

## **AVRUPA BİRLİĞİ REKABET HUKUKUNDA AB KOMİSYONUNUN İNCELEME YETKİSİ**

### *THE EUROPEAN COMMISSION'S POWERS OF INSPECTION IN EUROPEAN COMPETITION LAW*

**Yrd. Doç. Dr. Hamdi PINAR\***

#### **Öz**

*Avrupa Birliği Komisyonunun rekabet hukukundaki inceleme yetkisinin kapsamı ve bu yetkinin kullanılmasının her yönü ile ortaya konulması Türk hukuku için de büyük bir öneme sahiptir. Zira Türk rekabet hukukunun mehası, AB rekabet hukukudur. 1/2003 sayılı Tüzük ile yeniden düzenlenen ve Avrupa Birliği Adalet Divanı içtihatları ile kapsamı şekillenen inceleme yetkisi, AB hukukunda yasaklanan rekabet ihlallerini ortaya çıkarmakta Komisyonun en etkin araçlarından birisidir. İnceleme yetkisinin kapsamına; özellikle inceleme yapılacak yerlerin belirlenmesi, belgelerin incelenmesi, bunların kopyalarının alınması, gerektiğinde belirli süre ile mühürleme ile koruma altında alma ve inceleme esnasında teşebbüs personelinden sözlü açıklama yapılmasını isteme girmektedir. Bu konuların her yönü ile açıklığa kavuşturulması hem uygulayıcılar hem de teşebbüsler açısından rekabet hukuku uygulamasındaki inceleme sürecini kolaylaştıracaktır. İnceleme süreci, Komisyonun inceleme talebi veya inceleme kararı ile başlayan bir süreçtir. Bu çalışmada; inceleme yetkisinin kapsamı ile bu iki yoldan hangisinin tercih edileceği, bu tercih sonrasında incelemenin nasıl başlayacağı ve ne şekilde yürütüleceği, yetkinin sınırı ile ihlâlin müeyyideleri de dâhil olmak üzere Komisyonun inceleme yetkisi ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir.*

**Anahtar Kelimeler:** *AB Rekabet Hukuku, Komisyonun İnceleme Yetkisi, İnceleme Talebi, İnceleme Kararı.*

#### **Abstract**

*Since the origins of Turkish competition law lie in European competition law; an analysis of the European Commission's powers of inspection in the field of competition law; and the enforcement of those powers in all respects has significant importance for Turkish competition law as well. Powers of*

---

\* LL.M. Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi ve Rekabet Kurumu Başkan Danışmanı.

*inspection, which were amended by Council Regulation No. 1/2003 and specified by the Court of Justice of the European Union, are one of the most effective tools of the Commission as to finding any possible infringement of the relevant articles of TFEU. Within the context of powers of inspection; specifically, determination of premises to be inspected, examination and taking copies of books or records related to the business, sealing business premises and books or records for a period of time and to the extent necessary for the inspection, and requesting oral statements of any representative or staff of the undertaking are included. Analyzing these issues aforementioned provides guidance to inspection process with respect to application of competition rules both to the practitioners and the undertakings. The process of inspection is initiated either by a request or a decision of the Commission. In this article, powers of inspection of the Commission is evaluated elaborately with reference to the choice to be made between the two methods mentioned above to initiate the inspection, the scope of powers of the Commission, the limits of powers concerned and remedies for infringements.*

**Keywords:** *European Competition Law, the European Commission's Powers of Inspection, Request for Inspection, Decision of Inspection.*

## GİRİŞ

Türk rekabet hukukunun mehzarı olan Avrupa Birliği (AB) rekabet hukukunda Komisyonun inceleme yetkisinin her yönü ile açık bir şekilde ortaya konulması Türk hukuku açısından da yol gösterici olacağı tartışmasızdır. Uzun yıllardır uygulaması olan AB Komisyonunun inceleme yetkisi<sup>1</sup>, 2004 yılında yürürlüğe giren ve usule ilişkin kapsamlı düzenlemeleri içeren 1/2003 sayılı Tüzük ile yeniden ve ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir<sup>2</sup>. Tüzük hükümleri gereğince AB Komisyonunun inceleme yetkisi, inceleme talebi ve inceleme kararı olmak üzere iki şekilde kendini göstermektedir<sup>3</sup>. AB rekabet hukukunda teşebbüslerin her türlü kapalı alanları, arazileri ve ulaşım araçlarında inceleme yapma yetkisi

<sup>1</sup> Türk öğretisinde ve mevzuatta “yerinde inceleme” kavramı kullanılmaktadır. Biz bu çalışmada sadece “inceleme” kavramını tercih ettik. Zira inceleme sadece teşebbüsün kapalı alanları, araba gibi yerlerle sınırlı değildir. Buralardan elde edilen belge ve diğer dijital kayıtlar daha sonra incelenmek üzere görevlilerce beraberinde götürülerek değerlendirilmektedir. Bir diğer ifade ile teşebbüs nezdinde yapılan sadece delillerin toplanması safhası ile ilgili incelemedir. İnceleme kapsamında bu şekilde toplanan deliller ise daha sonra değerlendirilmektedir.

<sup>2</sup> Tüzükle getirilen değişiklikler hakkında genel bilgi için bkz. ERSOY, Ç. (2003), Avrupa Topluluğu Rekabet Usul Hukuku Reformu, Rekabet Dergisi, sa. 16, s. 3 vd.

<sup>3</sup> Bu çalışmada sadece inceleme yetkisi konusunda yoğunlaşıldığından 1/2003 sayılı Tüzük m. 18’de düzenlenen Komisyonun bilgi isteme hakkı incelenmemiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ÇOŞGUN, H. (2010), ABD, AB ve Türk Hukukunda Rekabet Otoritelerinin Bilgi Edinme Yetkileri ve Bilgi Kaynağı olarak Fonksiyonları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, No: 107, Ankara, s. 26 vd.

1/2003 s. Tüzük m. 20'de; özellikle yöneticilerin ve diğer çalışanların meskenleri olmak üzere başka kapalı alanlarda yapılacak inceleme ise m. 21'de düzenlenmiştir. Her iki maddeye aykırılığın müeyyideleri ise 23 ve 24. maddeler ile getirilmiştir.

Rekabet ihlallerini ortaya çıkarmak için Komisyona inceleme yetkisi tanınmıştır. İnceleme kapsamında sahip olunan yetkiler sayesinde Komisyon etkin bir şekilde ihlallere karşı mücadele edebilmektedir. Bu yetkiler kapsamında Komisyon muhatap teşebbüsün yerlerinde inceleme yapmak, özellikle ihlâl ile ilgili bilgi sahibi olabilecek herkese sorular yöneltmek, bunları kayda geçirmek, belge ve bilgi kopyaları almak gibi yetkileri yanında gerekli gördüğü yerleri de mühürleme yetkisine sahiptir. Bunların yanında Bunların yanında ilk kez 1/2003 sayılı Tüzükle Komisyona, teşebbüs yöneticilerinin ve personelinin meskenlerinde de mahkeme kararına dayalı olarak arama yapma imkânı açıkça verilmiştir. Üye ülke rekabet otoriteleri de Komisyonun bu mücadelesinde ve yetkilerinin kullanmasında aktif destek vermek zorundadırlar.

1/2003 sayılı Tüzük hükümleri ile düzenlenen Komisyona tanınan yetkiler ile AB Adalet Divanının (ABAD) bu konuda verdiği içtihatlar da dikkate alınarak bu çalışmamızın ilk kısmında AB rekabet hukukunda inceleme yetkisinin kapsamı ele alınacaktır. İkinci kısımda ise inceleme şekilleri ile bunların müeyyidesi değerlendirilecektir.

## **1. YETKİNİN KAPSAMI**

### **1.1. Genel Olarak**

Rekabet hukukunda ölçülülük ilkesinin bir gereği olarak inceleme, sadece olağan iş saatleri esnasında yapılmaktadır. İncelemenin ne kadar süreceği somut olayın özelliğine bağlı olup gerektiğinde birkaç gün dahi sürebilir<sup>4</sup>. İnceleme ile görevlendirilen ve belli bir süreden beri Komisyon hizmetinde bulunan bir kişi Komisyon adına bu süreçte görüşmeleri yürütmekle yetkilendirilmektedir<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> DIECKMAN, H. (2008), § 42 Die Ermittlungsbefugnisse der Kommission, G. Wiedemann (der.), Handbuch des Kartellrechts içinde, 2. Auflage, Beck Verlag, München, §42, No: 34; MIERSCH, G. (2009), VO Nr. 1/2003: Kapitel V. Ermittlungsbefugnisse, E. Grabitz, M. Hilf ve M. Nettesheim (der.), Das Recht der Europäischen Union içinde, Beck Verlag, München, Art. 20, No: 13.

<sup>5</sup> Miersch 2009, Art. 20, No: 11. Komisyon, ihtiyaç duyarsa yetkilendiği kişilere yardımcı olmak amacıyla özellikle bilgi teknolojisi ve muhasebe gibi uzmanlık gerektiren alanlardaki kişileri de bir sözleşme ile incelemede görevlendirebilir. Bu kişiler de inceleme süresince elde ettikleri bilgileri mesleki sır olarak saklama yükümlüdürler (1/2003 s. Tüzük m. 28). Bkz. BURRICHTER, J. (2007), VI. Abschnit. Kartellverfahrensverordnung, Kapitel V. Ermittlungsbefugnisse, U. Immenga ve E-J. Mestmäcker (der.), Wettbewerbsrecht içinde, 4. Auflage, Beck Verlag, München, VO 1/2003, Art. 20, No: 20.

Yetkilendirilen bu kişiler beraberlerinde, incelemeye katılacak diğer kişilerin<sup>6</sup> de adlarının yazıldığı bir görevlendirme yazısı bulundurur. Aynı anda birden fazla teşebbüste inceleme yapılacaksa her biri için ayrı ayrı görevlendirme yazısına gerek bulunmayıp, tek bir görevlendirme yazısında inceleme yapılacak olan teşebbüslerin isimlerinin listelenmesi yeterlidir<sup>7</sup>. Talep halinde inceleme görevlileri kimliklerini ispatla yükümlüdürler. Bu da uygulamada resimli hizmet kimliklerinin gösterilmesi suretiyle yapılmaktadır<sup>8</sup>.

1/2003 s. Tüzük m. 20'ye göre yürütülen inceleme sürecinin bizatihi kendisi hukuka aykırılığın tespitine ilişkin değildir. Rekabet kurallarına aykırı olarak görülen davranışların ispat külfeti Komisyona düşmektedir. Bundan dolayı inceleme süreci Komisyona belgeleri toplama, bunların doğruluğunu denetleme ve olayı tespit edip bunun hukuki değerlendirmesini yapma imkânı tanımaktadır<sup>9</sup>. Dolayısıyla inceleme, henüz bilinmeyen ve delil olarak kabul edilebilecek her türlü unsurların bulunup ortaya çıkarılmasına hizmet etmektedir<sup>10</sup>. Mahkeme kararına dayanan bir arama olmasa bile Komisyonun inceleme yetkisi, daha önceden belirlenebilen belge ve dosyaların ortaya konulması ile sınırlandırılmamıştır<sup>11</sup>. Zira Komisyonun yetkileri sadece önceden ve tek tek belirlenmiş belgelerin talebi ile sınırlandırmış olsaydı, 1/2003 s. Tüzük m. 20'de düzenlenen ticari alanlara girişin hiçbir faydası olmayacaktı<sup>12</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki, inceleme yetkisinin kullanılmasında esas olan, muhatabın işbirliği yapma yükümlüğünün (*duty to cooperate, Mitwirkungspflicht*) gereğini aktif bir şekilde yapmasıdır<sup>13</sup>. Bu işbirliği yapma yükümlülüğü çerçevesinde teşebbüslerin, talep edilen her türlü bilgi ve belgeleri inceleme yapan görevlilere sağlamaları gerekir. Teşebbüsler, incelemeye başlanılmasından sonra bu inceleme sonucunun rekabet kurallarına aykırı davranış için delilleri ortaya çıkarabileceğini ileri sürerek işbirliğinden

<sup>6</sup> Özellikle adli bilişim uzmanları gibi teknik personeli ifade etmektedir. Adli bilişim uzmanları ve elektronik deliller konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. DEVRİM, F. (2009), İdare Hukukunda ve Ceza Hukukunda Kartellerle Mücadelede Soruşturma Yöntemleri, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, No: 102, Ankara, s. 26.

