabileceğine inandıkları düzenleyicilere götürdükleri "*forum shopping*" faaliyetlerini ve bir yasağı ihlal eden bir teşebbüsün aynı ihlal nedeniyle birden fazla cezaya tabi olduğu çifte cezalandırmayı engellemek, kaynakların eşzamanlı olarak birden fazla otorite tarafından tüketilerek gereksizce sarf edilmesinin önüne geçmek olarak sıralanabilir (Knight 2001, 108).

(OECD 2005)⁶¹. Ancak her ne kadar çözüm önerileri hayata geçirilmiş ve teorik olarak mükerrer soruşturma ve cezalandırma ihtimalini ortadan kaldırmış gibi görünse de uygulamada Komisyon'un sektörel düzenleyicinin ve kurallarının varlığına rağmen rekabet hukuku kuralları çerçevesinde teşebbüslere yaptırım uyguladığı görülmektedir.

Komisyon'un istikrar kazanmış uygulaması, sektörel düzenlemenin varlığının rekabet hukuku kurallarının uygulanmasını engellemeyeceği yönündedir⁶². Teşebbüslerin serbest karar alabilecekleri bir alanının mevcudiyeti durumunda sektörel düzenleme tek başına rekabet karşıtı davranışları engellememektedir. Bununla birlikte sektörel düzenlemenin varlığının Komisyon tarafından nihai cezanın hesaplanmasında hafifletici sebep olarak dikkate alındığı görülmektedir⁶³.

Diğer taraftan rekabet hukuku kapsamında Komisyon tarafından cezalandırılan bir teşebbüsün, aynı davranışlarından dolayı aynı zamanda düzenleyici otorite tarafından da cezalandırılmış olması durumu önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Konuyla ilgili olarak Komisyon'un *Telefonica*⁶⁴ kararında, *ne bis in idem* ilkesinin değerlendirildiği görülmektedir.

Telefonica kararında, İspanya'da sabit telefon ağına sahip Telefonica S.A. (Telefonica) tarafından, İspanyol ulusal regülasyon otoritesinin, rekabet hukuku kurallarını da uygulayarak verdiği kararlarının bulunduğu, bu nedenle Komisyon'un dosya konusu eylemler bakımından yetkisinin bulunmadığı ileri sürülmüştür. Ancak bu iddia, Komisyon tarafından reddedilerek ulusal otoritenin rekabet otoritesi olmadığı, bu nedenle ABİDA'nın 82. maddesini uygulayamayacağı, düzenleyici otoritenin hiçbir kararında Telefonica'nın mevcut dosya kapsamındaki davranışlarının inceleme konusu yapılmadığı, kaldı ki düzenleyici otoritenin değerlendirmesinde, kendi koyduğu yükümlülükleri esas aldığı, buna karşılık Komisyon'un amacının ABİDA'nın 82. maddesinin ihlal edilip edilmediğinin tespiti olduğu ifade edilerek *ne bis in idem* ilkesine aykırılığın bulunmadığı belirtilmiştir.

⁶¹ Bütün otoritelerin ihtiyaç duyduğu husus, bireysel hareketlerinin sonuçlarının, diğer otoritenin yaptığı işleri nerede etkilediğini görebilmek, bu uygulamaların sonuçlarını anlayabilmek ve uygun olan noktada diğer otoritelerin de görüşlerini göz önüne alabilmektir. Ancak bunun anlamı, otoritenin belirli bir olayda uygun olduğuna inandığı hareketi gerçekleştirme konusundaki takdir yetkisini kaybetmesi değildir (Knight 2001, 105).

⁶² Deutsche Telekom AG, COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 (21.05.2003), Wanadoo Interactive COMP/38.233 (16.07.2003).

⁶³ Deutsche Telekom AG, COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 (21.05.2003).

⁶⁴ Wanadoo España v. Telefónica, COMP/38.784 (04.07.2007).

ABAD'ın *ne bis in idem* ilkesinin uygulanmasına ilişkin şartlarının, açıkça yer verilmese de, *Telefonica* kararında da değerlendirildiğini söylemek mümkündür. Zira Komisyon'un "dosya konusu davranışların ulusal düzenleyici otorite tarafından değerlendirilmediği"ni ifade etmesi aslında *olayların aynılığı* şartının sağlanmadığını göstermektedir. Ayrıca Komisyon'un, her iki otoritenin değerlendirme noktasının farklı olduğuna ilişkin tespiti, *korunan hukuki menfaatin aynı olmadığı* şekilde yorumlanabilecek niteliktedir. Diğer taraftan ulusal düzenleyici otorite tarafından ceza verilmiş olması durumunda Komisyon'un tutumunun hangi yönde olacağı karardan anlaşılammaktadır. Bununla birlikte Komisyon'un düzenlenen sektörlerde yerleşmiş bulunan yukarıda ifade edilen görüşü doğrultusunda *ne bis in idem* ilkesinin ihlal edilmediği sonucuna ulaşması muhtemel görülmektedir.

İlkenin, Komisyon tarafından yol gösterici ve kapsamlı bir şekilde değerlendirilmesi bakımından yakın tarihli *Telekomunikacja Polska* kararı dikkat çekicidir. Komisyon, *Telekomunikacja Polska*⁶⁵ kararında, sabit telefon ağına sahip operatör Telekomunikacja Polska S.A. (TP) tarafından Komisyon'un ele aldığı eylemlerin telekomünikasyon alanında ulusal düzenleyici otorite (Unzad Komunikacji Elektronicznej-UKE) tarafından düzenlendiği ve ayrıca yaptırım uygulandığı, hâlihazırda anılan eylemlere Komisyon tarafından uygulanacak ayrı bir cezanın *ne bis in idem* ilkesine aykırı olacağı iddia edilmiştir. Bunun üzerine Komisyon, ABAD'ın *Aalborg Portland* kararında *ne bis in idem* ilkesinin uygulanmasına ilişkin getirdiği şartlara (eylemlerin aynılığı, kişinin teklifi ve korunan hukuki menfaatin teklifi) atıfta bulunarak korunan hukuki menfaatin teklifi koşulunun sağlanmadığını belirtmiştir. Komisyon tarafından yürütülen soruşturmalar ve uygulanan yaptırımlar ile UKE'nin farklı amaç güttüğünün altını çizen Komisyon, regülasyon otoritesinin, telekomünikasyon altyapısının gelişimi, telekomünikasyon hizmetlerinin ucuz ve kaliteli olarak sunulması, tarafsızlık gibi amaçlarının bulunduğunu, Komisyon'un amacının ise bozulmamış bir rekabet ortamı tesis etmek olduğunu vurgulamıştır.

Bahse konu kararında, ABAD ve Genel Mahkeme'nin, ulusal regülasyon otoritelerinin, telekomünikasyon sektöründe olduğu gibi, Birlik Rekabet Hukuku'ndan farklı amaçlarının olduğunu ifade eden kararlarının altını çizen Komisyon, Genel Mahkeme'nin *Deutsche Telekom* kararına gönderme yaparak UKE'nin rekabet otoritesi olmadığını, TP'nin davranışlarının ABİDA'nın 102. maddesine uygunluğunu değerlendirmede, değerlendirse bile Komisyon'un

⁶⁵ Telekomunikacja Polska, COMP/39.525 (22.06.2011).

böyle bir kararla bağlı olmayacağını belirtmiştir. Sektörel düzenlemelerin rekabet hukukunun uygulanmasını ortadan kaldırmayacağını ve TP'nin davranışlarının hem regülasyon otoritesi hem de rekabet otoritesi tarafından farklı bakış açısıyla değerlendirilebileceğini de ekleyerek *ne bis in idem* ilkesinin ihlal edildiğine ilişkin itirazı yerinde bulmamıştır. Bununla birlikte, Komisyon, kararın sonuç bölümünde, idari para cezasının tutarını belirlerken ihlal konusu eylemlerin kısmen uyuşması nedeniyle UKE tarafından uygulanan cezayı da göz önünde bulundurarak UKE tarafından uygulanan para cezasının Komisyon'un uyguladığı cezadan düşürülmesine karar vermiştir.

Telekomunikacja Polska kararı incelendiğinde aslında 1969 yılında ABAD'ın *Walt Wilhelm* kararı ile ortaya koyduğu tutumun hâlihazırda devam ettiği görülmektedir. Aynı zamanda bu karar, sektörel düzenleyicilerin ex-ante denetim gerçekleştirdiği buna karşılık rekabet otoritelerinin ex-post denetim yaptığı önermesinin de bir adım ilerisine giderek cezalandırılmış bir hukuka aykırı davranışı yeniden cezalandırmaktadır. Diğer taraftan Komisyon'un, ulusal düzenleyici otoritenin kararı ile kendi kararına konu eylemlerin örtüştüğünü kabul ederek cezayı indirmesi, *ne bis in idem* ilkesinin ihlali ile yaratılan yasal belirsizliğin kısmen giderilmesini amaçladığı anlaşılmaktadır. Ancak Komisyon'un bu tutumu ile meydana gelen görünüm, teşebbüslerin aynı davranışları nedeniyle, hem sektörel düzenleyicinin hem de rekabet otoritesinin yaptırımlarına maruz kaldığı gerçeğini ortaya çıkarmaktadır. Ayrıca Komisyon'un, bir tarafta *ne bis in idem* ilkesinin uygulanmasını reddetmesi, diğer tarafta ulusal sektörel düzenleyicinin uyguladığı ceza miktarını kendi ceza miktarından mahsup etmesi çelişkili bir görünüm sergilemektedir.

Öte yandan düzenleyici otoritenin yaptığı değerlendirmede rekabet hukukunu da gözetmesi durumunda yine de rekabet otoritesinin yaptırım uygulama yetkisine sahip olup olmadığı sorusu cevapsız kalmaktadır. Uygulamada Komisyon ve/veya ABAD/Genel Mahkeme karşısına gelmiş benzer uyuşmazlığın olmadığı görülmektedir. Komisyon'un kararının ters yorumundan, düzenleyici otoritenin rekabet hukuku kurallarını da gözeterek uyguladığı yaptırımların söz konusu olması durumunda, ikinci cezanın verilmemesi gerektiği çıkarımını yapmak mümkündür. Zira böylece korunan hukuki menfaatin aynılığı sağlanmış olacak ve düzenleyici otoritenin rekabet hukukuna ilişkin mevzuatı uygulamadığı yorumu lafzi farklılıktan öteye geçemeyecektir. Dolayısıyla düzenleyici otoritenin yaptırımının mevcudiyeti halinde yaptırımın ilgili sektörün salt teknik gerekliliklerine aykırılık nedeniyle uygulanıp uygulanmadığının incelenmesi, bu konudaki uygulamaya

ışık tutabilecek niteliktedir. Bununla birlikte düzenleyici otorite ile rekabet otoritesinin yakın işbirliği içerisinde çalışması aynı hukuka aykırı davranışın iki kez cezalandırılmasını ve çifte cezalandırmanın yaratacağı olumsuz etkiyi en aza indirmesinin yanı sıra rekabet otoritesi tarafından yürütülecek soruşturmalarda teknik bilgi ihtiyacını karşılayacaktır. Zira düzenlenen sektörün telekomünikasyon, enerji gibi sektör hakkında teknik bilgiye sahip olmayı gerektirmesi karşısında hukuka aykırı bir eylemin rekabet otoriteleri tarafından değerlendirilmesi sırasında salt rekabet hukuku perspektifi ile yetinilemeyeceği bir gerçektir.

2.3. DEĞERLENDİRME

Ne bis in idem ilkesinin AB rekabet hukukundaki uygulamasına bakıldığında, ilkenin ihlaline sebep olabilecek mükerrer soruşturmanın/cezalandırmanın üç boyutunun olduğu görülmektedir.

İlk olarak AB'nin hem Birlik organları hem de üye devlet organlarından oluşan yapısı dolayısıyla, aynı rekabet ihlalinin birden fazla otorite tarafından ele alınması ve cezalandırılması gündeme gelmektedir. Üye devletler arasındaki ticareti etkileyen bir ihlalin eşzamanlı olarak ulusal rekabet otoriteleri ve Komisyon tarafından değerlendirilmesi ihtimali 1/2003 sayılı Tüzük ile büyük oranda bertaraf edilmiş gibi görünse de uygulamada, ABAD'ın eski tutumunu devam ettirmesi eleştirilmektedir. Bununla birlikte ABAD'ın, *Aalborg Portland* kararında ortaya koyduğu şartların, ilkenin uygulamasını somutlaştırdığı söylenebilecektir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, anılan şartların, Komisyon ve/veya üye devlet otoriteleri arasındaki mükerrer soruşturmanın/cezalandırmanın değerlendirilmesi sırasında ortaya çıkmakla birlikte, bu alanı aştığı ve ilkenin diğer uygulama alanlarında da uygulandığı görülmektedir.

İkinci olarak nihai para cezasının tespiti sırasında yanlış/yanıltıcı bilgi verme eyleminin hem ihlalin kendisi hem de ağırlaştırıcı sebebi olarak dikkate alınması halinde çifte cezalandırma söz konusu olmaktadır. Eylemin ya münferiden cezalandırılması ya da sadece ağırlaştırıcı sebep olarak kabul edilmesi sorunu çözmektedir. Benzer bir durum ülkemiz bakımından da geçerli olmakla birlikte aşağıda ayrıca incelenecektir.

Son olarak ayrı bir sektörel düzenleyicinin bulunduğu piyasalarda rekabet hukukunun uygulanmasıyla ortaya çıkan mükerrer cezalandırmaya değinilmiştir. Düzenlenen sektörlerde *ne bis in idem* ilkesinin uygulanmasında da ABAD'ın *Aalborg Portland* kararında ortaya koyduğu şartların arandığı ancak bu şartlardan korunan hukuki menfaatin teklifinin değerlendirilmesinin hassasiyet gösterdiği görülmektedir. İlgili otoritelerin esas aldığı menfaatin belirlenmesinde cezanın

yöneldiği amaç araştırılmakta ve rekabet hukuku kurallarının gözetilip gözetilmediği değerlendirilmektedir. Rekabet hukuku kurallarının gözetilmemesi durumunda korunan hukuki menfaatin aynı olmadığı, Komisyon tarafından rekabet ihlalinin incelenmesinin ve cezalandırılmasının mümkün olduğu ifade edilmektedir. Bu doğrultuda, ABAD'ın şartlarının ölkemiz uygulamasında da esas alınabileceği düşünölmektedir.

BÖLÜM 3

TÜRK REKABET HUKUKUNDA NE BIS IN IDEM İLKESİ

3.1. TÜRK REKABET HUKUKUNDA REKABET İHLALLERİNE UYGULANAN YAPTIRIMLARIN NİTELİĞİ

Ne bis in idem ilkesinin, esas olarak ceza hukuku karakterli bir ilke olduğu, ancak zaman içerisinde gerek ceza hukukuna tabi bazı ihlallerin kabahatler rejimi kapsamında ele alınmaya başlanmasıyla temel ceza hukuku ilkelerinin kabahatler hukuku açısından da uygulanmasının gerekli görülmesi gerek idari yaptırımların ağırlığının artması gibi nedenlerle ceza hukukunun sınırlarını aştığı yukarıda ifade edilmişti. Böylece ilkenin, cezai nitelik taşıyan idari yaptırımlar karşısında da geçerli olduğuna değinilmişti. İlkenin uygulama alanına giren cezai nitelik taşıyan idari yaptırımları genellikle idari para cezaları oluştururken, bir idari para cezasının cezai nitelik taşıyıp taşımadığının tespitinde AİHM'nin “*yaptırımın ulusal hukuktaki yeri*”, “*ihlalin niteliği*” ve “*yaptırımın ağırlığı*” kriterleri yol gösterici niteliktedir⁶⁶. Dolayısıyla çalışmanın bu bölümünde öncelikle AİHM'in bahse konu Engel kriterleri başlangıç noktası olarak ele alınarak rekabet ihlallerine uygulanan para cezalarının cezai nitelik taşıyıp taşımadığı incelenecek ve konuya ilişkin Anayasa Mahkemesi kararları ile doktrindeki görüşlere yer verilecektir.

