

PART 9

SIGNIFICANT PROCEDURAL DECISIONS OF COMPETITION BOARD IN FINAL PERIOD

REKABET KURULUNUN SON DÖNEMDEKİ USULE İLİŞKİN ÖNEMLİ KARARLARI

--

**PROF. DR. AYDIN ÇELEN
KADİRCAN MERT GÜHER**

ABSTRACT

In accordance with the Act on the Protection of Competition numbered 4054 ("Act No: 4054"),¹ the Competition Board ("the Board") is authorized to examine, search, and investigate activities and legal transactions which are prohibited by over application or are ex officio, to detect any infringement of provisions regulated in Act No: 4054, to ensure the termination of detected infringements and to impose administrative fines for infringements.² When it performs duties and authorities under Act No: 4054, the Board decides on procedure and principle. This article examines procedural decisions which are deemed party to an investigation, amendments on Act No: 4054, attorney-client privilege, and communication evidence.

ÖZET

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ("4054 sayılı Kanun")¹ uyarınca, bu kanunda yasaklanan faaliyetler ve hukuki işlemler hakkında başvuru üzerine veya re'sen inceleme, araştırma ve soruşturma yapma, 4054 sayılı Kanun'da düzenlenen hükümlerin ihlalini tespit etme, tespit edilen ihlale son verilmesini sağlama ve ihlallere ilişkin idari para cezaları uygulama yetkisi Rekabet Kurulu'na ("Kurul") verilmiştir.² Kurul, 4054 sayılı Kanun'da sayılan görev ve yetkileri yerine getirirken esasa ilişkin kararlarının yanında usule ilişkin birtakım kararlar da vermektedir. Makalemizde, Kurul'un taraf sıfatına, 4054 sayılı Kanun'da yapılan değişikliklere, avukat-müvekkil gizliliğine ve iletişim delillerine ilişkin vermiş olduğu usul kararları incelenecektir.



KEYWORDS

COMPETITION BOARD,
PROCEDURAL DECISIONS, ACT NO:
4054, COMPETITION LAW



ANAHTAR KELİMELER

REKABET KURULU, USULE İLİŞKİN
KARARLAR, 4054 SAYILI KANUN,
REKABET HUKUKU

PART 9

Decisions of the Board between 2017 and 2019 regarding procedure were decided is predominantly pertain to qualify to pre-research report as memorandum and requests of entrance to file.

Kurul'un 2017 ile 2019 yılları arasındaki kararları incelendiğinde usule ilişkin verilmiş olan kararların ağırlıklı olarak dosyaya giriş taleplerine ve ön araştırma raporunun kurum içi yazışma olarak nitelendirilmesine ilişkin olduğu görülmüştür.

I. INTRODUCTION

Decisions³ of the Board between 2017 and 2019 regarding procedure were decided is predominantly pertain to qualify to pre-research report as memorandum and requests of entrance to file. Different from those, procedural decisions which are was decided by Board, about of to become party to an investigation, amendments on Act No: 4054, attorney-client privilege and communication evidences are examined below. It should be noted that, the final decision of the Board is under judicial review and the Ankara Administrative Courts⁴ are authorized as the first instance court in cases filed against the Board. For this reason, the decisions discussed below will primarily focus on the justifications and then it will be given place to dijudications which were referred in relevant decisions.

II. PROCEDURAL DECISIONS OF THE COMPETITION BOARD

A. Decision Of The Competition Board Regarding The Stading

It is first important to determine the meaning of the word 'party' as used in accordance with the provisions of Act No:

I. GİRİŞ

Kurul'un 2017 ile 2019 yılları arasındaki kararları³ incelendiğinde usule ilişkin verilmiş olan kararların ağırlıklı olarak dosyaya giriş taleplerine ve ön araştırma raporunun kurum içi yazışma olarak nitelendirilmesine ilişkin olduğu görülmüştür. Aşağıda Kurul'un bunlardan farklı olarak, taraf sıfatına, 4054 sayılı Kanun'da yapılan değişikliklere, avukat-müvekkil gizliliğine ve iletişim delillerine ilişkin vermiş olduğu kararlar incelenmektedir. Belirtmek gerekir ki, Kurul'un nihai kararları yargı denetimi altındadır ve Kurul'a karşı açılacak davalarda ilk derece mahkemesi olarak Ankara İdare Mahkemeleri yetkilidir.⁴ Bu nedenle aşağıdaki kararların incelemesinde öncelikle gerekçeler üzerinde durulacak ve ardından ilgili kararlarda atıf yapılan yargı kararlarına yer verilecektir.

II. REKABET KURULUNUN USULE İLİŞKİN KARARLARI

A. Taraf Ehliyetine İlişkin Rekabet Kurulu Kararı

Öncelikle 4054 sayılı Kanun hükümleri uyarınca kullanılan 'taraf' sözcüğünün hangi anlamda kullanıldığının tespit edilmesi reka-

FOOTNOTE

¹ Official Gazette, dated 13.12.1994, numbered 22140 ("RG").

² Duties and Authorities of Competition Board, <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Kurumsal/kurumsal-yapi/rekabet-kurulu/rekabet-kurulu-nun-gorev-ve-yetkileri> (Access Date: 31.07.2019).

³ Decisions of Competition Board, <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Kararlar> (Access Date: 31.07.2019).

⁴ Cevdet İlhan GÜNAY, Rekabet Hukuku Dersleri, (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2014), p.183.

⁵ İ. Yılmaz ASLAN, Rekabet Hukuku Dersleri, (Bursa: Ekin Kitabevi, 2015), p. 334.



4054 in terms of its scope and use in the defense of the rights of parties in competition law. In Act No: 4054, the word 'party' is used in the sense of parties to a contract, sometimes only undertakings being investigated against, sometimes both the complainant and the undertakings being investigated against and sometimes the complainant, the defense party and third parties.⁵ Article 42 of Act No: 4054 titled Notification to Applicants states that "In cases where the Board deems that the claims in applications for information or complaint are serious and sufficient, informers or complainants are notified in writing that the claims have been deemed serious and that an inquiry has been initiated." The relevant article does not qualify the applicants as parties, it simply regulates that applicants must be informed about applications. Article 44 of Act No: 4054, which is entitled Collecting Evidence and Informing the Parties states that "Those parties which are notified of the initiation of an investigation may, until their request for enjoying the right to a hearing, ask for a copy of any documents drawn up within the Authority concerning them, and if possible, a copy of any evidence may be obtained." The provision qualifies undertaking/undertakings which are being investigated against as party.

bet hukuku aktörlerinin savunma haklarının kapsamı ve kullanımı bakımından önemlidir. 4054 sayılı Kanun'da taraf sözcüğü bazen sözleşmenin tarafları, bazen sadece aleyhinde soruşturma açılan teşebbüsler, bazen de hem şikayet eden hem de aleyhine soruşturma açılanlar, bazen ise şikayetçi, savunma tarafı ve üçüncü kişiler anlamında kullanılmıştır.⁵ 4054 sayılı Kanun'un Başvuru Sahiplerine Bildirim başlıklı 42. maddesi "Kurulun, ihbar veya şikayet başvurularında ileri sürülen iddiaları ciddi ve yeterli bulması durumunda, ihbar veya şikayet edenlere ileri sürülen iddiaların ciddi bulunduğu ve araştırmaya başlandığı yazılı olarak bildirilir." hükmünü haizdir. İlgili madde, başvuru sahiplerini taraf olarak nitelendirmemekte, sadece başvuru sahiplerine başvurularına ilişkin bilgi verilmesini düzenlemektedir. Yine 4054 sayılı Kanun'un tarafların bilgilendirilmesini düzenleyen Delillerin Toplanması ve Tarafların Bilgilendirilmesi başlıklı 44. maddesi; "Haklarında soruşturmaya başlandığı bildirilen taraflar sözlü savunma hakkını kullanma taleplerine kadar Kurum bünyesinde kendileri ile ilgili düzenlenmiş her türlü evrakın ve mümkünse elde edilmiş olan her türlü delilin bir nüshasının kendilerine verilmesini isteyebilir." hükmünü amir olup hüküm sadece haklarında soruşturma yapılan teşebbüs/teşebbüsleri taraf olarak nitelendirmektedir.