<sup>7</sup> Burrichter 2007, VO 1/2003, Art. 20, No: 30.

<sup>8</sup> Miersch 2009, Art. 20, No: 12-13.

<sup>9</sup> NOWAK, C. (2009), 8. Teil. Kartellverfahrensverordnung, U. Loewenheim, K.M. Meessen ve A. Riesenkampff (der.), Kartellrecht içinde, Beck Verlag, München, Art. 20, No: 1.

<sup>10</sup> Dieckmann 2008, §42, No: 35.

<sup>11</sup> Bkz. ABAD'ın *Hoechst* kararı, sa. C-46/87 ve 227/88, T. 21.9.1989, No: 31 (<http://eur-lex.europa.eu>).

<sup>12</sup> Bkz. ABAD'ın *Hoechst* kararı, sa. C-46/87 ve 227/88, T. 21.9.1989, No: 27; ABAD'ın *CNOP* kararı, sa. T-23/09, T. 26.10.2010, No: 40 (<http://eur-lex.europa.eu>).

<sup>13</sup> ABAD'ın *Hoechst* kararı, sa. C-46/87 ve 227/88, T. 21.9.1989, No: 27, 29; ABAD'ın *Orkem* kararı, sa. C-374/87, T. 18.10.1989, No: 22, 27; ABAD'ın *Roquette Frères* kararı, sa. C-94/00, T. 22.10.2002, No: 47 (<http://eur-lex.europa.eu>).



kaçırmak için kullanıyor olabilir. Böyle bir durumda bu tür yerler de bu hüküm gereğince inceleme kapsamında kabul edilmektedir<sup>22</sup>.

Görevlileri içeriye kabul eden inceleme muhatabı teşebbüs, görevlilerden bekleme/konferans odasında peyderpey belge getirilmesini beklemelerini isteyemez. Zira ABAD'ın kararlarına göre, Komisyon görevlileri teşebbüs içinde seçtikleri alanlara girme ve yine seçtikleri mobilyaların içeriğini görme yetkilerine sahiptirler<sup>23</sup>. Ancak bu durum Komisyon görevlilerinin aktif şekilde yürütebileceği bir arama yetkisinin bulunduğu şekilde görülmemelidir<sup>24</sup>.

### 1.2.1.2. Başka Yerler

AB Komisyonu yaptığı incelemelerde, teşebbüs yöneticilerinin veya personelinin teşebbüse ait olan ticari belgeleri sıkça kendi özel meskenlerinde muhafaza ettiklerini tespit etmiştir. İncelemenin daha etkin bir şekilde yapılabilmesi için AB Komisyonu, uygulamada sıkça yaşanan bu tecrübeye dayanarak ilk kez 1/2003 sayılı Tüzükte bir düzenleme yapmıştır<sup>25</sup>.

1/2003 s. Tüzük m. 21'e göre ağır bir ihlâl<sup>26</sup> için gerekçelendirilmiş bir şüphenin varlığı halinde Komisyon, teşebbüs veya teşebbüs birliği yöneticilerinin ve diğer yönetim veya gözetim kurulu üyelerinin ve dahi diğer çalışanlarının özel konutları da dâhil olmak üzere başka yerdeki kapalı alanlarda, arazilerde veya ulaşım araçlarında inceleme kararı verebilir. Ancak bu hükme göre yapılacak incelemelerde ilgili üye ülke mahkemesinden önceden izin alınması şarttır. Bu açıdan incelemenin yapıldığı üye ülke hukukunda bu izin şartının zorunlu olup olmamasının bir önemi yoktur<sup>27</sup>. Bu hükümde yerel mahkeme kararının muhatabının, sadece gerçek kişiler ve bu kişilerin özel alanları olduğu kabul edilmektedir<sup>28</sup>.

<sup>22</sup> ABAD'ın *Hoechst* kararı, sa. C-46/87 ve 227/88, T. 21.9.1989, No: 26; AB İlk Derece Mahkemesinin *Ventouris Group Enterprises* kararı, sa. T-59/99, T. 11.12.2003, No: 156; AB İlk Derece Mahkemesinin *Strintzis Lines Shipping* kararı, sa. T-65/99, T. 11.12.2003, No: 76; AB İlk Derece Mahkemesinin *Minoan Lines* kararı, sa. T-66/99, T. 11.12.2003, No: 88 (bkz. <http://curia.europa.eu>).

<sup>23</sup> Burrichter 2007, Art. 20, No: 45-46.

<sup>24</sup> Miersch 2009, Art. 20, No: 54; Dieckmann 2008, §42, No: 35.

<sup>25</sup> 1/2003 s. Tüzük Gereçesi, No: 26.

<sup>26</sup> Burada "ağır ihlâller" kavramından kasıt, özellikle hardcore kartel olarak adlandırılan davranışlar da dâhil olmak üzere Avrupa Birliği İşleyişi Hakkında Sözleşmenin m. 101 ve 102 (eski 81-82) hükümlerinin ağır bir şekilde ihlâl edebilecek her türlü davranış girmektedir. Burada somut olayın tüm özellikleri ile niceliksel ve niteliksel durumlar dikkate alınmalıdır. Bkz. Miersch 2009, Art. 21, No: 6; Nowak 2009, Art. 21, No: 9.

<sup>27</sup> Miersch 2009, Art. 21, No: 15; Ersoy 2003, s. 32.

<sup>28</sup> Dieckmann 2008, §42, No: 37a.

Teşebbüslere özgülenmiş yerlerde yapılacak incelemeye nazaran 21. madde kapsamındaki yerlerde yapılacak incelemeler için arama kararını verecek yerel mahkemeler daha itinalı olmalıdır. Burada kastedilen, bu hükmün uygulamasında Komisyon kararının hukuka uygunluğu ve gerekliliğinin incelenmesi değildir, çünkü esasa ilişkin yargı denetimi sadece ABAD'ın yetkisindedir. Dolayısıyla yerel mahkeme sadece Komisyon kararının doğruluğuna, yani bu talebin Komisyondan gelip gelmediğine, istenilen arama tedbirinin keyfi ve ölçüsüz olup olmadığına bakacaktır<sup>29</sup>.

1/2003 s. Tüzük m. 21'e göre inceleme kararı verilebilmesi için aynı anda, yani kümülatif olarak bulunması gereken şartlar şunlardır:

(1) Haklı bir şüphenin bulunması gereklidir.

Teşebbüs dışında üçüncü kişilerin özel alanlarında bir arama kararının verilebilmesi için öncelikle teşebbüse ait ticari defter veya belgeler söz konusu olmalı ve bunlar rekabet hükümlerinin ağır bir şekilde ihlâlinin delilleri olarak görülmelidir. Ayrıca bu defter ve belgelerin 20. maddede düzenlenmiş olan yerler dışında yöneticilerin veya personelin özel alanlarında muhafaza edildiği yönde haklı bir şüphenin bulunması gereklidir. Haklı şüphenin, hangi şartlarda bulunduğu konusunda ayrıntılı bir düzenleme mevcut değildir. Bunun için öncelikle Komisyonun görevlilerinin belli ticari defter ve belgelerin teşebbüs bünyesinde (artık olmadığına ikna olmaları gereklidir. Diğer bir şart ise, bu defter ve belgelerin rekabet hükümlerinin ağır bir şekilde ihlâl edildiğinin delilleri olarak görülmeleridir. Ancak bu belgelerin gerçekten bir delil olarak önemli olup olmadığının bir değeri yoktur<sup>30</sup>.

(2) Komisyonun bir inceleme kararı bulunmalıdır.

Komisyonun inceleme talebi değil, bir inceleme kararı şarttır. 1/2003 s. Tüzük m. 21/2'ye göre Komisyon tarafından alınacak bu kararda incelemenin amacı ve konusu gösterilmeli, incelemenin başlangıcı ve bu karara karşı ABAD'da dava açma hakları olduğu belirtilmelidir<sup>31</sup>.

(3) Bu hüküm gereğince yapılacak incelemede öngörülen sınırlara riayet edilmelidir.

Diğer inceleme kararlarına nazaran buradaki inceleme kararının kapsamı ve sonuçları sınırlıdır. Şöyle ki, bu inceleme kararı kapsamında Komisyon görevlilerinin 1/2003 s. Tüzük m. 20/2'de düzenlenmiş olan mühürleme (d bendi) ve sözlü açıklama (e bendi) isteyebilme yetkileri bulunmamaktadır.

<sup>29</sup> Dieckmann 2008, §42, No: 37a; Nowak 2009, Art. 21, No: 17.

<sup>30</sup> Nowak 2009, Art. 21, No: 7 vd.

<sup>31</sup> ABAD'ın CNOP kararı, sa. T-23/09, T. 26.10.2010, No: 33-34 (<http://eur-lex.europa.eu>).

Dolayısıyla da mühür kırılması veya yanlış veya yanıltıcı beyanlar için 23. maddeye göre uygulanan müeyyide burada uygulama alanı bulmaz<sup>32</sup>.

(4) Komisyon, üye devlet rekabet kurumları tarafından desteklenmelidir.

(5) Yetkili mahkemeden izin alınmalıdır.

Burada üye ülke hukukunda mahkeme kararına ihtiyaç duyulup duyulmadığına bakılmaksızın Komisyon görevlileri, incelemenin yapılacağı yerdeki yetkili mahkemeden karar çıkarmak zorundadırlar.

## **1.2.2. Belgelerin İncelenmesi**

### **1.2.2.1. Teşebbüse Ait Belgeler**

Komisyonun, teşebbüse ait tüm defterleri ve diğer ticari belgeleri, ne şekilde kayıt ve muhafaza edildiğine bakılmaksızın inceleme yetkisi vardır. Bu yetki kapsamındaki “ticari belgeler” kavramının geniş yorumlanması gerektiği kabul edilmektedir. Öncelikle ticaret ve vergi hukuku gereğince saklanması gereken her türlü belgeler, ticari belge olarak kabul edilmektedir. Bunun yanında, bu şekilde kanunen saklanması zorunlu olmamakla birlikte, rekabet ihlalleri açısından ispat aracı olabilecek diğer belge ve yazışmalar da bu kapsamda değerlendirilmektedir. Bu belgelere örnek olarak şunlar gösterilebilir: Ticari defterler, oturma tutanakları, randevu defteri, dâhili ve harici yazışmalar, seyahat faturaları, sözleşmeler gibi elle veya makine ile yazılı belgeler veya sesli, elektronik, elektromagnetik, fotoğrafik gibi her türlü kayıtlar ile günümüzde sık kullanıldığından büyük önem kazanan e-mail yoluyla yapılan haberleşme kayıtları<sup>33</sup>. Fotokopileri alınan belgeler üzerinde daha sonra yapılan incelemede, bu belgelerin önemsiz veya somut olayla ilgisiz olduğu tespit edilirse Komisyon görevlileri bu fotokopileri teşebbüse iade etmek zorundadır<sup>34</sup>.

Teşebbüsün faaliyetine ilişkin her türlü belge ticari belge olarak kabul edilirken; ticari faaliyetle ilgili olmayan özel belge ve dokümanlar bu kapsama girmemektedir<sup>35</sup>. Ancak teşebbüsler bazı belgeleri özel nitelikte belgeler olarak

<sup>32</sup> Nowak 2009, Art. 21, No: 14.