⁶⁶ AİHS, ceza hukukunun temel ilkelerinin kaynağını oluşturmakla birlikte uluslararası bir üst norm niteliğindedir ve ülkemiz, Sözleşme'nin tarafıdır. Uluslararası anlaşmaların normlar hiyerarşisindeki yerini düzenleyen Anayasa'nın 90/son maddesine göre mevcut kanunlar ile usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası anlaşmalar arasında çatışma olması halinde, anlaşma hükümleri esas alınacaktır. Dolayısıyla AİHS'te belirtilen güvencelerin Türk hukukunda da uygulama alanı bulunduğu, ilgili düzenlemelerin yüksek mahkemeler tarafından üstün bir norm olarak değerlendirildiği ve bazı kararlarda doğrudan dikkate alındığı görülmektedir (Gündüz 2009, 13). Aynı şekilde AİHM kararlarının AİHS hükümlerini yorumlayıcı niteliği göz önüne alındığında güvencelerin kapsamının belirlenmesinde önem taşıdığı anlaşılmaktadır. İlk bölümde de belirtildiği üzere Türkiye AİHS'nin *ne bis in idem* ilkesini düzenleyen 7. Ek Protokol'ün 4. maddesini iç hukukunun parçası haline getirmemiştir. Ancak bu durum AİHM'nin idari yaptırımların niteliğine ilişkin değerlendirmelerinin ve uyguladığı kriterlerin, *ne bis in idem* ilkesinin hukukumuzda, idari para cezalarına uygulanabilirliğinin tespitinde esas alınmasına engel teşkil etmemektedir.

Türk hukuk sisteminde rekabet hukuku kuralları, Türkiye'nin AB'ye katılım süreci kapsamında Birlik müktesebatına uyum amacıyla gerçekleştirilen çalışmaların uzantısı olduğundan AB sistemi ve mehzaz düzenleme ABİDA ile paralellik arz etmektedir. Mal ve hizmet piyasalarında etkin rekabet ortamını tesis etme, rekabet ihlallerini denetleme ve yaptırım uygulama yetkisi, ülkemizde bağımsız idari otorite⁶⁷ olarak sınıflandırılan Rekabet Kurumuna verilmiştir.

4054 sayılı Kanun çerçevesinde faaliyet gösteren Rekabet Kurulu (Kurul), rekabet ihlalleri karşısında, anılan Kanun'un "İdari Para Cezaları" başlıklı üçüncü bölümünde yer alan 16. ve 17. maddeleri doğrultusunda para cezası uygulamaktadır. Dolayısıyla Kurul'un verdiği para cezaları, ulusal hukukta idari para cezası olarak nitelendirilmektedir. Böylece idari yaptırımların cezai nitelikte olup olmadığının değerlendirilmesinde ilk olarak ele alınan *yaptırımın ulusal hukuktaki yerinin ceza hukuku olmadığı* görülmektedir. Ancak daha önce de belirtildiği üzere, yaptırımın ulusal hukuktaki sınıflandırması, yaptırımın cezai nitelik taşıyıp taşımadığının tespitinde belirleyici rol oynamamaktadır.

Rekabet ihlallerine uygulanan para cezalarının cezai niteliği haiz olup olmadığının değerlendirilmesinde ikinci olarak esas alınan *ihlalin niteliği* kriterinde, ihlal edilen kuralların kapsamı ve cezaların caydırıcı etkisi üzerinde durulmaktadır. 4054 sayılı Kanun'un tüm mal ve hizmet piyasalarında uygulanabilirliğinin yanı sıra Kanun'da yer alan teşebbüs⁶⁸ tanımı gereğince tüzel kişiliği olmayan ortaklıkların ve kişilerin dahi rekabet hukukunun süjesi olabilmesi karşısında Türk rekabet hukuku kurallarının belirli bir grup gözetilmeksizin toplumun geneline uygulanabildiği söylenebilecektir. Ayrıca tekerrür hükmünün de varlığı göz önünde bulundurulduğunda, rekabet ihlallerine uygulanan idari para cezaları, ihlalin tekrarı açısından caydırıcı olarak nitelendirilebilecektir. 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin gerekçesi ile Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durum Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik'in (Ceza Yönetmeliği)⁶⁹ gerekçesinde açıkça caydırıcılık unsurundan bahsedildiği görülmektedir. Zira rekabeti kısıtlayıcı davranışlardan arındırılmış bir piyasa düzeninin oluşturulabilmesi, her şeyden önce caydırıcı niteliği bulunan bir yaptırım sisteminin varlığını zaruri kılmaktadır (Eğerci 2005, 210).

⁶⁷ Bkz. Günday 2003, 505 vd., Ulusoy 2004, 139, Eğerci 2005, 62 vd.

⁶⁸ *Teşebbüs: Piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimleri, ... ifade eder.*

⁶⁹ Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik, Resmi Gazete (RG) 15.02.2009 T., 27152 Sa.

Son olarak, *yatırımın ağırlığı* kriterinin değerlendirilmesinde, Kurul'un, Komisyon kadar olmasa da, yüksek cezalar uygulayabildiği görülmektedir⁷⁰. Keza 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesi uyarınca Kurul, teşebbüslerin gayrisafi gelirlerinin %10'una kadar para cezası uygulama yetkisine sahiptir. Böylece bu kriterin de Kurul'un uyguladığı idari para cezaları bakımından karşılandığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla AİHM'nin kriterleri açısından Türk rekabet hukuku uyarınca uygulanan idari para cezalarının cezai nitelikte olduğu ve *ne bis in idem* ilkesinin uygulama alanına gireceği söylenebilecektir. Bununla birlikte aşağıda ele alınan, konu hakkındaki AİHM'nin ve Anayasa Mahkemesinin (AYM) kararlarının da ulaşılan bu sonucu pekiştirdiği görülmektedir.

Türk rekabet hukukundaki idari para cezalarının niteliği ile ilgili olarak, AİHM'nin *Hüseyin Turan*⁷¹ kararında dikkat çekici tespitler yer almaktadır. Kararda, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından uygulanan bir idari para cezasına karşı yürütülen yargısal süreçle ilgili olarak Engel kriterlerini esas alan Mahkeme, yaptırıma konu ihlal fiilinin Türk hukukunda ceza hukuku kapsamında düzenlenmediğini, ancak somut olayda ihlale uygulanacak para cezasının tazminat değil caydırıcılık amacı taşıması sebebiyle önleyici ve zorlayıcı bir nitelik arz ettiğini ifade etmiştir. Ayrıca AİHM, bahse konu kararında,

Engel kriterleri uyarınca “cezai alanda suçlama” ilkesinin özerk bir yorumunu benimseyen AİHS organları, AİHS'nin 6. maddesinin cezai alanda uygulamasının, idari para cezaları, ... gümrük cezaları, rekabet hakkının ihlali nedeniyle verilen para cezaları ... gibi ceza hukukunun geleneksel kategorisine girmeyen alanlara doğru genişletilmesinin temellerini atmıştır.

ifadelerine yer vermiş ve aynı nitelikteki *Jussila* kararına atıf yapmıştır. Böylece mahkemenin, rekabet ihlalleri karşılığında uygulanan para cezalarını “cezai alanda suçlama”nın kapsamına aldığı söylenebilir⁷².

⁷⁰ Kurul, 14-03/60-24 sayılı, 17.01.2014 tarihli kararı ile Türkiye Petrol Rafinerileri A.Ş.'ye 412.015.081,24 TL, 13-71/988-414 sayılı, 19.12.2013 tarihli kararı ile Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'ye 39.727.308,20 TL, 13-13/198-100 sayılı ve 08.03.2013 tarihli kararı ile Akbank T.A.Ş.'ye 172.165.155,00 TL, Türkiye Garanti Bankası A.Ş.'ye 213.384.545,76 TL, Yapı ve Kredi Bankası A.Ş.'ye 149.961.870,00 TL idari para cezası uygulanmasına karar vermiştir. Keza Kurul'un 2013 yılında idari para cezası ile sonuçlanan on dört rekabet ihlali soruşturması sonucunda toplam 1.281.964.862,40 TL ceza uygulanmıştır

(<http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2fDocuments%2fKarar+%C4%B0statistik%2fYILLIK+WEB-06+01+2014.pdf> Erişim Tarihi: 03.03.2014).

⁷¹ Hüseyin Turan v. Turkey, Application No: 11529/02 (04.03.2008).

⁷² İlgili karardan hareketle AİHS kapsamında düzenlenen ve Türk hukukunda kural olarak ceza hukuku bakımından geçerli olan adil yargılanma hakkı, masumiyet karinesi ve şüpheden sanığın yararlanması ilkelerinin rekabet ihlalleri alanında da geçerli olması mümkün olabilecektir (Can 2012, 49).

Ülkemizde de, AYM'nin idari para cezalarına yaklaşımı AİHM ile benzerlik göstermektedir. AYM yerleşik içtihadında, Anayasanın 38. maddesinde öngörülen temel ceza hukuku güvencelerinin idari cezalarda da uygulanmasını zorunlu görmektedir⁷³. Dolayısıyla AYM'nin idari cezaları, cezai nitelikte olarak gördüğü anlaşılmaktadır. Keza doktrinde de ağırlıklı olarak temel ceza hukuku ilkelerinin idari para cezaları hakkında uygulanması gerektiği kabul edilmektedir (Gölcüklü 1963, 118; Donay 1972, 418; Ulusoy 2013, 49). Danıştay da bir kararında, Kurul tarafından ceza takdirinde kullanılan ölçütlerin, AB Komisyonu uygulamalarına, ABAD içtihatlarına ve AB rekabet hukukunda para cezalarının uygulanması hakkındaki rehberle getirilen ölçütlere uygun olduğunu belirtmiştir⁷⁴. Bu doğrultuda yukarıda AB rekabet hukukunda rekabet ihlallerine uygulanan para cezalarının cezai niteliğinin, Türk rekabet hukuku bakımından da geçerli olduğu söylenebilecektir⁷⁵.

Sonuç olarak, ülkemizde rekabet ihlallerine Rekabet Kurulu tarafından uygulanan idari para cezalarının, cezai nitelikte olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır. Bu doğrultuda anılan para cezaları *ne bis in idem* ilkesinin uygulama alanına girmektedir. Dolayısıyla aynı eyleme birden fazla kez idari para cezası uygulanması *ne bis in idem* ilkesinin ihlaline yol açabilecektir. Ancak ilke, idari para cezaları bakımından, ceza hukukundaki kapsamıyla uygulanmamaktadır (Özay 1985, 63). Bu doğrultuda ilerleyen kısımlarda ilkenin Türk rekabet hukukunda uygulanışı incelenecektir.

3.2. TÜRK REKABET HUKUKUNDA MÜKERRER CEZALANDIRMA⁷⁶

Ne bis in idem ilkesinin, idari para cezaları bakımından hukukumuzdaki en belirgin yasal dayanağını aynı fiilden dolayı aynı zamanda bir suç ve bir kabahatin

⁷³ AYM, 2012/93 E., 2013/8 K., 10.01.2013 T., RG. 28.03.2013, Sa. 28601; AYM, 2012/106 E., 2012/190 K., 29.11.2012 T., RG. T. 06.03.2013 Sa. 28579; AYM, 1990/12 E., 1991/7 K., 04.04.1991 T., RG. T. 13.08.1991 Sa. 20959.

⁷⁴ Danıştay 10. Dairesi, 2001/1441 E., 2003/4468 K., 18.11.2003 T.

⁷⁵ Danıştay'ın bir başka kararında ise "... Rekabet Kurulu'nun ilgili mal ve hizmet piyasasında 4054 sayılı Kanun'da öngörülen kurallara göre hem rekabetin ihlal edilmediğini belirleyen hem de bu belirlemeye göre kişiler üzerinde önemli sonuçlara yol açan idari yaptırımlar uygulayan bir kurul olduğu görülmektedir." ifadelerine yer verilmiştir. Danıştay 13. Dairesi, 2005/5699 E., 2006/1555 K., 28.03.2006 T., Danıştay 13. Dairesi, 2005/5052 E., 2006/3901 K., 11.10.2006 T.

⁷⁶ Türk hukukunda idari ihlaller bakımından mükerrer soruşturmayı önleyici bir yasal düzenlemenin bulunmaması (bkz. Bölüm I, s. 15 vd.), aynı fiilin birden fazla kabahat veya hem kabahat hem de suç oluşturması durumunda her bir kabahati/suçtu inceleyen mercinin farklı olması, farklı kurullarla bağlı olması ve farklı süreçleri takip etmesi nedeniyle çalışmada, Türk rekabet hukuku açısından yalnızca mükerrer cezalandırma sorunu incelenecektir.

oluşması durumunda cezalandırma yöntemini düzenleyen Kabahatler Kanunu'nun 15/3. maddesi oluşturmaktadır. Keza madde gerekçesinde de *ne bis in idem* ilkesine geçerlilik tanındığı ifade edilmektedir. Bununla birlikte aynı fiil nedeniyle birden fazla idari para cezası öngörülmesi ihtimalini düzenleyen Kabahatler Kanunu'nun 15/1. maddesini de ilkenin bir diğer görünümü olarak kabul etmek mümkündür (Ulusoy 2013, 113). Kabahatler Kanunu'nun 15/1. maddesinin gerekçesinde, hükmün, TCK'da yer alan fıkri içtima hükmüne paralel olduğu belirtilmektedir. Ancak TCK'da yer alan fıkri içtima hükmünün, aynı fiilin, aynı merciin (ceza mahkemeleri) görev alanına giren birden fazla suç oluşturması durumunu düzenlemesi karşısında Kabahatler Kanunu 15/1. maddesinin, bir fiilin farklı idari otoritelerin görev alanına giren kabahatleri oluşturması durumunu kapsamına alıp almadığı, yoksa yalnızca bir fiilin aynı idari otoritenin görev alanına giren birden fazla kabahati oluşturması durumunu mu içerdiği madde metninden net olarak anlaşılamamaktadır⁷⁷.

Bahse konu düzenlemelerden hareketle Türk rekabet hukukunda ortaya çıkabilecek mükerrer cezalandırma sorunlarının öncelikle, 4054 sayılı Kanun kapsamında rekabet ihlali olarak değerlendirilen bir fiilin aynı zamanda ceza kanunları kapsamında suç olarak düzenlenmiş olması ve aynı fiilin birden fazla kabahat oluşturması halleri olduğu söylemek mümkündür. Bununla birlikte mehaz AB uygulamasına paralel olarak Türk rekabet hukuku uygulamasında da rekabet ihlallerine uygulanacak nihai para cezasının tespiti aşamasında aynı fiilin hem münferiden cezalandırılması hem de temel para cezasının ağırlaştırıcı sebebi olarak ele alınması durumunda mükerrer cezalandırmanın ortaya çıkması muhtemeldir. Dolayısıyla bu bölümde, her bir olasılık, ilgili yasal düzenleme ve uygulamaya yer verilmek suretiyle incelenecektir.

3.2.1. Bir Fiilin Hem Suç Hem de Rekabet İhlali Teşkil Etmesi Durumu

Ne bis in idem ilkesinin, idari para cezaları bakımından hukukumuzdaki ilk görünümünü Kabahatler Kanunu'nun 15/3. maddesi oluşturmaktadır. Buna göre bir fiilin hem kabahat hem de suç teşkil etmesi durumunda, fiil, suç dolayısıyla ceza verilmediği takdirde kabahat dolayısıyla cezalandırılabilir. Ayrıca *ne bis in idem* ilkesinin kabul edildiği madde gerekçesinde de belirtilmektedir. Kabahatler Kanunu'nun 15/3. maddesinin gerekçesine göre,

⁷⁷ Konu, ilgili başlık altında değerlendirilecektir (bkz. 3.2.3. Aynı Fiilin Birden Fazla Kabahat Oluşturması Durumu)

Bir fiil, bazı durumlarda hem suç hem de kabahat oluşturabilir. Maddenin üçüncü fıkrası, bu hallere özgü ve fakat sadece içtima ile ilgili bir hüküm içermektedir. Bu gibi durumlarda kişi hakkında sadece suçtan dolayı ceza veya güvenlik tedbirine hükmedilebilecektir; fiilin kabahat oluşturması dolayısıyla ayrıca idarî yaptırım uygulanamayacaktır. Böylece, “non bis in idem” kuralına suçlarla kabahatler arasında da geçerlilik tanınmıştır. Ancak, suçtan dolayı ceza veya güvenlik tedbirine hükmedilemeyen hallerde, kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanabilecektir.⁷⁸

Bu doğrultuda rekabet ihlali olan davranışın aynı zamanda suç teşkil etmesi durumunda, rekabet ihlaline Kurul tarafından yaptırım uygulanabilmesi için suç dolayısıyla ceza mahkemeleri tarafından cezalandırılmamış olması gerekmektedir⁷⁹.