DİPNOT

1 13.12.1994 tarih, 22140 sayılı Resmî Gazete ("RG").

2 Rekabet Kurulu'nun Görev ve Yetkileri, <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Kurumsal/kurumsal-yapi/rekabet-kurulu/rekabet-kurulu-gorev-ve-yetkileri> (Erişim tarihi: 31.07.2019).

3 www.rekabet.gov.tr/tr/Kararlar (Erişim tarihi: 31.07.2019).

4 **Cevdet İlhan GÜNAY**, Rekabet Hukuku Dersleri, (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2014), s.183.

5 **İ. Yılmaz ASLAN**, Rekabet Hukuku Dersleri, (Bursa: Ekin Kitabevi, 2015), s. 334.

PART 9

IT DIDN'T REGARD IT NECESSARY TO SHARE THE INVESTIGATION REPORT WITH THE COMPLAINANT BECAUSE THE COMPLAINANT IS NOT A PARTY.

In addition to this, in parallel with these regulations in Act No: 4054, the Board doesn't qualify applications as parties in the context of competition law. The issues of the complainant qualifying as a party within the scope of an investigation, of submitting the investigation report to the complainant, and carrying out an oral defense meeting arose in the Board's decision regarding CORENA.⁶ The Board overruled the complainant's request to be accepted as a 'party' in the context of the provisions of Act No: 4054, as the investigation report was submitted to the complainant and an oral defense meeting was carried out. In the relevant decision, the Board didn't qualify the applicant as a party reasoning that "As can be understood from the wording of Articles 44, 45 and 46 of Act No: 4054, the concept of 'Party' expresses undertaking/undertakings being investigated against the applicant and it is out of the question that the applicant is qualified as 'Party' in the context of competition law. In this respect, it was concluded that the Investigation Report was not shared with CORENA".⁷ The Board further remarked that only undertakings being investigated against can be a party. Therefore, it didn't regard it necessary to share the investigation report with the complainant because the complainant is not a party.

On the request of complainant's oral defense meeting, referring to Article 46 of Act No: 4054, which regulates principals of the oral defense meeting, the Board remarked that an oral defense meeting may be held upon the request of the undertakings being investigated against or upon the decision of the Board ex officio and didn't entitle complainants not mentioned in the article the right to request an oral defense meeting.

In a similar case, in its decision, the Board referred to the decision⁸ of the Council of State concerning not sending the investigation report to the complainant and the not carrying out an oral defense meeting upon the complainant's request. In this decision, the Council of State clarified the term 'party' reasoning that "If allegations are made in accordance with Article 42 of Act No: 4054 and the complaints filed are

Bunun yanı sıra 4054 sayılı Kanun'daki bu düzenlemelere paralel olarak, Kurul da başvuruda bulunan başvuru sahiplerinin rekabet hukuku bağlamında taraf olarak nitelendirilmemektedir. Şikayetçinin yürütülen soruşturma kapsamında taraf olarak nitelendirilmesi hususu ile buna dayanarak soruşturma raporunun şikayetçiye sunulması ve sözlü savunma toplantısı yapılması hususları CORENA Kararı'nda⁶ Kurul'un önüne gelmiş ve Kurul bu hususları değerlendirerek şikayetçinin 4054 sayılı Kanun hükümleri bağlamında şikayetçinin 'taraf' sıfatını haiz olduğunun kabul edilmesi, soruşturma raporunun kendisine sunulması ve sözlü savunma toplantısı yapılması taleplerini reddetmiştir. İlgili kararda Kurul "4054 sayılı Kanun'un 44, 45 ve 46. maddelerinin lafzından da net olarak anlaşılacağı üzere; "taraf" kavramı, hakkında soruşturma açılan teşebbüs/teşebbüsleri ifade etmekte olup, başvuru sahibinin rekabet hukuku bağlamında "taraf" olarak nitelendirilmesi söz konusu değildir. Bu itibarla, Soruşturma Raporu'nun CORENA ile paylaşılmasına yer olmadığı sonucuna ulaşılmıştır."⁷ gerekçesiyle başvuru sahibini taraf olarak nitelendirmemiş, taraf sıfatına haiz olanlarının ancak hakkında soruşturma açılan teşebbüsler olacağını belirtmiştir. Dolayısıyla, soruşturma raporunun şikayetçi ile paylaşılmasını şikayetçinin taraf sıfatına haiz olmaması sebebiyle gerekli görmemiştir.

Kurul, şikayetçinin sözlü savunma toplantısı talebine istinaden ise 4054 sayılı Kanun'un sözlü savunma toplantısına ilişkin esaslarını ortaya koyan 46. maddesine atıf yaparak, hakkında soruşturma açılan teşebbüslerin talebi üzerine ya da Kurul'un re'sen karar alması ile sözlü savunma toplantısı yapılmasına karar verilebileceğini belirtmiş ve maddede zikredilmeyen şikayetçilere sözlü savunma toplantısı talep etme hakkı tanımamıştır.

Kurul kararında somut olaya benzer şekilde şikayetçiye soruşturma raporunun gönderilmemesine ve talep ettiği halde sözlü savunma toplantısı yapılmamasına ilişkin olarak Danıştay kararına⁸ atıf yapmıştır. Söz konusu kararda Danıştay "4054 sayılı Kanun'un 42. maddesinde yer alan, ihbar ve şikayet başvurularında ileri sürülen iddiaların ciddi ve yeterli bulunması durumunda, ihbar veya şikayet edenlere ileri sürülen iddiaların cid-

FOOTNOTE

⁶ The Competition Board, decision dated 19.09.2018 and numbered 18-33/557-275 (decision of CORENA).

⁷ Decision of CORENA, p. 2.

⁸ 13th Chamber of Council of State, D.30.11.2010, P. 2007/13292, D. 2010/8164.

⁹ RG dated 08.02.2008, numbered 26781.

found to be serious and sufficient, the allegations made to the complainant are serious, the investigation will be notified in writing that there is no obligation to notify the whistleblower or complainant. In addition, where the Board continues to initiate the investigation under Article 43, the 'party/parties' is understood to mean the enterprise/enterprises under investigation, so the decision regarding the plaintiff's company's claims was not seen as disabled." For this reason, the Board reached the conclusion that the complainant is not a 'party' in the face of Act No: 4054 and the requests of undertaking, which are submission a copy of the investigation report and requests for an oral defense meeting are must be rejected.