<sup>33</sup> Burrichter 2007, Art. 20, No: 48; Nowak 2009, Art. 20, No: 69.

<sup>34</sup> MITTEILUNG DER KOMMISSION über die Regeln für die Einsicht in Kommissionsakten in Fällen einer Anwendung der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag, Artikel 53, 54 und 57 des EWR-Abkommens und der Verordnung (EG) Nr. 139/2004, ABl. 2005, C235/7, No: 9.

<sup>35</sup> ABAD’ın *Roquette Frères* kararı, sa. C-94/00, T. 22.10.2002, No: 45. Bu kararında daha önceki bir başka kararına atıf yapan ABAD, o kararın da -mefhumu muhalifinden hareketle- aynı yönde olduğunu belirtmektedir. Bkz. ABAD’ın *AM&S Europa* kararı, sa. C-155/79, T. 18.5.1982, No: 16 (Kararlar için bkz. <http://eur-lex.europa.eu>). Ayrıca *Roquette Frères* kararının değerlendirilmesi için bkz. TOEPEL, F. (2003), *Durchsuchung im Auftrag der Europäischen Kommission*, NStZ, s. 631 vd.



niteleyerek görevlilerce bakılmasını tamamen engelleyemez. Teşebbüs tarafından böyle bir iddia söz konusu olsa bile Komisyon görevlilerinin -en azından- yüzeysel bir şekilde bu belgeye bakmasına izin verilmelidir; çünkü teşebbüste muhafaza edilen her türlü belgelerin karine olarak ticari nitelik taşıdığı kabul edilmektedir. Komisyon görevlisi, yüzeysel incelemesinde bu belgenin gerçekten özel nitelikte bir belge olduğuna ikna olursa, bunları inceleme kapsamı dışında tutmakla yükümlüdür<sup>36</sup>. Ayrıca 1/2003 s. Tüzük m. 28 gereğince muhatap teşebbüs, ticari sırlarını içeren belgelerin verilmesinden de imtina edemez; çünkü bu sırlar mesleki sır kapsamında kabul edilmektedir ve bunları öğrenen Komisyon görevlilerinin sır saklamakla yükümlüğü bulunmaktadır<sup>37</sup>. İnceleme konusu sadece mevcut ticari belgelerle sınırlı olduğundan inceleme esnasında muhatap teşebbüsten, hiçbir şekilde istatistikî, raporlama veya genel özetler içeren bir tarzda belge düzenlemesi ya da mevcut belgeleri yeniden düzenlemesi istenemez<sup>38</sup>.

Teşebbüste muhafaza edilen her türlü belge ve diğer kâğıtlar ile teşebbüsün veri taşıyıcılarında bulunan her türlü elektronik veriler ve dâhi bunların dışında başka bir şekilde olabilen her türlü kayıtlar da inceleme kapsamındadır. Komisyonun inceleme kararının bir sonucu olarak inceleme yapılan teşebbüsün işbirliği yapma yükümlülüğü bulunduğundan muhatap teşebbüs incelemenin teknik sürecini kolaylaştırmak zorundadır. Buna teşebbüsün dosya düzenini veya bilgisayar sistemini açıklama zorunluluğu örnek olarak gösterilebilir. Özellikle teşebbüs tarafından sadece dosya dolaplarına, çalışma masalarının çekmecelerine ve kasalara değil, bilakis bilgisayar, notebook, elektronik takvim ve mobil telefon gibi elektronik aletlere ulaşma imkânı sağlanmalıdır. Gerektiğinde bu tür elektronik aletlere giriş için zorunlu olan pin kodları, password gibi her türlü şifreler de verilmelidir<sup>39</sup>.

İnceleme yetkisi, sadece incelemenin muhatabının belgeleri ile de sınırlandırılmamıştır. Söz konusu belgelerin, inceleme yapılan teşebbüsün hâkimiyet alanında bulunması yeterlidir. 1/2003 s. Tüzük m. 20/2/a)'da sayılan teşebbüse ait kapalı alanlar, araziler ve ulaşım araçlarında muhafaza edilen somut belgeler bu kapsamdadır. Bundan başka teşebbüs, sahip olduğu diğer belgeleri de tedarik edip vermek zorundadır. Burada özellikle elektronik verilerde ayırım daha zordur. Teşebbüslere tahsis edilmiş sunucular (server) tamamıyla incelenebilir. Ancak sadece incelemenin muhatabı olan teşebbüs yerine başka bir teşebbüs (örn. ana şirket gibi) tarafından da kullanılmakta olan sunucular (server) problemlili

<sup>36</sup> Dieckmann 2008, §42, No: 40.

<sup>37</sup> Burrichter 2007, Art. 20, No: 50.

<sup>38</sup> Dieckmann 2008, §42, No: 38.

<sup>39</sup> Miersch 2009, Art. 20, No: 17-18; Burrichter 2007, Art. 20, No: 60.

olabilmektedir. Bu sunucuların (server) incelemenin muhatabı olan teşebbüsün ulaşımına açık olup olmadığının tespiti, burada inceleme yetkisinin kullanılıp kullanılmayacağı açısından önemlidir. Zira incelemenin muhatabının ulaşabildiği her veri inceleme kapsamına girmektedir<sup>40</sup>.

### 1.2.2.2. Avukatlık İmtiyazı<sup>41</sup> (Legal Professional Privilege, Anwaltsprivileg)

Teşebbüs nezdinde inceleme yapılırken rekabet hukuku açısından avukat ile müvekkil arasındaki yazışmalara ait belgelerin de bu inceleme kapsamında olup olmadığı AB rekabet hukukunda 1982'den beri güncelliğini kaybetmeyen bir tartışma konusu olmuştur<sup>42</sup>. 1982'de verdiği *AM&S* kararında ABAD<sup>43</sup>, avukatlık imtiyazının sadece teşebbüsler ile bağımsız avukatlar<sup>44</sup> arasındaki yazışmalar için geçerli kabul ederken, teşebbüs bünyesinde çalışan kurum içi avukatların bu imtiyazdan yararlanamayacağına karar vermiştir. 1990'da verdiği başka bir kararında da ABAD, bu temel içtihadını değiştirmemiştir<sup>45</sup>. Bu içtihatlarla rağmen özellikle öğretilerde avukatlık imtiyazına ilişkin itirazlar devam etmiş<sup>46</sup> ve bunun sonucu olarak bu konu *Akzo Nobel* kararlarında her yönden ayrıntılı bir şekilde tekrar tartışılmıştır. AB İlk Derece Mahkemesinin 2007

<sup>40</sup> Miersch 2009, Art. 20, No: 19.

<sup>41</sup> Avukatın sır saklama yükümlülüğünden farklı olan bu kavram için Gündüz (s. 68, dn. 297) Türkçe kavram olarak "avukat-müvekkil imtiyazı" kavramını tercih etmiştir. Bu imtiyazın hem avukata mahsus olmaması hem de avukatlık mesleğinin icrasının bir sonucu olduğundan ve bundan da müvekkil yararlandığından biz, meslek bağlantılı bir kavram olarak "avukatlık imtiyazı" kavramını tercih ettik.

<sup>42</sup> SEITZ, C. (2010), Ein Schritt vor und zwei zurück? - Zum letzten Stand des Anwaltsgeheimnisses für Unternehmenanwälte im Europäischen Kartellverfahren, *EuZW*, s. 524; bu konudaki tartışmalar ve kararlar hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Gündüz 2009, s. 68 vd.

<sup>43</sup> Bu konuda en temel kararlardan ilki ABAD'ın *AM&S* kararıdır. [sa. C-155/79, T. 18.5.1982 (<http://eur-lex.europa.eu>)].

<sup>44</sup> Bağımsız avukatlar ile teşebbüslerin aynı ülkede yerleşik olma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu avukatlar başka bir AB üyesi ülkede de yerleşik olabilirler. İmtiyaz açısından hizmetin serbest dolaşımı ve yerleşim serbestisi dolayısıyla üye ülkelerdeki tüm avukatlar aynı şekilde kabul edilmektedir. Buna karşılık Avrupa Ekonomik Alanı dışında yerleşik bir avukattan alınacak danışmanlık yazışmalarının avukatlık imtiyazı kapsamına girmeyeceği kabul edilmektedir. ABAD'ın *AM&S* kararı, sa. C-155/79, T. 18.5.1982, No: 25; Dieckmann 2008, §42, No: 45; Nowak 2009, Art. 21, No: 34. Ancak öğretilerde üçüncü ülkelerdeki yerleşik ve bağımsız avukatların da AB standartları ile aynı seviyede olması ve AB Komisyonu tarafından bu ülkelerin açıkça belirlenmesi şartıyla avukatlık imtiyazından yararlanması gerektiği savunulmaktadır. Bkz. SCHNICHELS, D. ve T. RESCH, (2011), Das Anwaltsprivileg im europäischen Kontext, *EuZW*, s. 51 vd.

<sup>45</sup> AB İlk Derece Mahkemesinin *Hilti* kararı, sa. T-30/89, T. 4.4.1990 (<http://eur-lex.europa.eu>).

<sup>46</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. SEITZ, C. (2008), Vertraulichkeitsschutz der Anwaltskorrespondenz im europäischen Wettbewerbsverfahren, *EuR*, s. 204 vd.; WEIß (2008), Neues zum legal professional privilege, *EuR*, s. 546 vd.; BERRISCH, G.T. (2010), Anmerkung zum Urteil des EuGH *Akzo Nobel*, *EuZW*, s. 787 vd.; Gündüz 2009, s. 74.

yılında verdiği *Akzo Nobel* kararı<sup>47</sup> ve bu kararın temyizinde ABAD'ın 2010 yılında verdiği *Akzo Nobel* kararından<sup>48</sup> sonra artık bu tartışmaların içtihat hukuku açısından sonlandırıldığını söylemek mümkündür. ABAD kararlarında, avukatların teşebbüsler karşısındaki durumunu analiz ettikten sonra kurum için (in-house) çalışan avukatlar ile bağımsız çalışan avukatları avukatlık imtiyazı açısından aynı şekilde değerlendirmemiş ve böyle bir ayırımın da eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmediğine karar vermiştir<sup>49</sup>.

Avukatlık imtiyazı, herkesin, avukatı ile yaptığı yazışmaların, paylaştığı bilgilerin sonradan kendisi aleyhine kullanılma korkusu olmaksızın hukuki danışmanlık alma hakkıdır. Bundan dolayı gizlilikten yararlanma esasen avukat için değil danışmanlık hizmeti alan müvekkiller için tanınmış bir imtiyazdır<sup>50</sup>. Bu imtiyaz istisnai bir kural olduğundan dar yorumlanması ve bu istisnanın varlığının da ilgili teşebbüs tarafından ispatlanması gerekmektedir<sup>51</sup>. ABAD'ın kararları dikkate alındığında avukatlık imtiyazı için iki şart ortaya çıkmaktadır. Bunlardan ilki, yazışmalar bağımsız bir avukatla yapılması zorunluluğudur. İkincisi ise, bu yazışmaların teşebbüs tarafından sadece hukuki danışmanlık veya avukatlık işleri çerçevesinde yapılmış olması gerekliliğidir<sup>52</sup>. Özellikle bu ikinci şart kapsamına avukat ile doğrudan yazışmalar yanında, telefonda avukatın yaptığı sözlü danışmanlığın içeriği ve sonuçlarına ilişkin teşebbüs içi yazışmalar<sup>53</sup> ile avukatlık danışmanlığı hizmeti almak için teşebbüs bünyesinde hazırlanmış olan belgeler de girmektedir<sup>54</sup>. Buna karşın, avukat danışmanlığı alındığı veya sadece bir avukatla görüşüldüğünü içerse bile teşebbüs bünyesinde belirli bir davranışın sonuçlarının hukuki açıdan öneminin tartışıldığı teşebbüs içi yazışmalar avukatlık imtiyazı kapsamına girmemektedir<sup>55</sup>.