Konu, Kurul’un *Tıbbi Cihaz*⁸⁰ kararında gündeme gelmiştir. Kararda, teşebbüsler tarafından kendilerine isnat edilen iddiaların TCK’nın 235. maddesinde belirtilen ihaleye fesat karıştırma hallerine girdiği, bu iddialarla ilgili olarak sonucun açılacak ceza davası sonucunda verilecek yargı kararı ile belirleneceği, Rekabet Kurumunun bu yargılama sonucuna göre hareket etmesinin yerinde olacağı ifade edilmiştir. Buna karşılık Kurul tarafından, her idari veya adli birimin kendi mevzuatları çerçevesinde incelemelerde bulunarak bir yargıya varacağı ifade edilmiştir. Akabinde aynı husus, Danıştay nezdinde ileri sürülmüş ve Danıştay 13. Dairesi tarafından ceza soruşturmasının şirket yetkilisi gerçek şahıslar hakkında olduğu, Kurul’un soruşturmasının ise tüzel kişilik açısından yürütüldüğü bu nedenle çifte cezalandırmanın oluşmayacağına hükmedilerek soruşturma konusu kişilerin aynı olması gerektiği vurgulanmıştır⁸¹. Kabahatler Kanunu’nun 15/3. maddesi karşısında, Kurul’un, adli veya idari birimlerin kendi mevzuatları çerçevesinde inceleme yapacağı ifadesinin isabetli olmadığı görülmektedir. Zira kanunun açık hükmünde, hem suç hem de rekabet ihlali oluşturan bir fiilin ancak suç dolayısıyla cezalandırılmamış olması durumunda Kurul tarafından yaptırım uygulanabileceği belirtilmektedir. Bu noktada Kabahatler Kanunu’nun 15/3. maddesinin uygulama esaslarının ortaya konulmasında fayda bulunmaktadır.

⁷⁸ <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss840m.htm> Erişim Tarihi: 02.03.2014.

⁷⁹ Kabahatler Kanunu’nun 15/3. maddesinde yer alan kuralın uygulanabilmesi için aynı eylemin aynı kişi tarafından gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Aynı kişi unsurunun değerlendirilmesinde ise tüzel kişiler ile gerçek kişilerin aynı kişi olarak görülemeyeceği ilk bölümde açıklanmıştır. Bu doğrultuda, gereksiz tekrara düşmemek bakımından konu hakkında ilk bölümde yapılan açıklamalara atıf yapmakla yetinilecektir (bkz. Bölüm I, s. 13).

⁸⁰ 08-74/1180-455 Sa., 19.12.2008 T.

⁸¹ Danıştay 13. Dairesi, 2009/3216 E., 2013/219 K., 01.02.2013T.; Danıştay 13. Dairesi, 2009/3218 E., 2013/1632 K., 30.05.2013 T.

Kabahatler Kanunu'nun 15/3. maddesinin uygulanmasında Kurul, yürüttüğü önaraştırma/soruşturma çerçevesinde inceleme konusu eylemin bir suç kapsamına girebileceğini tespit ettiği takdirde, CMK'nın suçlara ilişkin ihbar ve şikâyetleri düzenleyen 158. maddesi doğrultusunda ihbarda bulunmalıdır. Böylece Kurul, Cumhuriyet savcısının/ceza mahkemesinin⁸² suça ilişkin kararını önaraştırma/soruşturma bakımından bekletici mesele olarak görerek 4054 sayılı Kanun'un ihlal edilip edilmediğine ilişkin incelemesine ara vermelidir. Cumhuriyet savcısının suçun oluştuğu konusunda yeterli şüphe oluşturacak delil elde edememesi veya suçun kovuşturma olanağının bulunmaması durumunda kovuşturmaya yer olmadığına dair karar vermesi durumunda Kurul, önaraştırmaya/soruşturmaya devam edebilecektir.

Cumhuriyet savcısının suçun oluştuğu konusunda yeterli şüpheye ulaşması durumunda kovuşturma aşamasına geçilecektir. Kovuşturma aşaması sonunda ceza mahkemesi, CMK'nın 223. maddesi uyarınca *beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet* (hapis cezası veya adli para cezası) ve/veya *güvenlik tedbirine* hükmedebilir. Mahkemenin mahkûmiyet ve/veya güvenlik tedbirine karar vermesi ve bu kararın kesinleşmesi⁸³ durumunda Kurul, Kabahatler Kanunu'nun 15/3. maddesi uyarınca, fiil rekabet ihlali oluştursa dahi artık idari para cezası uygulayamayacaktır. Buna karşılık, suçtan dolayı herhangi bir sebepten yaptırım uygulanmadığı hallerde idari para cezasına hükmedebilecektir.

Ceza mahkemesinin, fiili, dava konusu kişinin işlememesi dolayısıyla beraat kararı vermesi durumunda ise Kurul, yine o kişi hakkında idari para cezası uygulamamalıdır. Zira bir idari otorite olan Kurul, artık o fiili, o kimsenin işlemediğine dair kesin hüküm (yargı kararı) ile bağlı olacaktır (Ulusoy 2013, 133). Ancak mahkemenin, fiili işleyen kişinin ceza hukuku ile korunan düzeni ihlal etmediğine, yani suçun oluşmadığına ilişkin olarak verdiği karar Kurul'un idari para cezası uygulamasına engel teşkil etmeyecektir.

Adli para cezası veya hapis cezasının yanı sıra mahkemece suça karşılık verilebilecek her türlü yaptırım, rekabet ihlaline ilişkin olarak öngörülen idari para

⁸² Cumhuriyet Savcısı, CMK md. 160 uyarınca, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere araştırmaya başlar. Soruşturma evresi olarak isimlendirilen bu sürecin sonunda, Cumhuriyet Savcısı, suçun işlendiği konusunda yeterli şüpheye ulaşırsa iddianame düzenleyerek kamu davası açılmasına ya da yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması durumunda kovuşturmaya yer olmadığına karar verir.

⁸³ Anayasa'nın 38/4. maddesi uyarınca suçluluğun sabit olması için ceza mahkemesi kararının kesinleşmesi gerekmektedir.

cezasının uygulanmasına engel olacaktır. Burada önemli olan husus yargılama sonucunda herhangi bir yaptırımın uygulanmamasıdır. Herhangi bir cezanın (adli para cezası veya hapis cezası) yanı sıra suç dolayısıyla başka bir yaptırıma mahkemece hükmedilmesi ve bu kararın kesinleşmesi durumunda da idari para cezasına hükmedilemeyecektir⁸⁴. Bununla birlikte mahkeme tarafından ceza uygulanan gerçek kişi, Kurul'un hakkında soruşturma yürüttüğü teşebbüsün yöneticisi konumunda bulunabilecektir. Bilindiği üzere 4054 sayılı Kanun'un 16/3. maddesi uyarınca Kurul, ihlalde belirleyici etkisi saptanan teşebbüs veya teşebbüs birliği yöneticilerine ya da çalışanlarına da para cezası verebilmektedir. Teşebbüs yetkilisine ceza mahkemesi tarafından adli ceza uygulanması durumunda Kurul, teşebbüs yetkilisi hakkında, ihlalde belirleyici etkisi bulunsa dahi, 4054 sayılı Kanun'un 16/3. maddesi kapsamında para cezası veremeyecek, yalnızca teşebbüs hakkında ceza uygulayabilecektir⁸⁵.

3.2.2. Nihai Para Cezasının Belirlenmesi Sırasında Ortaya Çıkması Muhtemel Çifte Cezalandırma

Kurul tarafından uygulanacak para cezalarının tespitinde uygulanacak esaslar hâlihazırda yürürlükte olan Ceza Yönetmeliği'nde, AB rekabet hukukuna paralel olarak belirlenmiştir. Buna göre, Kurul, teşebbüs ile teşebbüs birliklerine veya bu birliklerin üyelerine vereceği para cezasını belirlerken öncelikle Ceza Yönetmeliği'nin 5. maddesi doğrultusunda temel para cezasını belirlemekte, akabinde ise Ceza Yönetmeliği'nin 6. ve 7. maddeleri çerçevesinde, ağırlaştırıcı ve hafifletici unsurları göz önünde bulundurmamak suretiyle artırım veya indirim yaparak nihai para cezasına ulaşmaktadır. Ceza Yönetmeliği'nin ağırlaştırıcı unsurları düzenleyen 6. maddesinde *incelemeye yardımcı olunmaması* hali ağırlaştırıcı unsurlardan birisi olarak sayılmıştır. Diğer taraftan 4054 sayılı Kanun'un 16/1-d maddesinde *yerinde incelemenin engellenmesi veya zorlaştırılması* yürütülen soruşturmadan bağımsız bir cezalandırma sebebi olarak sayılarak yerinde

⁸⁴ Örneğin, CMK'nın 223. maddesi uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına hükmedilmesi durumunda ayrıca bir yaptırıma hükmedilmemişse, Kurul soruşturmaya devam edip vereceği nihai karar ile idari para cezasına hükmedebilecektir. Bununla birlikte, ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilmesinin yanı sıra örneğin, mahkemece güvenlik tedbirine hükmedilmiş ise, bu durumda Kurul'un idari para cezası vermesi mümkün olmayacaktır. Zira güvenlik tedbiri de bir ceza hukuku yaptırımıdır.

⁸⁵ Mahkemenin, CMK'nın 231. maddesinde yer alan *hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına* karar vermesi durumunda da, Kurul, Kabahatler Kanunu'nun 15/3. maddesi gereğince rekabet ihlaline ilişkin bir yaptırım uygulamamalıdır (Özkan 2011, 93). Zira burada da mahkeme tarafından bir yaptırım uygulanmakla birlikte sanık, hükmün açıklanmasının geri bırakılması çerçevesinde denetim süresine ve gerekli hallerde kanunda yer alan denetimli serbestlik tedbirine tabi tutulmaktadır. Danıştay'ın aksi yöndeki kararı için bkz. Danıştay 13. Dairesi, 2010/1736 E., 2012/882 K., 26.04.2012 T.

incelemeyi engelleyen veya zorlaştıran teşebbüs hakkında gayri safi gelirlerinin binde beşi oranında idari para cezası uygulanabileceği düzenlenmiştir.

Yürütülmekte olan bir soruşturma kapsamında önaraştırma ve/veya soruşturma aşamasında yerinde incelemeyi engelleyen/zorlaştıran teşebbüs hakkında 4054 sayılı Kanun'un 16/1-d maddesi uyarınca para cezasının uygulanmasının ardından soruşturma sonucunda belirlenen temel cezanın, aynı engelleme/zorlaştırma eylemine dayanılarak arttırılması durumunda çifte cezalandırma ortaya çıkacak ve *ne bis in idem* ilkesi ihlal edilmiş olacaktır. Bununla birlikte *incelemeye yardımcı olunmaması, eksik, yanlış veya yanıltıcı bilgi ya da belge verilmesi* halini de kapsayan, ancak bunlarla sınırlı olmayan geniş bir kavramdır (Arı ve Aygün 2009, 40). *Eksik, yanlış veya yanıltıcı bilgi ya da belge verilmesi* ise 4054 sayılı Kanun'un 16/1. maddesinde münferiden ceza öngörülen durumlardan birisi olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla çifte cezalandırma ihtimali, teşebbüsün eksik, yanlış veya yanıltıcı bilgi ya da belge vermesi eyleminin 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesi kapsamında cezalandırılmasının ardından aynı eylemin ağırlaştırıcı sebep olarak kabul edilmesi durumunda da doğacaktır.

Bahse konu durum, Kurul'un *Demir Çelik* kararında⁸⁶ gündeme gelmiştir. Teşebbüs hakkında, önaraştırma aşamasında, yerinde incelemenin engellenmesi nedeniyle o tarihte yürürlükte bulunan 4054 sayılı Kanun'un 17. maddesi kapsamında süreli para cezası verilmiş, ardından soruşturma sonucunda nihai para cezasının tespitinde aynı yerinde incelemenin engellenmesi eylemi ağırlaştırıcı sebep olarak dikkate alınmıştır. Karar hakkında açılan dava üzerine, Danıştay 13. Dairesi tarafından,

... ayrı bir yaptırım içeren yerinde incelemenin engellenmesi davranışının 4054 sayılı Kanun'un 16/4. maddesi uyarınca cezayı ağırlaştırıcı unsurlar arasında görülerek ceza takdirinde bulunulmasında hukuka uyarlık görülmediği ...

gerekçesiyle Kurul kararı iptal edilmiştir⁸⁷. Keza Danıştay'ın anılan kararının temyiz edilmesi sonucunda Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu (İDDK) tarafından Danıştay 13. Dairesi'nin kararı hukuka uygun bulunarak onanmıştır⁸⁸. Danıştay kararında, yerinde incelemenin engellenmesi dolayısıyla ceza verilmiş olduğunun vurgulanması, *ne bis in idem* ilkesinin kabul edildiği anlamına gelmektedir (Arı ve Aygün 2009, 42).

⁸⁶ 05-68/958-259 Sa., 14.10.2005 T.

⁸⁷ Danıştay 13. Dairesi, 2006/1113 E., 2008/4207 K., 14.05.2008 T.

⁸⁸ Danıştay İDDK, 2008/3422 E., 2013/523 K., 18.02.2013 T.

Görüldüğü üzere, mevcut Ceza Yönetmeliği çerçevesinde, incelemeye yardımcı olunmaması olarak düzenlenen ağırlaştırıcı sebebin uygulanmasında, aynı eylemin münferiden cezalandırılıp cezalandırılmadığı konusunda dikkatli olunması gerekmektedir. Eylemin, ilk olarak 4054 sayılı Kanun'un 16/1. maddesi kapsamında cezalandırılması durumunda, *ne bis in idem* ilkesi gereğince, temel cezayı ağırlaştırıcı sebep olarak dikkate alınmaması gerekmektedir.

Bu konuda son olarak Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun İhlali Halinde Verilecek İdari Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik Taslağı⁸⁹ (Ceza Yönetmeliği Taslağı) üzerinde durulması faydalı olacaktır. Ceza Yönetmeliği Taslağı ile, yukarıda ifade edilen çifte cezalandırma sorununun giderildiği görülmektedir. Taslakta nihai para cezasının hesaplanmasında temel cezanın hesaplanması ve ağırlaştırıcı/hafifletici unsurların göz önünde bulundurulmasıyla artırım/indirim yapılmasından oluşan iki aşamalı yöntem muhafaza edilmektedir. Bununla birlikte *incelemeye yardımcı olunmaması* halinin ağırlaştırıcı sebep olmaktan çıkarıldığı, anılan eylemin cezalandırılmasının yalnızca 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesine bırakıldığı görülmektedir. Ceza Yönetmeliği Taslağı'nın mevcut haliyle yürürlüğe girmesi durumunda nihai para cezasının belirlenmesi sırasında *ne bis in idem* ilkesinin muhtemel ihlalinin bertaraf edildiği söylenebilecektir⁹⁰.

3.2.3. Aynı Fiilin Birden Fazla Kabahat Oluşturması Durumu

Yukarıda da ifade edildiği üzere, hukukumuzda, *ne bis in idem* ilkesinin, idari para cezaları bakımından bir diğer görünüm şekli, Kabahatler Kanunu'nun 15/1. maddesidir. Buna göre, bir fiilin birden fazla kabahati oluşturması durumunda, fiil, öngörülen en ağır idari para cezası ile cezalandırılacaktır. İdari para cezasından başka yaptırımların öngörülmesi durumunda ise, bu yaptırımların her biri uygulanacaktır. Görüldüğü üzere, maddede, *ne bis in idem* ilkesinin kapsamı, yalnızca idari para cezası ile sınırlandırılmış bulunmaktadır.

