

**Citation:** ÇINAR, G. ve AK, A. (2021), ABD ve AB Uygulaması Işığında Türk Rekabet Hukukunda Avukat Müvekkil Gizliliği, Baseak CORE Papers No: 7, 2021

## ABD ve AB Uygulaması Işığında Türk Rekabet Hukukunda Avukat-Müvekkil Gizliliği

Gediz ÇINAR, Aslı AK

### \*ÖZET

Bu çalışma, özel hukukun her alanında görülen ve kabul edilen bir ilke olarak avukat-müvekkil gizliliğinin, rekabet hukukundaki farklı uygulama alanlarını ortaya koymayı amaçlamaktadır. Çalışma 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da gizlilik ilkesine ilişkin hüküm bulunmamasına yönelik eleştiriler sunarken, hem uluslararası hem de ulusal düzeyde tanınan bu ilkenin rekabet hukuku açısından geçerliliğini rekabet otoritelerinin kararları ışığında incelemektedir. Çalışmanın vardığı sonuçlardan ilki, T.C. Anayasası, Ceza Muhakemesi Kanunu ve Avukatlık Kanunu ile özel olarak düzenlenen avukat-müvekkil gizliliğinin, Rekabet Kurulu'na geniş yetkiler tanıyan rekabet hukukunda da geçerli olduğudur. İkincisi ise, avukat müvekkil arasındaki iletişimin müvekkilin savunma hakkı kapsamında gerçekleşmesi şartının rekabet soruşturması başlamadan önce gerçekleşen iletişimlere de kapsadığıdır.

**Anahtar kelimeler:** *Rekabet hukuku, avukat-müvekkil gizliliği, savunma hakkı, rekabet uyum programı*

**JEL Kodları:** L40, L49

### ABSTRACT

This paper aims at revealing distinct application areas of attorney-client privilege, a notion fully recognized by private law, in competition law. This paper evaluates the application of attorney-client privilege, which is recognized both on an international and national level, in competition proceedings in light of precedents of competition authorities while providing critique on the lack of an explicit provision in the Act on the Protection of Competition No: 4054. The primary conclusion of the paper suggests that the attorney-client privilege stipulated in the Constitution of the Turkish Republic, Criminal Procedure Act and Attorneyship Act shall apply to competition proceedings which confer wide authorities to the Turkish Competition Authority. The second conclusion indicates that the privilege extends to legal advice given before the initiation of an investigation.

**Keywords:** *Competition law, antitrust, attorney-client privilege, right to defence, competition compliance program*

**JEL Codes:** L40, L49

## I. Giriş

Avukat müvekkil gizliliği, rekabet mevzuatı ile düzenlenmemekle birlikte başta T.C. Anayasası olmak üzere, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu (“**Avukatlık Kanunu**”) ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (“**Ceza Muhakemesi Kanunu**”) ile koruma altına alınan ve temelini avukata yüklenen sır saklama yükümlülüğünden alan bir kavramdır. Avukat ile müvekkili arasındaki ilişki açısından en önemli unsur olan güvenin sağlanabilmesi açısından anılan düzenlemelerle avukata sır saklama yükümlülüğü getirilmiştir. Müvekkilin avukatına çekinmeksizin güvenemediği durumlarda avukatın müvekkile gereğince danışmanlık yapması ve müvekkili etkili şekilde temsil etmesi zorlaşacaktır<sup>1</sup>. Hem uluslararası hem yerel boyutta hem de T.C. Anayasası ile güvence altına alınan savunma hakkının gereğinin yerine getirilebilmesi için avukatın, müvekkil ile kurduğu güven ilişkisine istinaden avukatların görevleri dolayısıyla öğrendikleri hususları açığa vurmaları yasaktır.

Bu amaçla çalışmamızda öncelikle avukat müvekkil gizliliğinin Türk Hukukundaki yasal dayanağı incelenecek, ardından söz konusu müessesenin ABD ve mehz AB uygulamasındaki yeri Türk Rekabet Hukuku içtihadı ile birlikte değerlendirilecektir.

## II. Avukat Müvekkil Gizliliği Müessesinin Yasal Dayanağı

Türk Hukukunda avukat müvekkil gizliliğini güvence altına alan yasal düzenlemelerin başında T.C. Anayasası’nın 36. maddesi gelmektedir. Anayasa’nın 36. maddesi, “hak arama hürriyeti” kapsamında, “Temel Haklar ve Ödevler” arasında yer alan “*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*” şeklindeki hüküm ile savunma hakkını düzenlemektedir. Avukat-müvekkil gizliliği ise, ilgili madde ile öngörüldüğü üzere savunmanın vazgeçilmez unsuru olan avukatlık faaliyetinin engellenmeksizin sürdürülmesinin ön şartı konumundadır. Bu halde avukat müvekkil gizliliğinin temin edilmediği yargısal süreçler açısından Anayasa ile sağlanan savunma hakkının güvence altına alınması mümkün görünmemektedir. Öte yandan Anayasa

ile getirilen bu koruma yalnızca açık bir düzenlemenin yer aldığı Ceza Hukuku açısından değil bütün yargılama alanları için geçerlidir. Bu nedenle rekabet kurallarının da dâhil olduğu kabahatlerin muhakemesinde de avukat müvekkil gizliliğinin ihlali sonucunda hukuka aykırı olarak elde edilen delillere dayanılarak karar verilmemelidir.

Avukat müvekkil gizliliğini benzer şekilde Avukatlık Kanunu’nun 36. maddesinde yer alan “*avukatların, kendilerine tevdi edilen veya gerek avukatlık görevi gerekse, Türkiye Barolar Birliği ve barolar organlarındaki görevleri dolayısıyla öğrendikleri hususları açığa vurmaları yasaktır*” hükmü ile güvence altına alınmıştır. Bu düzenleme ile Avukatlık Kanunu, avukatın görevini ifa ederken doğrudan müvekkiline verdiği veya müvekkilinden aldığı bilgi ve belgeleri koruma altına almaktadır.

Avukat müvekkil arasındaki bilgi alışverişine tanınan imtiyaz konusunda ayrıca, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 130. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan düzenleme ile el konulan şeyin avukatla müvekkili arasındaki meslekî ilişkiye ait olduğunun saptanması halinde, el konulan şeyin derhâl avukata iade edileceğini ve yapılan işlemi belirten tutanakların ortadan kaldırılacağı belirtilmektedir. Ceza Muhakemesi Kanunu’nun ilgili hükmü uyarınca, yargılama sonucu kişinin hürriyetini bağlayıcı cezaların verilebildiği ceza hukukunda avukat-müvekkil gizliliği tanınmakta ve “mesleki ilişkiden kaynaklanan” koruma kabul edilmektedir. Bu durumda mali yükümlülüklerin öngörüldüğü yaptırımlara tabi rekabet hukukunda da bu gizliliğin tanınması ve gereğince uygulanması gerektiği düşüncesindeyiz.