Günümüzde avukatlık imtiyazı tartışmasındaki ikili ayırım yanında bir üçüncü ihtimal daha gündeme gelmiştir. Gerekçeli kararı yeni yayımlanan 23.7.2010 tarihli AB Komisyonunun kararı bu üçüncü ihtimale ilişkindir<sup>56</sup>. Bu

<sup>47</sup> AB Mahkemesinin *Akzo Nobel* kararı, sa. T-125/03, T. 17.9.2007 (bkz. <http://curia.europa.eu>).

<sup>48</sup> ABAD'ın *Akzo Nobel* kararı, sa. C-550/07 P, T. 14.9.2010, No: 40 vd. (bkz. <http://curia.europa.eu>).

<sup>49</sup> ABAD'ın *Akzo Nobel* kararı, sa. C-550/07 P, T. 14.9.2010, No: 59.

<sup>50</sup> Berrisch 2010, s. 787 vd.

<sup>51</sup> AB Mahkemesinin *Akzo Nobel* kararı, sa. T-125/03, T. 17.9.2007, No: 128.

<sup>52</sup> Dieckmann 2008, §42, No: 44.

<sup>53</sup> AB Mahkemesinin *Hilti* kararı, sa. T-30/89, T. 4.4.1990, No: 18.

<sup>54</sup> AB Mahkemesinin *Akzo Nobel* kararı, sa. T-125/03, T. 17.9.2007, No: 123.

<sup>55</sup> AB Mahkemesinin *Akzo Nobel* kararı, sa. T-125/03, T. 17.9.2007, No: 128. Dieckmann 2008, §42, No: 46; *Gündüz* 2009, s. 70 vd.

<sup>56</sup> AB Komisyonu karar için bkz. Case No: COMP/E1/39.612 - *Perindopril (Servier)*, T. 23.7.2010 [([http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/39612/39612\\_3076\\_9.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39612/39612_3076_9.pdf)), Erişim: 4.8.2011].

kararda, muhtemel davacı ve davalının avukatları arasındaki yazışmaların avukatlık imtiyazı kapsamına girip girmediği tartışılmıştır. Karara konu olayda, Komisyon ve Fransız Rekabet Kurumu görevlileri bir Fransız ilaç şirketi olan *Servier*'de arama yaparken çok sayıda belgenin birer örneğini alırlar. Bu esnada *Servier*, bu belgelerden bazılarının avukatlık imtiyazı kapsamına girdiğini iddia eder. Çünkü bu belgeler, jenerik üreticisi ve aynı zamanda *Servier*'in de rakibi olan *Teva* şirketinin bağımsız avukatından *Servier* şirketinin Belçika'daki yerleşik bağımsız avukatına gönderilmiştir. Rakip *Teva*'nın avukatı, bu belgelerde *Servier* şirketinin davranışlarını rekabet hukuku açısından değerlendirmektedir. Bu değerlendirmesinde *Teva*'nın avukatı, *Servier* hakkında bir rekabet şikâyeti ihtimalini dile getirmektedir. Bu yazı daha sonra *Servier*'in avukatı tarafından *Servier* şirketine iletilmiştir.

*Servier* hakkında rakip şirket olan *Teva*'nın bağımsız avukatı tarafından rekabet hukuku açısından değerlendirmelerin yapılarak rekabet şikâyetinin gündeme getirildiği ve *Servier*'in avukatına gönderildikten sonra kendi bağımsız avukatı tarafından *Servier*'e iletilen bu belgelerin avukatlık imtiyazı kapsamına girdiği yöndeki *Servier*'in itirazı AB Komisyonu tarafından reddedilmiştir. Gerçi Komisyon, bu yazışmaların bağımsız avukat tarafından yapıldığını kabul etmekle birlikte, bu belgelerin *Servier*'in kendi bağımsız avukatından değil, rakip bir teşebbüsün bağımsız avukatı tarafından gönderilmiş belge olduğunu tespit etmiştir. Bunun sonucu olarak da Komisyon, bu yazışmaların *Servier*'in haklarını savunmaya hizmet eden belgeler olmadığından avukatlık imtiyazından yararlanamayacağına karar vermiştir. Zira bu belgeler bağımsız avukatlardan alınan danışmanlık için teşebbüs bünyesinde hazırlanmış belgeler de değildir. Ayrıca burada Komisyon, AB içinde yeknesak bir uyumlaştırma olmadığından arama esnasında hangi belgelerin bir örneğinin alınacağı konusunda üye ülkelerin hukukunun dikkate alınamayacağını ve bu konunun kendi yetkisinde olduğunu da vurgulamıştır<sup>57</sup>.

Avukatlık imtiyazı konusunda bir diğer sorun ise, hangi belgelerin bu kapsama girip girmediğinin tespitinde Komisyon görevlilerinin yetkisinin sınırının tayinidir. Avukatlık imtiyazı kapsamında yasak olan sadece bu kapsamdaki belgelerin değerlendirme dışı tutulması değildir. Buna ilaveten bu belgelerdeki bilgilerin gizliliğinin korunması için okuyup öğrenme (göz atma) yasağı da bu kapsama girmektedir<sup>58</sup>. Ancak teşebbüs incelenmek istenen belgelerin, avukatlık imtiyazından yararlandığını iddia ederek görevlilere

<sup>57</sup> BISCHKE, A-H., M. BOGER ve H. MUELLER (2011), Europäischen Kommission - Keine Anwendbarkeit des Legal Privilege auf Korrespondenz eines gegnerischen Anwalts, NZG, s. 179; Schnichels ve Resch 2011, s. 52.

<sup>58</sup> AB Mahkemesinin *Akzo Nobel* kararı, sa. T-125/03, T. 17.9.2007, No: 86.

göstermekten kaçınmaz. Teşebbüsler bu belgelerin avukatlık imtiyazı kapsamında olduğunu açıkça ortaya koydukları takdirde bu imtiyazdan yararlanabilirler<sup>59</sup>. Bunun için de yazışmaların önemsiz kısmı gösterilmek suretiyle yapılabileceği veya uygulamada sıkça karşılaşılan antetli kağıt kullanılması halinde bu antetli kısımda ve hitap kısmında bağımsız avukatın isminin gösterilmesinin yeterli olduğu kabul edilmektedir<sup>60</sup>. Bu konuda anlaşmazlık olduğu takdirde Komisyon görevlilerinin belgenin bir örneğini alma ve daha sonra bu belgeyi bu konudaki uyuşmazlığın çözümüne kadar mühürlü bir zarfta muhafaza etme hakları da bulunmaktadır<sup>61</sup>.

### 1.2.3. Kopya Alma

AB Komisyonu tarafından görevlendirilen personelin elkoyma yetkileri olmadığından belgelerin aslını yanlarına alamazlar. Ama Komisyon görevlileri teşebbüsün ticari defter ve belgelerinin birer kopyasını alma veya bir bölümünün suretini düzenleme yetkisine sahiptir. Ancak inceleme amacıyla ilgili olmayan özel belge ve dokümanların kopyası alınmaz<sup>62</sup>.

Kopya alınmanın ne şekilde yapılacağı hususu açık bırakılmıştır. Kopya alma belgelerin fotokopisinin çekilmesi, belgedeki ifadenin elle yazısı ile başka bir yere alıntı şeklinde aktarılması, scanner ile taranma veya belgelerin fotoğraflanması şeklinde dahi mümkündür. Elektronik veriler söz konusu olduğunda bunların ekleri de dâhil olmak üzere buna uygun tarzdaki taşıyıcılara bir kopyası alınabilir<sup>63</sup>.

İnceleme esnasında hangi tür kopyalama yolunun seçileceğine görevli personel karar verecektir. İnceleme yapılan teşebbüsün, görevlilere fotokopi makinesi tahsis etme yükümlüğü bulunmadığı konusunda tartışma olmakla birlikte, ağırlıklı görüş bunun bulunmadığı yönündedir<sup>64</sup>. Eğer teşebbüs bünyesinde bir fotokopi imkânı bulunmuyorsa üçüncü kişilerin yardımına başvurulmak suretiyle orijinal belgelerin teşebbüsün dışında da fotokopisi çekilebilir. Bu fotokopi teşebbüs bünyesinde gerçekleştirilirse muhatap teşebbüs ortaya çıkan masrafı Komisyondan talep edebilir<sup>65</sup>.

<sup>59</sup> AB Mahkemesinin *Akzo Nobel* kararı, sa. T-125/03, T. 17.9.2007, No: 79 vd.

<sup>60</sup> Burcher 2007, Art. 20, No: 54; Berrisch 2010, s. 787.

<sup>61</sup> Eğer Komisyon, belgelerin imtiyaz kapsamına olduğu konusunda ikna olmamışsa, bu belgelerdeki bilgileri öğrenmeden önce ilgili taraflara yetkili mahkemeye müracaat ederek görevli hâkimden ihtiyati tedbir kararı almalarına imkân tanımak zorundadır. Bkz. AB Mahkemesinin *Akzo Nobel* kararı, sa. T-125/03, T. 17.9.2007, No: 83.

<sup>62</sup> Burcher 2007, Art. 20, No: 62; Dieckmann 2008, §42, No: 34.

<sup>63</sup> Nowak 2009, Art. 20, No: 73; ayrıntılı bilgi için bkz. Devrim 2009, s. 25 vd.

<sup>64</sup> Burcher 2007, Art. 20, No: 64; karşı. Nowak 2009, Art. 20, No: 73.

<sup>65</sup> Miersch 2009, Art. 20, No: 21, 23.

Uygulamada tüm belgelerin iki kopyası hazırlanmakta ve bunlardan biri teşebbüste bırakılmaktadır. Bundan amaç da muhatap teşebbüs kendinden alınan ve Komisyonun uhdesinde bulunan belgelerin hangileri olduğunun farkına varabilmesidir. Bundan başka kopyası çekilen belgelerin sayıları, türleri ve başlıkları bir tutanakta yazılmakta ve bu tutanağın bir kopyası da teşebbüse verilmektedir<sup>66</sup>.

#### 1.2.4. Mühürleme

İnceleme esnasında Komisyon görevlilerinin, teşebbüsün kapalı alanlarını ve defterlerini ya da her türlü belgelerini daha sonra incelemek için gerekli olduğu sürece ve ölçüde mühürleyerek koruma altında alma yetkileri vardır. Bu kapsamda dolaplar ve çekmeceler bile mühürlenebilir. Mühürleme süresinin ne olacağı konusunda temel ilke ölçülülük ilkesi olup, kural olarak bu sürenin 72 saati aşmaması gerektiği Tüzük gerekçesinde ifade edilmiştir<sup>67</sup>. Genellikle inceleme yapılan günün sonundan tekrar incelemeye başlanılan güne kadar birçok kere mühürleme yapılabilmektedir. İstisnai olarak olağanüstü durumların ortaya çıkması halinde daha uzun süreli mühürleme de yapılabileceği kabul edilmiştir. Ölçülülük ilkesi gereği mühürlemenin mümkün olduğunca teşebbüsün işlerini en az etkileyecek şekilde olması gerekir. Örneğin çalışma odaları yerine önemli olan ve incelenecek belgeleri bir dolaba koyarak mühürlemek veya çalışma odaları yerine orada bulunan belirli dolapların mühürlenmesi ölçülülük ilkesinin gereğidir. Elektronik aletler de, özellikle taşınabilir bilgisayarlar, mümkünse bir dolaba konularak mühürlenebilir. Ancak bir ağ bağlantısı olan bilgisayarın mühürlenmesi ise teknik açıdan imkânsızdır. Bu gibi durumlarda mühürleme yerine tüm verilerin güvenli bir kopyalanmasının yapılması ve bu kopyalama yapılan veri taşıyıcısının, örneğin flash bellek, harici hard disk gibi, inceleme süresi boyunca teşebbüs bünyesinde güvenli bir şekilde muhafaza etmek daha uygun bir yoldur. Bu sayede bir ağa bağlı veriler hakkında her hangi bir şüphenin oluşması halinde kopyalanmış verilere bakmak mümkün olabilecektir. Bu şekilde kopyalanmış bir ağ, elektronik mühürlenmiş olarak algılanmamalıdır. Yani muhatap teşebbüsün ağ sistemi içinde verilerine ulaşması ve bunlar üzerinde işlem yapması hiçbir şekilde engellenemez<sup>68</sup>.