⁸⁹ Ceza Yönetmeliği Taslağı'nın kamuoyu görüşüne açılan hali için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2fDocuments%2fG%C3%BCncel%2fk%C4%B1lavuzlar%2fcezaaa.pdf> Erişim Tarihi: 07.03.2014.

⁹⁰ Türk rekabet hukukunda temel cezayı ağırlaştırıcı bir diğer sebep ihlalin tekrarıdır. Tekerrür hem hâlihazırda yürürlükte bulunan Ceza Yönetmeliği'nde hem de Ceza Yönetmeliği Taslağı'nda AB Ceza Rehberi'ne paralel olarak düzenlenmektedir. Tekerrür hükmünün çifte cezalandırma ihtimali doğurup doğurmayacağı Türk rekabet hukuku bakımından da değerlendirilebilir olmakla birlikte tekerrür hakkındaki düzenlemenin AB ile benzerliği nedeniyle AB rekabet hukukunda *ne bis in idem* ilkesinin incelendiği bölümde tekerrür ve *ne bis in idem* ilişkisi hakkında belirtilenler hukukumuz açısından da geçerli olacaktır. Dolayısıyla, bu konuda, gereksiz tekrara düşmemek bakımından AB rekabet hukukunda *ne bis in idem* ilkesinin incelendiği bölüme atıf yapmakla yetinilecektir (bkz. Bölüm II, s. 34 vd.).

Anılan maddenin gerekçesi hükmün uygulanışı bakımından yol gösterici niteliktedir. Gerekçede, “... *Türk Ceza Kanununun farklı neviden fikri içtima ilişkili hükmüne paralel bir düzenleme yapılmıştır.*”⁹¹ ifadesine yer verilmektedir. Görüldüğü üzere aynı fiilin birden fazla kabahat oluşturması durumu TCK’da yer alan *fikri içtima* hükmüne atıf yapılmak suretiyle düzenlenmiştir. Ancak, Kabahatler Kanunu’nun 15/1 hükmünün bir fiilin farklı idari otoritelerin görev alanına giren kabahatleri oluşturması durumunda da uygulanıp uygulanamayacağı, yoksa yalnızca bir fiilin aynı idari otoritenin görev alanına giren birden fazla kabahati oluşturması durumunu mu içerdiği hususunda netlik bulunmamaktadır. Dolayısıyla öncelikle bu hususun aydınlığa kavuşturulması gerekmektedir. Konunun çözümlenebilmesi bakımından, madde gerekçesinde TCK hükümlerine yapılan atıf nedeniyle, fikri içtima hükmünün uygulanışı Kabahatler Kanunu’nun 15/1. maddesinin kapsamının belirlenmesi konusunda yardımcı olacaktır.

TCK’nın 44. maddesinde yer alan fikri içtima hükmünde tek bir fiil ile birden fazla suçun oluşması durumu düzenlenmektedir⁹². Anılan hükmün uygulanmasında görevli mercii, ceza mahkemeleri, fiilin hukuki nitelendirmesini yapmakta ve iki farklı suçun oluştuğu durumlarda en ağır olanını tespit etmektedir. Dolayısıyla TCK’nın 44. maddesinin aynı mercii, ceza mahkemelerinin, görev alanına giren hususlar bakımından uygulandığını söylemek yanlış olmayacaktır⁹³. Buna karşılık bir fiilin farklı idari otoritelerin görev alanına giren birden fazla kabahati oluşturması, diğer bir deyişle birden fazla idari kurumun aynı fiili hukuka aykırı görmesi ve cezalandırması mümkündür. Bu durumda görev alanları kendi kanunlarıyla çizilmiş, tabi oldukları usul ve kurallar bu kanunlarda farklı bir şekilde belirtilmiş, hukuka aykırı fiili araştırma/inceleme süreci ve sürecin uzunluğu birbirinden bağımsız bu kurumlar, Kabahatler Kanunu’nun 15/1. maddesini göz önünde bulunduramayacaktır. Buradan hareketle Kabahatler Kanunu’nun 15/1. maddesinin, aynı fiilin, aynı idari otoritenin görev alanına giren birden fazla kabahati oluşturması durumunda uygulanabileceğini söylemek mümkündür.

⁹¹ <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss840m.htm> Erişim Tarihi: 02.03.2014.

⁹² Örneğin, bir kişi, bir başka kişiyle kavga ettiği sırada yumruk atması sonucunda mağdurun gözlüğünün de kırılması durumunda, hem kasten yaralama hem de mala zarar verme suçları oluşacaktır ve fikri içtima hükümlerinin uygulanması mümkün olacaktır (Keskinsoy 2005, 42).

⁹³ Bu kısımda yapılan yorum bakımından *ceza mahkemesi* kavramı bütün ceza mahkemelerini kapsayacak şekilde, *görev* kavramı ise, suçlara ilişkin hükümlerin ihlali halinde bu ihlali inceleme ve yaptırım uygulama yetkisini ifade edecek şekilde kullanılmıştır (Ceza mahkemelerinin sınıflandırılması ve görev alanı için bkz. 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun md. 8 vd.).

Dolayısıyla anılan düzenlemenin, aynı fiilin birden fazla idari otorite tarafından hukuka aykırı kabul edilerek cezalandırılması sonucunda ortaya çıkabilecek mükerrer cezalandırma sorununa uygulanamayacağı düşünülmektedir. Bu doğrultuda 4054 sayılı Kanun kapsamında rekabet ihlali oluşturan bir fiil, bir başka kanun/düzenlemede farklı türden ihlali meydana getirebilecek, anılan her bir ihlale farklı otoriteler tarafından yaptırım uygulanması sorunu ortaya çıkacaktır. Hukukumuzda bu sorunu gidermeye yönelik bir düzenlemenin bulunmadığı görülmektedir. Dolayısıyla, konunun *ne bis in idem* ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesi önem taşımaktadır.

3.2.3.1. Rekabet Kurumunun Görev Alanına Giren Birden Fazla Kabahatin Oluşması

Aynı eylemin Rekabet Kurumunun görev alanına giren birden fazla kabahati, yani birden fazla rekabet ihlalinin oluşturması durumunda mükerrer cezalandırma söz konusu olabilecektir. Birden fazla rekabet ihlalinin oluşması ise, aynı eylemin, 4054 sayılı Kanun'un aynı maddesinin birden fazla bendini ihlal etmesi veya Kanun'un hem 4. hem de 6. maddesini ihlal etmesi durumunda gündeme gelebilecektir⁹⁴.

Öncelikle, 4054 sayılı Kanun'un aynı maddesinin farklı bentlerinin ihlal edilebilmesi için, rekabeti kısıtlayıcı/bozucu eylemin aynı maddede yasaklanan birden fazla durumu içermesi gerekmektedir. Rakipler arasında imzalanan bir anlaşmada hem pazar paylaşımına hem de fiyat tespitine ilişkin kayıtların bulunması ya da rekabeti bozucu bir anlaşmada yatay kısıtlamaların yanı sıra dikey kısıtlamaların da yer alması bu duruma örnek olarak gösterilebilecektir. Böylece farklı ihlalleri bünyesinde barındıran rekabeti kısıtlayıcı bir eylemin her bir ihlal için cezalandırılıp cezalandırılmayacağı sorusu ortaya çıkmaktadır.

Konu ilk olarak Danıştay tarafından ele alınmıştır. Danıştay, bir kararında⁹⁵

Kurul'ca 4. maddeye aykırı piyasa, nitelik ve kronolojik süreç göz önüne alınarak birden fazla davranışın saptanması halinde, her davranışın ayrı bir ihlal teşkil etmesi nedeniyle bunların ayrı ayrı cezalandırılması gerekmektedir. Bunların tek soruşturma

⁹⁴ Çalışmanın kapsamını aşmamak bakımından aynı eylemin hangi hallerde hem 4. hem de 6. maddeyi ihlal edebileceği ve her iki maddenin ihlali halinde hangi madde bakımından değerlendirilmesi gerektiğine değinilmeyecek yalnızca her iki maddenin ihlalinin söz konusu olması durumunda nasıl cezalandırılabileceği sorusuna cevap aranacaktır.

⁹⁵ Danıştay 13. Dairesi, 2006/4605 E., 2008/5035 K., 24.06.2008 T. Bahse konu Danıştay kararı, Rekabet Kurulunun 06-29/354- 86 Sa., 24.04.2006 T. kararı ile teşebbüslerin hem rakipleri arasında fiyat tespiti hem de bayilerinin bölgeler arası ticaretini engelleyici anlaşma niteliğindeki uygulamalarının 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırı olduğunun tespiti ile idari para cezası uygulanmasına ilişkin kararı aleyhine açılan iptal davası neticesinde verilmiştir.

İNİNDE SAPTANMASI VE KANUN'UN AYNI MADDESİNİN İHLALI NİTELİĞİNDE OLMALARI HEPSİNE TEK BİR PARA CEZASI UYGULANMASINA NEDEN TEŞKİL ETMEZ...

İfadelerine yer vermiştir. Danıştay kararına paralel bir şekilde, Ceza Yönetmeliği'nin 4/(a) maddesinde temel para cezasının hesaplanması yöntemi düzenlenmiştir. Buna göre, temel ceza, 4054 sayılı Kanun'da yasaklanmış, piyasa, nitelik ve kronolojik süreç olarak birden fazla bağımsız davranışın saptanması halinde, her bir davranış için ayrı ayrı hesaplanacaktır. Dolayısıyla rakipler arasındaki bir anlaşmada hem fiyat tespiti hem de pazar paylaşımı yapılması halinde bunların birden fazla bağımsız davranış olup olmadığı inceleneyecektir. Bu doğrultuda aynı anlaşmanın içinde, aynı piyasa için yapılan fiyat tespiti ile pazar paylaşımı ve benzeri hususlar, gerek piyasa gerek nitelik ve kronolojik süreç açısından bağımsız olmadığından tek bir eylem olarak değerlendirilerek tek bir ceza verilmesi gerekmektedir. Diğer taraftan hem yatay hem de dikey kısıtların bulunması durumunda piyasa ve nitelik bakımından bağımsız davranış olarak görülebilmesi mümkündür.

İlk olarak, 4054 sayılı Kanun'un aynı maddesinin farklı bentlerinin tek bir davranışla ihlaline ilişkin Kurul uygulamasının ikiye ayrıldığı görülmektedir. Aynı maddenin farklı bentlerinin yatay ilişki içerisinde bulunan teşebbüslerce ihlal edilmesi durumunda Kurul, eylemi tek bir davranış olarak görmektedir. *Samsun Sürücü Kursları*⁹⁶ kararında, teşebbüslerin hem sürücü kursu fiyatlarını belirlemesi hem her bir kursun kaydedebileceği azami kursiyer sayısını tespit ederek kota uygulaması gerçekleştirmesi hem de havuz sistemi öngörmesi Kurul tarafından tek bir eylem ve tek bir ihlal olarak görülerek tek ceza verilmiştir. Benzer şekilde *Kargo*⁹⁷ kararında Kurul, teşebbüslerin, fiyat tespiti yapmaları ve ihaleleri paylaşmalarını tek bir eylem olarak ele almış ve tek cezaya hükmetmiştir. Görüldüğü üzere, konu hakkındaki Kurul uygulaması mükerrer cezalandırmaya sebebiyet vermemekte ve *ne bis in idem* ilkesine uygun bulunmaktadır.

Bununla birlikte 4054 sayılı Kanun'un aynı maddesinin farklı bentlerinin ihlali hem yatay hem de dikey kısıtlar içermesi nedeniyle meydana gelmişse Kurul, birden fazla davranışın ve birden fazla ihlalin bulunduğuna karar vermektedir. Kurul, *Çimento*⁹⁸ kararlarında⁹⁹, teşebbüslerin rakipleriyle fiyat tespiti konusunda anlaşma

⁹⁶ 13-28/387-175 Sa., 15.05.2013 T.

⁹⁷ 10-58/1193-449 Sa., 3.9.2010 T.

⁹⁸ 02-06/51-24 Sa., 01.02.2002 T.; 06-29/354-86 Sa., 24.04.2006 T.

⁹⁹ Rekabet Kurulunun çimento sektöründe faaliyet gösteren teşebbüslere, piyasadaki rekabeti hem yatay hem de dikey kısıtlar öngörmek suretiyle ihlal etmeleri dolayısıyla birden fazla ceza uyguladığı 06-29/354-86 Sa., 24.04.2006 T. kararı Danıştay İDDK 2008/3076 E., 2013/345 K., 04.02.2013 T. kararıyla hukuka uygun bulunmuştur.

yapmaları ve bayilerinin bölgeler arası ticaretini engelleyici anlaşma niteliğindeki uygulamalarda bulunmaları eylemlerini birden fazla davranış olarak görerek birden fazla ihlalin gerçekleştiğini ve her bir ihlal için ayrı ayrı ceza verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Anılan kararlarda, Kurul'un yaklaşımının temelinde, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırı eylemler sonucunda hem yatay olarak rakipler arasındaki hem de dikey olarak teşebbüsün bayileri arasındaki rekabetin bozulduğu düşüncesinin yattığını ve dolayısıyla birden fazla cezanın uygulandığını söylemek mümkündür. Böylece 4054 sayılı Kanun'da yasaklanmış, piyasa, nitelik ve kronolojik süreç olarak birden fazla bağımsız davranışın varlığı karşısında tek bir ihlalin oluştuğundan bahsedilemeyeceği için *ne bis in idem* ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.

İkinci olarak, rekabeti bozucu aynı eylemin 4054 sayılı Kanun'un hem 4. hem de 6. maddesini ihlal etmesi ve bu nedenle iki kez cezalandırılması durumunda mükerrer cezalandırma ihtimali gündeme gelmektedir. Bu duruma özellikle hâkim durumdaki firmanın bayileriyle yaptığı anlaşmalarda münhasırlık hükümleri öngörmesi durumunda rastlamak mümkündür. Yukarıda da ifade edildiği üzere Kabahatler Kanunu'nun 15/1. maddesi aynı kurumun görev alanına giren birden fazla kabahatin oluşması durumunu düzenlemektedir. Aynı eylemin 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddesini ihlal etmesi durumunda rekabet hukuku bakımından birden fazla kabahat oluştuğu düşünülebilirse de Ceza Yönetmeliği'nin piyasa, nitelik ve kronolojik süreç açısından bağımsız davranışları esas alan 4/(a) maddesi karşısında, gerçekte tek bir ihlalin oluştuğu söylenebilecektir. Aynı husus Kurul tarafından *İzocam*¹⁰⁰ kararında dile getirmiştir. Bahse konu kararda Kurul, teşebbüsün aynı eyleminin hem 4. hem de 6. maddeyi ihlal ettiğini tespit etmesine rağmen ihlal konusunun tek bir davranış niteliğinde olduğu ve tek bir ceza uygulanmasına karar vermiştir.

Diğer taraftan aynı davranış hakkında 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddeleri kapsamında soruşturma açılması, birden fazla ceza uygulanmasıyla sonuçlanmadığı sürece, *ne bis in idem* ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir. Zira Kanun'un 4. maddesini ihlal etmeyen bir davranış, 6. maddesini ihlal edebilecektir. Benzer şekilde, örneğin, Kurul'un *Frito Lay*¹⁰¹ ve *Turkcell*¹⁰² kararlarında 4. ve 6. maddeler kapsamında soruşturma açılmışsa da eylem tek madde bakımından değerlendirilerek tek bir ceza uygulanmıştır.

¹⁰⁰ 10-14/175-66 Sa., 8.2.2010 T.

¹⁰¹ 13-49/711-300 Sa., 29.08.2013 T.

¹⁰² 11-34/742-230 Sa., 06.06.2011 T.

Görüldüğü üzere, aynı davranışın, birden fazla rekabet ihlali oluşturması halinde olası mükerrer cezalandırma gerek Ceza Yönetmeliği gerek Kurul uygulaması tarafından bertaraf edilmiş bulunmaktadır. Ceza Yönetmeliği Taslağı'nın 4/2. maddesinde de mevcut düzenlemenin aynen korunduğu görülmektedir.