## III. ABD Hukukunda Avukat Müvekkil Gizliliği Uygulaması

ABD uygulamasında avukat müvekkil gizliliği federal kuralların yanı sıra eyaletlere özgü düzenlemelere de tabidir. Dolayısıyla, avukat müvekkil gizliliğinin kapsamı eyaletten eyalete farklılık gösterebilmektedir. Bununla birlikte, genel itibariyle hukuki danışmanlık amacıyla şirket içi (*in-house*) veya bağımsız avukatlar ile gerçekleştirilen sözlü veya yazılı iletişimlerin imtiyazlı olduğu kabul edilmektedir. İmtiyazın doğabilmesi için gereken hukuki danışman-

<sup>1</sup> Günergök, Ö., *Avukatın Sır Saklama Yükümlülüğü*, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VII, S.1-2, Haziran 2003, s.655.

lık hizmetinin ise savunma hakkının kullanımı ihtiyacı doğuracak mevcut bir süreç ile ilişkili olması aranmamaktadır. Öyle ki, avukat müvekkil gizliliğinden söz edilebilmesi için örtülü bir hukuki danışmanlık talebinin varlığı dahi yeterli kabul edilebilmektedir<sup>2</sup>.

ABD Yüksek Mahkemesi (*Supreme Court*) tarafından değerlendirilen bir dosyada<sup>3</sup>, avukat müvekkil gizliliğine tabi olacak iletişimlerin yalnızca avukatlar tarafından sağlanan görüşler ile sınırlı olmayacağı, avukatların hukuki görüşlerini oluşturmalarına dayanak olan tüm bilgi akışlarının da koruma altında olması gerektiği değerlendirilmiştir. Aynı kararda aynı zamanda bir şirketin yalnızca üst yönetiminin değil, tüm çalışanlarının avukatlar ile bir hukuki danışmanlık ilişkisi içerisinde kurdukları iletişimlerin gizliliğe tabi olacağı hükme bağlanmıştır. Amerikan Barolar Birliği tarafından düzenlenen Mesleki Davranış Modeli Kuralları ışığında<sup>4</sup>, avukat-müvekkil gizliliği potansiyel müvekkiller için dahi geçerli olmaktadır. Bir kişinin potansiyel müvekkil sıfatını haiz olabilmesi için ise aşağıdaki kriterlerin sağlanması aranmaktadır<sup>5</sup>:

- i. *Kişinin hukuki görüş talebinde bulunması,*
- ii. *Kişinin avukat tarafından verilen görüşü hukuki görüş olarak değerlendirmesi,*
- iii. *Avukatın ilgili kişiyi verdiği görüşü dikkate almaması veya uygulamaması yönünde yönlendirmemiş olması.*

Yakın tarihli mahkeme kararları incelendiğinde avukat müvekkil gizliliğine konu olabilecek yazışmalar bakımından çeşitli sınırlamaların benimsendiği gözlemlenmektedir. Örneğin şirkette bordrolu olarak çalışan bir avukatın aynı metin içerisinde hem hukuki hem de ticari konularda görüş vermesi halinde ilgili iletişimin avukat müvekkil gizliliğinden yararlanıp yararlanamayacağı tartışmalıdır. Benzer bir durum, bir avukat tarafından verilen görüşün, avukat olmayan şirket yetkilileri tarafından, ilgili avukat e-posta yazışmasının kopyasında tutulmak suretiyle tartışılması halinde de geçerlidir<sup>6</sup>. 2014 tarihli *US v. DaVita* kararında Bölge Mahkemesi avukat müvekkil gizliliğinin kapsamını geniş bir biçimde yorumlamıştır. Kararda, bir

avukatın hukuki görüşünün şirket adına hareket etme yetkisine sahip (ve avukat olmayan) yöneticiler arasında paylaşılmasının, ilgili yazışmanın imtiyazlı statüsünü kaybettirmemesi gerektiği, yöneticilerin kendilerine sunulan hukuki tavsiyeleri tartışabilmeleri gerektiği savunulmuştur.

Son olarak, 2020 tarihli *Townhouse Rest. of Oviedo Inc. v. NuCO2* kararında<sup>7</sup> e-posta aracılığıyla gerçekleştirilen avukat müvekkil yazışmalarına yönelik korumanın her zaman yazışmanın ekinde yer alan belgeleri de kapsamayabileceği belirtilmiştir. Kararda, ilgili ek dosyasının içeriğinin (i) bir hukuki görüş talebine işaret edip etmediği veya (ii) bu yönde bir talebin çözülmesi için gerekli bilgileri ihtiva edip etmediğinin incelenmesi gerekliliği vurgulanmıştır.

Ek olarak ABD uygulamasında *work-product doctrine* olarak adlandırılan bir koruma da mevcuttur. İlgili koruma, avukat-müvekkil gizliliğinden daha geniş bir kapsama sahip olup, bir avukat tarafından dava vb. bir yasal süreçte kullanılmak üzere hazırlanan belgelere ilişkindir. Bu sayede avukatların dava süreçlerine hazırlık aşamasında gerçekleştirdikleri çalışmaların ve düşünsel süreçlerinin hukuki güvence altına alınması amaçlanmaktadır.

Rekabet hukuku uyumsuzlukları özelinde bir mahkeme kararı tespit edilememiş olmakla beraber, Amerika Birleşik Devletleri Adalet Bakanlığı (Department of Justice, DoJ) tarafından 2018 yılında küresel rekabet hukuku uygulamalarına yönelik olarak hazırlanan çalışma<sup>8</sup>, yukarıda açıklanan prensiplerin rekabet hukuku süreçlerinde de geçerliliğini koruduğuna işaret etmektedir. İlgili çalışmada, uluslararası rekabet otoriteleri ile gerçekleştirilen paylaşımlarda veya cezai kovuşturmayla konu rekabet hukuku süreçlerinde dahi avukat müvekkil gizliliğine tabi belgelerin incelemeye konu edilmediklerine yer verilmektedir.

Hal böyleyken, ABD uygulamasında avukat müvekkil arasında gerçekleştirilen iletişimlerin lehine bir koruma mekanizması olduğunu söylemek mümkündür. Çeşitli koşul ve sınırlamalara tabi olmak kaydıyla, gerek şirketlerin bordrolu çalışanları olan avukatlar, gerekse bağımsız avukatlar tarafından hukuki görüş verilmesi üzerine gerçekleştirilen iletişim ve hatta şirket içerisinde ilgili görüşlerin payla-

<sup>2</sup> Murphy-Johnson, D. ve diğerleri, *Attorney-client communications in USA*, Lexology, 8 Mayıs 2019.

<sup>3</sup> *Upjohn Co. v. United States*, 449 U.S. 383 (1981)

<sup>4</sup> American Bar Association, *Model Rules of Professional Conduct*, Kural 1.18.

<sup>5</sup> 291 N.W.2d 686 (1980) John R. TOGSTAD, et al., Respondents, v. VESELY, OTTO, MILLER & KEEFE and Jerre Miller, Appellants.

<sup>6</sup> U.S. v. DaVita Inc. (2014).

<sup>7</sup> *Townhouse Rest. of Oviedo Inc. v. NuCO2 LLC* (2020).

<sup>8</sup> Department of Justice, *Attorney-Client Privilege in Global Antitrust Enforcement*, 30 Mayıs 2018.

**Gediz Çınar & Aslı Ak – AB Uygulaması Işığında Türk Rekabet Hukukunda Avukat Müvekkil Gizliliği**

sıldığı iletişimler korumadan yararlanabilmektedir. Avukat müvekkil gizliliğinin işletilebilmesi için mevcut veya yakın bir ihtilafın varlığı aranmamakta, dava süreçlerinde avukatlar tarafından hazırlanan belgeler ise ayrı bir korumaya tabi tutulmaktadır. Avukat müvekkil gizliliğinde esas olan bir hukuki görüş talebinin, örtülü dahi olsa, varlığıdır.