B. Decisions Of The Competition Board Regarding Amendments Of Act No: 5728

The relevant subclause of Article 16, Act No: 4054 titled Administrative Fines, which regulates the fine that will be imposed in the event of an infringement of Article 4, 6 and 7 of the same Act, was amended by Article 472 of Amendments of Various Law and Some Other Laws Concerning Basic Criminal Law (Act No: 5728)⁹ Before the amendment, Article 16 of Act No: 4054 provided that "The acts prohibited in Article 4 and Article 6 of this Act, not to be less than two hundred million liras to those who have acted in the sub-article (b) of Article 11 of this Act, real and legal entities and undertaking unions and/or members of these unions at the end of the financial year and fines up to ten percent of annual gross income to be determined by the Board." With the amendment in Act No: 5728 written by the legislator, this has been changed to "To those who commit acts prohibited in Articles 4, 6 and 7 of this Act, administrative fines shall be imposed of up to ten percent of annual gross revenues of undertakings and associations of undertakings or members of such associations to be imposed a penalty, which will be determined by the Board and generated by the end of the financial year preceding the decision, or generated by the end of the financial

di bulunduğu ve araştırmaya başlandığının yazılı olarak bildirileceği hükmünden başka ihbarcıya ya da şikayet edene bir bildirim yükümlülüğünün olmadığı, bunun yanında Kurul'un soruşturmaya başlamasını düzenleyen 43. ve devamı maddelerinde de, 'taraf/ taraflar' ibaresinden kastedilenin, hakkında soruşturma yürütülen teşebbüs/teşebbüsler olduğunun anlaşıldığından, davacı şirket iddiaları kararı sakatlar nitelikte görülmemiştir." gerekçesiyle taraf kavramını netleştirmiştir. Bu nedenle Kurul, şikayetçinin 4054 sayılı Kanun karşısında 'taraf' sıfatını haiz olmadığı, adı geçen teşebbüsün soruşturma raporunun bir örneğinin kendisine sunulması ve ayrıca sözlü savunma yapılması yönündeki taleplerinin reddedilmesi gerektiği kanaatine varmıştır.

B. 5728 Sayılı Kanun İle Yapılan Değişikliklere İlişkin Rekabet Kurulu Kararları

4054 sayılı Kanun'un İdari Para Cezası başlıklı 16. maddesinin aynı Kanun'un 4, 6. ve 7. maddelerinin ihlal edilmesi halinde verilecek para cezasını düzenleyen ilgili fıkrası 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un (5728 sayılı Kanun)⁹ 472. maddesi ile değiştirilmiştir. Yapılan değişiklik öncesinde 4054 sayılı Kanun'un 16.maddesi "Bu Kanunun 4 üncü ve 6 ncı maddesinde yasaklanmış olan davranışları gerçekleştirdiği Kurul kararı ile sabit olanlarla bu Kanunun 11 inci maddesinin (b) bendinde yazılı davranışlarda bulunanlara ikiyüz milyon liradan aşağı olmamak üzere, ceza verilecek teşebbüs niteliğindeki gerçek ve tüzel kişiler ile teşebbüs birlikleri ve/veya bu birliklerin üyelerinin bir yıl önceki mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirinin yüzde onuna kadar para cezası verilir." hükmüne haizken 5728 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile birlikte kanun koyucu tarafından "Bu Kanunun 4, 6 ve 7 nci maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın

SORUŞTURMA RAPORUNUN ŞİKAYETÇİ İLE PAYLAŞILMASINI ŞİKAYETÇİNİN TARAF SIFATINA HAİZ OLMAMASI SEBEBİYLE GEREKLİ GÖRMEMİŞTİR.

DİPNOT

⁶ Rekabet Kurulu, 19.09.2018 tarih ve 18-33/557-275 sayılı kararı (CORENA kararı).

⁷ CORENA kararı, s. 2.

⁸ Danıştay 13.Dairesi, T.30.11.2010, E. 2007/13292, K. 2010/8164.

⁹ 08.02.2008 tarih, 26781 sayılı RG.

PART 9

year closest to the date of the decision if it would not be possible to calculate it.” This amendment brought up two discussions regarding regulation in the context of competition law that are reflected in decisions of the Board. The first discussion, regarding the amendment in Act No: 4054 by Act No: 5728, is about which year the gross income will be taken as the basis for determining the penalty in cases of infringement in the Board decisions to be taken after the amendment Principle of immediate application’s validity in performing the decision with regard to administrative sanctions and not being able to benefit from the favorable regulation in case that administrative sanction decision is finalized are another debated issues that are reflected in decisions of the Board in final period.

1. Not Being Able to Benefit from a Favorable Regulation for Undertaking that has a Finalized Administrative Sanction Decision Against it

The Board, in its decision¹⁰ for DÖRTEL and MMT undertakings, decided that undertaking doesn’t benefit from favorable regulation in cases where an administrative sanction decision is finalized. For this reason, the Board rejected the applications of two applicants which are applied as assert the Board’s precedent Decision ¹¹of TERA in order to perform the relevant decision to them. As stated that in decision, an investigation was opened with the claim that undertakings which are supplier of healer cardiology material, are contained applicants infringed the Article 4 of Act No: 4054 as agreed among.¹² The verdict given as a result of the trial of the lawsuit filed against the Competition Authority by TERA, which is one of the undertakings, was reversed by the judgement¹³ of the Council of State’s Council of Administrative Case Chambers as a result of the appeal review. In the mentioned decision, the amendment of Act No: 5728 was emphasized. Because, within the scope of the amendment, the administrative fine of a percentage of 2006 gross income was favorable to TERA, the Board’s decision, which is matter of dispute, isn’t considered to be in compliance with the law. Therefore, the Board decided to cancel TERA’s parts of decision in dispute.

In the decision of DÖRTEL and MMT, the applicants pointed to TERA as precedent¹⁴ and claimed to perform relevant decision

mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idari para cezası verilir.” şeklini almıştır. Yapılan bu düzenleme rekabet hukuku kapsamında Kurul kararlarına da yansıyan iki tartışmayı beraberinde getirmiştir. İlk tartışma, 5728 sayılı Kanun ile 4054 sayılı Kanun’da yapılan değişiklik ile birlikte değişiklikten sonra alınacak Kurul kararlarında değişiklik tarihinden önce gerçekleştirilen ihlallerin söz konusu olması halinde cezanın tespitinde hangi yıla ilişkin gayri safi gelirlerin esas alınacağı tartışmasıdır. İdari yaptırımlara ilişkin kararın yerine getirilmesi bakımından derhal uygulama kuralının geçerli olması ve idari yaptırım kararının kesinleşmiş olması halinde lehe düzenlemeden yararlanılamaması ise Kurul’un son dönemdeki kararlarına yansıyan bir diğer tartışmalı husustur.

1. Hakkında Kesinleşmiş İdari Yaptırım Kararı Bulunan Teşebbüsün Lehe Düzenlemeden Yararlanamaması

Kurul DÖRTEL ve MMT teşebbüsleri için verdiği kararında¹⁰, idari yaptırım kararının kesinleşmiş olması halinde teşebbüsün lehe düzenlemeden yararlanamayacağına ve bu nedenle Kurul’un emsal TERA kararını¹¹ göstererek ilgili kararın kendilerine uygulanması için başvuruda bulunan iki başvurucunun başvurularının reddedilmesine karar vermiştir. Kararda da belirtildiği üzere, başvurucuların da aralarında bulunduğu iyileştirici nitelikteki kardioloji sarf malzemesi sağlayıcısı teşebbüslerin aralarında anlaşarak 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesini ihlal ettikleri iddiası üzerine soruşturma açılmış ve yürütülen soruşturma sonucunda Kurul teşebbüslere idari para cezası vermiştir.¹² Teşebbüslerden TERA’nın Rekabet Kurumu aleyhine açılan davanın yargılanması sonucunda verilen hüküm, temyiz incelemesi sonucunda Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu’nun kararı¹³ ile bozulmuştur. Anılan kararda 5728 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğe vurgu yapılmış ve yapılan değişiklik çerçevesinde 2006 yılı gayri safi gelir üzerinden idari para cezası verilmesinin TERA lehine olduğundan bahisle, dava konusu Kurul kararında hukuka uygunluk görülmediği değerlendirilmesi yapılmıştır. Bu nedenle Kurul, dava konusu kararının TERA’ya yönelik kısımlarının iptaline karar vermiştir.

