

Rekabet Kurumu Başkanlığından,
REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2020-2-040
Karar Sayısı : **21-48/678-338**
Karar Tarihi : 07.10.2021

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Birol KÜLE
Üyeler : Şükran KODALAK, Ahmet ALGAN, Hasan Hüseyin ÜNLÜ,
Ayşe ERGEZEN, Cengiz ÇOLAK

B. RAPORTÖRLER: Doç. Dr. Hakan BİLİR, Başak TEKÇAM, Dilan TOPRAK ERDAĞI,
Ahmet SAĞDUYU, Muhammed Ali BEKTEMUR, Fatma ABAZ,
Harun ÇALI

C. İLGİLİ TARAF: - D-Market Elektronik Hizmetler ve Tic. A.Ş.

Temsilcisi: Av. Haluk ARI

Atatürk Mah. Ataşehir Blv. 42 Ada Gardenya 7/1 K:11 D:68 34758
Ataşehir/İstanbul

- (1) **D. DOSYA KONUSU:** Rekabet Kurulunun 01.07.2021 tarihli ve 21-33/433-M sayılı kararıyla başlatılan soruşturma kapsamında, Kurulun 12.08.2021 tarihli ve 21-38/545-M sayılı kararı doğrultusunda, 19.08.2021 tarihinde D-Market Elektronik Hizmetler ve Tic. A.Ş.'de yapılan yerinde incelemenin engellenmesi /zorlaştırılması.
- (2) **E. DOSYA EVRELERİ:** Rekabet Kurumu (Kurum) kayıtlarına 03.12.2020 tarih, 13082 sayı ve 27.01.2021 tarih, 14711 sayı ile intikal eden başvurularda, Numil Gıda Ürünleri San. ve Tic. A.Ş.'nin (NUMİL) bebek maması pazarındaki eylem ve davranışlarının 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (4054 sayılı Kanun) 4. ve 6. maddesine aykırılık teşkil ettiği iddia edilmiştir.
- (3) Söz konusu iddialara yönelik, 31.12.2020 tarihli 2020-2-040/İİ sayılı İlk İnceleme raporu hazırlanmıştır. Rekabet Kurulunun (Kurul) 07.01.2021 tarihli, 21-01/13-M sayılı ve 25.02.2021 tarihli, 21-10/135-M sayılı kararları uyarınca NUMİL'in 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettiği iddiası ile ilgili olarak aynı Kanun'un 40. maddesi uyarınca önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir. Hazırlanan 25.06.2021 tarihli ve 2020-2-040/ÖA sayılı rapor, Kurulun 01.07.2021 tarihli ve 21-33/433-M sayılı toplantısında görüşülmüş ve 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına karar verilmiştir.
- (4) Soruşturma kapsamında 19.08.2021 tarihinde D-Market Elektronik Hizmetler ve Tic. A.Ş.'de (HEPSİBURADA) gerçekleştirilen yerinde inceleme sürecinde, raportörlerce incelemenin engellenmesi/zorlaştırılması sonucunu doğuran eylemler ile karşı karşıya kalındığına yönelik "Yerinde İnceleme Tutanağı" tutulmuştur.
- (5) Takiben raportörlerce söz konusu incelemenin engellenmesi/zorlaştırılmasına ilişkin 01.10.2021 tarihli ve 2020-2-040/BN-02 sayılı Bilgi Notu düzenlenmiş olup, anılan Bilgi Notu görüşülerek karara bağlanmıştır.
- (6) **F. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgili Bilgi Notu'nda,
 - Kurulun 01.07.2021 tarihli ve 21-33/433-M sayılı kararıyla başlatılan soruşturma kapsamında, D-Market Elektronik Hizmetler ve Tic. A.Ş.'nin 19.08.2021 tarihinde yapılan yerinde incelemeyi zorlaştırdığı ve engellediği,
 - Bu nedenle anılan teşebbüse 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrası (d) bendi uyarınca idari para cezası verilmesi gerektiği

ifade edilmiştir.

G. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

G.1. Tespitler

- (7) Mezkur soruşturma kapsamında HEPSİBURADA'da yerinde inceleme yapmak üzere görevlendirilen meslek personeli tarafından anılan teşebbüse gidilmiş, müteakiben ilgililerin tüm inceleme sürecindeki refakatleri eşliğinde, teşebbüste bulunan (.....) ve (.....)'nun bilgisayarlarında yerinde inceleme gerçekleştirilmiş, ayrıca uzaktan çalışma gerekçesiyle teşebbüste hazır bulunmayan (.....) ve (.....)'in ise e-posta hesaplarına teşebbüsün e-posta sunucusu üzerinden erişilerek yerinde inceleme gerçekleştirilmiştir.
- (8) Yerinde inceleme sırasında saat 10.35 itibarıyla teşebbüs yetkilileri, teşebbüs çalışanlarının e-posta ve telefonlarında bulunan herhangi bir içeriği silmemeleri gerektiği hususunda bilgilendirilmiştir. Ancak (.....)'in saat 11:05 itibarıyla çeşitli WhatsApp yazışmalarını sildiği tespit edilmiştir. Silinen WhatsApp yazışmalarına ilişkin ayrıntılar şu şekildedir:
- (.....)'in telefonunda "mepadestek" ismiyle kayıtlı, (.....) numarasına sahip olan kişi ile yapmış olduğu yazışmalar,
 - (.....)'in telefonunda "HB Kategori- HepsiJET" isimli grupta yer alan yazışmalar,
 - (.....)'in telefonunda "Togan Sivri İş" ismiyle kayıtlı, (.....) numarasına sahip kişi ile yapmış olduğu yazışmalar,
 - (.....)'in telefonunda "(.....) Market-Hepsiburada" isimli grupta yer alan yazışmalar.
- (9) Silinen WhatsApp yazışmalarının bazıları Cellebrite yazılımı vasıtasıyla geri getirilebilmiş ve yerinde inceleme sonrası hazırlanan tutanak ekinde yer alan CD içerisinde teslim alınmıştır.
- (10) Daha sonra meslek personeli tarafından yukarıda özetlenen süreci anlatan ve ayrıca yerinde incelemede elde edilen belgelerin yer aldığı bir "Yerinde İnceleme Tutanağı" tutulmuştur.

G.2. Değerlendirme

- (11) 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, Kurul, incelemenin engellenmesi ya da zorlaştırılması halinde, teşebbüs niteliğindeki gerçek ve tüzel kişiler ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerine gayri safi gelirlerinin binde beşi oranında idarî para cezası uygulamaktadır.
- (12) Dosyada bulunan bilgi ve belgelerden yerinde incelemenin engellenmediği kanaatine varılmıştır.

H. SONUÇ

- (13) Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre, Rekabet Kurulunun 01.07.2021 tarihli ve 21-33/433-M sayılı kararıyla başlatılan soruşturma kapsamında, Kurulun 12.08.2021 tarihli ve 21-38/545-M sayılı kararı doğrultusunda, 19.08.2021 tarihinde yerinde inceleme yapılmak istenen D-Market Elektronik Hizmetler ve Tic. A.Ş.'nin yerinde incelemeyi engellemediğine bu nedenle ceza verilmesine yer olmadığına gerekçeli kararın tebliğinden itibaren 60 gün içinde Ankara İdare Mahkemelerinde yargı yolu açık olmak üzere, OYÇOKLUĞU ile karar verilmiştir.

07.10.2021 tarih, 21-48/678-338 sayılı Karara ilişkin karşı görüş

Rekabet Kurulu kararı uyarınca, 19.08.2021 tarihinde D-Market Elektronik Hizmetler ve Tic. A.Ş. (HEPSİBURADA)'de yapılan yerinde incelemede, incelemenin engellendiği / zorlaştırıldığı iddiasıyla ve raportörlerin 4054 sayılı Kanun'un 16 ncı maddesinin birinci fıkrası (d) bendi uyarınca HEPSİBURADA'ya idari para cezası verilmesi gerektiği kanaatiyle sunulan bilgi notu, Kurul'un ilgili toplantısında görüşülmüş ve HEPSİBURADA'nın yerinde incelemeyi engellemediğine bu nedenle ceza verilmesine yer olmadığına oyçokluğu ile karar verilmiştir. Kurul, kararında "*Dosyada bulunan bilgi ve belgelerden yerinde incelemenin engellenmediği kanaatine varılmıştır*" ifadesinden başka herhangi bir değerlendirme ya da gerekçeye yer verilmemiştir. Aşağıda yer alan açıklama ve gerekçelerimizle Kurulun bu kararına katılmamız mümkün olmamıştır.