**IV. Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Avukat Müvekkil Gizliliği**

İşbu çalışmamızın konusunu oluşturan avukat müvekkil gizliliği daha önce de belirtildiği üzere yalnızca Türk Hukukunda düzenlenen bir müessese olmayıp uluslararası boyutta tanınan bir kavramdır. Avukat müvekkil gizliliğinin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (“AİHS”) ile tanınan adil yargılanma hakkının tezahürü olarak karşımıza çıkmaktadır. AİHS’nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesi ile “b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak; c) Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir savunmacının yardımından yararlanmak” her sanığın asgari olarak sahip olması gereken haklar arasında sayılmıştır. Mesleki imtiyazın kaldırılması ise hukuki yardım alınmasını engelleyebilmekte veya sınırlandırabilmektedir. Öyle ki, avukat ile müvekkil arasındaki iletişimlerin ifşa edilmesi birçok durumda müvekkilin suçunu itiraf etmeye zorlanması veya kendi aleyhine delil sunmaya zorlanması anlamına gelebilmektedir<sup>9</sup>. Bu durumda avukat müvekkil gizliliğinin ihlali aynı zamanda AİHS’nin ihlali olarak değerlendirilmelidir.

Temel hak ve özgürlükler ile ilgili olan AİHS ilk bakışta uzak bir düzenleme olarak görülse dahi, Anayasa’nın 90. maddesi uyarınca iç hukukumuzun bir parçasıdır ve hatta normlar hiyerarşisinde kanunların üzerindedir:

*“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7/5/2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.”*

İdari yaptırım kararlarına karşı bireylerin korunması amacı ile idari yaptırımlar alanında ceza hukuku ilkeleri ve özellikle AİHS’nin 6. maddesince tanınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki ilkeler uygulanmaktadır. Bu durum göz önünde bulundurulduğunda, kanunla kurulmuş idari yaptırım kararı almaya yetkili olan, dolayısıyla adli rol üstlenen idari makam Rekabet Kurumu da Türkiye’nin taraf olduğu AİHS’nin ilkelerini uygulamakla ve bu hükümler çerçevesinde karar almakla yükümlüdür<sup>10</sup>. Bu konuya ilişkin olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Jussila v. Finlandiya* kararında rekabet hukuku çerçevesinde yöneltilen ihlal iddialarının AİHS’nin 6. maddesi dâhilinde bir “suçlama” sayılacağını belirtmiştir<sup>11</sup>.

**V. Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları Işığında Avukat Müvekkil Gizliliği**

Rekabet hukukunda avukat müvekkil gizliliğinin yeri ve uygulaması, ulusal düzenlemeler ile Rekabet Kurulu’nun kararları yanında Türk Rekabet Kanunu’nun mehzatı niteliğinde olan AB düzenlemeleri ve Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın kararlarıyla şekillenmektedir. *ABAD Hilti v. Commission* kararında<sup>12</sup> teşebbüs bünyesinde işçi-işveren ilişkisi çerçevesinde çalışan avukatın, bağımsız avukatlardan sözleşme ilişkisi çerçevesinde sağladığı görüşleri tekrar ettiği belgelerin de söz konusu imtiyaz doğrultusunda gizli olarak kabul edileceği belirtilmektedir.

Divan’ın Akzo Nobel ve Akros’un da aralarında bulunduğu teşebbüsler hakkında başlatılan soruşturma kapsamında yapılan yerinde incelemeye ve bu inceleme kapsamında teşebbüslerden alınan belgelere ilişkin kararında, incelemede elde edilen belgelerden birkaçının avukat müvekkil gizliliği kapsamında olduğuna yönelik iddialar değerlendirilmiştir. Komisyon yetkililerinin söz konusu belgelerin mahiyetini belirlemeye yönelik yaptığı inceleme doğrultusunda avukat-müvekkil gizliliğinden yararlanamayacağı öngörülen belgeler kapalı zarfa konulmaksızın alınmıştır. Anlaşmazlık konusu belgeler gerçekten de “Set A” ve “Set B” olmak üzere iki gruba ayrılmıştır. “Set A” olarak adlandırılan belgeler, Akros isimli teşebbüsün genel müdürü tarafından biri bilgisayar bir diğeri ise el yazısı ile kaleme alınan iki adet bilgi notundan oluşmaktadır. Genel müdür tarafından üstlerine gönderilmek üzere hazırlanan bilgi notlarının Akzo tarafından yürütülmekte olan rekabet uyum programı hakkında danışmanlık alınmasına

<sup>9</sup> Akzo Nobel Chemicals Ltd. & Akros Chemicals Ltd. v European Commission, C-550/07, para. 40-41.

<sup>10</sup> Akzo Nobel Kararı, para. 94.

<sup>11</sup> AM&S Europe Limited v European Commission, C-155/79, para. 23-34.

<sup>12</sup> AM&S Kararı, para. 18.

ilişkin olduğu anlaşılmaktadır. “Set B” olarak adlandırılan belgeler ise Akcros genel müdürü ile Akzo’nun in-house avukatı ve Rekabet Koordinatörü arasında geçen yazışmalardan oluşmaktadır. Kararda Hollanda Barosu’na kayıtlı Akzo Rekabet Koordinatörünün, bağımsız bir avukat değil, Akzo hukuk departmanının devamlı bir çalışanı olduğu belirtilmektedir.

Yapılan yerinde incelemede ilgili belgelerin kapalı zarfa konulmaksızın alınması sonucunda teşebbüsler, Komisyon’a bu belgelerin avukat-müvekkil gizliliği kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine yönelik yazılı başvuruda bulunmuştur. Söz konusu belgelerin adı geçen korumadan yararlanamayacağından bahisle ilgili başvurunun reddedilmesini takiben uyuşmazlık teşebbüsler tarafından mahkemeye (*General Court*) taşınmıştır. Söz konusu talebi reddeden mahkeme kararı ise bir üst makamda (*Grand Chambers*) temyiz edilmiştir. Sonuç olarak temyiz makamı yerinde incelemede alınan belgelerin avukat-müvekkil gizliliği kapsamında değerlendirilmesine yönelik talebi reddederken bu gizliliğe tanınacak imtiyaz hakkında Davalı İdare’nin de değerlendirmelerinde esas aldığı bulgulara yer vermiştir. Buna göre avukatlar ve müvekkilleri arasındaki yazışmaların avukat-müvekkil gizliliği ile sağlanan korumadan yararlanabilmesi için iki şartın kümülatif olarak gerçekleşmesi gerekir<sup>13</sup>:

- i. *Söz konusu yazışmalar müvekkilin savunma hakkının kullanılmasına ilişkin olmalı ve*
- ii. *Söz konusu yazışmalar müvekkil ile bağımsız, yani müvekkile işçi-işveren ilişkisi ile bağlı olmayan, avukat arasında gerçekleşmelidir.*

Söz konusu kararda, gizlilik talep edilen yazışmaların bağımsız bir avukatla değil, müvekkile işçi-işveren ilişkisi ile bağlı bir çalışanıyla yapıldığı belirtilmektedir<sup>14</sup>. Bu doğrultuda gizlilik talebi, talep edilen belgeler açısından bağımsız avukat şartının sağlanmamış olması gerekçesiyle reddedilmiştir.