DÖRTEL ve MMT kararında başvurucular Kurulun TERA hakkında vermiş olduğu kararını¹⁴ emsal göstererek, ilgili kararın

FOOTNOTE

¹⁰ The Competition Board, dated 04.05.2017 and numbered 17-15/211-90 (Decision of DÖRTEL and MMT).

¹¹ The Competition Board, dated 01.09.2015 and numbered 15-34/514-162 (Decision of TERA).

¹² The Competition Board, dated 16.03.2007 and numbered 07-24/236-76.

¹³ Council of State’s Council of Administrative Case Chambers, D. 20.04.2014, P. 2010/3065, D.2014/420.

¹⁴ Decision of TERA.

¹⁵ Decision of DÖRTEL and MMT, p. 4.

¹⁶ The Competition Board, dated 08.06.2017 and numbered 17-19/299-134 (Decision of PEGAS).

for themselves. The Board, in a reasoned decision that rejected the applicants's claim, remarked that an administrative sanction regarding undertakings that aren't finalized in order for the undertakings to benefit from favorable regulation with opinion that "Rules about implementation of in point of time in Misdemeanor Law are valid in point of competition law. In accordance with Article 5 of Misdemeanor Law, the provisions of the TPC regarding the implementation in terms of time also are performed in respect of misdemeanors. "However, the rule of immediate implemen-

kendileri hakkında da uygulanması talep etmişlerdir. Kurul başvurucuların taleplerini reddettiği gerekçeli kararında "Kabahatler Kanunu'nun zaman bakımından uygulanmasına ilişkin kurallar rekabet hukuku bakımından da geçerlidir. Kabahatler Kanunu'nun 5. maddesine göre, TCK'nın zaman bakımından uygulamaya ilişkin hükümleri kabahatler bakımından da uygulanır. Ancak, kabahatler karşılığında öngörülen idari yaptırımlara ilişkin kararların yerine getirilmesi bakımından derhal uygulama kuralı geçerlidir. Kabahat, failin icrai veya ihmali davranışı gerçekleştirdiği zaman iş-

A misdemeanor is considered to have been committed when a perpetrator performs with intent or negligent action. In this respect, the time of the consequence isn't considered.

Kabahat, failin icrai veya ihmali davranışı gerçekleştirdiği zaman işlenmiş sayılır. Neticenin oluştuğu zaman bu bakımdan dikkate alınmaz.

tation is valid in point of performing decisions about administrative sanctions in exchange for misdemeanors. A misdemeanor is considered to have been committed when a perpetrator performs with intent or negligent action. In this respect, the time of the consequence isn't considered. To clarify the rule of immediate implementation in Article 5 of Misdemeanor Law, is valid in point of performing decisions about administrative sanctions, if administrative sanction is not finalize it will benefit from favorable regulation for action which is misdemeanor, if it is finalize it will not benefit from."¹⁵

2. Infringements of Act No: 5728 Before Amendment

The Board, in its decision¹⁶ of PEGAS, evaluated debate that which year will be based on gross income for the Board's decisions after amendment about infringements which was occurred before made amendment on Article 16 of Act No: 4054 with Act No: 5728. In relevant decision which was the basised of application, applicant demand to base on gross income in 2012 which is before one year from the infringement instead of gross in-

lenmiş sayılır. Neticenin oluştuğu zaman bu bakımdan dikkate alınmaz. Kabahatler Kanunu'nun 5. maddesinde yer alan, idari yaptırımlara ilişkin kararın yerine getirilmesi bakımından derhal uygulama kuralını açıklamak gerekirse; idari yaptırım kararı kesinleşmemiş ise kabahat teşkil eden eylem için lehe düzenlemeden yararlanılabilecek, kesinleşmiş ise derhal uygulama kuralı nedeniyle yararlanılamayacaktır."¹⁵ görüşünü dile getirerek teşebbüslerin lehe düzenlemeden yararlanabilmesi için haklarında verilen idari yaptırım kararının kesinleşmemiş olması gerektiğini belirtmiştir.

2. 5728 Sayılı Kanun İle Yapılan Değişiklikten Önce Gerçekleşen İhlaller

Kurul vermiş olduğu PEGAS kararında¹⁶ 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinde 5728 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrası alınacak Kurul kararlarında değişiklik tarihinden önceki ihlaller bakımından cezanın tespitinde hangi yıla ilişkin gayri safi gelirlerin esas alınacağı tartışmasını gündeme taşımıştır. İlgili karara dayanak olan başvuruda başvurucu, verilen idari para cezasının belirlenmesinde 2015 yılı gayri safi gelirleri yerine başvurucu

DİPNOT

¹⁰ Rekabet Kurulu, 04.05.2017 tarih ve 17-15/211-90 sayılı kararı (DÖRTEL ve MMT kararı).

¹¹ Rekabet Kurulu, 01.09.2015 tarih ve 15-34/514-162 sayılı kararı (TERA kararı).

¹² Rekabet Kurulu, 16.03.2007 tarih ve 07-24/236-76 sayılı kararı.

¹⁴ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, T. 20.04.2014, E. 2010/3065, K.2014/420.

¹⁵ TERA kararı.

¹⁶ DÖRTEL ve MMT kararı, s. 4.

PART 9

THIS PROTECTION INVOLVES CORRESPONDENCE IN ORDER TO EXERCISE OF DEFENSE RIGHT BETWEEN AN INDEPENDENT LAWYER AND DOCUMENTS WHICH IS PREPARED TOWARDS GET LEGAL COUNSELLING FROM AN INDEPENDENT LAWYER.

comes of 2015 in order to determine the administrative fine because it was favorable to itself.¹⁷

The Board determined to base on gross income of the year which is favorable for infringer undertaking for administrative fine in point of infringements which are before made amendment in Article 16 of Act No: 4054 by looking at "On the other hand in Article 3 is titled "General Qualification of Act" of Misdemeanor Law numbered 5326 provisions about right to appeal considering decisions of administrative sanction of this Act, in case of unless otherwise implied in other acts, other general provisions of it, will be perform about all actions which are necessitated sanction of administrative fines or transfer of property to public, also Sub-article 2 of Article 7 of Turkish Penal Code numbered 5237 which is referred to by its Sub-article 1 of Article 5 which is titled "Implementation in point of Time" is states that if provisions of act which is effective when committed and acts which are taken effect then are different, act which is favorable for perpetrator will be performed." in decision¹⁸ of the Council of State's Council of Administrative Case Chambers.

But because there isn't any difference between Article 16 of Act No: 4054, which was effective when the infringement occurred, and Article 16 of Act No: 4054, which was effective when the decision was made, the Board remarked that there isn't any situation that necessitate to base on gross income which is favorable for undertaking in point of detected infringement that continued from August 2012 and to July 2013 and subjected the Board's decision which was demand to re-consider. Therefore, from the Board's relevant decision, it is reached the end of that in order to favorable regulation for applicant can perform, decision about administrative fine should be decided after made amendment with Act No: 5728.

lehine olması nedeniyle ihlalden bir önceki yıl olan 2012 yılı gayri safi gelirlerinin esas alınmasını talep etmiştir.¹⁷

Kurul, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun vermiş olduğu kararında¹⁸ yer alan "Öte yandan, 5326 sayılı Kabahatler Kanununun "Genel Kanun Niteliği" başlıklı 3. maddesinde, bu Kanun'un idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde, diğer genel hükümlerinin, idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanacağı, "Zaman Bakımından Uygulama" başlıklı 5. maddesinin 1. fıkrasının göndermede bulunduğu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 7. maddesinin 2. numaralı fıkrasında ise, suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümlerinin farklılığı halinde, failin lehine olan kanunun uygulanacağı hükme bağlanmıştır." ifadesinden yola çıkarak 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinde yapılan değişiklikten önce gerçekleşen ihlaller bakımından uygulanacak para cezası için ihlali gerçekleştiren teşebbüsün lehine olan yılın gayri safi gelirinin esas alınması gerektiğini kararlaştırmıştır.