Öncelikle usule ilişkin bir hususa değinmek gerektiği düşüncesindeyiz. 4054 sayılı Kanun'un "Kararda Bulunması Gereken Hususlar" başlıklı 52 nci maddesinin (h) bendinde "*Gerekçe ve kararın hukuki dayanağı*"nın kararlarda bulunması gereken unsurlardan olduğu ifade edilmektedir. Esasen kararların açık ve gerekçeli olması hem taraf hakları bakımından hem de yargı denetimi bakımından oldukça önemli ve vazgeçilmez bir husustur. Bu konuda kararda "*Dosyada bulunan bilgi ve belgelerden yerinde incelemenin engellenmediği kanaatine varılmıştır.*" cümlesinin dışında herhangi bir ifade bulunmamaktadır. Bu da Kanun'un 52 nci maddesine aykırı şekilde kararı gerekçesiz hale getirmektedir.

Bilgisayar, elektronik posta ya da cep telefonundan veri silinmesi birçok kez Kurul kararına ve dolayısıyla mahkeme kararlarına konu olmuş; yazışmanın içeriği, geri getirilip getirilmediği (ya da bu kabiliyete sahip olup olunmadığı), bu hususta çalışanların/ilgililerin yeteri düzeyde bilgilendirilip bilgilendirilmediği yahut uyarılıp uyarılmadığı, silinen verilerin ihlal ya da inceleme konusuyla ilgili olup olmadığı, silme işlemi yapan kişinin temsil/konum/mevkii ya da iyi niyetli olup olmadığı gibi hususlar dikkate alınmaksızın, maddi vakıa tespit edilerek yerinde incelemenin engellendiği/zorlaştırıldığı karar ve sonucuna varılmaktadır (Örnek Kurul kararları için bkz. 09.09.2021 tarih ve 21-42/618-305 sayılı LG ve SVS kararı; 23.09.2021 tarih ve 21-44/645-322 sayılı European Endüstri kararı).

Bir başka deyişle burada silme işleminin yerinde incelemeye başladıktan sonra mı yoksa önce mi gerçekleştiğinin (maddi vakıa ya da unsur) tespiti önem taşımakta, manevi unsur

ya da sübjektif nedenler diyebileceğimiz diğer gerekçeler dikkate alınmamaktadır. Esasında bu yaklaşım ve yorum yerinde incelemenin amacı ve beklenen etkisiyle doğrudan ilgilidir. Birçok Danıştay, Bölge İdare Mahkemesi ve İdare mahkemesinin konu ile ilgili kararlarında yer bulan bu hususa, 16. İdare mahkemesinin 2020/807 E. ve 2021/1050 K. sayılı kararında şu şekilde yer verilmiştir:

“Yerinde inceleme yapma yetkisi, 4054 sayılı Kanun’un 15. maddesi uyarınca Kurul’a Kanun’un kendisine verdiği görevleri yerine getirmek üzere tanınan ve doğası gereği teşebbüslere haber verilmeksizin, ansızın, süratli ve kesintisiz biçimde gerçekleşmesi gereken bir uygulamadır.

Öte yandan, 4054 sayılı Kanun’un 15. maddesinin getirilme amacının, mevcut belgelere o anda ve mevcut hâliyle ulaşmak ve bu belgeler ışığında bir sonuca ulaşılmasını sağlamak olması karşısında, daha sonradan yapılan incelemeler ile o andaki bilgi ve belgelere ulaşıldığından söz etme imkânı bulunmayacağından, gecikerek yapılan bir yerinde incelemenin Kanun’la hedeflenen faydayı sağlamayacağı ve Kanun’un ilgili maddelerinin ihlâli olarak kabul edilmesi gerektiği açıktır.”

Aşağıda, Kurulun yerinde incelemenin engellenmesi/zorlaştırılması eyleminin bulunmadığına ilişkin kanaat ve sonucuna niçin katılmadığımıza ayrıntılı olarak yer verilmektedir. Ancak öncesinde, maddi vakianın hatırlatılması gerektiği düşüncesindeyiz.