Divan’ın Akzo Nobel kararı, bu koşulların uygulaması açısından yol gösterici niteliktedir. Nitekim Divan, “Set A” ve “Set B” belgelerinin avukat-müvekkil gizliliği kapsamında değerlendirilemeyeceğine ilişkin kararını, ilgili belgelerin “savunma hakkının kullanımıyla doğrudan ilgili

bulunmaması” nedeniyle değil, “bağımsız avukat” şartının sağlanmamış olduğu gerekçesiyle vermiştir. İlgili kararda, gizlilik talep edilen belgelerin, teşebbüsün in-house avukatından danışmanlık alınmasına ilişkin olduğu ve bu durumda yazışmanın bağımsız bir avukatla değil, müvekkile işçi-işveren ilişkisi ile bağlı bir çalışanıyla yapıldığı önemle vurgulanmaktadır. “Set A” olarak adlandırılan belgeler açısından, bu belgelerin içerik olarak rekabet uyum programlarına ilişkin olması belgelere gizlilik tanınması yönündeki kararı etkilememiştir. Diğer bir deyişle, rekabet uyum programı kapsamında hazırlanan belgeler, müvekkilin savunma hakkı kapsamında kabul edilmekte ve bağımsız avukat koşulunun sağlanması halinde avukat-müvekkil gizliliğinden faydalanmaktadır. Söz konusu talep, her iki grup belge açısından da, “bağımsız avukat” şartının sağlanmaması nedeniyle reddedilmiştir. “Set A” kapsamındaki belgeler bir şirket yetkilisi tarafından, “Set B” kapsamındaki belgeler ise müvekkil teşebbüsün çalışanı, bağımsız olmayan bir avukat tarafından hazırlanmıştır.

Avukat müvekkil gizliliğinin rekabet yargılamalarındaki yerine yönelik tartışmalar ABAD’ın AM&S kararına da konu olmuştur. Söz konusu karar aralarında AM&S’in de bulunduğu teşebbüsler hakkında başlatılan soruşturma ve bu soruşturma kapsamında yapılan yerinde incelemede alınan belgelere ilişkindir. Söz konusu karara göre, Akzo Nobel kararında da belirtildiği üzere iki koşulun sağlanması halinde avukat-müvekkil gizliliği ile tanınan korumadan bahsedilebilecektir<sup>15</sup>:

- i. *Söz konusu yazışma savunma hakkının kullanılmasına ilişkin olmalıdır ve*
- ii. *Yazışmalar müvekkil ile tam anlamıyla bağımsız avukatı arasında gerçekleşmiş olmalıdır. Müvekkilin avukatı ile arasındaki yazışmalar savunma hakkının ayrılmaz bir parçası olup avukat müvekkil gizliliğine tanınan koruma idari sürecin başlamasından itibaren yapılan tüm yazışmaları kapsayacak şekilde kabul edilmiştir.*

ABAD söz konusu kararında aynı zamanda “gizlilik ilkesinin, herkesin, mesleği gereği ihtiyacı olan kişilere bağımsız hukuki görüş veren bir avukata, hiçbir sınırlama ol-

<sup>13</sup> AM&S Kararı, para. 23: “... it must also be possible to extend it to the earlier written communications which have a relationship to the subject-matter of that procedure.”. Gizlilik talep edilen belgelerin

<sup>14</sup> Akzo Nobel Kararı, para. 94.

<sup>15</sup> AM&S Europe Limited v European Commission, C-155/79, para. 23-34.

**Gediz Çınar & Aslı Ak – AB Uygulaması Işığında Türk Rekabet Hukukunda Avukat Müvekkil Gizliliği**

*maksızın danışabilmesi gerekliliğine hizmet ettiğini”* vurgulamıştır. Buna göre Komisyon, rekabet hukuku ihlallerini soruştururken, daha soruşturma kararı alınmadan ilgili teşebbüsün kendi avukatı ile yaptığı mesleki ilişki niteliğindeki yazışmaları inceleyemez, bu mesleki ilişki kapsamındaki bilgi ve belgeler soruşturmanın açılmasıyla artık savunmayla ilgili bilgi ve belge kapsamına girdiğinden bu takdirde ilgili teşebbüsün savunma hakkı ihlal edilmiş olacaktır<sup>16</sup>.

**ABAD’ın bu ilgili kararında bu yönde bir yaklaşım izlemesinin sebebi ise avukat müvekkil gizliliğine tanınan korumanın, koruma talep edilen yazışmaların sürece ile ilişkili olması halinde daha önceki yazışmaları da kapsayacak şekilde genişletilebilecek olmasıdır<sup>17</sup>. Bu doğrultuda yalnızca idari sürecin başlamasını takiben vücut bulan belgelerin değil, süreçle alakası olması şartıyla daha önceki tarihli belgelerin de avukat müvekkil gizliliği kapsamında değerlendirilmesi öngörülmektedir.**

## **VI. Türk Rekabet Hukukunda Avukat Müvekkil Gizliliği**

### **VI.1. Avukat Müvekkil Gizliliği Karşısında Rekabet Kurumu’nun Yetkileri**

Çalışmamızın önceki bölümlerinde de belirttiğimiz üzere rekabet hukukunda avukat müvekkil gizliliğine ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Nitekim uygulamada söz konusu imtiyazın göz ardı edilmesinin sebebi çoğunlukla karşımıza rekabet mevzuatında bu yönde bir düzenleme bulunmaması olarak çıkmaktadır. Bununla birlikte, Rekabet Kanunu ile Rekabet Kurulu’na sağlanan görev ve yetkiler tek başına değerlendirildiğinde Rekabet Kurulu’nun bilgi ve belge toplama yetkisinin oldukça geniş olduğu görülmektedir. Rekabet Kanunu ile tanınan bu geniş yetki doğrultusunda Rekabet Kurulu’nun inceleme yetkisinin, avukatla yapılan iletişimlere de dâhil olacak şekilde düzenlendiği yönünde bir izlenim oluşabilmektedir.

Rekabet Kurulu’nun görev ve yetkileri Rekabet Kanunu’nun 27. maddesi ile düzenlenmiş olup aynı kanunun 14. ve 15. maddesi Rekabet Kurulu’nun bu görev ve yetkileri yerine getirirken nasıl hareket edeceğini göstermektedir. Rekabet Kanunu’nun 14. maddesi uyarınca Rekabet

Kurulu, 27. madde ile düzenlenen görev ve yetkilerini yerine getirirken “*gerekli gördüğü her türlü bilgiyi tüm kamu kurum ve kuruluşlarından, teşebbüslerden ve teşebbüs birliklerinden*” isteyebilmektedir. Yine aynı kanunun 15. maddesi uyarınca ise gerekli görülmesi halinde Rekabet Kurulu, teşebbüslerde veya teşebbüs birliklerinde yerinde incelemelerde bulunabilmektedir:

#### *“Yerinde İnceleme*

*Kurul, bu Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirirken gerekli gördüğü hallerde, teşebbüs ve teşebbüs birliklerinde incelemelerde bulunabilir. Bu amaçla teşebbüslerin veya teşebbüs birliklerinin:*

*a) Defterlerini, fiziki ve elektronik ortam ile bilişim sistemlerinde tutulan her türlü verilerini ve belgelerini inceleyebilir, bunların kopyalarını ve fiziki örneklerini alabilir,*

*b) Belirli konularda yazılı veya sözlü açıklama isteyebilir,*

*c) Teşebbüslerin her türlü mal varlığına ilişkin mahallinde incelemeler yapabilir. (...)”.*