Ancak Kurul 4054 sayılı Kanun'un ihlalin gerçekleştiği zaman yürürlükte bulunan 16. maddesi ile kararın verildiği zaman yürürlükte bulunan 16. maddesi arasında herhangi bir değişiklik söz konusu olmadığından yeniden değerlendirilmesi talep edilen Kurul kararına konu olan ve 2012 yılının Ağustos ayından 2013 yılının Temmuz ayına kadar olan dönemde sürdüğü tespit edilen ihlal bakımından teşebbüsün lehine olacak yılın gayri safi gelirinin esas alınmasını gerektirecek bir durum bulunmadığını belirtmiştir. Dolayısıyla, Kurul'un ilgili kararından başvurunun lehine olan düzenlemenin uygulanabilmesi için başvurucu hakkında verilen idari para cezasına ilişkin kararın 5728 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonra verilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

FOOTNOTE

¹⁷ Decision of PEGAS, p. 1.

¹⁸ Council of State's Council of Administrative Case Chambers, D. 20.02.2014, P. 2010/3223, D.2014/421.

¹⁹ The Competition Board, dated 02.12.2015 and numbered 15-42/690-259 (Decision of DOW).

C. Decision Of Competition Board Regarding The Confidentiality Policy

As stated that in Decision¹⁹ of DOW of the Board, "The principle of confidentiality of information and documents arising from the professional relationship of the lawyer with his client (the Confidentiality Policy) protects this communication by preventing the obligatory disclosure of the correspondence with lawyers and information during the legal consultancy services of the undertakings or individuals. The purpose of this protection is to ensure that all the information which they have is provided to their lawyers and that their rights of defense can be exercised in real terms by keep the people who get consultancy service out of from concern that the information obtained and the correspondence will show up without their consent. In this way, lawyers have the opportunity to fully assist and represent an effective defense on their behalf. In addition to this, this protection conflicts with the obligation of persons to disclose all information they know about a dispute, put it differently with the goal of reach of justice. Therefore, it is generally accepted that the protection of such correspondence should be drawn in line with its purpose. As for that this Confidentiality Policy, the correspondence that between the independent lawyer and the his client who does not have an employee-employer relationship with the client, in order to exercise of the client's right to defense shall be regarded as to belong to the professional relationship and shall benefit from protection. This protection involves correspondence in order to exercise of defense right between an independent lawyer and documents which is prepared towards get legal counselling from an independent lawyer.

On the contrary, correspondences which are not directly related to the exercise of the right to defense, to assist in any infringement or to conceal an ongoing or future infringement, cannot benefit from protection even if it is related to pre-investigation, investigation or examination. Within this scope, for example, while independent lawyer's opinion to undertake that about whether agreement infringes Act No: 4054 or not, can benefit from

C. Gizlilik İlkesine İlişkin Rekabet Kurulu Kararı

Kurul'un DOW Kararı'nda¹⁹ ifade ettiği üzere, "avukatın müvekkili ile olan mesleki ilişkisinden kaynaklanan bilgi ve belgelerin gizliliği ilkesi (Gizlilik İlkesi) teşebbüslerin veya bireylerin hukuki danışmanlık hizmeti almaları esnasında avukatları ile yaptıkları yazışmaların ve onlara verdikleri bilgilerin zorunlu ifşasını engelleyerek bu iletişime koruma sağlamaktadır. Sağlanan bu korumanın amacı, danışmanlık alan kişileri, elde edilen bilgilerin ve yapılan yazışmaların rızaları dışında ortaya çıkacağı endişesinden kurtararak sahip oldukları tüm bilgileri avukatlarına sunmalarını ve savunma haklarını gerçek manada kullanılabilmelerini sağlamaktır. Bu yolla avukatlar, temsil ettikleri kişilere tam olarak yardımcı olma ve onların adına etkin bir savunma yapma şansına sahip olmaktadır. Bununla birlikte bu koruma, kişilerin bir uyumsuzlıkla ilgili bildikleri tüm bilgileri ortaya çıkartma yükümlülükleri, bir başka deyişle adaletin gerçeğe ulaşma amacı ile çatışmaktadır. Dolayısıyla bu tür yazışmalara tanınan korumanın sınırının, amacına paralel olarak çizilmesi gerektiği genel olarak kabul edilmektedir. Söz konusu ilkeye göre, müvekkili ile arasında işçi-işveren ilişkisi bulunmayan bağımsız avukat ile müvekkil arasında, müvekkilin savunma hakkının kullanılması amacıyla yapılan yazışmalar mesleki ilişkiye ait kabul edilir ve korumadan yararlanır. Bu koruma, bağımsız avukat ile savunma hakkının kullanılması amacıyla yapılan yazışmalar ile bağımsız avukattan hukuki danışmanlık alınmasına yönelik olarak hazırlanan evrakı kapsar.

Buna karşılık, savunma hakkının kullanımıyla doğrudan ilgisi bulunmayan, herhangi bir ihlale yardım etmek veya devam eden ya da ileride işlenecek bir ihlali gizlemek amacıyla yapılan yazışmalar, önaraştırma, soruşturma veya inceleme konusuyla ilgili olsa bile korumadan yararlanamaz. Bu çerçevede örneğin, bir bağımsız avukatın teşebbüse belli bir anlaşmanın 4054 sayılı Kanun'u ihlal edip etmediğine ilişkin bildirdiği görüş korumadan yararlanırken, 4054 sayılı Kanun'un ne şekilde ihlal edilebileceğine dair yazışmalar korumadan yararlanamayacaktır." Gizlilik ilkesi ile amaçlanan avukatların temsil ettikleri

**BU KORUMA,
BAĞIMSIZ AVUKAT İLE
SAVUNMA HAKKININ
KULLANILMASI
AMACIYLA YAPILAN
YAZIŞMALAR İLE
BAĞIMSIZ AVUKATTAN
HUKUKİ DANIŞMANLIK
ALINMASINA YÖNELİK
OLARAK HAZIRLANAN
EVRAKI KAPSAR.**

DİPNOT

¹⁷ Rekabet Kurulu, 08.06.2017 tarih ve 17-19/299-134 sayılı kararı (PEGAS kararı).

¹⁸ PEGAS kararı, s. 1.

¹⁹ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, T. 20.02.2014, E. 2010/3223, K.2014/421.

PART 9

PRINCIPLE OF NON- INVESTIGATION AND PROSECUTION WITH EVIDENCES WHICH ARE OBTAINED UNLAWFULLY IS SECURED WITH BOTH CONTEXT OF CRIMINAL LAW AND CONSTITUTION.

protection, correspondences about how to infringe Act No: 4054 cannot benefit from protection." Intended by Confidentiality Policy is to ensure that lawyers can efficiently assist to their clients and effective defense behalf of their clients. As stated in Decision of DOW, Confidentiality Policy and goal of reach of justice should not conflict. For this reason, the Board determined criterias in order to consider correspondences within the context of attorney-client privilege. As for that, correspondences should not be with an independent lawyer, be within the context of client's defense right and be towards to infringe or conceal infringement the Act No: 4054.

In Decision²⁰ of ENERJISA, the Board excluded correspondences about how to infringe Act No: 4054 from protection, remarked that undertaking's correspondences of opinion about whether agreement infringes Act No: 4054 or not are would be protected within the scope of lawyer-client confidentiality.

The Board, as to in previous Decision²¹ of WARNER BROS, referred to Confidentiality Policy in the application filed for a request for the return of some of the documents obtained in the on-site examination with the claim that the lawyer-client correspondence is within the scope of confidentiality and decided in paralel with the above explanations and previous the Board's decisions.