3.2.3.2. Farklı İdari Otoritelerin Görev Alanına Giren Birden Fazla Kabahatin Oluşması

Ne bis in idem ilkesinin, AB rekabet hukukunda düzenlenen sektörlerde uygulanışının incelendiği bölümde ifade edilenlere paralel olarak, ülkemizde de serbestleştirme süreci sonrasında birçok sektörde düzenleyici kurumlar kurulmuş ve bu kurumlar ilgili sektörü serbest rekabet ortamını sağlayacak şekilde düzenlemekle ve denetlemekle görevlendirilmişlerdir¹⁰³. Bununla birlikte 4054 sayılı Kanun'un kapsamını belirleyen 2. maddesinde Kanun'un kapsamı, bir istisna gözetilmeksizin, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisindeki bütün mal ve hizmet piyasalarını içerir şekilde belirlenmektedir. Böylece Rekabet Kurumu bütün sektörlerde rekabetin sağlanması ve korunması konusunda yetkili ve görevli bulunmaktadır. Bu doğrultuda ilgili piyasalarda rekabet ortamının tesisi, denetlenmesi ve yaptırım uygulanması konusunda yetki verilmiş otoriteler ile Rekabet Kurumunun görev alanının örtüşmesi kaçınılmaz olarak ortaya çıkmaktadır. Keza aynı eylemin birden fazla idari otorite tarafından mükerrer cezalandırılması ihtimali gündeme gelmektedir.

Bahse konu örtüşme nedeniyle Rekabet Kurumu ile Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK), Kamu İhale Kurumu (KİK), Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu (BDDK) arasında işbirliği protokollerinin imzalandığı görülmektedir¹⁰⁴. Bu protokollerde serbest rekabet ortamının sağlanması için tarafların görev alanına giren hususlarda bilgi alışverişinin, işbirliği ve koordinasyonun sağlanması ve uygulama farklılıklarının giderilmesi konusunda mutabakata varılmıştır¹⁰⁵. Özellikle elektronik haberleşme sektörüne ilişkin BTK

¹⁰³ Örneğin, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu, 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu, 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanunu, 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu ve 5307 sayılı Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Piyasası Kanunu, 4628 sayılı Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun.

¹⁰⁴ Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu ile Rekabet Kurumu Arasındaki İşbirliği Protokolü, 02.11.2011, Kamu İhale Kurumu ile Rekabet Kurumu Arasında İşbirliği Protokolü, 14.10.2009, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu İle Rekabet Kurumu Arasında İşbirliği ve Bilgi Paylaşımı Protokolü, 15.11.2012.

¹⁰⁵ Enerji sektörüne ilişkin olarak EPDK ile Rekabet Kurumu'nun görev alanının örtüşmesine karşın

ile imzalanan işbirliği protokolünde her iki kurumun yapacağı iş ve işlemlerde öncelikle birbirlerinin görüşünü alacağı ve pazar gücünün kötüye kullanıldığına ilişkin bir kuruma yapılan bir başvurunun diğer kuruma iletilebileceği düzenlenmiştir. Buna karşılık anılan protokollerin kurumların görev alanına ilişkin ortaya çıkan uyuşmazlıkları gideremediği, aynı eylemin iki farklı idari otorite tarafından değerlendirilerek ceza uygulanmasını ve *ne bis in idem* ilkesinin ihlalini önleyici nitelikte olmadığı anlaşılmaktadır.

Konuya ilişkin Kurul uygulamasına bakıldığında, Kurul'un *Ulusal Dolaşım* kararının¹⁰⁶ dikkat çekici olduğu görülmektedir. Birlikte hâkim durumda bulunan teşebbüslerin, rakiplerinin ulusal dolaşım talebini reddetmesini değerlendiren Kurul, aynı fiilin hem telekomünikasyon hem de rekabet hukukuna aykırılık teşkil ettiğini ve aynı zamanda iki ihlal, dolayısıyla iki sonuç meydana getirdiğini belirttikten sonra

İlgili otoritelerden hiçbirisi bu ihlaller karşısında kendi mevzuatından doğan yetkilerini kullanmayı, kendi mevzuatından doğan ödevleri yerine getirmeyi diğer bir otoritenin karar vermesine erteleyemez. Bunun nedeni, ilgili otoritelerin aynı fiili değişik açılardan değerlendirmesi ve farklı hukuk normlarına istinaden değerlendirmeye tabi tutması ve buna göre yetkilerini kullanmasıdır.

ifadelerine yer vermiştir. Ayrıca Kurul, ceza hukukundaki *ne bis in idem* ilkesinin idari yaptırımlar bakımından da aynen uygulanma olanağına sahip olmadığını belirtmiştir¹⁰⁷.

henüz iki kurum arasında imzalanmış bir protokol bulunmamaktadır. Bununla birlikte enerji sektörüne özgü teknik bilgi ve becerilerin yoğun olması, bu bilgi ve becerilere, Rekabet Kurumu'nun, sektörel düzenleyici kurum kadar hâkim olamaması, Rekabet Kurumu ile EPDK'nın ortak alanında kalan hususlara ilişkin olarak, kurumlar arası eşgüdüm ve sürekli iletişimle, konuların ortaklaşa takip edilmesi gerekliliği nedenleriyle iki kurum arasında imzalanacak bir işbirliği protokolü önem arz etmektedir (Şahin 2010, 49).

¹⁰⁶ 03-40/432-186 Sa., 09.06.2003 T. Anılan karar, Danıştay tarafından, soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin, nihai karara da katılmasının tarafsızlık ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmiştir (Danıştay 13. Dairesi, 2005/5699 E., 2006/1555 K., 28.03.2006 T.). Kurul'un *Ulusal Dolaşım* kararı ile Danıştay'ın iptal kararı arasında geçen sürede, Kurul kararında dayanan yönetmeliğin iptal edilmiş olması nedeniyle yeni bir karar alınmasına yer olmadığına karar verilmiştir (12-35/1005-316 Sa., 26.06.2012 T.). Ancak Kurul'un *Ulusal Dolaşım* kararının, usuli nedenlerle iptal edilmesi neticesinde, Danıştay tarafından esasa ilişkin tespitlere değinilmemesinin yanı sıra ikinci kararda da esasa girilmediği görülmektedir. Bu doğrultuda karar, *ne bis in idem* ilkesine ilişkin Kurul'un yaklaşımını göstermek bakımından çalışma kapsamında kullanılmıştır.

¹⁰⁷ "Ancak, rekabet ihlallerinin incelemesi açısından Rekabet Kurulu yetkili olmakla beraber ... Telekomünikasyon Kurumunun görüşünün ve yapmış olduğu düzenleyici işlemlerin dikkate alınması ve bu Kurumun sektöre yönelik bilgi birikiminden faydalanılması büyük önem taşımaktadır." 03-40/432-186 Sa., 09.06.2003 T.

Kurul'un, mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde rekabete açık bir alan olan kablo TV şebekesi üzerinden internete erişim hizmetini tekelleştirmek iddiasını incelediği *Kablo TV* kararında¹⁰⁸, Kablo TV altyapısından internet servis sağlayıcılarının faydalandırılmaması konusunun hem Kurul hem de BTK tarafından incelendiği görülmektedir. Kurul, eşzamanlı iki soruşturma yürütülmesine dayanak oluşturan kuralları,

Telekomünikasyon alanında sektör spesifik düzenlemeler ile rekabet kurallarının birlikte uygulanmasını öngören mevzuat, bu işbirliği ihtiyacını, "rekabet kurallarının ilgili sektörde uygulanması esnasında ilgili otoritenin deneyim ve ihtisaslaşmasından faydalanılmasını zorunlu kılmak" şeklinde formüle etmektedir.

olarak değerlendirerek iki kurumun görev alanları arasındaki sınır bakımından esas alınması gereken hususun *rekabetçi zarar* kavramı olduğunu ifade etmiştir. Buradan hareketle BTK tarafından yürütülen sürecin rekabetçi bir zararın oluşması riskini bertaraf edebilecek nitelikte olmadığını altını çizmiştir. Buna karşılık, *UMTH*¹⁰⁹ ve *TTNET*¹¹⁰ kararlarında, Kurul'un, sektörel düzenleyicinin ve düzenlemelerin varlığı karşısında müdahalede bulunmama yönünde karar verdiği görülmektedir¹¹¹. Ancak Kurul'un son tarihli kararlarında bu yaklaşımı değiştirmiştir. Bu değişim, söz konusu kararlarının Danıştay tarafından, sektörel düzenlemelerin, Rekabet Kurumunun görev alanının, bütün mal ve hizmet piyasalarını kapsayıcı şekildeki genel niteliğini değiştirmedeği gerekçesiyle iptal etmesinden kaynaklanmaktadır¹¹².

Kurul, *Ev Avantaj Tarifeleri* kararında¹¹³, BTK tarafından, karar konusu kampanyaların değerlendirildiği, teşebbüsün kampanyalarına ilişkin tarifelerinin incelendiği ve mevzuata aykırılık teşkil eden bir hususun bulunmadığının ifade edilmesine karşın başvuru konusu tarifeleri 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi çerçevesinde değerlendirmiştir. Ayrıca Kurul yakın tarihli bir ara kararında¹¹⁴, başvuru konusu eylem hakkında BTK tarafından yürütülen bir incelemenin bulunduğunu tespit ederek BTK ile Rekabet Kurumu Arasındaki İşbirliği Protokolü'nün 8/(ç) maddesi uyarınca, dosya konusu iddialara ilişkin bir işlem

¹⁰⁸ 05-10/81-30 Sa., 10.2.2005 T. Aynı yönde bkz. 04-68/976-236 Sa., 25.10.2004 T.

¹⁰⁹ 05-87/1199-348 Sa., 22.12.2005 T. Karar, Danıştay 13. Dairesi'nin 2006/2052 E., 2007/7582 K., 20.11.2007 T. kararıyla iptal edilmiştir.

¹¹⁰ 10-04/39-19 Sa., 12.01.2010 T.

¹¹¹ Aynı yönde bkz. 08-52/792-321 Sa., 11.9.2008 T.; 09-48/1206-306 Sa., 21.10.2009 T.

¹¹² İlgili Danıştay kararları aşağıda incelenecektir.

¹¹³ 13-48/692-293 Sa., 21.08.2013 T. Aynı yönde bkz. 13-62/864-370 Sa., 06.11.2013 T.; 13-27/371-172 Sa., 09.05.2013 T.

¹¹⁴ 14-01/21-M Sa., 09.01.2014 T.

yapılmamasına ve BTK tarafından yürütülen inceleme sonucuna göre iddianın incelenmesine karar vermiştir. Bu yaklaşım, mükerrer cezalandırma ihtimalini bertaraf etmesi bakımından isabetli olmakla birlikte kurumlar arasında yapılan işbirliği protokollerinin de amacına uygun bulunmaktadır.

Kurul'un, hâkim durumda bulunan teşebbüsün satış politikasını değerlendirdiği *İzmirgaz* kararında¹¹⁵, teşebbüsün 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiği yönünde ciddi bulguların bulunduğu ve doğalgaz piyasası mevzuatı açısından teşebbüsün kanunen kendisine tanınmış bir yetkiyi kullanmasının söz konusu olmadığı belirtilmiştir. Diğer taraftan, önaraştırma konusu uygulamaların aynı zamanda 4646 sayılı Doğalgaz Piyasası Kanunu'na da aykırılık teşkil ettiği ve EPDK'nın söz konusu uygulamalara son vermeye çalıştığını göz önünde bulunduran Kurul, EPDK'nın yürüttüğü sürecin de önaraştırma konusu ihlali sona erdirebilecek nitelikte olduğu ve Kurul tarafından yapılacak soruşturma sonunda alınacak kararın etkilerinin EPDK ile aynı olacağı dikkate alındığında önaraştırma konusu uygulamaların sona erdirilmesi için EPDK ile işbirliği yapılmasına ve soruşturma açılmamasına karar vermiştir¹¹⁶.

Anılan Kurul kararlarının incelenmesinden Kurul'un aynı eyleme birden fazla idari kurum tarafından müdahale edilmesi konusundaki yaklaşımının değişkenlik gösterdiği anlaşılmaktadır. *Ulusal Dolaşım* kararında, *ne bis in idem* ilkesinin rekabet hukukunda uygulanırılığı açıkça reddedilirken, *Kablo TV* kararında BTK'nın yürüttüğü sürecin yöneldiği amacın değerlendirilmesi, her ne kadar rekabetçi zararı gidermediği sonucuna ulaşılsa da, *ne bis in idem* ilkesinin uygulanması açısından gelişme olarak yorumlanabilecektir. *İzmirgaz* kararı, açıkça yer verilmese de, *ne bis in idem* ilkesine aykırılığın yaratacağı sakıncaların da göz önüne alınması bakımından önem taşımaktadır. EPDK'nın başlattığı sürecin *rekabet ihlalini sona erdirecek nitelikte* olduğu ifadesi Rekabet Kurumu ile EPDK'nın karar konusu uygulamalar bakımından aynı menfaati korumaya yöneldiğini göstermektedir. Bu doğrultuda ABAD'ın *ne bis in idem* ilkesinin ihlali için aradığı şartların Türk rekabet hukuku bakımından da uygulanabileceğini söylemek mümkündür. Diğer taraftan Kurul'un salt sektörel düzenlemenin varlığını gerekçe göstererek

¹¹⁵ 09-01/2-2 Sa., 08.01.2009 T. Ayrıca enerji sektöründe düzenleyici bir kurumun varlığı karşısında rekabet ihlallerinin incelenmesi konusunda bkz. 02-26/262-102 Sa., 30.04.2002 T.; 09-52/1246-315 Sa., 4.11.2009 T.; 08-47/653-250 Sa., 24.7.2008 T.

¹¹⁶ "Kurumun ilgili birimleri arasında işbirliği sağlanarak, EPDK tarafından yürütülen sürecin takip edilmesinin yerinde olacağı, bu nedenle bu aşamada soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır." 09-01/2-2 Sa., 08.01.2009 T.

müdahale etmekten kaçınması veya aksine, her halükarda müdahaleyi tercih ettiği kararlarının çeşitli sakıncalar doğurabileceği düşünülmektedir. Zira ilk ihtimalde, sektörel düzenlemenin belli konularda işletmelere kendi iradeleriyle karar verme esnekliği bıraktığı durumlarda, sektöre özgü yükümlülükler uygun olsa bile rekabet kurallarına aykırı durumlar ortaya çıkabilecektir (Demiröz 2003, 30). Böylece rekabet ihlali oluşturan fiil cezalandırılmamış olacaktır. İkinci ihtimalde ise birden fazla otoritenin müdahalesiyle mükerrer cezalandırma gündeme gelebilecektir.

Kurumların müdahale alanları konusundaki bu uyumsuzluklar ikili protokollerin yanı sıra Danıştay kararlarına da konu olmuştur. Danıştay'ın son zamanlarda telekomünikasyon sektörüne ilişkin istikrar kazanmış içtihadına göre¹¹⁷, ilgili yasal düzenlemelerde, sektörün düzenleyicisi konumundaki BTK'ya¹¹⁸ da Kurul'un, görev alanına girebilecek bazı ihlaller konusunda yaptırım uygulama yetkisinin verilmesi 4054 sayılı Kanun'un genel kanun olma niteliğini değiştirmemekte, telekomünikasyon mevzuatında öngörülen istisnai haller dışında, Kurul'un genel olarak rekabetçi olmayan davranışların ortaya çıkmasından sonra ihlalin tespiti ve yaptırım uygulaması yoluna gidebilmelidir. Ayrıca Danıştay, BTK'nın aldığı tedbirler, yaptığı düzenlemelerle *mevcut rekabet ihlalinin etkilerinin sona ermesi veya rekabetçi zararın tamamen ortadan kalkması ve konunun salt telekomünikasyon mevzuatını ilgilendiren teknik bir hususa ilişkin olması* halinde Kurul'un soruşturma açıp açmama konusunda takdir yetkisinin bulunduğunu, bir fiil hakkında BTK tarafından uygulanabilecek idari yaptırımların ise Rekabet Kurulu tarafından dikkate alınması ve genel olarak iki kurumun işbirliği içerisinde bulunması gerektiği sonucuna ulaşmıştır¹¹⁹. Buna karşılık Danıştay, enerji sektörüne ilişkin verdiği bir kararında¹²⁰ ise EPDK'nın görev ve yetkileri dikkate alındığında, regüle edilen tarifelere aykırı davranışın sonuçlarına ilişkin şikâyetin EPDK mevzuatı çerçevesinde çözümlenmesi gerektiğini belirterek başvurunun

¹¹⁷ Danıştay İDDK, 2008/1410 E., 2013/279 K., 31.01.2013 T.; Danıştay 13. Dairesi, 2008/14245 E., 2012/960 K., 08.05.2012 T.; Danıştay 13. Dairesi, 2008/13184 E., 2012/359 K., 13.02.2012 T.

