

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2023-4-022
Karar Sayısı : 23-45/839-295
Karar Tarihi : 21.09.2023

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Birol KÜLE
Üyeler : Ahmet ALGAN (İkinci Başkan), Şükran KODALAK,
Hasan Hüseyin ÜNLÜ, Ayşe ERGEZEN,
Cengiz ÇOLAK, Berat UZUN

B. RAPORTÖRLER : Kübra Dilara AYAR, Büşra ÖZCAN, Rabia BALTACI,
Melih Gökhan DURMUŞ, Neşe SOYLU, Emre NEBİOĞLU

C. İLGİLİ TARAF : - Koyuncu Elektronik Bilgi İşlem Sistemleri Sanayi ve Dış
Ticaret AŞ
Emek Mah. Motif Sk. No:2 Sancaktepe/İstanbul

- (1) **D. DOSYA KONUSU:** Rekabet Kurulunun 11.05.2023 tarih ve 23-21/419-M sayılı kararıyla yürütülen önaraştırma kapsamında 06.09.2023 tarihinde Koyuncu Elektronik Bilgi İşlem Sistemleri Sanayi ve Dış Ticaret AŞ'de gerçekleştirilen yerinde incelemenin engellenmesi/zorlaştırılması.
- (2) **E. DOSYA EVRELERİ:** Rekabet Kurulunun 11.05.2023 tarih ve 23-21/419-M sayılı kararıyla yürütülen önaraştırma kapsamında 06.09.2023 tarihinde Koyuncu Elektronik Bilgi İşlem Sistemleri Sanayi ve Dış Ticaret AŞ'de (KOYUNCU) gerçekleştirilen yerinde incelemenin engellenmesi/zorlaştırılması üzerine hazırlanan 15.09.2023 tarih ve 2023-4-022/BN-01 sayılı Bilgi Notu görüşülerek karara bağlanmıştır.
- (3) **F. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgili Bilgi Notu'nda,
- Rekabet Kurulunun 11.05.2023 tarihli ve 23-21/419-M sayılı kararı uyarınca yürütülmekte olan önaraştırma kapsamında KOYUNCU'da yapılan yerinde incelemenin *Microsoft Outlook* uygulaması üzerinden yapılan yazışmaların silinmesi suretiyle engellendiği/zorlaştırıldığı,
- Bu çerçevede KOYUNCU'ya 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi uyarınca idari para cezası verilmesi gerektiği

kanaat ve sonucuna ulaşıldığı ifade edilmiştir.

G. İNCELEME, GEREKÇE VE HUKUKİ DAYANAK

G.1. Yaşanan Gelişmelerin Özeti

- (4) Rekabet Kurulunun (Kurul) 11.05.2023 tarih ve 23-21/419-M sayılı kararı uyarınca; Epson Italia S.P.A. Merkezi İtalya Türkiye İstanbul Şubesi (EPSON) ile Kadioğlu Kırtasiye Pazarlama Ticaret AŞ tarafından 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (4054 sayılı Kanun) 4. maddesinin ihlal edilip edilmediğinin tespitine yönelik olarak önaraştırma yapılmasına ve bu kapsamda söz konusu teşebbüsler ile teşebbüslerin yeniden satış noktalarında 4054 sayılı Kanun'un 14. ve 15. maddelerinde yer alan yetkilerin kullanılmasına karar verilmiştir.