### **VI.2. Rekabet Kurumu’nun Yetkilerinin Sınırı Olarak Avukat Müvekkil Gizliliği**

Rekabet Kanunu’nun anılan hükümleri doğrultusunda Rekabet Kurulu, kendisine atfedilen görev ve yetkilerden birini yerine getirirken teşebbüs veya teşebbüs birliklerinden her türlü bilgiyi talep edebileceği gibi bizzat bu teşebbüs ve teşebbüs birliklerinde incelemelerde bulunarak gerekli gördüğü belgeleri incelemekle ve belirli konularda bilgi almakla yetkili kılınmıştır. Rekabet Kanunu’nda bahsi geçen yetkinin hangi durumlarda sınırlanacağına ilişkin olarak da açık bir düzenleme getirilmemiştir. Bu yönde bir sınırlamanın yokluğunda Rekabet Kurulu’nun söz konusu görev ve yetkilerini avukat müvekkil gizliliğini göz ardı ederek yerine getirebileceği yönünde izlenime kapılmak mümkündür. Ne var ki, bu konuya ilişkin olarak en büyük önem arz eden husus hukukun farklı alanlarının birbirinden bağımsız olmadığı ve yine birbirinden ayrı düşünülmemeyeceğidir. Rekabet Kanunu ile Rekabet Kurulu’na getirilen görev ve yetkilere yönelik herhangi bir sınırlamanın yokluğunda ceza hukukunda öngörülen sınırlamaların rekabet

<sup>16</sup> AM&S Kararı, para. 18.

<sup>17</sup> AM&S Kararı, para. 23: “... it must also be possible to extend it to the earlier written communications which have a relationship to the subject-matter of that proce-

dure.”.

otoriteleri tarafından yürütülen süreçler açısından da geçerli olduğu düşünülmektedir. Nitekim Rekabet Kurulu'nun 15. maddede tanınan geniş yetkiler doğrultusunda hukuka aykırı bir belge olup olmadığını ve şayet varsa bu belgenin nerede olduğunu öğrenmek için şirket yetkililerine, örneğin kerpetenle tırnak çekmek suretiyle, işkence yapabileceğini kabul etmek mümkün değildir. Aksi bir yorum, Rekabet Kurulu'nun yürütmekte olduğu süreçler açısından sınırsız yetkiye sahip olduğu yönünde tedirgin edici bir kabulü beraberinde getirecektir.

Bu konuda Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 130. maddesinin ikinci fıkrasında aşağıdaki ifadelere yer verilmektedir:

*“Arama sonucu el konulmasına karar verilen şeyler bakımından bürosunda arama yapılan avukat, baro başkanı veya onu temsil eden avukat, bunların avukat ile müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğunu öne sürerek karşı koyduğunda, bu şey ayrı bir zarf veya paket içerisine konularak hazır bulunanlarca mühürlenir ve bu konuda gerekli kararı vermesi, soruşturma evresinde sulh ceza hâkiminden, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkemeden istenir. Yetkili hâkim el konulan şeyin avukatla müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğunu saptadığında, el konulan şey derhâl avukata iade edilir ve yapılan işlemi belirten tutanaklar ortadan kaldırılır.”*

Anayasa ile beraber Ceza Muhakemesi Kanunu'nun ilgili maddesinin avukat ile müvekkil arasındaki mesleki ilişkiye ait korumayı bir hassasiyet alanı olarak gördüğü ve bu açıdan korunmaya değer bir menfaatin varlığını teyit ettiği anlaşılmaktadır. Avukat ile müvekkil arasındaki ilişkiyi doğrudan ilgilendiren bu hükümler, avukat ve müvekkili arasındaki mesleki ilişkiden kaynaklanan bilgi ve belgeleri korumayı amaçlamaktadır.

### **VI.3. Rekabet Kurulu Tarafından Yapılan Yerde İncelemeler Açısından Değerlendirme**

Daha önce de değinildiği üzere rekabet hukuku açısından avukat müvekkil gizliliğinin en çok önem kazandığı alan Rekabet Kurulu tarafından teşebbüs ve teşebbüs birliğinde yapılan incelemelerdir. Bu itibarla söz konusu incelemeler esnasında hangi belgelerin elde edilebileceğinin son derece ihtiyatlı şekilde tespit edilmesi gerekmektedir.

Rekabet Kurulu'nun bu kapsamda bir inceleme yaparken karşılaşılabilecek iletişimlerle bu iletişimler kapsamındaki bilgi ve belgeler, Rekabet Kurulu tarafından herhangi bir soruşturma başlatılmadan önce gerçekleştirilmiş veya hazırlanmış olabilmektedir.

Özellikle 2020 yılında gerçekleştirilen kanun değişikliği ile Rekabet Kurumu uzmanlarının yerinde inceleme yetkilerinin genişletilmesi ve aynı yılın Ekim ayında yayımlanan Yerde İncelemelerde Dijital Verilerin İncelenmesine İlişkin Kılavuz ile şirket çalışanlarının şahsi telefonlarında gerçekleştirilen yazışmaların da incelemeye tabi tutulabileceği unutulmamalıdır. Kılavuz'un yayınlanması ile birlikte Kurum uzmanlarının yerinde incelemelerde söz konusu yetkilerini kullanmaları ile birlikte, yalnızca şirket yazışmalarının değil, şahsi yazışmaların da tartışma kapsamına girmesi mümkündür<sup>18</sup> (örn. bağımsız avukat ile gerçekleştirilen WhatsApp veya sair platformlarda gerçekleştirilen yazışmalar).

Böylesi bir durumda CMK ile tanınan imtiyazın, soruşturma başlatılmadan önce veya soruşturma başladıktan sonra olmak üzere ayırım gözetmeksizin, mesleki ilişki kapsamında gerçekleşen tüm iletişimlere kapsayacağı düşünülmektedir. Nitekim Ceza Muhakemesi Kanunu'nun ilgili maddesi ile öngörülen mesleki ilişki kavramı, kanunun savunmaya ilişkin kavramına göre daha geniştir. Bir başka deyişle belirli konuyla ilgili olarak soruşturma başlatılmadan önce adeta koruyucu hekimlik gibi koruyucu avukatlık hizmeti söz konusu olabilmektedir. Söz konusu koruyucu avukatlık hizmetinin, yani belirli bir konuda soruşturma başlatılmadan önce verilen hizmetlerin de madde kapsamında olduğu değerlendirilmektedir.

Bu açıklamalar ışığında, Rekabet Kurulu tarafından gerçekleştirilen incelemelerde el konulan belgenin “mesleki ilişkiye” ait olduğunun tespit edilmesi halinde, söz konusu belgenin soruşturmadan önce/sonra hazırlanmış olmasına bakılmaksızın CMK'nın 130. maddesi ile öngörülen sürecin yürütülmesi yerinde olacaktır. Bu durumda avukat tarafından, soruşturma başlatılmadan önce müvekkile ulaştırılan hukuki görüşlerin veya Rekabet Uyum Programları kapsamında hazırlanan raporların da söz konusu mesleki imtiyazın kapsamında değerlendirilmesi ve Rekabet Ku-

<sup>18</sup> Konunun kişisel verilerin korunması boyutu da tartışmaya açık olmakla birlikte, bu çalışmanın kapsamı itibarıyla yalnızca avukat müvekkil gizliliğine ilişkin konular ele alınmaktadır.

**Gediz Çınar & Aslı Ak – AB Uygulaması Işığında Türk Rekabet Hukukunda Avukat Müvekkil Gizliliği**

rule tarafından yapılan bir incelemede elde edilmesi halinde de CMK 130. maddesinin uygulanması gerekmektedir.