AB Mahkemesinin, 15 Aralık 2010 tarihli *E.ON* kararı mühürlerin kırılması ile ilgilidir<sup>69</sup>. Mezkûr şirket tarafından mührün kırıldığıının tespit edilmesi üzerine Komisyon tarafından cironun %0,14<sup>70</sup> oranına tekabül eden 38

<sup>66</sup> Dieckmann 2008, §42, No: 34; Miersch 2009, Art. 20, No: 23.

<sup>67</sup> 1/2003 s. Tüzük Gerekçesi, No: 25.

<sup>68</sup> Miersch 2009, Art. 20, No: 24-25.

<sup>69</sup> AB Mahkemesinin *E.ON* kararı, sa. T-141/08, T. 15.12.2010 (<http://curia.europa.eu>).

<sup>70</sup> 1/2003 s. Tüzük m. 23/1'e göre para cezası %1'e kadar verilebilmektedir.

milyon Euro para cezası verilmiştir. Bu cezaya karşı açılan dava Mahkeme tarafından reddedilmiştir. Bu kararda mühürlerin kırılması konusunda her türlü ihmal ve itirazlar tartışılmıştır. Öncelikle 1/2003 s. Tüzük m. 23/1 gereğince mührün kırılmış (yerinden sökülmiş ve bozulmuş olması) ister kast ile ister ihmal ile olsun cezai müeyyidesi vardır. Bu ceza için sadece mührün kırılması yeterlidir<sup>71</sup>. Ayrıca Mahkeme tarafından bu para cezasının ölçülülük ilkesine aykırı olmadığına da karar verilmiştir<sup>72</sup>.

### 1.2.5. Sözlü Açıklama

1/2003 s. Tüzük m. 20/2/e ve 773/2004 s. Tüzük m. 4 gereğince mahallinde yapılan inceleme esnasında Komisyon görevlilerinin teşebbüsün gerçek kişi personelinden incelemenin amacı ve konusu ile ilişkili olan olaylar ve belgeler hakkında açıklama yapmasını talep etmek ve onların cevaplarını yazılı olarak (tutanağa) kaydetmek yetkileri vardır<sup>73</sup>. Bu açıklama talepleri, özellikle belgelerin ortaya çıkarılmasına hizmet etmektedir. Bundan dolayı ilgili teşebbüs yetkilileri, Komisyon görevlilerine iç organizasyon akışı, personelin sorumluluk ve yetki alanları hakkında bilgi vermekle yükümlüdür<sup>74</sup>. Ancak bir inceleme çerçevesinde olmayan tamamıyla genel nitelikteki sorular bu kapsamda değildir. Aynı şekilde cevap verilebilmesi için teşebbüs bünyesinde ayrıntılı bir araştırma yapılmasını gerektiren sorular da inceleme esnasında yöneltilemeyecek türdendir. Bu tür sorular için rekabet hukukundaki bilgi isteme yolu tercih edilmelidir<sup>75</sup>.

Belgeler hakkında istenilen açıklamalar, tipik kısaltmalar ile mesleki kavramlar, belgelerin yazarları, bir tutanakta ismi geçen personel veya katılımcıların işlevine ilişkin olabilir. Olay hakkındaki açıklamalar ise, araştırılan muhtemel rekabet ihlali için temel olabilecek olayın unsurlarının tamamına ilişkindir. Örneğin özellikle başka teşebbüslerle birlikte paralel yürütülen inceleme sebebiyle fark edilmiş olan ve önceden olan olaylara ilişkin açıklamalar istenebilir. Ama burada bir değerlendirme veya tahmin etme

<sup>71</sup> Dava konusu olayda Komisyon görevlileri, mührün kırılmasını bir tutanakla tespit etmişlerdir. Ancak nezdinde inceleme yapılan teşebbüsün temsilcileri ise bu tutanağı imzalamaktan imtina etmişler ve açtıkları iptal davasında kırılmış mührün fotoğrafının olmadığı yönde itirazda bulunmuşlardır. Mahkeme ise bu yöndeki itirazı açıkça reddetmiştir. (Bkz. AB Mahkemesinin *E.ON* kararı, sa. T-141/08, T. 15.12.2010, özellikle No: 42, 63, 135, 154.) Bu karara rağmen günümüzde, özellikle cep telefonları ile fotoğraf çekmek çok kolay olduğundan, bu şekilde bir itirazın önüne geçmek için yazılı bir tutanak yanında derhal dijital bir fotoğrafın çekilmesi muhtemel itirazların da önüne geçilmesini sağlayacaktır.

<sup>72</sup> AB Mahkemesinin *E.ON* kararı, sa. T-141/08, T. 15.12.2010, No: 276 vd., 296.

<sup>73</sup> Bu şekilde bir tutanağın hazırlanmış olması hukuki açıdan mahkeme tarafından iptali istenebilecek bir işlem değildir. Bkz. Dieckmann 2008, §42, No: 43a.

<sup>74</sup> Dieckmann 2008, §42, No: 43.

<sup>75</sup> Miersch 2009, Art. 20, No: 31.

şeklinde açıklamalar istenemez. Bundan başka burada bir diğer sınır da kendini suçlama yasağı ilkesidir<sup>76</sup>.

Teşebbüs personeli kavramı kapsamına sadece teşebbüs adına yetkilendirilen temsilciler değil, bilakis teşebbüste çalışan herkes girer. İnceleme yapan görevliler, hangi sorulara hangi çalışanın cevap vermesi gerektiğini açıkça belirlemişlerse söz konusu soruyu sadece bu gerçek kişi doğrudan cevaplandırmak zorundadır. Burada hiçbir şekilde temsilci kabul edilmemektedir. Zira kimlerin hangi soruları cevaplandıracakları konusunda takdir yetkisi muhatap teşebbüse değil, bilakis Komisyon görevlilerine aittir. Teşebbüs temsilcilerinin veya teşebbüs tarafından inceleme esnasında yetkilendirilen personelin yaptığı açıklamalar ve cevaplar için daha sonradan teşebbüsün düzeltme zorunluluğu bulunmamaktadır<sup>77</sup>. Bununla birlikte teşebbüs, yetkili olmayan bir çalışanın yaptığı açıklama ve cevaplar için düzeltme ve değiştirme imkânına sahiptir<sup>78</sup>.

Sözlü açıklamaların yazılı hale getirildiği bir tutanak görevlilerce hazırlandıktan sonra bir fotokopisi de teşebbüse verilmek zorundadır. Ayrıca bu tutanak içeriğini anlama ve doğruluğu hakkında gerekli araştırma yapabilmesi için teşebbüse en az iki hafta<sup>79</sup> olmak üzere uygun bir süre verilir. Bu süre içinde teşebbüs, tutanak içeriği hakkında, özellikle yetkili olmayan çalışanlarının cevapları hakkında düzeltme, değişiklikler veya bazı eklemeler şeklinde olabilecek bir görüş ortaya koyabilir. Bu da daha sonra bu tutanağa eklenir. Ama bu düzeltme, hiçbir zaman çalışanların daha önce yaptığı açıklamanın yerine geçemez, yani buna ilişkin tutanak inceleme dosyasında teşebbüsün düzeltmesi ile birlikte yerini alır ve tutanakta yer alan açıklamaların delil değerini ortadan kaldırmaz. Tutanağa ilişkin verilen düzeltme sayesinde teşebbüs, tutanakta yer alan cevabın veya açıklamanın kendi cevabı veya açıklamaları olarak görülmesini engellemiş olacaktır. Ayrıca teşebbüs yanlış, eksik veya yanıltıcı cevapları düzelterek 1/2003 s. Tüzük m. 23/1/d'de öngörülen idari para cezasının verilmesini önleyebilecektir<sup>80</sup>.

## **2. YETKİNİN TÜRLERİ**

Rekabet ihlallerini yerinde araştırırken AB Komisyonu iki yoldan birini seçmektedir. Bu da inceleme talebi veya inceleme kararı şeklinde olabilir.

<sup>76</sup> Dieckmann 2008, §42, No: 43; Burcher 2007, Art. 20, No: 73; Miersch 2009, Art. 20, No: 30; hem insan hakları boyutu hem Türk hukuku ile karşılaştırma da dâhil olmak üzere bu konuda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Gündüz 2009, s. 54 vd.

<sup>77</sup> Miersch 2009, Art. 20, No: 34.

<sup>78</sup> Dieckmann 2008, §42, No: 42; Devrim 2009, s. 18 vd.

<sup>79</sup> Bkz. 773/2004 sayılı Tüzük m. 17/3.

<sup>80</sup> Miersch 2009, Art. 20, No: 33-34; Dieckmann 2008, §42, No: 43a.



ABAD'ın ilgili içtihatları da dikkate alındığında yetkinin verilif şekli, kapsamı ve muhatabın durumu ile uygulanabilecek müeyyideler açısından Komisyonunun hangi yolu seçtiğinin büyük önemi vardır<sup>81</sup>.

### **2.1. İnceleme Talebi**

1/2003 s. Tüzük m. 20/3'deki düzenlenen inceleme talebi için Komisyonun görevlendirme yazısı yeterlidir. Bu görevlendirme yazısı, Komisyon tarafından değil, rekabet genel müdürlüğünün genel müdürü olan kişinin imzası ile hazırlanmaktadır<sup>82</sup>. İnceleme talebini içeren yazıda incelemenin konusu, amacı ile talep edilen defter ve diğer ticari belgelerin tam verilmediği veya bu maddenin 2. fıkrasında çerçevesinde yöneltilen sorulara yanlış veya yanıltıcı cevap verildiği hallerde m. 23'de düzenlenen müeyyide gösterilmelidir. İnceleme talebi gerekçelendirilirken uygulamada kural olarak ilgili ürün ve rekabet ihlâlinin şekli (fiyat anlaşması, pazar paylaşımı gibi) de belirtilmektedir<sup>83</sup>.

Komisyon tarafından görevlendirilen personel, inceleme talebi ile teşebbüslere veya teşebbüs birliklerine gitmekte ve orada bu görevlendirme yazısını da sunmaktadır. Hakkında inceleme talebi bulunan teşebbüs, bu talepler karşısında Komisyon görevlilerine izin verme zorunluluğu bulunmamaktadır. Bir diğer ifade ile ilgili teşebbüs hiçbir gerekçe göstermeden ve müeyyideye de muhatap olmadan Komisyon görevlilerinin talebini reddetme hakkına sahiptir<sup>84</sup>.