- (5) Dosya kapsamında görevli meslek personeli tarafından 06.09.2023 tarihinde saat 10.03'te Emek Mah. Motif Sk. No:2 Sancaktepe/İSTANBUL adresinde bulunan KOYUNCU'ya gidilmiştir. Yetki belgeleri ile Rekabet Kurumu (Kurum) kimlik kartları teşebbüs yetkililerine ibraz edilmiş ve 4054 sayılı Kanun'un 14. ve 15. maddelerinin Kurul emrinde çalışan uzmanlara verdiği yetkiler ile aynı Kanun'un 16. ve 17. maddelerinde düzenlenen idari para cezaları Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik, 2010/3 sayılı Dosyaya Giriş Hakkının Düzenlenmesine ve Ticari Sırların Korunmasına İlişkin Tebliğ ve 08.10.2020 tarih ve 20-45/617 sayılı Kurul kararı ile kabul edilen "Yerinde İncelemelerde Dijital Verilerin İncelenmesine İlişkin Kılavuz" hakkında teşebbüs yetkililerinin bilgi edinmeleri sağlandıktan sonra yerinde incelemeye başlanmıştır.
- (6) Bu kapsamda teşebbüs yetkililerine yerinde inceleme hakkında açıklama yapılarak teşebbüs çalışanlarına rekabet uzmanları tarafından yerinde incelemenin başlatıldığı, yerinde inceleme tamamlanana kadar bilgisayarlarından, elektronik postalarından ve sair veri depolama cihazlarından herhangi bir suretle yazışma ya da belge silinmemesi gerektiği; aksi takdirde bu durumun tespit edilerek idari para cezası yaptırımının söz konusu olabileceği yönünde bilgi verilmesi sağlanmıştır.
- (7) Teşebbüs çalışanlarının e-posta hesaplarında gerçekleştirilen yerinde inceleme sırasında, KOYUNCU Perakende Müşteri Yönetmeni (.....) tarafından teşebbüse giriş saatinden sonrasına tekabül eden 10.17 ile 11.58 saatleri arasında; KOYUNCU Kanal Satış Şefi (.....) tarafından ise teşebbüse giriş saatinden sonrasına tekabül eden 10.17 ile 16.00 saatleri arasında e-posta hesaplarındaki birtakım e-postalar üzerinde *softdelete*¹ işlemi gerçekleştirildiği tespit edilmiştir. Bu kapsamda, e-posta hesaplarında silme işleminin gerçekleştiğini ortaya koyan ekran görüntülerine yerinde inceleme tutanağı ekinde yer verilmiştir.

G.2. Hukuki Değerlendirme

- (8) Yerinde inceleme yetkisi, 4054 sayılı Kanun'un ihlal edilip edilmediğinin ortaya çıkarılmasında kullanılan en önemli araçların başında gelmektedir. Bu yetkinin etkin bir şekilde kullanılması, rekabet ihlallerinin ortaya çıkarılmasına yönelik delillerin elde edilebilmesi bakımından verimli sonuçlar alınabilmesi noktasında büyük öneme sahiptir.
- (9) 4054 sayılı Kanun'un "Yerinde İnceleme" başlıklı 15. maddesi;

"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.*

İnceleme, Kurul emrinde çalışan uzmanlar tarafından yapılır. Uzmanlar incelemeye giderken yanlarında incelemenin konusunu, amacını ve yanlış bilgi

¹ Microsoft Outlook uygulamasında yer alan e-postaların kalıcı olarak silinmeyip "Silinmiş Öğeleri Kurtar" yöntemiyle kurtarılacak şekilde silinmesi işlemidir.

verilmesi halinde idari para cezası uygulanacağını gösteren bir yetki belgesi bulundurulur.

İlgililer istenen bilgi, belge, defter ve sair vasıtaların suretlerini vermekle yükümlüdür. Yerinde incelemenin engellenmesi veya engellenme olasılığının bulunması durumunda sulh ceza hâkimi kararı ile yerinde inceleme yapılır."

şeklinde düzenlenmiştir.