¹¹⁸ Bahse konu kararda, BTK'nın o dönemki ismi olan Telekomünikasyon Kurumu kullanılmakla birlikte, çalışma kapsamında yeknesaklığın sağlanması adına BTK tercih edilmiştir.

¹¹⁹ *Bir piyasanın düzenleyici ve denetleyici kurumun regülasyonuna tabi olmasının o piyasada yer alan faaliyetlerin 4054 sayılı Kanun kapsamı dışına çıkarmayacağı ... düzenleyici kurumların piyasa hakkındaki tasarruflarında rekabetçi bir piyasa düzeni sağlamakla yükümlü olmalarına rağmen, piyasada gerçekleşen rekabet ihlallerinin tespit ve idari yaptırıma tabi tutulması, Kanun veya ikincil düzenlemelerle öngörülen istisnalar dışında, 4054 sayılı Kanun kapsamında Rekabet Kurulu'nun görev alanına girdiği görülmektedir.* Danıştay 13. Dairesi, 2008/13184 E., 2012/359 K., 13.02.2012 T.

¹²⁰ Danıştay İDDK, 2008/1412 E., 2013/101 K., 21.01.2013 T.

ilk bakışta 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında değerlendirilebileceği düşünülse de Kurul'un, başvurunun kapsam dışı olduğuna ilişkin kararını hukuka uygun bulmuştur.

Bahse konu kararlardan, Danıştay'ın, telekomünikasyon sektörü bakımından, ABAD ile benzer yaklaşım sergilediği anlaşılmaktadır. Bu doğrultuda bir sektörün düzenlemeye tabi olmasının Kurul açısından münhasıran red sebebi sayılamayacağına altı çizilmektedir. Bununla birlikte Danıştay'ın, bir başka otoritenin yaptığı müdahalelerle mevcut *rekabet ihlalinin etkilerinin sona ermesi ve rekabetçi zararın tamamen ortadan kalkması* durumunda Kurul'un soruşturma açmayabileceği yönündeki ifadeleri *ne bis in idem* ilkesinin amacına da uygun bulunmaktadır. Zira bir otorite tarafından, bir fiile, rekabet ihlalinin ortadan kaldırılması amacıyla yaptırım uygulanmasından sonra Kurul tarafından bir kez daha cezalandırılması aynı davranışın iki kez cezalandırılması sonucuna yol açacaktır. Benzer şekilde, Danıştay'ın tutumu, ABAD'ın *ne bis in idem* ilkesinin ihlalinin bahsedilebilmesi için aradığı şartlara (*olayların aynılığı, kişinin aynılığı, korunan hukuki menfaatin aynılığı*) uygunluk arz etmektedir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, korunan hukuki menfaatin üzerinde titizlikle duran ABAD düzenleyici otoritenin rekabet hukuku kurallarını gözetmediğini vurgulamaktadır. Dolayısıyla düzenleyici otorite tarafından rekabet ihlalinin etkilerinin ortadan kaldırılması halinde, ilgili otorite ile Rekabet Kurumu'nun korumaya çalıştığı menfaatin aynı olacağını söylemek mümkündür. Böylece Kurul'un ikinci bir ceza uygulaması *ne bis in idem* ilkesinin ihlali anlamına gelecektir.

Düzenleyici otoritenin kararında rekabet hukuku kurallarını da gözetip gözetmediği hususunda, otoriteyi yaptırım uygulama/uygulamama sonucuna götüren bilgi/belge/analizler önem arz etmektedir. Zira Kurul tarafından, bir ihlalin, rekabet ihlali olduğu için cezalandırıldığına anlaşılabilmesi için somut birtakım verilere ihtiyaç vardır. Bu noktada kurumlar arası bilgi alışverişinin önemini vurgulanması gerekmektedir. Zira ilgili idari otoritenin, kararında, rekabet hukuku kurallarını gözetip gözetmediğinin Kurul tarafından anlaşılabilmesi, ancak sağlıklı ve tam bilgiye ulaşması durumunda mümkün olabilecektir.

3.3. DEĞERLENDİRME VE ÖNERİLER

Türk hukukunda kabahatlerin mükerrer cezalandırılmasını önlemek amacıyla sevk edilmiş en önemli yasal düzenlemeler Kabahatler Kanunu'nun 15/1 ve 15/3. maddeleridir. Maddede yer alan düzenlemelerde *ne bis in idem* ilkesinin iki görünümü ortaya çıkmaktadır. Bunlar, aynı fiilin hem suç hem de kabahat teşkil etmesi ve aynı fiilin birden fazla kabahat oluşturması olarak sıralanmaktadır.

Rekabet ihlallerinin, hukukumuzda, kabahat olarak öngörölmüş olması karşısında, rekabet ihlallerine Kurul tarafından uygulanan idari para cezaları da Kabahatler Kanunu hükümlerine tabidir. Dolayısıyla aynı fiilin, 4054 sayılı Kanun'a aykırı olmasının yanı sıra oluşturabileceği farklı hukuka aykırılıklar karşısında Kabahatler Kanunu'nun 15. maddesi uygulama alanı bulmakla birlikte anılan düzenleme çıkabilecek bütün sorunların çözümünde yeterli olmamaktadır.

Türk rekabet hukuku açısından muhtemel mükerrer cezalandırma sorunları yukarıda, aynı fiilin hem rekabet ihlali hem de suç oluşturması; rekabet ihlalinin sabit olması sonucunda nihai para cezasının belirlenmesi aşamasında 4054 sayılı Kanun'un 16/1. maddesi ile ceza yönetmeliğinin ağırlaştırıcı unsurlara ilişkin maddesinin aynı anda uygulanması, aynı fiilin 4054 sayılı Kanun'un farklı maddelerini ihlal etmesi ve aynı fiilin birden fazla kabahat oluşturması olarak belirlenmiştir.

Aynı fiilin hem rekabet ihlali hem de suç teşkil etmesi durumunda Kabahatler Kanunu'nun 15/3. maddesi mükerrer cezalandırmayı önleyici nitelik taşımaktadır. Kurul, 4054 sayılı Kanun'a aykırı olduğu iddia edilen bir davranışı incelerken bu davranışın aynı zamanda ceza hukuku kapsamında bir suça vücut verdiği konusunda şüphelenirse, incelemesine ara vermeli ve durumu CMK'nın 158. maddesi doğrultusunda adli makamlara ihbar etmelidir. Kurul tarafından fiilin, 4054 sayılı Kanun kapsamında incelenmesinin devamı adli makamlardan gelecek sonuca göre belirlenecektir. İhbar sonucunda dava açılmış ve adli ceza uygulanmış ise rekabet ihlali dolayısıyla idari ceza uygulanması mümkün olmayacaktır. Şüphesiz *ne bis in idem* ilkesinin bir fiilin hem suç hem de rekabet ihlali dolayısıyla eşzamanlı cezalandırılmasını önleme etkisi, ilkenin, kişinin aynılığı ve fiilin aynılığı olarak belirtilen şartlarının yerine getirilmesi durumunda söz konusu olacaktır. O halde aynı fiilin aynı kişi tarafından işlenmiş olması gerekmektedir. Bu noktada, tüzel kişiler ile gerçek kişiler hakkında yürütölen soruşturma/kovuşturma birbirleri bakımından sonuç doğurmayacağına belirtilmesinde fayda bulunmaktadır. Diğer bir deyişle, rekabet ihlali soruşturmasının süjesinin bir tüzel kişi olmasına karşılık ceza kovuşturmasının süjesinin bir gerçek kişi olması durumunda, her iki süreç bakımından kişinin aynılığı şartı gerçekleşmeyecek, dolayısıyla hem adli hem de idari ceza uygulanması mükerrer cezalandırmaya ve *ne bis in idem* ilkesinin ihlaline sebebiyet vermeyecektir.

Kurul tarafından rekabet ihlali dolayısıyla nihai para cezasının belirlenmesi aşamasında aynı eylemin hem 4054 sayılı Kanun'un 16/1. maddesi çerçevesinde münferiden cezalandırması hem de Ceza Yönetmeliği'nin 6. maddesi uyarınca

soruşturma sonucunda temel cezayı ağırlaştırıcı sebep olarak dikkate alması durumu mükerrer cezalandırmanın ortaya çıkacağı ikinci durumdur. Özellikle 4054 sayılı Kanun'un 16/1. maddesinde düzenlenen yerinde incelemenin engellenmesi/zorlanması ile eksik/yanlış/yanıltıcı bilgi verilmesi ile Ceza Yönetmeliği'nin 6. maddesinde yer alan incelemeye yardımcı olunmaması ağırlaştırıcı sebebinin birlikte uygulanmasıyla birden fazla cezalandırma gündeme gelecektir. Dolayısıyla *ne bis in idem* ilkesi gereğince, yerinde incelemenin engellenmesi/zorlaştırması ve/veya eksik/yanlış/yanıltıcı bilgi verilmesi fiilinin bir kez cezalandırıldıktan sonra aynı fiilin temel cezayı ağırlaştırıcı sebep olarak dikkate alınmaması gerekmektedir. Ters yorumla bahse konu fiillerin münferiden cezalandırılmaması durumunda ağırlaştırıcı sebep olarak kabul edilmesi de mümkündür. Diğer taraftan, nihai para cezasının tespiti sırasında ortaya çıkabilecek mükerrer cezalandırma sorununun Ceza Yönetmeliği Taslağı'nda göz önünde bulundurulduğu görülmektedir. Taslakta incelemeye yardımcı olunmaması ağırlaştırıcı sebep olmaktan çıkarılmış, böylece incelemeye yardımcı olunmaması olarak nitelendirilebilecek fiillerin cezalandırılması 4054 sayılı Kanun'un 16/1. maddesine hasredilmiştir. Ceza Yönetmeliği Taslağı'nın mevcut haliyle yürürlüğe girmesi durumunda *ne bis in idem* ilkesinin ihlaline yol açabilecek hususlar çözümlenmiş olacaktır.

Diğer bir mükerrer cezalandırma hali aynı eylemin, 4054 sayılı Kanun'un aynı maddesinin farklı bentlerini ihlal etmesi veya hem 4. hem de 6. maddesini ihlal etmesi durumunda gündeme gelecektir. Konu hakkında Ceza Yönetmeliği'nin temel para cezasının belirlenmesi esasını yöntemi sorunu çözecek niteliktedir. Buna göre, piyasa, nitelik ve kronolojik süreç bakımından bağımsız davranış olarak değerlendirilebilen davranışlar ayrı ayrı cezalandırılacaktır. Anılan maddenin, aynı zamanda, rekabet hukukunda fiili tanımladığı anlaşılmaktadır. Konuyla ilgili Kurul kararlarında da mükerrer cezalandırmaya sebebiyet verecek bir yaklaşımın izlenmediği görülmektedir.

Hukumumuzda, mükerrer cezalandırmanın son halini aynı eylemin, özellikle düzenlenen sektörlerde, birden fazla benzer kabahat olarak nitelendirilmesi ve böylece birden fazla idari otoritenin görev alanına girmesi oluşturmaktadır. 4054 sayılı Kanun'da rekabet ihlali olarak sayılan fiillerin başka kanunlarda da hukuka aykırı olarak kabul edildiği ve böylece idari kurumların görev alanlarının örtüşmesinin ve mükerrer cezalandırmanın gündeme gelebileceği görülmektedir. Konuya ilişkin Kurul ve Danıştay kararları değişkenlik göstermiştir. Benzer şekilde kurumlar arasında imzalanan işbirliği protokollerinin de bu konuda yeterli çözüm getiremediği görülmektedir. Bu noktada *ne bis in idem* ilkesinin etkin bir şekilde

uygulanmasıyla aynı fiile birden fazla idari kurum tarafından müdahale edilmesi ihtimalinin ve bu ihtimalin doğuracağı hukuki güvensizliğin bertaraf edilebileceği düşünülmektedir.

Kanımızca, hukuki güvensizliğin giderilmesinde *ne bis in idem* ilkesinin uygulanışına ilişkin ABAD tarafından aranan *olayların aynılığı, kişinin aynılığı ve korunan hukuki menfaatin aynılığı* şartlarının, Türk rekabet hukukunda da uygulanması faydalı olacaktır. Anılan şartların yerine getirilmesinde kilit noktayı *korunan hukuki menfaatin aynılığı* oluşturmaktadır. Hukuki menfaatin tespitinde, aynı fiile yaptırım uygulayan otoritelerin yöneldiği amaca bakılması uygun olacaktır. Diğer bir deyişle, salt ilgili sektörün teknik özelliklerinden kaynaklanan bir hukuka aykırılığa yaptırım uygulanması söz konusu ise aynı eylemin Kurul tarafından cezalandırılması *ne bis in idem* ilkesine aykırılık teşkil etmeyecektir. Bu durumda, Kurul'un ceza uygulamaması, bozulan rekabet ortamının ve 4054 sayılı Kanun'un ihlalinin yaratacağı sakıncaların giderilememesine neden olacaktır. Zira sektöre özgü bir hukuka aykırılığın cezalandırılması, 4054 sayılı Kanun'da öngörülen cezaların ağırlığına ulaşamayabileceği gibi rekabet ihlalinin caydırıcı nitelik taşımayabilecektir. Keza Danıştay'ın bazı kararlarında, bir başka otoritenin kararının salt sektörü ilgilendiren teknik bir hususa ilişkin olması durumunda Kurul'un soruşturma açıp açmamakta takdir yetkisinin bulunduğunu ifade etmesi bu hususu teyit etmektedir.

Diğer taraftan sektörel düzenleyici kurumun görev alanına girdiği gerekçesiyle veya ihlal olduğu iddia olunan hususların sektörel düzenleyicinin onayıyla gerçekleştiği ifade edilen hususlar hakkında da 4054 sayılı Kanun çerçevesinde gerekli araştırmanın yapılması gerekmektedir. Aksinin kabulü, piyasada hâkim durumda bulunan teşebbüsün faaliyette bulunduğu piyasa nedeniyle rekabete aykırı davranışlarının yaptırımsız kalması sonucunu doğuracaktır. Bununla birlikte, regülasyon kurumlarının kararları doğrultusunda hareket eden teşebbüslerin her durumda rekabet hukuku kurallarından bağışık tutulamayacağı açıktır.

İdari otoritenin, hukuka aykırı bir eyleme rekabet hukuku kurallarını da gözetmek suretiyle yaptırım uygulaması durumunda, Kurul tarafından yapılacak ikinci bir müdahale, *ne bis in idem* ilkesinin ihlali anlamına gelecektir. Bu noktada ilgili otoritenin rekabet hukuku kurallarını gözetip gözetmediğinin tespiti önem arz etmektedir. Bu doğrultuda, ilgili idari otoritenin ceza konusu eyleme ilişkin yaptığı değerlendirme ve tespitlere dayanak oluşturan bilgi ve belgelerin, analiz

ve hesaplamaların da Kurul tarafından elde edilmesi/incelenmesi gerekmektedir¹²¹. Anılan bilgi ve belgelerin gönderilmesinin kurumlar arasında imzalanan işbirliği protokollerinin de amacına uygun olduğu görülmektedir.

Elde edilen bilgi ve belgelerin incelenmesi sonucunda, ilgili otoritenin uyguladığı cezanın, rekabet ortamının tesisine ve korunmasına yönelik olduğunun tespit edilmesi durumunda her iki kurumun aynı menfaati korumaya yöneldiği söylenebilecektir. Böylece *ne bis in idem* ilkesi ihlal edilmemiş olacaktır. Benzer şekilde, aynı menfaati korumaya yönelik yaptırımların tekrarlanmaması, usul ekonomisi bakımından da faydalı olacaktır.