Önceden bilgi verme yükümlülüğu olmamasına rağmen Komisyon görevlileri, uygulamada çoğunlukla, önceden ilgili teşebbüslerle iletişime geçtiğinden sorunsuz bir şekilde inceleme talebine dayanan ilgili yerlerde incelemeler yapmaktadır. İnceleme talebine, teşebbüsün temsilcisi veya bu tür işler için yetkilendirilmiş bir personeli teşebbüs adına izin verebilmektedir. Önceden bilgi vermenin bazı avantajları vardır. Bir taraftan teşebbüsün izin verip vermeyeceği tahmin edilmekte; diğer taraftan bu teşebbüsün kendini incelemeye hazırlamasına imkân verilmektedir. Teşebbüs, inceleme talebini kısmen kabul etme veya belli zamanla sınırlama gibi herhangi bir şarta bağlayamaz. Yine teşebbüs bir kez kabul ettikten sonra bu izni daha sonra geri de alamaz. İncelemeyi kabul eden teşebbüs incelemeye katlanma ve işbirliği yükümlülüğu altında girmektedir. Ancak inceleme talebi ile giden Komisyon

<sup>81</sup> Biz yazılı bir talebe dayanan inceleme için "inceleme talebi" (Nachprüfungsantrag) kavramını tercih ettik. Ama öğretilerde bunun kısaca "basit inceleme" (Einfache Nachprüfung) kavramı da kullanılmaktadır. Komisyonun kararına dayanan inceleme için ise, biz kısaca "İnceleme kararı" (Nachprüfungsentscheidung) kavramını tercih ettik.

<sup>82</sup> Dieckmann 2008, §42, No: 24.

<sup>83</sup> Dieckmann 2008, §42, No: 27.

<sup>84</sup> Burrichter 2007, Art. 20, No: 97; Dieckmann 2008, §42, No: 25.

görevlileri, bizzat arama yapmak yerine, ilgili teşebbüsten sadece belge ve bilgi talep etme yetkileri vardır<sup>85</sup>.

O halde inceleme talebi kapsamında para cezası müeyyidesinin uygulanabilmesinin ilk şartı, muhatap teşebbüslerin incelemeye izin vermesidir. İkinci şart ise, inceleme talebi çerçevesinde çalışmaya başlandıktan sonra ticari defter ve belgelerin eksik sunulması veya sorulara yanlış ya da yanıltıcı cevap verilmesidir. Bu hâllerde para cezası söz konusu olacaktır<sup>86</sup>. Bu fıkra kapsamında yapılacak incelemeyi ilgili teşebbüs kolayca ve müeyyidesiz engelleyebilme imkânına sahip olduğundan 4. fıkra düzenlenen inceleme kararındaki gibi yetkili mahkemede inceleme talebinin iptali için dava açma yolu da düzenlenmemiştir<sup>87</sup>.

Bu fıkra hükmü kapsamında yapılacak incelemelerde rekabet otoriteleri birlikte çalışmak zorundadır. Bundan dolayı Komisyon, incelemenin başlamasından önce uygun bir zamanda ilgili üye ülkenin rekabet otoritesini bilgilendirmelidir. Bu şekilde bilgilendirme hem mülkîlik ilkesinin bir sonucudur, hem de üye ülke rekabet otoritelerinin Komisyon görevlilerine destek vermeleri için organize olmalarına imkân sağlamaktadır<sup>88</sup>.

Komisyon tarafından rekabet ihlâli şüphesi ile yapılabilecek bu tarz incelemelerde, yani Tüzük m. 20/3 gereğince yapılan inceleme taleplerinde, esasen muhatapların rızaları ile gerçekleştiğinden *per se* temel hak ve özgürlüklerin ihlâl edilmediği düşüncesi ağırlıklıdır<sup>89</sup>.

## 2.2. İnceleme Kararı

### 2.2.1. Komisyon Kararı

Muhatap teşebbüsün gönüllü işbirliğine dayanan “inceleme talebi” yanında ilgili teşebbüsü zorunlu işbirliğine götüren “inceleme kararı”, 1/2003 sayılı Tüzük m.

<sup>85</sup> Miersch 2009, Art. 20, No: 37; Dieckmann 2008, §42, No: 26; Burrichter 2007, Art. 20, No: 97-98.

<sup>86</sup> Burrichter 2007, VO 1/2003, Art. 20, No: 97 vd.

<sup>87</sup> Miersch 2009, Art. 20, No: 41. İnceleme sonrası Komisyonca verilecek karara karşı açılacak iptal davasında ilgili teşebbüsün inceleme talebinin de hukuka aykırılığını ileri sürülebileceği kabul edilmektedir. Bkz. AB İlk Derece Mahkemesinin *Limburgse Vinyl Maatschappij* kararı, sa. T-305/94, 335/94 T. 20.4.1999, No: 412 (<http://eur-lex.europa.eu>).

<sup>88</sup> Miersch 2009, Art. 20, No: 42; uygulamada iki hafta kadar önce bildirilmektedir. Bkz. *Burrichter 2007*, Art. 20, No: 27.

<sup>89</sup> Ancak öğretilerde, burada rıza olsa bile, özellikle gerçek veya tüzel kişilerin özel faaliyet alanlarına kamu gücünün keyfi ve ölçüsüz müdahalesinin temel hak ve özgürlüklere bir müdahale olarak görülebileceği ifade edilmektedir. Bundan dolayı Komisyonun inceleme talebinin ilgili tarafça başlangıçta iptalinin istenilememesi hususunda, temel hakların etkin bir şekilde korunabilmesi için, bir düzeltmeye ihtiyaç duyulduğu savunulmaktadır. Bkz. Nowak 2009, Art. 20, No: 22.

20/4'de düzenlenmiştir. Bu hükme göre Komisyon bir inceleme kararı aldığı takdirde, hakkında inceleme yapılan teşebbüs bu incelemeye izin vermek zorundadır. Komisyon, ya daha önce inceleme talebinin reddi üzerine veya talebin kabul edilmesi konusunda şüphenin bulunması ya da önceden haber verilmeksizin incelemenin yapılması için doğrudan inceleme kararı alabilmektedir. İnceleme kararı alma yetkisi AB Komisyonunda olmakla birlikte Komisyon, rekabet konusunda yetkilendirilmiş olan AB Komiserine bu yetkiyi devretmektedir. Böylece AB Komisyonu adına inceleme kararı, yetkili Komiserin imzası ile alınmaktadır<sup>90</sup>. Bu kararın içeriğinde de incelemenin konusu ve amacı, incelemenin başlangıç tarihi<sup>91</sup> ve bu karara uyulmadığı takdirde, yani incelemeye izin verilmediğinde, 23 ve 24. maddelerdeki müeyyidelerin hatırlatılması ile muhatapların bu karara karşı ABAD'da dava açılabilceği belirtilmek zorundadır.

Komisyon, inceleme kararını alırken 3. fıkradaki bilgilendirmeden farklı olarak, incelemenin yapılacağı ilgili üye ülkenin rekabet otoritesini dinlemek zorundadır. Bu dinlemenin amacı, incelemeye önce üye ülke rekabet otoritesinin haberdar edilerek bu konuda kendi görüşünü vermesine imkân sağlamaktır. Dinleme, Komisyon ile üye ülke rekabet otoritesi arasındaki koordinasyonu da mümkün kılmakta ve üye ülke rekabet otoritesinin desteği ile inceleme öncesi organizasyonu kolaylaştırmaktadır. Ayrıca Komisyon ile rekabet otoriteleri arasındaki bu ilişki sayesinde, özellikle gerekli olduğu durumda, üye ülkedeki yetkili mahkemeden zamanında izin alınması da mümkün olmaktadır<sup>92</sup>. Komisyon ile üye ülke rekabet otoritesi arasındaki bu dinleme herhangi bir şekilde tabi değildir. Hatta bu şekildeki dinleme, içeriğe ilişkin daha sonra yazılı bir tutanak düzenlenmeksizin, resmi şekilde bağlı olmaksızın telefonla dahi yapılabilir<sup>93</sup>.

<sup>90</sup> AB Komisyonu İçtüzüğü m. 13/1'e göre böyle bir yetkilendirme yapılabilir. 2010/10 sayılı Komisyonun İçtüzüğü en son 24.2.2010 tarihinde değiştirilmiştir. (bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:055:0060:0067:EN:PDF>, Erişim: 11.8.2011).

<sup>91</sup> Başlangıç saatinin açıkça kararda yazılmasına gerek olmadığı kabul edilmektedir. Ancak ölçülülük ilkesinin bir gereği olarak incelemenin olağan iş saatlerinde yapılması esastır. Ayrıca öğretilerde inceleme kararındaki belli olan tarihten birkaç gün sonra Komisyon görevlilerinin teşebbüse gelerek inceleme yapmalarında herhangi bir sakınca olmadığı savunulmaktadır. İncelemenin bitiş tarihinin yazılmasına da gerek yoktur. Zira karar alınırken incelemenin ne kadar süreceğini önceden tahmin edebilmek mümkün değildir. Bitiş tarihine inceleme yapan Komisyon görevlilerinin somut olayın özelliklerini de dikkate alarak karar verecekleri kabul edilmektedir. Bkz. Miersch 2009, Art. 20, No: 50.

<sup>92</sup> Miersch 2009, Art. 20, No: 55.

<sup>93</sup> ABAD'ın *Akzo* kararı, sa. C-5/85, T. 23.9.1986, No: 24 (<http://eur-lex.europa.eu>).

İnceleme yapılmak için gidilen teşebbüste inceleme kararı, incelemeye başlanılmadan hemen önce bir kopyası teşebbüs temsilcisine veya bu tür konularda yetkili olan başka bir personeline verilmek suretiyle tebliğ edilmektedir. Eğer inceleme kararının tebliği için teşebbüste böyle bir kişi bulunamazsa sadece posta almaya yetkili bir çalışana veya posta kutusuna dahi bu karar bırakılarak inceleme başlatılabilir. Böylece muhatap teşebbüse kararın tebliğinden kaçınma yolu bırakılmamıştır<sup>94</sup>.

Uygulamada kararın tebliği ile ilgili yazılı bir metin (tutanak) düzenlenmektedir. Kararın usulüne uygun tebliği edilmesi için muhatap teşebbüs tarafından bu tutanağın altına imza atılmış olma zorunluluğu bulunmamaktadır. Böyle bir imza atılmış ise bu incelemeye ve incelemenin yürütülmesine ilişkin daha sonra ileri sürebilecek itirazları da engellemez. Uygulamada Komisyon kararı yanında muhatap teşebbüse, görevliler tarafından teşebbüsün hak ve yükümlülüklerini içeren açıklayıcı bir not da verilmektedir<sup>95</sup>. Sadece kararda ismi/unvanı yazılı teşebbüse bu tebligat yapılmak zorundadır. Ancak muhatap olarak şirketler topluluğu kapsamında aynı adreste bulunan hem ana hem yavru şirketin yazıldığı bir durumda, bunlardan sadece birine tebligatın yapılmasının yeterli olduğu kabul edilmektedir<sup>96</sup>.

İnceleme kararının tebliği ile birlikte muhatap teşebbüsün incelemeye katlanma yükümlülüğü ve bunun sonucu olarak da işbirliği yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır. Katlanma yükümlülüğü, muhatap teşebbüsün pasif işbirliğini değil, görevlilerin inceleme yetkilerini kullanabilmesi için gerektiğinde teşebbüsün aktif bir şekilde işbirliği yapma yükümlülüğünü zorunlu kılmaktadır. Her iki yükümlülük de inceleme sürecince devam etmektedir. Muhatap teşebbüs, inceleme kararının hukuka aykırı olduğunu düşünse bile, katlanma ve işbirliği yükümlülüğü yine de devam etmektedir; ancak bu yükümlülüklerin icrası da ölçülülük ilkesine uygun olmak zorundadır. Bundan dolayı Komisyon yetkililerinin hiçbir şekilde muhatap teşebbüse ait kapalı alanlara, işyerlerine zorla girmeleri söz konusu değildir<sup>97</sup>. Eğer incelemenin yapıldığı üye ülkenin hukukuna göre mahkeme kararı alınması gerekiyorsa Komisyon yetkilileri bu yönde bir kararı almak zorundadırlar (m. 20/7). Zira teşebbüsün rızası olmadan görevliler tarafından aktif bir arama yapılamaz, yani m. 20/4 hükmü Komisyon görevlilerine bir arama yetkisi tanımamaktadır<sup>98</sup>.