- (10) Diğer yandan, 4054 sayılı Kanun'un "İdari Para Cezası" başlıklı 16. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde "*yerinde incelemenin engellenmesi ya da zorlaştırılması*" teşebbüslere idari para cezası verilmesini gerektiren hallerden biri olarak sayılmıştır. Söz konusu maddeye göre Kurulun incelemenin engellenmesi ya da zorlaştırılması halinde, teşebbüs niteliğindeki gerçek ve tüzel kişiler ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerine karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin binde beşi oranında idari para cezası verebileceği hüküm altına alınmıştır.
- (11) Aşağıda yerinde incelemenin engellendiği veya zorlaştırıldığı tespitlerinin bulunduğu yakın tarihli Kurul kararlarına² ve bazı idari yargı kararlarına yer verilmiştir.
- (12) Kurulun 13.03.2019 tarihli ve 19-12/146-67 sayılı kararında; Coşkunlar Hazır Beton İnş. Taah. San. ve Tic. AŞ'ye ait "*hazirbeton@coskunlar.com*" hesabının yerinde inceleme esnasında ilk açıldığı anda hesapta yaklaşık 1.300 adet e-postanın bulunduğu, yerinde incelemeye başlandıktan kısa bir süre sonra saat 11.00'de elektrik kesintisi yaşandığı, saat 11.30 itibarıyla elektriğin gelmesinden sonra da yaşanan aksaklıklar sebebiyle söz konusu e-posta hesabına erişim sağlanamadığı belirtilerek hesaba erişimin yeniden sağlandığı saat 13.38 itibarıyla e-posta hesabında 44 adet e-postanın kaldırıldığının anlaşılması nedeniyle teşebbüs hakkında idari para cezası uygulanmasına karar verilmiştir.
- (13) Söz konusu karara karşı Coşkunlar Hazır Beton İnş. Taah. San. ve Tic. AŞ tarafından açılan dava Ankara 16. İdare Mahkemesi tarafından 2019/622 E., 2019/2482 K. sayılı ile reddedilerek söz konusu Kurul kararında hukuka aykırılık bulunmadığına karar verilmiştir.
- (14) Kurulun 26.12.2019 tarihli ve 19-46/793-346 sayılı kararında; yerinde inceleme esnasında Kaynak Tekniği San. ve Tic. AŞ çalışanının e-posta hesabına ilk erişilen an olan saat 14.12'de 96 adet okunmamış e-posta olduğu, incelemenin yapılmasına müsaade edilen an olan 15.35'te anılan hesapta 73 adet okunmamış e-posta olduğu ve silinen e-postalara ilişkin tespitlerin internet tarayıcı geçmişinden elde edildiği tespitlerine yer verilmiş olup bu nedenle teşebbüs hakkında idari para cezası uygulanmasına karar verilmiştir.
- (15) Kurulun 29.04.2021 tarihli ve 21-24/278-123 sayılı kararında; Eti Gıda San. ve Tic. AŞ çalışanının mobil cihazında yapılan inceleme esnasında, kendilerine daha önceden herhangi bir veri silinmemesi uyarısında bulunulmasına rağmen, yerinde inceleme ekibi tarafından incelemeye başlandıktan sonra bazı yazışmaların silindiğinin anlaşılması nedeniyle teşebbüs hakkında idari para cezası uygulanmasına karar verilmiştir.

² Kurulun 13.03.2019 tarihli ve 19-12/146-67 sayılı; 26.12.2019 tarihli ve 19-46/793-346 sayılı; 29.04.2021 tarihli ve 21-24/278-123 sayılı; 29.04.2021 tarihli ve 21-24/279-124 sayılı; 17.06.2021 tarihli ve 21-31/400-202 sayılı; 08.07.2021 tarihli ve 21-34/451-226 sayılı; 08.07.2021 tarihli ve 21-34/452-227 sayılı; 12.08.2021 tarihli ve 21-38/544-265 sayılı kararları.