Rekabet hukukuna ilişkin kuralların, bir başka otorite tarafından gözetilip gözetilmediğinin tespit edilmesi noktasında kurumlar arası işbirliği ve şeffaflığın önemi büyüktür. Bu doğrultuda ilgili otoritenin kararının dayanağı olan bulguların somut bir şekilde ortaya konulması, aynı derecede *ne bis in idem* ilkesinin ihlalinin ve mükerrer cezalandırmanın yaratacağı sakıncaları bertaraf edecektir. Bu doğrultuda kurumlar arasında bilgi, belge taleplerinin söz konusu olması durumunda “*gerekli hesaplamaların yapıldığı*”, “*yeterli delilin elde edildiği*” gibi soyut beyanların tercih edilmemesi, karara dayanak oluşturan bilgi ve belgelerin, hesaplama ve analizlerin, cezanın yöneldiği amacı tespiti elverişli şekilde temin edilmesi gerektiği vurgulanmalıdır.

¹²¹ Şüphesiz bu inceleme, ilgili otoritenin kararının yeterliliği/yetersizliği veya hukuka uygun olup olmadığı noktasında olmayacaktır. Zira hukukumuzda idari işlemlerin denetiminin idari yargı mercilerince yapılacağı genel kuraldır.

SONUÇ

Hukuk devleti ilkesinin ve adil yargılanma hakkının gereği ve temel bir insan hakkı olarak görülen *ne bis in idem* ilkesi, aynı davranıştan dolayı birden fazla yargılama yapılmamasını ve ceza uygulanmamasını öngörmektedir. Aynı zamanda hukuki belirliliğin de bir uzantısı olan ilke, esas itibarıyla ceza hukukunda ortaya çıkmakla birlikte, ilkenin uygulama alanı, günümüzde, idari yaptırımları da kapsayacak şekilde genişlemiş bulunmaktadır.

Depenalizasyon faaliyetlerinin yaygınlaşması, sektörleri düzenlemek ve denetlemek üzere bağımsız idari otoritelerin kurulması gibi sebeplerle idari cezaların çeşitlerinin ve miktarının artması dolayısıyla, idari cezalar, ceza hukukunda uygulanan müeyyidelere benzer hale gelmiştir. Kimi zaman ceza hukuku müeyyidelerinden daha ağır olabilen idari cezalar bakımından da ceza hukukuna hâkim olan temel güvencelerin geçerli olması genel olarak kabul edilmektedir. Çifte yargılama ve cezalandırma yasağını içeren *ne bis in idem* ilkesi de bu güvencelerden birisini oluşturmaktadır. Ancak her idari ceza değil, yalnızca cezai nitelikteki idari cezalar *ne bis in idem* ilkesinin uygulama alanına girmektedir. Bir idari cezanın cezai nitelikte olup olmadığının tespitinde temel esaslar AİHM içtihatlarıyla ortaya çıkmış, ABAD uygulamasında da benimsenmiştir. Buna göre bir idari ceza, toplumun geneline uygulanabilir olduğu, caydırıcı ve cezalandırıcı nitelik taşıdığı takdirde cezai nitelikte sayılacaktır. Ülkemizde de AYM tarafından benzer bir yaklaşım tercih edilmektedir.

Rekabet hukuku ihlalleri, gerek mehz AB hukukunda gerek ülkemizde idari bir otorite tarafından idari para cezası ile cezalandırılmaktadır. Rekabet otoritelerinin uyguladığı para cezalarına bakıldığında, bunların, herhangi bir grup gözetilmeksizin toplumun geneline uygulanması, önemli miktarlara ulaşabilmesi ve teşebbüsleri rekabet ortamını bozucu davranışlarda bulunmaktan caydırmayı amaçlaması dolayısıyla cezai nitelik taşıdığı görülmektedir. Dolayısıyla *ne bis in idem* ilkesinin, rekabet ihlalleri karşısında uygulanan idari para cezaları bakımından uygulama alanı bulacağı hem AB hem de Türk rekabet hukuku bakımından kabul edilmektedir.

İlkenin, rekabet hukukunda, birden fazla görünümü ortaya çıkmaktadır. İlk olarak aynı eylemin hem suç hem de idari ihlal oluşturması gündeme gelmektedir. Hukukumuzda, idari para cezaları bakımından *ne bis in idem* ilkesinin dayanağını oluşturan Kabahatler Kanunu'nun 15/3. maddesinde aynı fiilin hem suç hem de kabahat teşkil etmesi durumunda, fiil, suç dolayısıyla cezalandırılmamışsa kabahat dolayısıyla cezalandırılacağı düzenlenmektedir. Bu doğrultuda, Kurul, 4054 sayılı

Kanun kapsamında bir ihlalin bulunup bulunmadığını araştırması sırasında fiilin aynı zamanda suç teşkil ettiği konusunda şüpheye düştüğü takdirde, araştırmasına ara vererek adli makamları harekete geçirmelidir. Kurul'un yürüttüğü sürecin akıbeti, adli makamlardan gelecek cevaba göre şekillenecektir. Ceza mahkemesi tarafından fiilin suç oluşturduğunun sabit olduğu saptanarak ceza verilmişse Kurul, ayrıca idari para cezası uygulayamayacaktır. Diğer taraftan ceza mahkemesi tarafından herhangi bir sebeple ceza uygulanamaması durumunda Kurul, süreci devam ettirerek ceza uygulayabilecektir.

Mükerrer cezalandırmanın diğer bir hali nihai para cezasının hesaplanması sırasında ortaya çıkmaktadır. Aynı davranışın hem bağımsız olarak cezalandırılması hem de temel cezayı ağırlaştırıcı sebep olarak dikkate alınması durumunda *ne bis in idem* ilkesinin ihlali gerçekleşmektedir. Bir eylemin, yanlış/yanıltıcı bilgi verme ve/veya yerinde incelemenin engellenmesi/zorlaştırılması dolayısıyla cezalandırılmasının ardından ağırlaştırıcı sebep olarak dikkate alınmaması gerekmektedir. Zira anılan eylemler aynı zamanda mehz AB mevzuatında işbirliği yapmayı reddetme, hukukumuzda ise incelemeye yardımcı olmamak olarak belirlenen ağırlaştırıcı sebep kapsamında değerlendirilebilmektedir. O halde mükerrer cezalandırmanın gerçekleşmemesi için yerinde incelemenin engellenmesi/zorlaştırılması, yanlış/yanıltıcı bilgi verme eylemlerine yaptırım uygulama hususunun münhasıran bağımsız ceza öngören hükümlere bırakılması yerinde olacaktır.

Aynı davranışın, 4054 sayılı Kanun'un aynı maddesinin farklı bentlerini veya hem 4. hem de 6. maddesini ihlal etmesi halinde birden fazla ceza verilmesi, mükerrer cezalandırma ihtimalinin gündeme geleceği bir diğer durumdur. Rekabet ihlali oluşturan fiile uygulanacak cezanın hesaplanma yöntemini belirleyen Ceza Yönetmeliği'nin 4/(a) maddesi konuyu aydınlatmaktadır. Maddeye göre, piyasa, nitelik ve kronolojik süreç bakımından bağımsız davranışlar ayrı cezalandırılacaktır. Kurul kararlarında da anılan durumlarda, davranışın tek kabul edilerek tek bir ceza uygulandığı görülmektedir. Bu doğrultuda, hâlihazırda, gerek yasal mevzuat gerek Kurul uygulamasında *ne bis in idem* ilkesine aykırı bir durumun bulunmadığı söylenebilmekle birlikte olası aykırılıkların önüne geçmek bakımından aynı davranışın, 4054 sayılı Kanun'un aynı maddesinin birden fazla bendini ihlal etmesi veya 4. ve 6. maddelerini ihlal etmesi durumunda tek bir ceza verilmesinin uygun olacağı belirtilmelidir.

Aynı davranışın aynı anda iki idari otoritenin görev alanına girmesi ihtimali özellikle düzenlenen sektörlerde gündeme gelmektedir. Aynı sektörde, aynı davranış, hem o sektörü düzenlemek ve denetlemekle görevlendirilen regülasyon

otoritesinin hem de rekabet otoritesinin hukuka aykırı bularak cezalandırması sonucunda mükerrer cezalandırma sorunu ortaya çıkmaktadır. Hukukumuzda, konuyla ilgili olarak, Kabahatler Kanunu'nun 15/1. maddesinde, bir davranışın birden fazla kabahati oluşturması halinde en ağır cezanın uygulanması gerektiği öngörülmektedir. Ancak anılan düzenlemenin, aynı eylemin birden fazla otoritenin görev alanına girmesi halinde uygulanamayacağı görülmektedir. Zira idari otoritelerin inceleme/araştırmalarında izlediği sürecin, tabi olduğu kuralların farklı olduğu ve işin doğası gereği Kabahatler Kanunu'nun 15/1. maddesinin uygulama alanı dışında kaldığı anlaşılmaktadır. Bu doğrultuda, soruna *ne bis in idem* ilkesi çerçevesinde çözüm bulunabileceği düşünülmektedir.

Ne bis in idem ilkesinin uygulanışına ilişkin ABAD'ın uyguladığı şartlar, ilkenin, düzenlenen sektörlerdeki uygulamasına ışık tutacak niteliktedir. ABAD, ilkenin ihlalinden bahsedilebilmesi için mükerrer ceza konusu kişinin, olayların ve cezaların koruduğu hukuki menfaatin aynı olması şartlarının gerçekleşmiş olmasını aramaktadır. Bu doğrultuda 4054 sayılı Kanun kapsamında rekabet ihlali teşkil eden bir eylemin başka bir idari otorite tarafından cezalandırılması durumunda, her iki idari otorite tarafından aynı kişinin, aynı olayların ve aynı menfaatin esas alınıp alınmadığı irdelenmelidir. Anılan şartların arasında tespiti güç olması dolayısıyla korunan hukuki menfaat dikkat çekicidir. Bu doğrultuda, eylemi hukuka aykırı kabul eden idari otoritelerin yöneldiği amacın tespit edilmesi gerekmektedir. Otoritenin, kararında rekabet hukuku kurallarını da göz önünde bulundurmuş olması durumunda rekabet otoritesinin ayrıca ceza uygulamaması gerektiği düşünülmektedir.

İdari otoritelerin koruduğu menfaatin tespitinde ise kurumlar arası işbirliği ve bilgi alışverişinde şeffaflık önem arz etmektedir. Zira ancak yeterli bilgi ve belgenin temin edilebilmesi halinde rekabet hukukuna ilişkin kuralların gözetildiği anlaşılabilir ve Kurul tarafından 4054 sayılı Kanun'a aykırılık teşkil eden bir eylem cezalandırılmayacaktır. Dolayısıyla ilgili idari otoritenin kararına dayanak olan bilgi ve belgelerin, hesaplama ve analizlerin somut bir şekilde ortaya konulması gerekmektedir.

Yarı cezai nitelikte sayılan ve teşebbüsler açısından ciddi boyutlara ulaşabilen idari para cezaları bakımından, temel ceza hukuku güvencelerinin sağlanmasına özen gösterilmesi gerekmektedir. Anılan güvencelerden birisini teşkil eden *ne bis in idem* ilkesine ilişkin kural ve içtihatların sağlamaştırılması da kişilerin sürekli ceza tehdidi altında kalmasının önlenmesi bakımından önem arz etmektedir. Bu doğrultuda *ne bis in idem* ilkesinin, belirli kriterleri taşıyan idari yaptırımlar bakımından, yasal düzenlemelerle hüküm altına alınması sorunları kesin olarak çözecektir.

ABSTRACT

The origin of the idea of avoiding multiple punishments for a single conduct traces back Roman law. This idea, called “*Ne bis in idem*” and only applied to the criminal law during the earlier application, is also applied to administrative law given diversity and weight of fines. Fines applied to competition law infringements set as administrative punishments as in EU law.

Punishing the same conduct both for being a competition law infringement and another administrative law violation may distort the ratio between crime and punishment and thus deteriorate justice. On the other hand, wider application of *ne bis in idem* principle may prevent fine applied to competition law infringement from avoiding effects of the infringement. Therefore, whether fines applied to competition law are under the umbrella of criminal law and setting the borders is of crucial importance.

There is no clear reference for *ne bis in idem* principle in Turkish competition law. However, it can be inferred from several other judicial sources that multiple infringements should be avoided. On the other hand, in the EU, there are regulations covering this principle. At the same time, the principle applied in many cases by European Commission and Court of Justice of the European Union. By application of the same principle possible multi-punishment problems may be overcome.

In this regard, the purpose of this study is to define which kind of administrative sanctions should be under the scope of *ne bis in idem* principle, to delineate rules for the application of the principle, to find competition law related multi-punishment problems and to propose solutions for these problems.

KAYNAKÇA

ARI, M.H. ve E. AYGÜN, (2009), “Rekabet Kurulu’nun Ceza Yönetmeliği: Yeni Bir Dönemin Ayak Sesleri”, *Rekabet Dergisi*, Cilt 10, Sayı 4, s. 7-72.

ATİYAS, İ. (2001), “Regülasyon ve Rekabet”, *Regülasyon ve Rekabet* içinde, s. 31-46, Rekabet Kurumu, Ankara.

BLACHNIO-PRAZYCH, A. (2012) “The Nature of Responsibility of an Undertaking in Antitrust Proceedings and the Concept of ‘Criminal Charge’ in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, Vol. 2012, No. 5(6), s. 35-55.

BOCKEL, W. B. van (2010), *The Ne Bis In Idem Principle In EU Law*, Kluwer Law International, Hollanda.

CAN, B. (2012), *Rekabet Hukukunda Kartellere İlişkin İspat Standardı*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No.123, Ankara.

CENTEL, N. (2004), “Adil Yargılama Hakkı Ve Savcının Tarafsızlığı”, *Prof. Dr. Çetin Özek’e Armağan* içinde, 2004 İstanbul.

CENTEL, N. (1990), “XIV. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi Kararları Ceza Hukuku ve İdari Ceza Hukukunun Ayırıldılmesinde Pratik Sorunları”, *Argumentum*, Yıl 1, Sayı 1.

CİHAN, E. ve F. YENİSEY (2004), “*Ne Bis In Idem* İlkesi”, *Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı* içinde, İstanbul, s. 219, 224.

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

DEMİRÖZ, A. (2003), “Avrupa Birliği’nin Yeni Düzenleyici Çerçevesi Işığında Telekomünikasyon Sektörünün Düzenlenmesinde Rekabet Hukukunun Rolü”, *Rekabet Dergisi*, Sayı:15, s.14-41

- DONAY, S. (1972), “İdarenin Ceza Verme Yetkisi Konusunda Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Üzerine Düşünceler”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 37, Sayı 1-4, İstanbul, 1972, s. 411-427.
- EĞERCİ, A. (2005), *Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi*, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi, No 12, Ankara.
- GERADIN, D. ve R. O'DONOGHUE (2005), “The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: The Case of Margin Squeeze Abuses in The Telecommunications Sector”, *The Global Competition Law Centre Working Papers Series 04/05*, College of Europe, Brugges
- GÖLCÜKLÜ, F. (1994), “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Adil Yargılama”, *İlhan Öztrak 'a Armağan* içinde, Ankara, s. 199-234,
- GÖLCÜKLÜ, F. (1963), İdari Ceza Hukuku ve Anlamı; İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki, *Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt 18, No:2, s. 115-182.
- GÜLŞEN, R. (2005), “Yeni Türk Ceza Kanunu ve Milletlerarası Ceza Hukuku Bağlamında Non Bis İn İdem İlkesi”, *Prof. Dr. Hüseyin Hatemi 'ye Armağan* içinde, Diyarbakır, s. 317-345.
- GÜNDAY, M. (2003), *İdare Hukuku*, İmaj Yayıncılık, Ankara.
- GÜNDÜZ, H. (2009), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Rekabet Hukuku Uygulamasına Etkisi*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No. 99, Ankara.
- ICN (2004a), *General Introduction*, Antitrust Enforcement in Regulated Sectors Working Group, Seoul.
- ICN (2004b), *Subgroup 2: Interrelations Between Antitrust and Regulatory Authorities*, Antitrust Enforcement in Regulated Sectors Working Group, Bonn.
- İÇEL, K. (1964), Fikri İçtima Üzerinde Bir İnceleme, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 30, Sayı 1-2
- İÇEL, K. (1984), “İdari Ceza Hukuku ve Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 50, Sayı 1-4, İstanbul, s.117-131.
- İÇÖZ, Ö. (2003), *Telekomünikasyon Sektöründe Regülasyon ve Rekabet*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No. 16, Rekabet Kurumu, Ankara.