**VI.4. Rekabet Kurulu’nun Geçmiş Kararları Işığında Avukat Müvekkil Gizliliği**

Rekabet mevzuatında avukat müvekkil gizliliğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmaması nedeniyle Rekabet Kurulu uygulamasının da farklılık gösterdiği görülmektedir. Rekabet Kurulu’nun avukat müvekkil gizliliğini tanıdığı ve dolayısıyla avukat ile müvekkil arasındaki iletişimlerin imtiyazdan faydalanması gerektiğine hükmettiği kararları olduğu gibi, bazı olaylar açısından da söz konusu imtiyazı göz ardı ettiği görülmektedir.

Öyle ki Rekabet Kurulu Dow Kararı ile söz konusu imtiyazın rekabet hukukunda mevcudiyetini tanıtmıştır<sup>19</sup>:

*“(…) 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.*

*(...) 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.”*

Rekabet Kurulu’nun “savunma hakkının kullanılması amacıyla yapılan yazışmalar” ifadesi ile anlatılmak istenen, dar anlamda bir soruşturma, kovuşturma yahut yargılama sırasında avukatın hukuki desteğini almaktan ziyade, herhangi bir kişinin geniş anlamda kendi haklarını savunmak için bir profesyonelden, yani avukattan yardım almasıdır. Diğer bir ifadeyle, savunma hakkının içine yalnızca soruşturmalar esnasında avukat yardım almak değil, bunun yanı sıra herhangi bir süreçte ihtiyaç duyulduğunda

avukattan yardım almak da girmektedir. Savunma hakkının bu biçimde geniş yorumlanması ile uygun olarak, avukat müvekkil gizliliği uyarınca avukattan hukuki yardım alan bir müvekkilin bu süreç boyunca tüm ilişkileri gizlilikten faydalanacaktır. Zira bir soruşturma sırasında dar anlamda savunma hakkının kullanımı ile bağlantılı olarak avukat-müvekkil gizliliği, zaten Anayasa ve ceza muhakemesi hukuku kapsamında açıkça korunmaktadır.

Bunun ötesinde, kişiler her zaman bir hukuk profesyonelinin hukuki görüşüne başvurabilmeli, bu yardıma başvurmaları dolayısıyla bir müeyyide ile karşı karşıya kalmaktan endişe duymaksızın danışmanlık sürecinden etkili sonuç alabilmelidir. Aksi takdirde kişilerin hayatında hukuki soru ve sorunlarını danışmak amacıyla hukuki yardım almaktan imtina etmesi gibi istenmeyen bir sonuç meydana gelebilir. Bu nedenle savunma hakkı, kişilerin avukata her daim gizlilikten şüphe etmeyerek başvurabilmelerini kapsamalı gerekmektedir. Rekabet Kurulu’nun Dow kararı doğrultusunda, avukat müvekkil gizliliği korumasından bahsedilebilmesi için gerekli görülen savunma hakkının kullanılması amacı da bu biçimde geniş yorumlanmalıdır.

Rekabet Kurulu’nun avukat müvekkil gizliliğini dikkate aldığı CNR Kararında ise söz konusu gizliliğin teşebbüslerin hukuki danışmanlık hizmeti almaları esnasında avukatları ile yaptıkları yazışmaların zorunlu ifşasını engelleyerek bu iletişime koruma sağlamak amacını taşıdığını şu şekilde ifade etmiştir<sup>20</sup>:

*“(…) 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.*

*(...) 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 yapı-*

<sup>19</sup> Rekabet Kurulu’nun 02.12.2015 tarih ve 15-42/690-259 sayılı Dow Kararı, para. 6-8.

<sup>20</sup> Rekabet Kurulu’nun 20.08.2014 tarih ve 14-29/596-262 sayılı CNR Kararı, para. 53 vd.

*lan yazışmalar ile bağımsız avukattan hukuki danışmanlık alınmasına yönelik olarak hazırlanan evrakı kapsar.”.*

*“Avukatın müvekkili ile olan mesleki ilişkisinden kaynaklanan bilgi ve belgelerin gizliliği ilkesi (Gizlilik İlkesi-Legal Professional Privilege), 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 sağlamaktır.”*

Rekabet Kurulu rekabet kuralları çerçevesinde yürütülen süreçler açısından avukat müvekkil gizliliğini kabul etmekle birlikte söz konusu imtiyazın sınırlarını, Rekabet Kanunu’nun nasıl ihlal edileceğine ilişkin bilgi ve belgelerle çizmektedir. Rekabet Kurulu tarafından Enerjisa hakkında 16.11.2016 tarih ve 16-39/656-M sayı ile yürütülen önaraştırma kapsamında 22.11.2016 tarihinde yapılan yerinde incelemede alınan belgelerin arasından avukat müvekkil gizliliği kapsamında olduğu iddia edilen birtakım belgelerin de bulunduğu tespit edilmektedir. Söz konusu belgenin Enerjisa’nın hukuki danışmanlık aldığı avukatları tarafından yürütülen Rekabet Uyum Programı’nın sonucuna ilişkin bir rapor olduğu anlaşılmaktadır. Rekabet Kurulu, söz konusu belgelerin avukat müvekkil gizliliği kapsamında olduğu iddialarına karşılık verdiği kararında, “savunma hakkının kullanımıyla doğrudan ilgisi bulunmayan, herhangi bir ihlale yardım etmek veya devam eden ya da ileride işlenecek bir ihlali gizlemek amacıyla yapılan yazışmaların, önaraştırma, soruşturma veya inceleme konusuyla ilgili olsa bile korumadan yararlanamayacağını” ifade etmiştir.

Rekabet Kurulu’nun avukat-müvekkil gizliliğine ilişkin kararının iptali istemi ile açılan davada İdare Mahkemesi tarafından verilen karar, söz konusu müessesenin rekabet hukukundaki uygulaması açısından açıklık getirmektedir. İdare Mahkemesi, Rekabet Kurulu’nun el konulan belgelere ilişkin kararının iptaline ilişkin kararında şu ifadelerle yer vermiştir:

*“Bu durumda, şirketin bağımsız avukatlar tarafından rekabet hukuku yönünden denetlenmesi ve*

*denetim sonucuna ilişkin raporun, gerekçeli kararda belirtilen "bağımsız avukattan hukuki danışmanlık alınmasma yönelik olarak hazırlanan evrak" niteliğinde olduğu, bahse konu raporun şirketin rekabet mevzuatına uyumu ve rekabet ihlallerinin önlenmesine yönelik öneriler içermesinin, yine gerekçeli kararda vurgulanan "bir bağımsız avukatın teşebbüse belli bir anlaşmanın 4054 sayılı Kanunu ihlal edip etmediğine ilişkin bildirdiği görüş korumadan yararlanır" açıklaması ile birlikte düşünüldüğünde savunma hakkının kullanılması kapsamında olduğu, böylelikle Kurulun istikrar bulmuş kararlarında avukat müvekkil gizliliğine ilişkin imtiyaz için aradığı her iki koşulun sağlandığı ve anılan belgelerin avukat müvekkil gizliliği korumasından yararlanması gerektiği sonucuna varıldığından söz konusu belgelerin iade edilmemesi şeklindeki dava konusu işlemden hukuka uyarlık bulunmamaktadır.”*

Görüldüğü üzere Rekabet Kurulu kararlarına paralel olarak İdare Mahkemesi de rekabet hukukunda avukat-müvekkil gizliliğinin uygulanması için iki koşulun varlığını aramaktadır:

- i. *Söz konusu iletişim/belgeler müvekkilin savunma hakkı kapsamında hukuki danışmanlık alınmasına yönelik olmalı,*
- ii. *İlgili iletişim/belgeler müvekkil ile bağımsız avukat arasındaki ilişkiden kaynaklanmalıdır.*

İdare Mahkemesi’nin kararı rekabet uyum programı kapsamında hazırlanan raporların kanunu dolanmayı veya şirketlere rekabet kurallarının ihlal edilmesi konusunda yol göstermeyi değil aksine şirketin rekabet hukuku kurallarına uyumunu amaçladığını güvence altına alması açısından önemlidir. Bu kapsamda, bağımsız avukat tarafından hazırlanan bu tür belgeler savunma hakkı kapsamında değerlendirilmeli ve Rekabet Kurulu’nun belirlediği koşullar ışığında avukat-müvekkil gizliliğine tanınan korumadan yararlanmalıdır.