- (16) Kurulun 20.05.2021 tarihli ve 21-26/327-152 sayılı kararında; Unmaş Unlu Mamuller Sanayi ve Ticaret AŞ'de (UNMAŞ) gerçekleştirilen yerinde incelemede, yerinde inceleme ekibi tarafından saat 10.00'da teşebbüs vekiline teşebbüs çalışanlarının söz konusu inceleme tamamlanana kadar bilgisayarlarından, e-posta kutularından ya da teşebbüse ait veri içeren sabit veya taşınabilir nitelikte herhangi bir cihazdan hiçbir suretle bilgi, belge veya yazışma silmemeleri konusunda bilgilendirme yapıldığı, yerinde inceleme yapılacak çalışanların teşebbüs binasında olmadığı öğrenilmesi üzerine ise mobil cihazlardaki veri bütünlüğünün bozulmaması adına saat 10.15'te bu cihazlardaki verilerin silinmemesi hususunun teşebbüs vekiline ayrıca hatırlatıldığı fakat saat 10.38 ve 10.44 arasında UNMAŞ Ticaret Direktörü tarafından Whatsapp uygulaması içinde silme işleminin gerçekleştirildiğinin tespit edildiği belirtilerek teşebbüs hakkında idari para cezası uygulanmasına karar verilmiştir. İlaveten, ilgili kararda *"Diğer taraftan silinen verilere adli bilişim cihazları yardımıyla erişilebilmiş olmasının, fiilin yerinde incelemenin engellenmesi/zorlaştırılması niteliğine bir etkisinin bulunmadığı değerlendirilmektedir. Aksi bir durumun kabulünün, teşebbüslerin söz konusu verileri sildiği ancak adli bilişim cihazları tarafından silme işleminin tespit edilemediği bir durumda bu teşebbüsler bakımından bir ödüllendirme anlamına gelebileceği düşünülmektedir."* tespiti³ yer almaktadır.
- (17) Kurulun 08.07.2021 tarihli ve 21-34/451-226 sayılı kararında; yerinde incelemenin başladığı saat olan 10.10'u takip eden süreçte Savola Gıda San. ve Tic. AŞ çalışanı tarafından saat 11.00 ile 11.11 arasında 100'e yakın e-posta yazışmasının silindiğinin; yine bir diğer teşebbüs çalışanı tarafından ise saat 11.47 ile 11.52 arasında beş adet e-posta yazışmasının silindiğinin ve bir başka teşebbüs çalışanının mobil cihazında yapılan incelemede teşebbüs ile ilgili yazışmaların bulunduğu düşünülen Whatsapp uygulaması içindeki çeşitli grup mesajlarının veya bireysel mesajların saat 11.59'da silindiğinin tespit edilmesi nedeniyle teşebbüs hakkında idari para cezası uygulanmasına karar verilmiştir.
- (18) Kurulun 12.08.2021 tarihli ve 21-38/544-265 sayılı kararında; İstanbul Gübre Sanayi AŞ Satış Pazarlama Uzmanı (.....)'ın mobil cihazında yapılan incelemede hiçbir Whatsapp yazışmasının bulunmadığının görülmesine rağmen Satış Pazarlama Uzmanı (.....)'nın mobil cihazında yapılan incelemede (.....)'ın bir Whatsapp grubundan, incelemeye yetkili meslek personelinin teşebbüse giriş saati olan 10.15'ten yarım saat kadar sonra, saat 10.45'te ayrıldığı tespit edilmiş, ayrıca iki çalışanın inceleme başladıktan sonra e-posta hesaplarında bulunan 165 ve 171 adet e-postayı sildiği tespit edilmiş, bu gerekçelerle teşebbüs hakkında idari para cezası uygulanmasına karar verilmiştir. Bahse konu Kurul kararında teşebbüs vekili tarafından ifade edilen *"...Ayrıca silinen e-postalar kurum uzmanlarınca geri yüklenerek incelenmiştir ve bu e-postalarda herhangi bir sakınca olmadığı tespit edilmiştir, silinen e-postalardan uzmanlar tarafından herhangi bir örnek alınmamıştır. (.....)'ın sildiği bildirilen whatsapp grubundaki görüşmeler, diğer grup üyelerinin yazışmalarından alınmıştır ((.....)'nın grup yazışmasının incelenmesinden elde edilmiştir); yani bu şahsi işlemin önaraştırmaya bir etkisi olmamıştır."* değerlendirmesinin ve bu kapsamda silinen e-postaların geri getirilmesinin ceza tayini noktasında göz önünde bulundurulmadığı görülmektedir.
- (19) Danıştay 13. Dairesinin 2008/5890 E., 2013/847 K. sayılı kararında, dosya konusu olayda incelemeye konu Koçak Petrol Ürünleri Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. yetkilisi