JONES, A. ve B. SUFRIN (2011), *EC Competition Law: Text, Cases, and Materials*, Fourth Edition, Oxford University Press, the US.

KESKİNSOY, Ö. (2005), “Yeni Ceza Kanunundaki Düzenlemeler Doğrultusunda Fikri İhtima Müessesinin Analizi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 2, s. 39-52.

KNİGHT, P. (2001), Rekabet Otoriteleri ile Regülasyon Kurumları Arasındaki İlişkiler, *Regülasyon ve Rekabet* içinde, s. 101-110, Rekabet Kurumu, Ankara.

KOSTOVA, L. (2013), “The non-interaction between actions for damages and ne bis in idem” (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Utrecht University, Department of Law, Economics and Governance, Utrecht.

KUNTER N., F. YENİSEY, A. NUHOĞLU, (2010), *Ceza Muhakemesi Hukuku Birinci Kitap*, 17. Bası, Beta Yayınları, İstanbul.

KÜHNE, H.H. (2009), “Almanya’da İdari Ceza Hukuku’nun Anayasal Temelleri”, (çev.) Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK, *İdari Ceza Hukuku Sempozyumu* içinde, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 111-117.

LOUIS, F. ve G. ACCARDO (2011), “Ne Bis in Idem, Part Bis”, *World Competition Law and Economic Review*, Vol. 34, Sayı 1, s. 97-112.

MOOR-VAN VUGT, A. (2012), “Administrative Sanctions in EU Law”, *Review of European Administrative Law*, Vol. 5, Sayı 1, s. 5-41.

NAZZİNİ, R. (2005), “Some Reflections on the Dynamics of the Due Process Discourse in EC Competition Law”, *The Competition Law Review*, Vol. 2, Sayı 1, s. 5-30.

O’CONNOR, V., C. RAUSCH, H. ALBRECHT, G. KLEMENČIČ (2007), “Article 8: Nebis In Idem (Double Jeopardy)”, *Model Codes for Post-conflict Criminal Justice: Model Criminal Code* içinde, US Institute of Peace Press, s. 51-55.

OECD (2005), *The Relationship Between Competition Authorities and Sectoral Regulators Issues Paper*, Paris.

OĞURLU, Y. (2003), “Ceza Mahkemesi Kararının Disiplin Cezalarına Etkisi Sorunu ve Ne Bis in İdem Kuralı”, *Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 2, s. 101-124.

OĞURLU, Y. (1999), “İdari Yaptırımlara Genel Bir Bakış ve İdari Yaptırım-Ceza Yaptırımı Ayrımı”, *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 3, Sayı 1, s.143-194.

- ÖZAY, İ. (1985), *İdari Yaptırımlar*, İstanbul Üniversitesi Yayın No:3326, İstanbul.
- ÖZEN, M. (2010), “Non Bis In Idem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 14, Sayı 1, s. 389-417.
- ÖZKAN, F. (2011), “Kabahatler Hukukunun Rekabet Hukuku Açısından Uygulanması” (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul.
- PETİT, N. (2004), “The Proliferation of National Regulatory Authorities Alongside Competition Authorities in the EC: A Source of Jurisdictional Confusion”, *The Global Competition Law Centre Working Papers Series 02/04*, College of Europe, Brugges
- PETR, M. (2008), “The *Ne Bis In Idem* Principle in Competition Law”, *European Competition Law Review*, Sayı 7, s. 392-400.
- ROSIAK, P. K. (2012), “The *ne bis in idem* Principle in Proceedings Related to Anti-Competitive Agreements in EU Competition Law”, *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, Vol. 2012, No. 5(6), s. 111-135.
- RUDSTEIN, D. S. (2007), “Retrying the Acquitted in England, Part I: The Exception to the Rule Against Double Jeopardy for New and Compelling Evidence”, *San Diego International Law Journal*, s. 387-458.
http://scholarship.kentlaw.iit.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1537&context=fac_schol.
- SANCAKDAR, O. (2009), “İdari Cezaların Yaptırımlar Teorisindeki Yeri ve Türk Hukukundaki Anayasal Temelleri”, *İdari Ceza Hukuku Sempozyumu* içinde, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 59-110.
- SARIÇİÇEK, C. (2012), *Düzenlenen Davranış Doktrini Çerçevesinde Rekabet Hukuku Uygulamaları*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No. 16, Rekabet Kurumu, Ankara.
- SCORDAMAGLIA-TOUSIS, A. (2013), “Chapter 8: The Rules of Cartel Fining and Fundamental Rights”, *EU Cartel Enforcement: Reconciling Effective Public Enforcement with Fundamental Rights*, International Competition Law Series, Vol. 54, s. 350-420.
- SİGLER, J. A. (1963), “A History of Double Jeopardy”, *The American Journal of Legal History*, Vol. 7, s. 283-309.

SURLAN, T. (2004), “*Ne Bis In Idem* In Conjunction With The Principle of Complementarity In The Rome Statute”, *The European Society of International Law; “Agora” Papers Presented at the 2004 Florence Founding Conference of the European Society of International Law*, http://www.esil-sedi.eu/english/florence_agora_papers.html

ŞAHİN, S. Y. (2010), “Türk Enerji Sektöründe Rekabet Kurumu ile Sektörel Düzenleyici Kurum Arasındaki İlişki”, *Rekabet Dergisi*, Cilt 11, Sayı 4, s. 7-57.

TAN, T. (2004), “İdari Yaptırımlar ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki Güvenceler”, *Hukuk Kurultayı 2004* içinde, Ankara Barosu, Ankara, s. 97-110.

ULUSOY, A. (2013), *İdari Yaptırımlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.

ULUSOY, A. (2009), “İdari Ceza Hukukunun İşlevi ve Hukuk Düzeni İçindeki Yeri”, *İdari Ceza Hukuku Sempozyumu* içinde, Seçkin Yayınevi, Ankara, s.43-55.

ULUSOY, A. (2004), “Regülasyon Kurumları Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, ÖZAY, İ. H., *Günışığında Yönetim* içinde, s. 139-150.

VERVAELE, J. A. E. (2013), “*Ne Bis In Idem*: Towards a Transnational Constitutional Principle in the EU?”, *Utrecht Law Review*, Vol. 9, Sayı 4, s. 211-229.

VERVAELE, J. A. E. (2005), “The Transnational *Ne Bis In Idem* Principle In The EU Mutual Recognition and Equivalent Protection of Human Rights”, *Utrecht Law Review*, Vol. 1, Sayı 2, s. 100-118.

WILS, W. P. J. (2003), “The Principle of ‘Ne Bis in Idem’ in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis”, *World Competition: Law and Economics Review*, Vol. 26, Sayı 2.

WHISH, R. (2009), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, the US.

ZANOBİNİ, G. (1963), “İdari Ceza Hukukunda Kıstas Meselesi”, (çev.) Yılmaz GÜNAL, *Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt 18, Sayı 3, s. 301-318.

AİHM Kararları

- Engel and Others v. The Netherlands, Application No: 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72 (08.06.1976).

- Ozturk v. Germany, Application No: 8544/79 (21.02.1984).

- Bendenoun v. France, Application No: 12547/85 (24.02.1994).

- Gradinger v. Austria, Application No: 15963/90 (23.10.1995).
- Malige v. France, Application No: 68/1997/852/1059 (23.09.1998).
- Franz Fischer v. Austria, Application No:37950/97 (29.05.2001).
- Sailer v. Austria, Application No: 38237/97 (06.06.2002).
- Lilly France v. France, Application No:53892/00 (14.10.2003).
- OOO Neste St. Petersburg v. Russia, Application No: 69042/01 (03.06.2004).
- Jussila v. France, Application No:73053/01 (23.11.2006).
- Hüseyin Turan v. Turkey, Application No: 11529/02 (04.03.2008).
- Zolotukhin v. Russia, Application No: 14939/03 (10.02.2009).
- A. Menarini Diagnostics S.R.L. v. Italy, Application No: 43509/08 (27.06.2011).

ABAD Kararları

- Walt Wilhelm v. Bundeskartellamt, Case C-14/68 (13.02.1969).
- Boehringer Mannheim GmbH v. Commission, Case C-7/72 (12.12.1972).
- Hüls AG v. Commission, Case C-199/92 (08.07.1999).
- Aalborg Portland and Others v. Commission, Joined Cases C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P, C-219/00 P (07.01.2004).
- Leopold Henri Van Esbroeck, Case C- 436/04 (09.03.2006).
- Archer Daniels Midland Ingredients v. Commission, Case C-397/03 (18.05.2006).
- Guiseppe Francesco Gasparini, Case C-467/04 (28.09.2006).
- Kraaijenbrink, Case C-367/05 (18.07.2007).
- Akzo Nobel Chemicals and Akros Chemicals v. Commission and Others, Case C-550/07 P (14.09.2010).
- Toshiba Corporations and Others v. Úřad Pro Ochranu Hospodářské Soutěže (Czech Competition Authority), Case C-17/10 (14.02.2012).
- Łukasz Marcin Bonda, Case C-489/10 (05.06.2012).
- Åklagaren v. Hans Åkerberg Fransson,, Case C-617/10 (26.02.2013).

Genel Mahkeme Kararları

- IBP Ltd. v. Commission, Case T-384/06 (24.03.2011).
- Arkema France v. Commission, Case T 343/08 (17.05.2011).
- Schindler Holding Ltd, Schindler Management AG, Schindler SA, Schindler Deutschland Holding GmbH, Schindler Sàrl, Schindler Liften BV v. European Commission, Case T-138-07 (13.07.2011).

İlk Derece Mahkemesi Kararları

- Tokai Carbon Co. Ltd and Others v. Commission, Joined Cases T-236/01, T-239/01, T-244/01 to T-246/01, T-251/01, T-252/01, (29.04.2004).
- FNCBV v. Commission, Joined Cases T-217/03, T-245/03 (13.12.2006).

Komisyon Kararları

- Amino Acids, COMP/36.545/F3 (07.06.2000).
- Citric Acid, COMP/E-1/36.604 (05.12.2001).
- Deutsche Telekom AG, COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 (21.05.2003).
- Wanadoo Interactive COMP/38.233 (16.07.2003).
- Sorbates, COMP/E-1/37.370 (01.10.2003).
- Akzo Nobel NV and Others, COMP/E-1/37.773 (19.01.2005).
- Wanadoo España v. Telefónica, COMP/38.784 (04.07.2007).
- Telekomunikacja Polska, COMP/39.525 (22.06.2011).

Anayasa Mahkemesi

- 1990/12 E., 1991/7 K., 04.04.1991 T., RG. T. 13.08.1991 Sa. 20959.
- 2012/106 E., 2012/190 K., 29.11.2012 T., RG. T. 06.03.2013 Sa. 28579.
- 2012/93 E., 2013/8 K., 10.01.2013 T., RG. 28.03.2013, Sa. 28601.

Danıştay Kararları

- 10. Daire, 2001/1441 E., 2003/4468 K., 18.11.2003 T.
- 13. Daire, 2005/5699 E., 2006/1555 K., 28.03.2006 T.
- 13. Daire, 2005/5052 E., 2006/3901 K., 11.10.2006 T.
- 13. Daire, 2006/2052 E., 2007/7582 K., 20.11.2007 T.
- 13. Daire, 2006/1113 E., 2008/4207 K., 14.05.2008 T.
- 13. Daire, 2006/4605 E., 2008/5035 K., 24.06.2008 T.
- 13. Daire, 2007/16187 E., 2011/239 K., 25.01.2011 T.
- 13. Daire, 2007/16188 E., 2011/240 K., 25.01.2011 T.
- 13. Daire, 2008/13184 E., 2012/359 K., 13.02.2012 T.
- 13. Daire, 2010/1736 E., 2012/882 K., 26.04.2012 T.
- 13. Daire, 2008/14245 E., 2012/960 K., 08.05.2012 T.
- 13. Daire, 2009/3363 E., 2013/217 K., 01.02.2013 T.

- 13. Daire, 2009/3216 E., 2013/219 K., 01.02.2013 T.
- 13. Daire, 2009/3218 E., 2013/1632 K., 30.05.2013 T.
- İDDK, 2008/1412 E., 2013/101 K., 21.01.2013 T.
- İDDK, 2008/1410 E., 2013/279 K., 31.01.2013 T.
- İDDK 2008/3076 E., 2013/345 K., 04.02.2013 T.
- İDDK, 2008/3422 E., 2013/523 K., 18.02.2013 T.

Yargıtay Kararı

- CGK. 1986/2-78 E., 1986/324 K., 02.06.1986 T.

Rekabet Kurulu Kararları

- 02-06/51-24 Sa., 01.02.2002 T. (*Çimento*)
- 02-26/262-102 Sa., 30.04.2002 T.
- 03-40/432-186 Sa., 09.06.2003 T. (*Ulusal Dolaşım*)
- 04-68/976-236 Sa., 25.10.2004 T.
- 05-10/81-30 Sa., 10.2.2005 T. (*Kablo TV*)
- 05-68/958-259 Sa., 14.10.2005 T. (*Demir Çelik*)
- 05-87/1199-348 Sa., 22.12.2005 T. (*UMTH*)
- 06-29/354- 86 Sa., 24.04.2006 T. (*Çimento*)
- 07-62/740-268 Sa., 26.07.2007 T.
- 08-47/653-250 Sa., 24.7.2008 T.
- 08-52/792-321 Sa., 11.9.2008 T.
- 08-74/1180-455 Sa., 19.12.2008 T. (*Tıbbi Cihaz*)
- 09-01/2-2 Sa., 08.01.2009 T. (*İzmirgaz*)
- 09-48/1206-306 Sa., 21.10.2009 T.
- 09-52/1246-315 Sa., 4.11.2009 T.
- 10-04/39-19 Sa., 12.01.2010 T. (*TTNET*)
- 10-14/175-66 Sa., 8.2.2010 T. (*İzocam*)
- 10-58/1193-449 Sa., 3.9.2010 T. (*Kargo*)
- 11-34/742-230 Sa., 06.06.2011 T. (*Turkcell*)
- 12-35/1005-316 Sa., 26.06.2012 T.
- 13-13/198-100 Sa., 08.03.2013 T.
- 13-27/371-172 Sa., 09.05.2013 T.
- 13-28/387-175 Sa., 15.05.2013 T. (*Samsun Sürücü Kursları*)

- 13-48/692-293 Sa., 21.08.2013 T. (*Ev Avantaj Tarifeleri*)
- 13-62/864-370 Sa., 06.11.2013 T.
- 13-49/711-300 Sa., 29.08.2013 T. (*Frito Lay*)
- 13-71/988-414 Sa., 19.12.2013 T.
- 14-01/21-M Sa., 09.01.2014 T.
- 14-03/60-24 Sa., 17.01.2014 T.

Diğer Kaynaklar

Cartel Statistics, <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>.

Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of then rules of competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, Official Journal 2003 L 001, 04.01.2003.

Council Regulation No 17 First Regulation implementing Articles 85 and 86 of the Treaty, Official Journal 013/204 (21.01.1962).

Explanations Relating To The Charter of Fundamental Rights, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:303:0017:0035:EN:PDF>.

Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003. Official Journal C 210, 1.9.2006.

Kabahatler Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss840m.htm>.

Kurul Kararlarının Kapsam, Nitelik ve Sonuçlarına Göre Dağılımı-1 (OCAK-ARALIK 2013), http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2fDocuments%2fKarar+%C4%B0s_tatistik%2fYILLIK+WEB-06+01+2014.pdf.

Latince-Türkçe Sözlük, <http://tr.glosbe.com/la/tr>.

Opinion of A.G. Colomer in Case C-217/00 (11.02.2003).

Opinion of A.G. Kokott in Case C-17/10 (08.09.2011).

The Charter Of Fundamental Rights of The European Union, Official Journal C 364/1 (18.12.2000).



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