<sup>94</sup> Miersch 2009, Art. 20, No: 52.

<sup>95</sup> Miersch 2009, Art. 20, No: 52.

<sup>96</sup> ABAD'ın *Orkem* kararı, sa. C-374/87, T. 18.10.1989, No: 6.

<sup>97</sup> Miersch 2009, Art. 20, No: 53-54.

<sup>98</sup> Karş. ABAD'ın *Hoechst* kararı, sa. C-46/87 ve 227/88, T. 21.9.1989, No: 31.

### 2.2.2. Mahkeme Kararı

Eğer Komisyon tarafından görevlendirilen personelin üye ÷lkede inceleme yapması için inzibati tedbirler (m. 20/6) almaları gerekiyor ve bu ÷lkenin hukukuna göre inceleme için mahkeme kararı gerekli ise (m. 20/7), bunun için o yerdeki yetkili mahkemeden izin alınmadır<sup>99</sup>. Bu konuda Komisyona üye ÷lke rekabet otoritesi yardımcı olmaktadır. Böyle bir durumda mahkeme kararı alıp almamak üye ÷lke rekabet otoritesinin takdirinde olmayıp otorite, bu kararı almak zorundadır.

ABAD verdiği bir kararda, bu Şekilde bir zorlayıcı tedbirin alınabilmesi için muhatap teşebbüsün incelemeye itiraz edebileceği ve içeriye kabul etmeyeceği veya delilleri ortadan kaldıracılabileceği Őphesinin bulunması gerektiğine hükmetmiŐtir. Aksi durumda arama kararı, inzibati yardım gibi zorlayıcı tedbirlere baŐvurulması uygun görülmeyecektir ve ölçülülük ilkesine aykırılık söz konusu olacaktır<sup>100</sup>. Eğer incelemenin muhatabı olan ve rekabet ihlâli Şüphesi altında bulunan teşebbüsü, önceden işbirliğine hazır olduğunu göstermemiŐ ise bu teşebbüsün incelemeye izin vermeyeceğine ilişkin olarak soyut bir tehlikenin bulunması mahkemeden karar alınması için yeterli olarak kabul edilmektedir<sup>101</sup>.

<sup>99</sup> Mahkeme kararının zorunlu olduğu ÷lkeler: Avusturya, Almanya, Bulgaristan, Fransa, İrlanda, İŐve, Macaristan ve Portekiz. Bkz. Gündüz 2009, s. 33, dn. 146. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yeni kararları AB rekabet hukukunda Komisyonun inceleme yetkisi açısından da yeni tartiŐmaları beraberinde getirmiŐtir. Özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 2002 yılında verdiği *Colas* kararı, rekabet hukuku açısından da bazı önemli sonuçları ortaya çıkarabileceği kabul edilmektedir. Zira bu kararda sadece konutların değil, ilk kez tüzel kişilerin ticari kapalı alanların da (iŐyerlerinin) dokunulmazlığı kabul edilmiştir. Bu karardan ortaya çıkan bir başka sonuç ise, tüzel kişilerin iŐyerlerin yapılacak incelemelere bu kişilerin personeline karşı konulmamıŐ, yani izin verilmiŐ olsa bile bu tür incelemeler AİHS m. 8/1 anlamında bir ihlâl olarak deđerlendirilmiŐtir (Nowak 2009, Art. 20, No: 26-32; bu konuda Türk rekabet hukuku açısından da karŐılaŐtırmaları olarak ayrıntılı bilgi için bkz. Gündüz 2009, s. 32 vd.). Ancak ABAD'ın bu konuda çok net bir görüş henüz ortaya koyduğu söylenemez. Öncelikle ABAD tarafından teŐebbslerin kapalı alanları ile özel meskenlerin aynı ölçüde korumaya değer olup olmadığı henüz açıklığı kavuŐmamıŐtır (SCHWARZE, J. (2005), *Der Schutz der Grundrechte durch den EuGH*, NJW, s. 3461). Bunun bir başka temel sebebi de, öncelikle AB rekabet hukukunda inceleme kararı sonucu teŐebbslerde aktif aramanın yapılmaması ve üye ÷lkeler hukukunda mahkeme kararı zorunluluğu olduğunda Komisyonun önceden üye ÷lke rekabet otoritesi kanalı ile yetkili mahkemeden izni almasıdır. Bu konudaki tartiŐmalar ile üye ÷lke rekabet hukukundaki düzenlemelerdeki czmler, rneğin Almanya, dikkate alındığında Türk hukuku için de emsal teşkil edecek niteliktedir. Bu cliŐmamızın kapsamını fazla geniŐletmemek için bu konuyu başka bir cliŐmamızda ayrıntılı bir Şekilde ele alacağız.

<sup>100</sup> ABAD'ın *Roquette Freres* kararı, sa. C-94/00, T. 22.10.2002, No: 71.

<sup>101</sup> Miersch 2009, Art. 20, No: 63.

Mahkeme izninin gerektiği böyle bir durumda yetkili mahkemenin bu yöndeki talebe izin verip vermeme konusunda sınırlı bir inceleme yetkisi vardır. Bu kapsamda yetkili mahkeme, Komisyonun kararının doğruluğunu, yani bu talebin Komisyondan gelip gelmediğini, zorlayıcı tedbirlerin keyfi ve inceleme konusu açısından fahiş olup olmadığını inceler. Ama bu inceleme hiçbir zaman Komisyonun kararının hukukîliğine (esastan ya da yerindelik incelemesi) ilişkin olamaz. Zira bu konuda tek yetkili mercii AB Adalet Divanıdır (m. 20/8)<sup>102</sup>.

### 3. MÜEYYİDELER

Komisyonun inceleme talebi ve inceleme kararı kapsamındaki yetkilerinin kullanımı engellendiğinde veya muhataplar yükümlülüklerini ihlâl ettiklerinde para cezası müeyyidesi söz konusu olabilir. Burada uygulanacak müeyyideler de iki türdür. Birincisi idari para cezası (m. 23); ikincisi, süreli para cezasıdır<sup>103</sup> (m. 24). Her iki müeyyide arasında bir yarışma değil, bilâkis amaçları tamamen birbirinden farklı olan ve birbirini tamamlayan bir ilişki bulunmaktadır. İlkinde, maddi hükümlere ve usul kurallarına aykırılık olduğunda para cezası verilirken; ikincisinde, Komisyon kararlarını uygulamamakta direnen muhatapları bundan caydırmak için kullanılan bir araç olarak direnme devam ettiği sürece verilen süreli para cezası (zorlayıcı para yaptırımı) söz konusu olmaktadır<sup>104</sup>. Zira süreli para cezasının, daha doğrusu zorlayıcı para yaptırımının, cezaî (*punitive*) karakteri olmayıp, önleyici (*preventive*) işlevi vardır. Zorlayıcı para yaptırımının (süreli para cezasının) işlevi geçmişte olmuş ihlâllerin cezalandırılması olmayıp, muhatapını geleceğe yönelik bir davranışa zorlamaktır. Muhataplarını verilen kararlara uymaya zorlayan bu şekildeki bir yaptırım, idarenin elindeki en etkin araçlarından olduğu kabul edilmektedir<sup>105</sup>.

AB Komisyonunun inceleme sürecinde hem idari para cezası hem süreli para cezası uygulaması söz konusu olmaktadır. İnceleme kapsamındaki ihlâllere karşı para cezası m. 23’de, süreli para cezası ise m. 24’de düzenlenmiştir.

<sup>102</sup> ABAD’ın *Hoechst* kararı, sa. C-46/87 ve 227/88, T. 21.9.1989, No: 35; ABAD’ın *Roquette Frères* kararı, sa. C-94/00, T. 22.10.2002, No: 39.

<sup>103</sup> İngilizce “*periodic penalty payments*” ve Almanca “*Zwangsgelder*” kavramlar karşılığı Türk rekabet hukukunda “süreli para cezası” kavramı kullanımı yerleşmiştir.

<sup>104</sup> Nowak 2009, Art. 23, No: 60.

<sup>105</sup> Bkz. Nowak 2009, Art. 24, No: 5; DANNECKER, G. ve J. BIERMANN (2007), VI. Abschnit. Kartellverfahrensverordnung, Kapitel VI. Sanktionen, U. Immenga ve E-J. Mestmäcker (der.), Wettbewerbsrecht içinde, 4. Auflage, Beck Verlag, München, VO 1/2003, Art. 23, No: 6-8. Süreli para cezasına muhatap olan teşebbüsün karara uymama süresi ne kadar uzun olursa ödenecek para miktarı da o ölçüde artacaktır. Böyle bir durum karşısından teşebbüsler ihlâllerine son vermekte, daha doğrusu Komisyonun talep ettiği davranışı gerçekleştirmektedirler.

“Eğer teŖebbüsler tarafından kusurları ile (kasıt veya ihmalle)

• inceleme esnasında 20. maddeye göre, talep edilen defter ve diğer ticari belgeler eksiksiz olarak verilmez veya bu maddenin 4. fıkrasına göre inceleme kararına rağmen incelemeye müsaade edilmezse [(m. 23/1/c)],

• 20. madde 2. fıkrada e) bendine göre yöneltilen sorulara [(m. 23/1/d)],

(1) yanlış veya yanıltıcı bir cevap verilirse veya

(2) teŖebbüsün bir personeli tarafından verilen yanlış, eksik veya yanıltıcı bir cevap Komisyon tarafından belirlenen süre içinde düzeltilmezse veya

(3) 20. maddenin 4. fıkrasına göre verilen kararla yapılan incelemenin konusu ve amacı ile ilişkili olan vakıalar (olgular) hakkında tam cevap vermez veya tam bir cevap vermeyi reddederse

inceleme yapılan teŖebbüse 1/2003 s. Tüzük m. 23’e göre, önceki ticari yılda elde edilen cironun %1’ne kadar para cezası verilebilir.”

Bu hükümde (23/1/d) geçen ihlallerdeki para cezalarının ilk ihtimali (1) Komisyonun hem inceleme talebi hem inceleme kararı kapsamında ortaya çıkabilir. O halde rekabet incelemesi çerçevesinde teŖebbüs adına yanlış veya yanıltıcı cevap verilmesi halinde her zaman bu hüküm gereğince idari para cezası verilebilmektedir. Bir daha belirtmek gerekir ki, muhatap teŖebbüs, inceleme talebine karşı herhangi bir müeyyide söz konusu olmaksızın Komisyon görevlilerini teŖebbüse kabul etmeyebilir. Ancak muhatap teŖebbüs tarafından Komisyon görevlileri, teŖebbüse kabul edildikten sonra ve bu kabulden de dönülemeyeceğine göre, verilen cevaplar yanlış veya yanıltıcı olmamalıdır. Sorulara yanlış veya yanıltıcı cevap verildiği bir durumda para cezası müeyyidesi uygulanacaktır. İkinci ihtimalde (2) ise, bir personeli yanlış, yanıltıcı veya eksik cevap verdiği takdirde muhatap teŖebbüs süresi içinde bunu düzeltmekle yükümlüdür. Eğer süresi içinde teŖebbüs, bu düzeltmeyi yapmazsa idari para cezası ile muhatap olabilmektedir. Üçüncü ihtimalde (3) ise bir inceleme kararına dayanan incelemelerde Komisyon görevlilerince, vakıalara (olgulara) ilişkin yöneltilen sorulara cevap vermeyi reddetme veya eksik cevap verme hali söz konusu olduğunda idari para cezası verilebilmektedir<sup>106</sup>.