³ Mobil cihazlarda gerçekleştirilen incelemelerde, silinen verilerin geri getirilmesi bu cihazların yazılımı ve teknik özelliklerinden kaynaklanan nedenlerle her durumda mümkün olamamaktadır.

tarafından gerçekleştirilen eylemler nedeniyle incelemeye iki saatlik bir gecikmeyle başlanması ve yaşanan bu süreçte yapılan uyarılara rağmen anılan teşebbüse ait bilgisayardan bir klasörün silinmesine ilişkin olarak Mahkeme tarafından; yerinde incelemenin doğası gereği teşebbüslere haber verilmeksizin, ansızın, süratli ve kesintisiz biçimde gerçekleşmesi gereken bir uygulama olduğu, incelemeye başlanması için teşebbüs avukatının makul bir süre beklenebileceği ancak bu süre içinde teşebbüs tarafından dosyalarda oynama yapılmaması ve hiçbir şekilde delil karartmaya yönelik davranışlarda bulunulmaması gerektiği ifade edilerek incelemenin iki saat süreyle geciktirilmesi ve yapılan sözlü uyarılara rağmen teşebbüs yetkilisinin bilgisayardan bir klasörü silmesi nedeniyle yerinde incelemenin engellendiğine hükmedilmiştir. Söz konusu karar daha sonra temyiz edilmiş ve Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunda görüşülerek 2013/3389 E., 2016/23 K. sayılı karar ile onanmıştır.

- (20) Ankara 13. İdare Mahkemesinin 2013/1598 E. 2014/1495 K. sayılı kararı ile de, TTNNet AŞ'de yapılmak istenen yerinde inceleme esnasında inceleme yapılan teşebbüs çalışanının bilgisayarındaki bir klasörden bazı belgelerin silindiğine yönelik yapılan tespitler neticesinde incelemenin engellendiğine yönelik Kurul kararı hukuka uygun bulunmuştur.
- (21) Ankara Bölge İdare Mahkemesi 8. İdari Dava Dairesi'nin 2023/207 E. sayılı kararında ve 18. İdare Mahkemesi'nin 2022/318 E. 2022/3124 K. sayılı İGSAŞ (İstanbul Gübre Sanayii AŞ) kararında "*silinen e-postaların içeriğinin (özel ya da iş ile ilgili olup olmaması) ya da geri getirilip getirilememesinin cezai müeyyideye bağlanan halin oluşmasına herhangi bir etkisinin bulunmadığı, silinen e-posta içeriği yazışmalar yerinde incelemeyi gerçekleştiren uzmanlar tarafından geri getirilmiş olsa dahi verilere uzmanların geç ulaşması nedeniyle yerinde incelemenin zorlaştırıldığı hususunun açık olduğu görülmektedir.*" ifadeleri yer almaktadır.
- (22) Yukarıda özetlenen Kurul ve idari yargı kararlarından da görüleceği üzere, yerinde inceleme başladıktan sonra klasör, e-posta, mesaj gibi verilerin silinmesi delil karartmaya yönelik eylem olarak nitelendirilmekte ve bu eylem neticesinde incelemede görevli meslek personelinin olası delillere erişiminin zorlaştırıldığı anlaşılmaktadır. Yerinde incelemede silinen tüm belgelerin geri getirilmiş olmasının ve söz konusu belgelerin ihlali gösterir nitelikte olmamasının yerinde incelemenin engellenip engellenmediği değerlendirmelerinde herhangi bir önemi bulunmamaktadır.
- (23) KOYUNCU'da bilgisayarlar üzerinde yapılan incelemede (.....) ve (.....)'un, *Microsoft Outlook* uygulamasında kurulu e-posta hesapları üzerinden gerçekleştirdikleri birtakım yazışmaları teşebbüse giriş saati olan 10.03'ten sonra sildikleri tespit edilmiş ve silinmeye ilişkin ekran görüntülerine yerinde inceleme tutanağının ekinde yer verilmiştir. Öte yandan bahse konu yazışmalar *Recover Deleted Items From Server*⁴ marifetiyle geri getirilmiş olup silinen verilerin tümü, incelemeye tabi tutulmuştur. Bununla birlikte, (.....) ve (.....) tarafından silinen e-postalar geri getirilmiş olsa da anılan silme işlemi nedeniyle yerinde incelemenin etkin bir şekilde gerçekleştirilmesi zorlaştırılmıştır.
- (24) KOYUNCU yetkilileri tarafından çalışanlarca gerçekleştirilen silme işlemine yönelik olarak özetle; 06.09.2023 tarihinde, anılan çalışanların tutanakta belirtilen e-postaları silme işleminin; tamamen e-posta yoğunluğu, cihazda yavaşlama ve bilgisayarda depolama yerinin kalmaması gerekçesi ile yapıldığı, silinen e-postaların genel olarak;