The criteria that the Board considers is the assessment of the concrete case is to determine whether the correspondences took place before or after the infringement. Namely, in Decision of WARNER BROS, the Board examined the editing dates of the documents which were subject to the concrete event by looking at decision²² of Ankara District Administrative Court with reasoning "Because there isn't an investigation because of infringement principles which are determined in laws of competition by administration or a lawsuit for demand to cancel an administrative act as result of this investigation about claimant company in when report was prepared, there isn't possibility to mention that relevant report just about within the client's right to defense, therefore, there isn't an illegality in

kişilere etkili bir şekilde yardımcı olabilmesi ve temsil ettikleri kişiler adına etkin savunma yapabildiğini sağlamaktır. DOW Kararı'nda belirtildiği üzere Gizlilik İlkesi ile adaletin gerçeğe ulaşma amacı çatışmamalıdır. Bu nedenle Kurul yazışmaların avukat-müvekkil gizliliği kapsamında değerlendirilebilmek için kriterler belirlemiştir Buna göre, yazışma müvekkil ile bağımsız bir avukat arasında gerçekleşmeli, yazışma müvekkilin savunma hakkı kapsamında yapılmalı ve 4054 sayılı Kanun'un ihlaline ya da ihlali gizlemeye yönelik olmamalıdır.

Kurul ENERJISA kararında²⁰ avukatın teşebbüse 4054 sayılı Kanun'u nasıl ihlal edeceğine ilişkin yaptığı yazışmaları koruma dışında tutmuş, teşebbüsün 4054 sayılı Kanun'u ihlal edip etmediğine ilişkin görüş bildirdiği yazışmalarının ise avukat-müvekkil gizliliği kapsamında korunacağını belirtmiştir.

Kurul WARNER BROS kararında²¹ ise yerinde incelemede alınan belgelerin bazılarının avukat-müvekkil yazışmalarının gizliliği kapsamında olduğu iddiasıyla iade edilmesi talebiyle önüne gelen başvuruda 'Gizlilik İlkesi'ne atıfta bulunmuş ve yukarıdaki açıklamalar ve önceki kararlarına paralel bir karar vermiştir. Kurul'un somut olay değerlendirmesinde dikkate aldığı ölçüt, yazışmaların ihlalden önce mi sonra mı yapıldığının belirlenmesidir.

Şöyle ki, WARNER BROS kararında Kurul, Ankara Bölge İdare Mahkemesi'nin "...davacı şirket hakkında daha önce davalı idare tarafından rekabet mevzuatında belirlenen ilkelere ihlalinden dolayı başlatılmış bir soruşturma veyahut bu soruşturma neticesinde tesis edilmiş bir idari işlemin iptali istemiyle açılmış bir davanın raporun düzenlendiği tarihte henüz bulunmaması nedeniyle anılan raporun savunma hakkı kapsamında doğrudan kullanılmak üzere hazırlanmış bir rapor olduğundan söz edilmesine imkan bulunmadığı dolayısıyla raporun avukat-müvekkil ilişkisinde savunma hakkının kullanılması kapsamında olması gerekli olan koşulu taşımadığı sonucuna varıldığından, söz konusu raporun avukat-müvekkil gizliliği kapsamında olduğu iddiasıyla iadesi talebinin reddine ilişkin dava konusu Kurul kararında hukuka aykırılık, dava konusu işlemi iptal eden idare

FOOTNOTE

²⁰ The Competition Board, dated 06.12.2016 and numbered 16-42/686-314 (Decision of ENERJISA).

²¹ The Competition Board, dated 17.01.2019 and numbered 19-04/36-14 (Decision of WARNER BROS).

²² Ankara District Administrative Court 8th Administrative Judicial Chamber, D.10.10.2018, P. 2017/412, D. 2017/3045.

²³ Ali Rıza ÇINAR, "Hukuka Aykırı Kanıtlar", TBB Dergisi, Issue: 55, 2004, p. 63.

²⁴ Also see. The Competition Board, dated 16.01.2014 and numbered 14-02/35-14.

²⁵ The Competition Board, dated 28.11.2017 and numbered 17-39/636-276 (Decision of ING).

the Board's decision which relation to reject this demand about that return the report with claim that report is within attorney-client privilege and there is no legal reason in the Administrative Court's decision which cancelled the subject matter of the case, because it is deduced that the report isn't contain condition which is necessary for the client's right to defense,"

In sum, the Board reached the conclusion that documents didn't directly related to use defense right on the grounds that dates of documents are before date of pre-investigation.

D. Considering Communications Of Undertakings As Evidence

1. Not Being Acknowledge Unlawful of Recorded Phone Calls

Principle of non-investigation and prosecution with evidences which are obtained unlawfully is secured with both context of criminal law and Constitution. With this principle, it is aimed that the evidence against the law does not constitute a basis for the decision and does not create a conscientious opinion. In doctrine²³ this subject is stated as the fruit of the poisonous tree will also be poisoned and is called as "Fruit of Poison Tree Theory".

Thus, a concrete event in which this doctrine was claimed came to the Board's assessment and the Board took a different stance from the Board's previous decisions²⁴ in terms of the evidences gathered in the case. Namely, in Decision²⁵ of ING, undertaking claimed that recorded phone calls doesn't base on any decision of judge or public prosecutor and doesn't give consent to record by itself. The Board, in that decision by refer to Article 14 and 15 of Act No: 4054, stated that the free evidence system has adopted by Competition Authority and considered that all information and evidences which may affect the decision can be submitted.

Besides the Board concluded that it is common to follow up the communication

re Mahkemesi kararında ise hukuki isabet bulunmamaktadır." şeklinde hüküm tesis ettiği karardan²² yola çıkarak somut olaya konu olan belgelerin düzenleme tarihlerini incelemiş ve "...16 (onaltı) sayfa belgenin tarihlerinin, ilgili yerinde incelemenin yapıldığı önaraştırmanın başlangıç tarihinden önce olduğu, dolayısıyla savunma hakkının kullanımıyla doğrudan ilgili olmadıkları anlaşıldığından, gizlilik ilkesi kapsamında değerlendirilmeyecekleri ve iade edilmeleri talebinin reddedilmesi gerektiği" sonucuna ulaşmıştır. Özetle Kurul kararında belgelerin tarihlerinin ön araştırma başlangıç tarihinden önce olması nedeniyle savunma hakkının kullanımıyla doğrudan ilgili olmadığı kanaatine varmıştır.

D. Teşebbüslerin İletişimlerinin Delil Olarak Kabul Edilmesi

1. Kayıt Altına Alınan Telefon Görüşmelerinin Hukuka Aykırı Kabul Edilmemesi

Hukuka aykırı elde edilmiş delillerle soruşturma ve kovuşturma yürütülmemesi hem ceza hukuku kapsamında hem de Anayasa ile teminat altına alınmış bir ilkedir. Bu ilkeyle hukuka aykırı delilin karara esas teşkil etmemesi ve vicdani kanaat oluşturmaması amaçlanmaktadır. Öğretide²³ bu husus zehirli ağacın meyvesinin de zehirli olacağı şeklinde ifade edilir ve 'Zehirli Ağacın Meyvesi Teorisi' olarak adlandırılır.