Öte yandan, İdare Mahkemesi’nin konuya ilişkin detaylı değerlendirmelerinin aksine, dosyayı yeniden inceleyen

**Gediz Çınar & Aslı Ak – AB Uygulaması Işığında Türk Rekabet Hukukunda Avukat Müvekkil Gizliliği**

Bölge İdare Mahkemesi ise aksi yönde bir karara imza atmıştır<sup>21</sup>. Bölge İdare Mahkemesi, İdare Mahkemesi kararını aşağıdaki gerekçeler ile kaldırmıştır:

*"bu rapor, "avukat-müvekkil gizliliği" imtiyazından yararlanabilmesi için aranan şartlardan biri olan "bağımsız çalışan bir avukat ile teşebbüs arasındaki ilişkiye ait olması" şartını taşımakla birlikte raporun bağımsız hukuki danışmanlık alınmasına yönelik hazırlandığı, içerik itibarıyla 4054 sayılı Kanun'un ihlali sonucunu doğuracak nitelikte ifadeler ve değerlendirmeler içerebileceği dikkate alındığında, davacı şirket hakkında daha önce davalı idare tarafından rekabet mevzuatında belirlenen ilkelerin ihlalinin dolaylı başlatılmış bir soruşturma veyahut bu soruşturma neticesinde tesis edilmiş bir idari işlemin iptali isteğiyle açılmış bir davanın raporun düzenlendiği tarihte henüz bulunmaması nedeniyle anılan raporun savunma hakkı kapsamında doğrudan kullanılmak üzere hazırlanmış bir rapor olduğundan söz edilmesine imkân 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 Mahkemesi kararında ise hukuki isabet bulunmamaktadır."*

Enerjisa kararı, rekabet hukukunda avukat müvekkil gizliliğinin idari yargı nezdinde tartışılması adına önemli bir emsal teşkil etmektedir. Bununla birlikte, Rekabet Kurulu'nun avukat müvekkil gizliliğine ilişkin kararlarının genellikle idari yargıya taşınmadığı, taşındıkları hallerde ise idare mahkemeleri nezdinde bir içtihat birliği bulunmadığı değerlendirildiğinde, konu hakkında hukuki belirliliğin henüz yaratılmadığı sonucuna varılabilecektir.

Diğer taraftan, Rekabet Kurulu takip eden süreçte de avukat müvekkil gizliliğine ilişkin muhafazakâr tutumunu pekiştiren kararlara imza atmıştır. Öyle ki, 2019 yılında verilen Huawei Kararı'nda, şirketin taraf olduğu bir tazminat davasına ilişkin şirket yetkilileri ve bağımsız avukatlar

arasında hukuki mütalaa verilebilmesi için gerekli bilgilerin derlenmesine yönelik ve savunma hakkı kapsamında olduğu ileri sürülen bir yazışma ihtilaf konusu olmuştur. İlgili yazışmaları inceleyen Kurul, yazışmaların şirket yetkilileri ve şirketin hukuk müşaviri arasında gerçekleştirildiğini, bağımsız avukatın ise e-posta yazışmalarının kopyasında tutulduğunu tespit etmiştir. Yapılan değerlendirmede, şirket içi yazışmalarda kopyada bağımsız avukatın da isminin yer almasının imtiyazın yaratılması için yeterli olmadığı, bağımsız avukat tarafından yapılan veya bağımsız avukata yöneltilen herhangi bir beyanın eksikliğinde avukat-müvekkil gizliliğinden bahsedilemeyeceği sonucuna varılmıştır<sup>22</sup>.

Son olarak 2020 yılında verilen Çiçeksepeti Kararı'nda ise şirket nezdinde gerçekleştirilen yerinde incelemede teşebbüs vekilinin avukat müvekkil gizliliğine dayanan talebi üzerine kapalı zarfta alınan toplam üç sayfa belgede adı geçen avukatın şirket bünyesinde bordrolu çalıştığının anlaşılması üzerine belgelerin avukat müvekkil gizliliği kapsamında olmadığına hükmedilerek belgelerin iadesi talebi reddedilmiştir<sup>23</sup>.

## **VII. Sonuç**

Avukat müvekkil gizliliği temelini AİHS ve T.C. Anayasası ile birlikte Ceza Muhakemesi Kanunu ve Avukatlık Kanunu'ndan almakta olup rekabet mevzuatında avukat ve müvekkil arasındaki iletişimlerin gizliliğine ilişkin açık herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Rekabet hukukunda bu yönde bir düzenleme olmamasına ve kanun değişikliği sonucu getirilen genişletilmiş yerinde inceleme yetkilerine rağmen, Rekabet Kurulu tarafından yürütülen süreçler açısından Rekabet Kurulu'na tanınan bilgi isteme ve teşebbüs ve teşebbüs birliklerinde inceleme yapabilme yetkisinin sınırsız olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Bu bağlamda avukat müvekkil gizliliğine yönelik en geniş yorumun ABD'de benimsendiği sonucuna varmak mümkündür. Hem Rekabet Kurulu kararları hem de mehaz AB uygulaması incelendiğinde ise söz konusu gizliliğin belirli şartlar altında rekabet hukuku açısından da tanındığı gözlemlenmektedir. Rekabet Kurulu'nun kararları doğrultusunda, avukat ile müvekkil arasındaki yazışmanın Rekabet Kanunu'nun nasıl ihlal edileceğine ilişkin olması halinde bu yazışmalar açısından avukat müvekkil gizliliğinin tanınması mümkün değildir. Bununla birlikte, mehaz AB

<sup>21</sup> Ankara Bölge İdare Mahkemesi 8. İdari Dava Dairesi'nin 2018/658 Esas, 2018/1236 Karar sayılı ve 10.10.2018 tarihli kararı

<sup>22</sup> Rekabet Kurulu'nun 14.11.2019 tarih ve 19-40/670-288 sayılı Huawei Kararı, para 7, 8.

<sup>23</sup> Rekabet Kurulu'nun 02.07.2020 tarih ve 20-32/405-186 sayılı Çiçeksepeti Kararı, para. 9, 10.

uygulamasında avukat ile müvekkil arasındaki yazışmalara gizlilik tanınabilmesi için iki ayrı koşul aranmaktadır. Buna göre müvekkilin savunma hakkının kullanılmasına ilişkin olan ve müvekkilin bağımsız, müvekkile işçi işveren ilişkisi ile bağlı olmayan avukat arasında gerçekleşen yazışmalar açısından gizlilik tanınabilecektir. Bahsi geçen düzenleme ve kararlar ışığında, Rekabet Kanunu ile ayrıca düzenlenmemiş olmakla birlikte avukat müvekkil gizliliğinin rekabet hukuku kapsamında yürütülen süreçlerde de uygulanması gerekmektedir.