⁴ Microsoft Outlook uygulamasında "*Silinmiş Öğeleri Kurtar*" yönteminin karşılığıdır.

anlık kur bilgilendirme, tanıtım elektronik postaları, sevkiyat bilgilendirme, eğitim bilgilendirmesi, iç satın alma bilgilendirmeleri, iş ortakları ile yapılan iş geliştirme toplantı notları, bireysel alışveriş yapılan site bilgilendirmesi, bayilik başvurusu, Lenovo çanta fiyat-stok bilgisi, Teknosa nakit akış ve ödeme bilgisi ve anket şeklinde olduğu, bu tip e-postaların her gün gün içinde yüzlerce geldiği, çalışanların tekrar içeren ve yoğunluk yaratan e-postaları periyodik olarak gün içinde sildiği hususları belirtilmiştir. Teşebbüs yetkilisinin konuyla ilgili beyanlarına 06.09.2023 tarihli yerinde inceleme tutanağında yer verilmiştir.

- (25) Bununla birlikte, (.....) tarafından saat 10.17 ila 11.58 arasında, (.....) tarafından ise 10.17 ila 16.00 arasında gerçekleştirildiği yerinde inceleme tutanağının 2 ve 3 numaralı ekleriyle tespit olunan silme eylemlerinin, yerinde inceleme heyetinin veri elde etmesini engelleme amacı taşımayan rutin bir işlem olduğu yönündeki beyan ispata muhtaç olup ispata elverişli bilgi ve belgeler yerinde inceleme heyetine sunulmamıştır. Bu kapsamda KOYUNCU tarafından ileri sürülen silme işleminin rutin bir işlem olduğu hususuna yönelik somut herhangi bir delil sunulmadığı, dolayısıyla söz konusu hususun soyut iddialardan ibaret olduğu değerlendirilmiştir.
- (26) Yerinde inceleme sırasında veri silinmesine yönelik hususların değerlendirildiği çok sayıda Kurul kararında, teşebbüsler nezdinde yerinde inceleme başladıktan sonra verilere yönelik silme işlemleri, olası delil ve bulgulara erişimi ortadan kaldırmaları sebebiyle yerinde incelemenin engellemesi/zorlaştırması olarak kabul edilmektedir⁵.Kurul kararlarının büyük bölümünde, yerinde inceleme başladıktan sonra teşebbüse ait klasör, e-posta, WhatsApp yazışmaları vb. gibi verilerin silinmesi delil karartmaya yönelik eylem olarak nitelendirilmekte ve incelemede görevli meslek personelinin olası delillere erişiminin zorlaştırılarak bu delillere ulaşmasının engellendiği anlaşılmaktadır.
- (27) Yukarıda yer verilen bilgi ve açıklamalar ışığında; KOYUNCU'da gerçekleştirilen yerinde inceleme esnasında KOYUNCU Perakende Müşteri Yönetmeni (.....) ve KOYUNCU Kanal Satış Şefi (.....) tarafından kullanılan *Microsoft Outlook* hesaplarında gerçekleştirilen veri silme eylemleri 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi uyarınca yerinde incelemenin engellenmesi veya zorlaştırılması şeklinde değerlendirilmiş ve bu doğrultuda teşebbüse 2022 yılı gayri safi gelirinin binde beşi oranında idari para cezası verilmesine karar verilmiştir.