Nitekim Kurul'un değerlendirmesine bu öğretinin iddia edildiği bir somut olay gelmiş ve Kurul dosya kapsamına toplanan deliller bakımından önceki kararlarından²⁴ farklı bir tutum takınmıştır. Şöyle ki ING Kararı'nda²⁵ teşebbüs, kayıt altına alınan telefon görüşmelerinin herhangi bir hakim veya cumhuriyet savcısı kararına dayanmadığını ve kendisi tarafından kayıt alınmasına rıza verilmediğini iddia etmiştir. Kurul söz konusu kararda 4054 sayılı Kanun'un 14 ve 15.maddelerine atıfta bulunarak Rekabet Kurumu tarafından serbest delil sisteminin benimsendiği belirtmiş ve kararı etkileyebilecek her türlü bilgi ve delilin sunulabileceği değerlendirmesini yapmıştır.

Ayrıca Kurul, bankacılık sektöründe iletişim kayıtlarının takip edilmesinin yaygın olduğu

HUKUKA AYKIRI ELDE EDİLMİŞ DELİLLERLE SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA YÜRÜTÜLMEMESİ HEM CEZA HUKUKU KAPSAMINDA HEM DE ANAYASA İLE TEMİNAT ALTINA ALINMIŞ BİR İLKEDİR.

DİPNOT

²⁰ Rekabet Kurulu, 06.12.2016 tarihli ve 16-42/686-314 sayılı kararı (ENERJISA kararı).

²¹ Rekabet Kurulu, 17.01.2019 tarih ve 19-04/36-14 sayılı kararı (WARNER BROS kararı).

²² Ankara Bölge İdare Mahkemesi 8. İdare Dava Dairesi, T.10.10.2018, E. 2017/412, K. 2017/3045.

²³ Ali Rıza ÇINAR, "Hukuka Aykırı Kanıtlar", TBB Dergisi, Sayı: 55, 2004, s. 63.

²⁴ Bkz. Rekabet Kurulu, 16.01.2014 tarih ve 14-02/35-14 sayılı kararı.

²⁵ Rekabet Kurulu, 28.11.2017 tarih ve 17-39/636-276 sayılı kararı (ING kararı).

PART 9

ALTHOUGH YET IT WAS DECIDED NOT TO INVESTIGATE THE RELEVANT DECISION, IT SHOULD BE NOTED THAT THE BOARD CAN EXAMINE WHATSAPP TALKS.

records in the banking sector. The Board rejected ING's objection that the recording of telephone calls in the banking sector is a de facto practice with reasoning "Finally it be should repeated that, in banking sector, it is common practice to recording phone calls and monitoring written communications within the frame of compliance programmes. It was consisted of the conclusion that the parties which contacted in the communications examined were senior and experienced banking sector employees and that, when evaluated together with the clear information procedures above, the parties were aware that phone calls and other communications could be recorded. For this reason it has been concluded that there is no legal obstacle to using communications as evidence by accepting the existence of consent."

In brief, the Board in Decision of ING, stated that the company's employees were informed about practice which is following up company's employees's phone calls and records of e-mail during the process of starting job and therefore the Board accepted these communications as evidences by accepting the existence of consent.

2. Acknowledge of WhatsApp Talks as Evidence

As explained above, in the light of the Board's decisions it is accepted that the free evidence system is adopted and any information and evidence which may affect the decision can be submitted. Accordingly, it would not be wrong to say that the Board qualify many different facts as information and evidences in its decisions.

Thus, words that 'all kinds of information and documents' figure in Article 14 and 15 of Act No: 4054 entitled "Request for Information" and "On-site Inspection". Accordingly, it was arisen result that the Board can benefit from all kinds of information and documents in the examination of whether there is an infringement of the Act No: 4054 or not. Words that 'all kinds of information and documents' also figure in Article 44 of Act No: 4054 entitled "Collecting Evidence and Informing

sonucuna varmıştır. Kurul ING'nin bankacılık sektöründe telefon görüşmelerinin kayıt altına alınmasının genel geçer bir uygulama olduğuna ilişkin itirazını ise "Son olarak tekarrül etmek gerekir ki bankacılık sektöründe, görüşmelerin kayıt altına alınması ve yazılı iletişimlerin uyum programları çerçevesinde taramaya tabi tutulması yaygın uygulamalardır. İncelenen iletişimlerde temas kuran tarafların üst düzey ve tecrübeli bankacılık sektörü çalışanları olduğu, yukarıdaki açık bilgilendirme prosedürleri ile birlikte değerlendirildiğinde tarafların telefon görüşmelerinin ve diğer iletişimlerinin kaydedilebileceğinden haberdar oldukları kanaati oluşmuştur. Bu nedenle iletişimlerin rıza unsurunun var olduğu kabul edilerek delil olarak kullanılmasında hukuken bir engel olmadığı sonucuna ulaşılmıştır." gerekçesiyle reddetmiştir.

Özetle ING Kararı'nda Kurul, şirket tarafından şirket çalışanlarının telefon görüşmeleri ve e-posta kayıtlarının takip edilmesi uygulamalarından şirket çalışanlarının işe giriş sürecinde haberdar edildiğini belirtmiş ve bu nedenle rıza unsurunun var olduğunu kabul ederek söz konusu iletişimleri delil olarak kabul etmiştir.

2. WhatsApp Konuşmalarının Delil Kabul Edilmesi

Yukarıda açıklandığı üzere, Kurul kararları ışığında serbest delil sisteminin benimsemiş olduğu ve kararı etkileyebilecek her türlü bilgi ve delilin sunulabileceği kabul edilmiştir. Dolayısıyla, Kurul'un kararlarında birçok farklı olguyu bilgi ve delil olarak nitelendirdiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Nitekim 4054 sayılı Kanun'un "Bilgi İsteme" ve "Yerinde İnceleme" başlıklı 14 ve 15. maddelerinde 'her türlü bilgi ve belge' ifadeleri yer almaktadır. Dolayısıyla, Kurul'un 4054 sayılı Kanun'un ihlal edilip edilmediğine dair yapacağı incelemelerde her türlü bilgi ve belgeden faydalanabileceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Yine 4054 sayılı Kanun'un "Delillerin Toplanması" başlıklı 44. maddesinde de 'her türlü bilgi ve delil' ifadesi yer almaktadır. Ayrıca 4054 sayılı Kanun'un ispat yükünü düzenleyen 59.maddesi "Rekabeti sınırlayıcı

FOOTNOTE

²⁶ The Competition Board, dated 29.03.2018 and numbered 18-09/157-77.

the Parties". Besides, Article 59 of the Act No: 4054 which regulates burden of proof states that "The existence of agreements, decisions and practices which are restricting competition can be proved by all kinds of evidence."

The Board, in a decision²⁶ made in 2018, corroborates our explanations above by accepting WhatsApp talks as evidence. Namely, in decision about undertakings which are selling ortodontics equipments in Ankara, WhatsApp talks which was made among company's employees were accepted as evidence were examined in context of case. Although yet it was decided not to investigate the relevant decision, it should be noted that the Board can examine WhatsApp talks.

In at nutshell, it is clear that all kinds of matter of fact can be used for the assement of the infringement of the Act No: 4054 and can be considered as evidence. This situation is also reflected in the decisions of The Board.

anlaşma, karar ve uygulamaların varlığı her türlü delille ispatlanabilir." hükmüne haizdir.

Kurul, 2018 yılında vermiş olduğu bir kararında²⁶, WhatsApp konuşmalarını delil olarak kabul ederek yukarıdaki açıklamalarımızı desteklemiştir. Şöyle ki, Ankara'da ortodonti malzemeleri satan teşebbüsler hakkında verilen kararda şirketlerin çalışanlarının kendi aralarında yapmış oldukları ve teşebbüslerin müşterileri ile yapmış oldukları WhatsApp konuşmaları delil olarak kabul edilmiş ve dosya kapsamında incelenmiştir. Her ne kadar ilgili kararda soruşturma açılmamasına karar verilmiş olsa da Kurul tarafından WhatsApp konuşmalarının da incelenebileceğini belirtmek gerekir.