## KAYNAKÇA

American Bar Association, Model Rules of Professional Conduct, <https://www.americanbar.org/groups/professional-responsibility/publications/model-rules-of-professional-conduct/model-rules-of-professional-conduct-table-of-contents/> adresinden elde edildi.

Ankara 15. İdare Mahkemesi'nin 2017/412 Esas ve 2017/3045 Karar sayılı ve 16/11/2017 tarihli kararı. <https://www.rekabet.gov.tr/Safahat?safahatId=53845dbb-ae23-4037-947b-c71218eeba21> adresinden elde edildi.

Ankara Bölge İdare Mahkemesi 8. İdari Dava Dairesi'nin 2018/658 Esas, 2018/1236 Karar sayılı ve 10.10.2018 tarihli kararı. <https://www.rekabet.gov.tr/Safahat?safahatId=3ef5a0b5-f925-4eb3-8deb-850d75ea41b2> adresinden elde edildi.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 73053/01 başvuru sayılı ve 23.11.2006 tarihli Jussila v. Finlandiya Kararı. [https://hu-doc.echr.coe.int/eng#f{"tabview":"docu-ment"},"itemid":"001-78135"}](https://hu-doc.echr.coe.int/eng#f{) adresinden elde edildi.

Department of Justice, Attorney-Client Privilege in Global Antitrust Enforcement, 30 Mayıs 2018, <https://www.justice.gov/opa/speech/file/1066916/download> adresinden elde edildi.

Erdem, E., "Rekabet Kurulu'nun Avukat Müvekkil Yazışmalarının Gizliliğine İlişkin Yaklaşımı", Erdem&Erdem Yayınlar, Ağustos 2017, <http://www.erdem-erdem.av.tr/yayinlar/hukuk-postasi/rekabet-kurulunun-avukat-muvekkil-yazisma-larinin-gizlilikine-iliskin-yaklasi-mi/> adresinden elde edildi.

Günergök, Ö. (2003). Avukatın Sır Saklama Yükümlülüğü. Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VII, S.1-2, 655. <http://hukukdergi.erdincan.edu.tr/avukatin-sir-saklama-yukumlulugu-dr-ozcan-gunergok/> adresinden elde edildi.

Gürkaynak, G., İkiler, B., "Avukat ile Müvekkili Arasındaki Yazışmaların Yerinde İncelemelerde İncelenmesi ve Rekabet Hukuku Soruşturamalarında Kullanılması Meselesi", Rekabet Forumu, 20 Haziran 2007, S.5, <http://www.gurkaynak.av.tr/docs/The-issue-of-inspecting-Attorney-Client-Correspondance.pdf>, erişim: 02.05.2018.

Human Rights And Equal Opportunity Commission (HREOC) (2007). Australian Law Reform Commission (ALRC). Submission of the Human Rights and Equal Opportunity Commission (HREOC) to the Australian Law Reform Commission (ALRC): Inquiry into Legal Professional Privilege. <https://www.humanrights.gov.au/submission-legal-professional-privilege> adresinden elde edildi.

John R. TOGSTAD, et al., Respondents, v. VESELY, OTTO, MILLER & KEEFE and Jerre Miller, Appellant, 291 N.W.2d 686 (1980), <https://h2o.law.harvard.edu/cases/4178> adresinden elde edildi.

Judgement of the Court of 14 September 2010, Akzo Nobel Chemicals Ltd. & Akros Chemicals Ltd. v European Commission, Case C-550/07, EU:C:2010:512. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62007CJ0550&from=EN> adresinden elde edildi.

Judgement of the Court of 18 May 1982, AM&S Europe Limited v European Commission, C-155/79, EU:C:1982:157AM&S <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61979CJ0155&from=EN> adresinden elde edildi.

Judgement of the Court of 2 March 1994, Case T-30/89 Hilti v. European Commission .T-30/89, EU:T:1991:70. <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=102724&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1034058> adresinden alındı.

Murphy-Johnson, D. ve diğerleri, Attorney-client communications in USA, Lexology, 8 Mayıs 2019. <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=ea32c3a0-76f4-440c-a61c-a05c6c8218c8> adresinden elde edildi.

Özkan, A. F. (2016). Türk Rekabet Hukuku Uygulamasında Rekabet Uyum Programları, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XX, Y. 2016, S-2. [http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/20\\_2\\_11.pdf](http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/20_2_11.pdf) adresinden elde edildi.

Süsoy, E., "Dow Kararı Uyarınca Avukat-Müvekkil Yazışmalarının Gizliliği", Erdem&Erdem Yayınlar, Nisan 2016, <http://www.erdem-erdem.av.tr/yayinlar/hukuk-postasi/dow-karari-uyarinca-avukatmuvekkil-yazismalarinin-gizliliği/>, adresinden elde edildi.

Townhouse Rest. of Oviedo Inc. v. NuCO2 LLC (2020), <https://www.bloomberglaw.com/public/desktop/document/TownhouseRestofOviedoIncNuCO2LLCNo1914085CIVROSENBERGMAYNARD2020?1622105994> adresinden elde edildi.

Upjohn Co. v. United States, 449 U.S. 383 (1981), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/449/383/> adresinden elde edildi.

U.S. v. DaVita Inc. (2014), <https://www.bloomberglaw.com/public/desktop/document/UnitedStatesvDaVitaInc301FRD676NDGa2014CourtOpinion?1622105998> adresinden elde edildi.

Ünal, Ş. (2001). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri, Türkiye Büyük Millet Meclisi Yayınları, 176-177. <https://acikeri-sim.tbmm.gov.tr/xmlui/handle/11543/2032> adresinden elde edildi.

### **Rekabet Kurulu Kararları**

Rekabet Kurulu'nun 02.12.2015 tarih ve 15-42/690-259 sayılı Dow Kararı. <http://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=4f48e79e-e03a-4427-b477-3d2fa17557ac> adresinden elde edildi.

Rekabet Kurulu'nun 06.12.2016 tarih ve 16-42/686-314 sayılı Enerjisa Kararı. <http://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=97e11d03-0ed8-4ae2-968c-88d0e0ec5869> adresinden elde edildi.

Rekabet Kurulu'nun Kurulu'nun 20.08.2014 tarih ve 14-29/596-262 sayılı CNR Kararı. <http://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=93ea0db4-b985-4222-a1cd-6cd58b02a8f4> adresinden elde edildi.

Rekabet Kurulu'nun 20.06.2019 tarih ve 19-22/352-158 sayılı İstanbul Gümrük Müşavirleri Derneği Kararı. <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=5d3f15ad-3a75-4ea0-acb2-1fe0b2a19de9> adresinden elde edildi.

Rekabet Kurulu'nun 14.11.2019 tarih ve 19-40/670-288 sayılı Huawei Kararı. <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=6356df8b-26a7-41d4-a840-3dc42e0e0464> adresinden elde edildi.

Rekabet Kurulu'nun 02.07.2020 tarih ve 20-32/405-186 sayılı Çiçeksepeti Kararı. <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=c1355245-c043-4741-998e-70d5de769809> adresinden elde edildi.