⁵ 23.06.2022 tarihli ve 22-28/464-187 sayılı; 03.03.2022 tarihli ve 22-11/161-65 sayılı; 25.01.2021 tarihli ve 21-26/327-152 sayılı; 29.04.2021 tarihli ve 20-24/278-123 sayılı; 17.06.2021 tarihli ve 21-31/400-202 sayılı; 08.07.2021 tarihli ve 21-34/452-227 sayılı; 12.08.2021 tarihli ve 21-38/544-265 sayılı Kurul kararları.

H. SONUÇ

- (28) Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre, Rekabet Kurulunun 11.05.2023 tarih ve 23-21/419-M sayılı kararıyla yürütülen önaraştırma kapsamında;
- 06.09.2023 tarihinde yapılan yerinde incelemenin Koyuncu Elektronik Bilgi İşlem Sistemleri Sanayi ve Dış Ticaret AŞ tarafından engellendiğine ve zorlaştırıldığına,
 - Bu nedenle, 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi uyarınca 2022 yılı gayri safi gelirlerinin binde beşi oranında olmak üzere; Koyuncu Elektronik Bilgi İşlem Sistemleri Sanayi ve Dış Ticaret AŞ'ye (.....) TL idari para cezası verilmesine

gerekçeli kararın tebliğinden itibaren 60 gün içinde Ankara İdare Mahkemelerinde yargı yolu açık olmak üzere OYÇOKLUĞU ile karar verilmiştir.

Rekabet Kurulunun 21.09.2023 tarih ve 23-45/839-295 sayılı Kararına KARŞI OY GEREKÇESİ

Teknolojik ilerlemelerle birlikte ihlal sofistasyonları, muhtemel ihlallerin gizlenmesi kabiliyeti artmıştır. Etkin bir rekabet hukuku sistemi için Kurul'un da özellikle 2020'den itibaren incelemelerindeki müdahalecilik ve teknolojik karmaşıklık seviyesi gelişmiştir. Ve elbette usule ilişkin haklar ve yargısal denetim de sistem içinde bunlara paralel ilerlemiştir. Takdir edileceği üzere, yerinde incelemeler özellikle kartel dosyaları için hayati önemdedir. Tartışmasız, kartellerde delil yetersizliği işleyen bir iktisadi sistemi sarsmak demektir. Zira delil yetersizliği sonucu; Kurul kartelleri tespit edemeyecek, refah kaybı telafi edilemeyecek, sistemin caydırıcılık ve pişmanlık gibi unsurları zayıflayacaktır. Kaldı ki; karteller zaten gizli olduğundan toplum refahına karşı bu tür bir oluşum içinde olanların delilleri de gizlemeye meyilli olacağı açıktır. Bu çerçevede, Kurul'un yerinde incelemelerin engellenmesi, zorlaştırılması hususlarında hassas olması doğaldır.