Özetle, her türlü olgunun 4054 sayılı Kanun'un ihlalinin tespitinde kullanılabileceği ve delil olarak nitelendirilebileceği ortadadır. Bu durum Kurul'un kararlarına da yansımaktadır.

**HER NE KADAR İLGİLİ
KARARDA SORUŞTURMA
AÇILMAMASINA
KARAR VERİLMİŞ
OLSA DA KURUL
TARAFINDAN WHATSAPP
KONUŞMALARININ DA
İNCELENEBİLECEĞİNİ
BELİRTMEK GEREKİR.**



DİPNOT

²⁶ Rekabet Kurulu, 29.03.2018 tarih ve 18-09/157-77 sayılı kararı.

PART 9

III. CONCLUSION

When the Board's recent procedural decisions were examined, it was seen that the complainant was not considered as a 'party' the Board drew attention to two subjects in decisions concerning the amendments made by the Act No: 5728. Firstly, in order for the undertaking to benefit from the favorable regulation, the administrative sanction decision on the undertaking is must not finalized. Secondly, in order to the undertaking to benefit from the favorable regulation, the administrative sanction decision on the undertaking is must be concerned with infringement that occurred before the amendments made by the Act No: 5728. In summary, the Board considers whether the decision on the infringement is finalized or not and whether the decision was before amendment or not. As regards consideration Confidentiality Policy, the Board decides the decisions in accordance with the definitions and criteria which are have determined in its previous decisions. In order for the Board to consider the correspondence within the scope of lawyer-client confidentiality, the correspondence should take place between the client and an independent lawyer, correspondence should be for the client to exercise the right to defense effectively, the correspondence should not be within the scope of the infringement of Act No: 4054. Finally the Board, as reflected in decisions, adopt the free evidence system and is in tendency to consider all kinds of information, documents and correspondences as evidence. Accordingly, alongside with e-mail correspondences, recorded phone calls and all kind of correspondences in social media are used to testify an infringement of competition as evidence.

III. SONUÇ

Kurul'un son dönemdeki usule ilişkin kararları incelendiğinde şikayetçinin 'taraf' olarak nitelendirilmediği görülmüştür. Kurul 5728 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklere ilişkin olarak verdiği kararlarda ise iki hususa dikkat çekmektedir. İlk olarak, teşebbüsün lehe düzenlemeden yararlanabilmesi için teşebbüs hakkında verilmiş olan idari yaptırım kararının kesinleşmemiş olması aranmaktadır. İkinci olarak ise teşebbüsün lehe düzenlemeden yararlanabilmesi için teşebbüs için verilen kararın 5728 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerden önce gerçekleşen bir ihlal için verilmiş olması gerekmektedir. Özetle Kurul, ihlale ilişkin kararın kesinleşip kesinleşmediğini ve kararın değişiklikten önce verilip verilmediğini değerlendirmektedir. Gizlilik İlkesinin değerlendirilmesi hususunda ise Kurul, önceki kararlarında belirtmiş olduğu tanımlara ve belirlemiş olduğu kriterlere uygun olarak karar vermektedir. Kurul'un yapılan yazışmaları avukat-müvekkil gizliliği kapsamında değerlendirmesi için yazışmanın müvekkil ile bağımsız bir avukat arasında gerçekleşmiş olması, yazışmanın müvekkilin savunma hakkını etkin kullanmasına yönelik olması ve yazışmanın 4054 sayılı Kanun'un ihlalini amaçlayan kapsamda olmaması aranmaktadır. Son olarak Kurul, kararlara da yansıdığı üzere, serbest delil sistemini benimsemiş ve kararı etkileyebilecek her türlü bilgi, belge ve yazışmaları delil olarak değerlendirme eğilimine girmiştir. Dolayısıyla, e-posta yazışmalarının yanı sıra, kayıt altına alınmış telefon görüşmeleri ile her türlü sosyal medya yazışmaları Kurul tarafından rekabet ihlalini ispatlamaya yönelik delil olarak kullanılabilir.

BIBLIOGRAPHY

ASLAN, İ. YILMAZ, Rekabet Hukuku Dersleri, (Bursa: Ekin Kitabevi, 2015).

ÇINAR ALİ RIZA, "Hukuka Aykırı Kanıtlar", TBB Dergisi, Issue: 55, 2004.

GÜNAY, CEVDET İLHAN, Rekabet Hukuku Dersleri, (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2014).

The Competition Board, www.rekabet.gov.tr (Access Date: 31.07.2019).

Duties and Authorities of Competition Board, www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Kurumsal/kurumsal-yapi/rekabet-kurulu/rekabet-kurulunun-gorev-ve-yetkileri (Access Date: 31.07.2019).

DECISIONS OF THE COMPETITION BOARD

Decisions of the Competition Board, www.rekabet.gov.tr/tr/Kararlar (Access Date: 31.07.2019).

The Competition Board, dated 16.03.2007 and numbered 07-24/236-76

The Competition Board, dated 16.01.2014 and numbered 14-02/35-14

The Competition Board, dated 01.09.2015 and numbered 15-34/514-162

The Competition Board, dated 02.12.2015 and numbered 15-42/690-259

The Competition Board, dated 06.12.2016 and numbered 16-42/686-314

The Competition Board, dated 04.05.2017 and numbered 17-15/211-90

The Competition Board, dated 08.06.2017 and numbered 17-19/299-134

The Competition Board, dated 28.11.2017 and numbered 17-39/636-276

The Competition Board, dated 29.03.2018 and numbered 18-09/157-77

The Competition Board, dated 19.09.2018 and numbered 18-33/557-275

The Competition Board, dated 17.01.2019 and numbered 19-04/36-14

KAYNAKÇA

ASLAN, İ. YILMAZ, Rekabet Hukuku Dersleri, (Bursa: Ekin Kitabevi, 2015).

ÇINAR ALİ RIZA, "Hukuka Aykırı Kanıtlar", TBB Dergisi, Sayı: 55, 2004.

GÜNAY, CEVDET İLHAN, Rekabet Hukuku Dersleri, (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2014).

Rekabet Kurulu, www.rekabet.gov.tr (Erişim tarihi: 31.07.2019).

Rekabet Kurulu'nun Görev ve Yetkileri, www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Kurumsal/kurumsal-yapi/rekabet-kurulu/rekabet-kurulunun-gorev-ve-yetkileri (Erişim tarihi: 31.07.2019).

REKABET KURULU KARARLARI

Rekabet Kurulu Kararları, www.rekabet.gov.tr/tr/Kararlar (Erişim tarihi: 31.07.2019).

Rekabet Kurulu, 16.03.2007 tarih ve 07-24/236-76 sayılı kararı

Rekabet Kurulu, 16.01.2014 tarih ve 14-02/35-14 sayılı kararı

Rekabet Kurulu, 01.09.2015 tarih ve 15-34/514-162 sayılı kararı

Rekabet Kurulu, 02.12.2015 tarih ve 15-42/690-259 sayılı kararı

Rekabet Kurulu, 06.12.2016 tarihli ve 16-42/686-314 sayılı kararı

Rekabet Kurulu, 04.05.2017 tarih ve 17-15/211-90 sayılı kararı

Rekabet Kurulu, 08.06.2017 tarih ve 17-19/299-134 sayılı kararı

Rekabet Kurulu, 28.11.2017 tarih ve 17-39/636-276 sayılı kararı

Rekabet Kurulu, 29.03.2018 tarih ve 18-09/157-77 sayılı kararı

Rekabet Kurulu, 19.09.2018 tarih ve 18-33/557-275 sayılı kararı

Rekabet Kurulu, 17.01.2019 tarih ve 19-04/36-14 sayılı kararı