Diğer yandan teŖebbüsleri 1/2003 s. Tüzük m. 20/4’e göre alınan inceleme kararı çerçevesinde görevlilerin incelemesine izin verilmesine zorlamak için Komisyon, alacağı bir kararla inceleme kararı tarihinden itibaren geçerli olmak üzere engellenen her gün için bir önceki yılın günlük cironun

<sup>106</sup> Dannecker ve Biermann 2007, Art. 23, No: 44 vd.

%5'ne kadar süreli para cezasına karar verebilir (m. 24). Süreli para cezası iki aşamalı sürecin sonunda verilmektedir. İlk önce, süreli para cezası verilebileceği muhataba bildirilmelidir. Bu da inceleme kararının tebliği ile olmaktadır<sup>107</sup>. Yukarıda da ifade edildiği üzere inceleme kararının içeriğine, incelemeye izin verilmediği takdirde müeyyide gösterilmesi de dâhildir. İkinci aşamada ise, süreli para cezası tehdidine muhatap olan teşebbüs (m. 27/1) ve Komisyonun rekabetle ilgili danışma komitesi (m. 14)<sup>108</sup> somut olay hakkında dinlendikten sonra Komisyon tarafından tahsil edilecek süreli para cezasının miktarı kesinleştirilmektedir. Böylece her gün için uygun görülen miktar tespit edilmiş olacaktır. Bu miktarın tayininde somut olayın özellikleri, eşitlik ve ölçülülük ilkeleri dikkate alınmak zorundadır<sup>109</sup>.

## SONUÇ

Rekabet ihlallerinin ortaya çıkarılmasında inceleme yetkisi AB Komisyonunun elindeki en etkin araçlardan birisidir. Ancak inceleme yetkisinin kapsamındaki yetkilerin kullanılmasının her aşamasında dikkate alınması gereken temel kıstas, ölçülülük ilkesidir. Komisyon görevlileri tarafından yürütülen inceleme sürecinin bizatihi kendisi hukuka aykırılığın tespitine ilişkin olmayıp bu süreçten amaç, rekabet ihlallerine yönelik belgelerin toplanması, bunların doğruluğunu denetlemesi ve olayların tespit edilmesidir. Henüz bilinmeyen ve delil olarak kabul edilebilecek her türlü unsurların bulunup ortaya çıkarılması bu süreçle mümkün olmaktadır. Dolayısıyla her hangi bir mahkeme kararına dayanan bir arama olmasa bile Komisyonun inceleme yetkisi, daha önceden belirlenebilen defter, belge ve dosyaların incelenmesiyle sınırlandırılmamıştır.

İnceleme yetkisi 1/2003 sayılı Tüzükle ayrıntılı bir şekilde yeniden düzenlenmiştir. Bu yetki, Komisyon tarafından ya inceleme talebi ya da inceleme kararı şeklinde kullanılmaktadır. Bu konuda tercih Komisyona aittir. Her iki inceleme tarzı birçok yönden birbirine benzemekle birlikte alınış şekli, muhatapların durumları ve müeyyideler açısından birbirinden farklılık göstermektedir. Uygulamada inceleme talebi, genellikle muhatap teşebbüslerle önceden yapılan görüşmeler sonucu, sorunsuz bir şekilde yürütülmektedir. Zira teşebbüslerin herhangi bir müeyyide tehdidi ile karşı karşıya kalmaksızın

<sup>107</sup> FEDDERSEN, C.T. (2009), VO Nr. 1/2003: Kapitel VI. Sanktionen, E. Grabitz, M. Hilf ve M. Nettesheim (der.), Das Recht der Europäischen Union içinde, Beck Verlag, München, Art. 24, No: 13.

<sup>108</sup> Komisyon kararlarını vermeden önce esas itibariyle yazılı görüşünü almak zorunda olduğu ve üye ülke rekabet otoritelerinin temsilcilerinden oluşan Danışma Komitesi hakkında ayrıntılar için bkz. Ersoy 2003, s. 25 vd.

<sup>109</sup> Nowak 2009, Art. 24, No: 16 vd.; Dannecker ve Biermann 2007, Art. 24, No: 26-36. AB rekabet hukuku uygulamasında 1/2003 sayılı Tüzük'den önce yürürlükte olan 17 nolu Tüzük zamanında süreli para cezası verilmemiştir. Dieckmann 2008, Art. 24, No: 33.



inceleme talebini reddedebilme imkânları vardır. Ancak Komisyon görevlilerini bir kez kabul ettikten sonra artık bu kararlarından dönemezler ve bu andan itibaren teşebbüslerin katlanma yükümlülüğü ile işbirliği yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır. İnceleme esnasında teşebbüsler bu yükümlülüklerinin gereğini yapmadıkları veya ilgili hükümleri ihlâl ettikleri takdirde para cezası söz konusu olmaktadır. İnceleme talebindeki gönüllü işbirliğine nazaran inceleme kararı söz konusu olduğunda muhatap teşebbüsün doğrudan katlanma ve işbirliği yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır. Aksi durumda teşebbüs müeyyide ile karşılaşacaktır. İnceleme kararı alındıktan sonra Komisyon, üye ülke hukukundaki düzenlemeleri de dikkate alarak gerektiğinde üye ülkedeki rekabet otoritesi aracılığı ile yetkili yerel mahkemeden karar alarak teşebbüslerde incelemelerde bulunmaktadır.

Bu çalışmada, ABAD'ın içtihatları da dikkate alınarak, incelemelerin nerelerde ve ne şekilde yapılacağı, bu esnada nelere dikkat edileceği, ticari defterler, belgeler ve diğer her türlü kayıtların inceleneceği ayrıntılı bir şekilde ortaya konulmuştur. En güncel tartışma avukatlık imtiyazına ilişkindir. ABAD'ın son kararları ile bu konuda öncelikle kurum içi ve bağımsız avukat arasında yapılan ayırım artık yerleşmiştir. Yani teşebbüs bünyesinde çalışan avukat ile teşebbüs personeli arasındaki yazışmalar avukatlık imtiyazından yararlanamazken; bağımsız avukatla yapılan yazışmalar bundan yararlanabilecektir. Bu konudaki en güncel gelişme ise rakip teşebbüsün avukatın durumu ile ilgili Komisyon kararıdır. Komisyon, müvekkil-avukat ilişkisi dışındaki böyle bir avukatın yazışmalarını haklı olarak avukatlık imtiyazı kapsamının dışında tutmuştur.

İnceleme kapsamında gerektiğinde belgelerin, dijital verilerin kopyasının alınması da kabul edilmektedir. Bunun yanında inceleme esnasında Komisyon görevlileri, teşebbüs personeline sorular yönelterek olayların, belgelerin, dijital verilere ulaşmak için gerekli şifrelerin açıklanmasını sağlamaktadırlar. Bu kapsamda kimlerin ve hangi yetki ile açıklama yapacakları ve sonuçlarının ne olduğu ayrıntılı bir şekilde çalışmada ortaya konulmuştur.

İnceleme süreci açısından hâlâ tam olarak çözümlenmemiş bir konu ise inceleme yetkisinin kullanımı ile insan hak ve özgürlüklerin sınırının kesişme alanıdır. Öncelikle vurgulamak gerekir ki, ne gönüllü işbirliğine dayanan inceleme talebi ne de zorunlu işbirliğine dayanan inceleme kararı çerçevesinde yürütülen inceleme esnasında Komisyon görevlilerinin aktif arama yetkileri bulunmamaktadır. Aktif arama olmaksızın incelemenin nasıl yürütüleceği ilgili bölümlerde ayrıntılı bir şekilde ortaya konulmaya çalışılmıştır. Zira sadece yetkili mahkeme kararı aktif aramayı mümkün kılmaktadır. Ancak bir taraftan Komisyonun, rekabet ihlallerini ortaya çıkarmak için zorunlu olan inceleme

yetkisinin kullanımının sınırı ile insan hak ve özgürlüklerinin korunmasının sınırı kesişmektedir. Her iki sınırın çizgileri henüz açık bir şekilde ortaya konulmadığından özellikle bu yönüyle konu gelecekte de tartışılmaya devam edecektir.

## **KAYNAKÇA**

BERRISCH, G.M. (2010), Anmerkung zum Urteil des EuGH Akzo Nobel, EuZW, s. 778-788.

BISCHKE, A-H., M. BOGER ve H. MUELLER (2011), Europäischen Kommission - Keine Anwendbarkeit des Legal Privilege auf Korrespondenz eines gegnerischen Anwalts, NZG, s. 179.

BURRICHTER, J. (2007), VI. Abschnitt. Kartellverfahrensverordnung, Kapitel V. Ermittlungsbefugnisse, U. Immenga ve E-J. Mestmäcker (der.), Wettbewerbsrecht içinde, 4. Auflage, Beck Verlag, München.

COŞGUN, H. (2010), ABD, AB ve Türk Hukukunda Rekabet Otoritelerinin Bilgi Edinme Yetkileri ve Bilgi Kaynağı olarak Fonksiyonları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, No: 107, Ankara,

DANNECKER, G. ve J. BIERMANN (2007), VI. Abschnitt. Kartellverfahrensverordnung, Kapitel VI. Sanktionen, U. Immenga ve E-J. Mestmäcker (der.), Wettbewerbsrecht içinde, 4. Auflage, Beck Verlag, München.

DEVRİM, F. (2009), İdare Hukukunda ve Ceza Hukukunda Kartellerle Mücadelede Soruşturma Yöntemleri, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, No: 102, Ankara

DIECKMAN, H. (2008), § 42 Die Ermittlungsbefugnisse der Kommission, G. Wiedemann (der.), Handbuch des Kartellrechts içinde, 2. Auflage, Beck Verlag, München.

ERSOY, Ç. (2003), Avrupa Topluluğu Rekabet Usul Hukuku Reformu, Rekabet Dergisi, sa. 16, s. 3-41.

FEDDERSEN, C.T. (2009), VO Nr. 1/2003: Kapitel VI. Sanktionen, E. Grabitz, M. Hilf ve M. Nettesheim (der.), Das Recht der Europäischen Union içinde, Beck Verlag, München.

GÜNDÜZ, H. (2009): Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Rekabet Hukuku Uygulamasına Etkileri, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, No: 99, Ankara.

MIERSCH, G. (2009), VO Nr. 1/2003: Kapitel V. Ermittlungsbefugnisse, E. Grabitz, M. Hilf ve M. Nettesheim (der.), Das Recht der Europäischen Union içinde, Beck Verlag, München.

MITTEILUNG DER KOMMISSION über die Regeln für die Einsicht in Kommissionsakten in Fällen einer Anwendung der Artikel 81 und 82 EG-

Vertrag, Artikel 53, 54 und 57 des EWR-Abkommens und der Verordnung (EG) Nr. 139/2004, ABl. 2005, C235/7.

NOWAK, C. (2009), 8. Teil. Kartellverfahrensverordnung, U. Loewenheim, K.M. Meessen ve A. Riesenkampff (der.), Kartellrecht içinde, Beck Verlag, München.

SCHNÏCHELS, D. ve T. RESCH (2011), Das Anwaltsprivileg im europäischen Kontext, *EuZW*, s. 47-52.

SCHWARZE, J. (2005), Der Schutz der Grundrechte durch den EuGH, *NJW*, s. 3459-3466.

SEITZ, C. (2008): Vertraulichkeitsschutz der Anwaltskorrespondenz im europäischen Wettbewerbsverfahren, *EuR*, s. 204-208.

SEITZ, C. (2010): Ein Schritt vor und zwei zurück? – Zum letzten Stand des Anwaltsgeheimnisses für Unternehmenanwälte im Europäischen Kartellverfahren, *EuZW*, s. 524-526.

TOEPEL, F. (2003): Durchsuchung im Auftrag der Europäischen Kommission, *NStZ*, s. 631 vd.

WEIß, W. (2008): Neues zum legal professional privilege, *EuR*, s. 546-.