Diğer taraftan, özellikle rekabet hukuku uyum programlarının bulunmadığı orta ölçekli, küçük ölçekli şirketlerde çalışanlarca yerinde incelemelerin doğası gereği birtakım refleks ve reaksiyonlar ortaya çıkabilmekte ve delilleri karartmak, adaletin tesisini engellemekten ziyade kişisel birtakım sebeplerle yazışmaları silme eylemleriyle karşı karşıya kalılabilmektedir. Bu tür eylemlerin kartel dosyalarında kabul edilebilir olması imkânsız denilebilir. Kartel dışındaki dosyalarda ise

çalışanların delil karartma, yok etme amacı dışında kişisel belli sebeplerle panikle belli verileri dijital olarak silmesi son yıllarda Kurul'un takdir hakkını kullandığı vakalara konu olmuştur. Kurul takdir hakkını kullanırken özellikle şu unsurları dikkate almıştır: muhtemel ihlalin büyüklüğü, tarafın ölçeği ve rekabet hukuku geçmişi, toplumsal ve kültürel bağlam, olay silsilesi ve silme işleminin rasyoneli, verilerin geri getirilip getirilmediği ve silinen verilerin içeriği.

Bu genel çerçevede vakayı incelediğimizde ise aşağıdaki gerekçelerle Kurul Kararına katılmamız mümkün olmamıştır.

- 1.Kartel dosyaları dışındaki incelemelerde yerinde incelmelerin zorlaştırılması meselesinde olayın bağlamı dikkate alınmalıdır.
- 2.İşbu vaka dikey ihlale ilişkin olup pazarlık gücü dikey sistemde düşük olan bir bayiye ilişkindir.
- 3.Silinen yazışmalar geri getirilebilmiştir.
- 4.Silinen yazışmaların içeriği sipariş, kur bilgileri, iç satın alma gibi unsurlar olup ihlal tespitine teğet unsurlardır.
- 5.İnceleme 7 ayrı çalışanın cihazlarında gerçekleşmiş ve bunlardan 2 tanesi sınırlı veri silmiştir. Dolayısıyla delillere ulaşamama riski düşüktür.
- 6.Yerinde incelemenin doğası gereği birtakım reaksiyonlar anlaşılabilir olup ceza aracının mekanik bir şekilde uygulanması adil değildir.
- 7.Bu tür paniklerin, reflekslerin, reaksiyonlarının önüne geçilmesi ve incelemelerde işbirliği atmosferinin sağlanması zaman içinde görece küçük ölçekli teşebbüslerde de sağlanacaktır. Bunun için her incelemede kişisel verilerin mutlak bir şekilde korunduğu, rekabet hukukunun etkin işleyişi için yerinde incelemelerin hızlı ve çalışanların işbirliğine dayalı geçmesi gibi vurgular uzmanlarca daha net bir şekilde yapılmaktadır.

Özetle; ceza müessesesinin, özellikle 2020 sonrası incelemelerde kartel-dışı vakalarda teşebbüsün ölçeği ve rekabet hukuku geçmişi, olası ihlalin büyüklüğü, olaylar silsilesi, silinen verilerin kurtarılma durumu ve içeriği, geri kurtarmanın maliyeti, incelemenin bağlamı gibi faktörlerin tümü ele alınarak devreye alınması gerektiği, aksi takdirde aşırı-cezalendirme riskinin ortaya çıkabileceği, zamanla görece küçük ölçekli teşebbüslerin rekabet hukuku bilincinin artması ile otomatik

23-45/839-295

stabilize inceleme ortamları oluşacağı ve de bu geçiş döneminde incelemelerde daha açıklayıcı olunabileceği düşünüldüğünden işbu Karar'a katılmamız mümkün olmamıştır.

Birol KLE

Başkan

Ahmet ALGAN

II. Başkan

Cengiz ÇOLAK

Kurul yesi