Kararda da açıkça yer aldığı üzere, ilgili teşebbüste yerinde incelemeye başlanmasının hemen akabinde saat 10.35’te teşebbüs yetkilileri, teşebbüs çalışanlarının e-posta ve telefonlarında bulunan herhangi bir içeriği silmemeleri gerektiği hususunda bilgilendirilmiş, buna rağmen (.....) isimli bir çalışanın saat 11:05 itibarıyla telefonundaki WhatsApp uygulamasından birçok silme işlemini gerçekleştirdiği tespit edilmiştir. Söz konusu silme işleminin, tutanağa ve karara yansıyan ilgili kişinin ifadelerinde de kabul edildiği, ancak bu eylemle ilgili çeşitli açıklamalar (uyarı yapılmış olmasına rağmen şirket politikasına aykırı olarak silme işlemi yapıldığı, olayın münferit olduğu, ilgili kişinin kötü niyetli olmadığı dolayısıyla silme eyleminin engelleme olarak değerlendirilmemesi gerektiği) yapıldığı görülmektedir. Dolayısıyla silme işleminin (maddi vakianın) sabit olduğu düşüncesindeyiz.

İlgililere herhangi bir şey silmemeleri hususunda uyarı yapılmış olması teşebbüsün sorumluluğunu ortadan kaldırır mı?

Kurumun yaptığı her yerinde incelemede evleviyetle (şayet bu tarz bir inceleme yapılacaksa) veri silinmemesi uyarısı yapılmakta ve bu uyarının ilgililere iletilmesi istenmektedir. Bu uyarı hem yerinde incelemenin amacına uygun şekilde sağlıklı bir biçimde yapılması için, hem de teşebbüslerin hukuk güvencesi ve hakları için önemlidir. Tabidir ki bu uyarıyla, ilgililerin veri silmemesinin temin edilmesi ve olası bir yaptırımla karşılaşma riskinin önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Aksi bir yorum yani, uyarıda bulunan teşebbüsün sorumluluktan kurtulması ve ilgililerin silme eylemlerinin teşebbüse izafe edilemiyor olması, en önemli delil bulma aracı olan yerinde incelemelerin işlevsiz hale getirilmesi sonucunu doğuracaktır. Esasen bu husus genel rekabet hukuku soruşturmalarındaki yaklaşımdan farklı değildir. Şöyle ki; rekabete aykırı eylem ya da yazışmayı yapan teşebbüsün ilgisinden teşebbüs sorumlu tutulmaktadır. Teşebbüs her ne kadar öncesinde bu hususlarda ilgilileri eğitse, bilgilendirse, uyarıda bulunsa ya da uyum programı uygulamış olsa da, bu sorumluluktan kurtulamamaktadır. Aksi bir yorum rekabet hukukunu ve kanununu işlevsiz kılacaktır.

Silinen yazışmaların önemli bölümünün teşebbüsün iç yazışması olması ya da ihlali göstermemesi engelleme eylemini ortadan kaldırır mı?

Yerinde incelemelerin amacı dosya konusuyla ilgili maddi hakikati ortaya koymak amacıyla delil aramaktır. Söz konusu deliller, dış yazışmalar kadar iç yazışmalarla da ortaya çıkabilmektedir. Bu itibarla, teşebbüsün konu ile ilgili iç yazışmaları zaten doğal olarak yerinde incelemelerin odağında ve hedefindedir. Bu nedenle silinen yazışmaların iç yazışma olması ya da ihlali gösterip göstermemesi yerinde incelemenin engellenmesinin gerçekleşmediğine bir gerekçe olamaz. Diğer yandan yukarıda yer verildiği ve birçok Kurul ve Mahkeme kararlarında açıkça belirtildiği üzere silinen yazışmaların içeriğinin engelleme anlamında bir önemi bulunmamaktadır. Özel/şahsi yazışma olduğu iddiasıyla silme işlemi yapılan vakıalarda dahi Kurul ve Mahkemeler, engellenmenin bulunduğu karar vermiştir (Örnek kararlar için bkz. 24.01.2013 tarih ve 13-07/70-39 sayılı; 21.06.2018 tarih ve 18-20/356-176İ; 05/08/2009 tarih, 09-34/837-M sayılı kararlar).

Yazışmaların oldukça önemli bir bölümünün geri getirilmesi engelleme eylemini ortadan kaldırır mı?

Bazı teknolojik yöntem ve yazılımlarla silinen bazı dijital veriler, teknik olarak geri getirilebilmektedir. Ancak her durumda tamamının ve eski hallerinin geri getirilip getirilemediği kesin ve net olmamaktadır. Bu nedenle verilerin geri getirilmesinden bağımsız olarak, silme işleminin bizatihi kendisi (tamamı tartışmasız ve net bir şekilde geri getirilse dahi) yerinde incelemenin engellenmesi olarak kabul edilmektedir. Aksi bir yorum teşebbüsleri verileri silmeye teşvik edecektir. Zira fark edilmesi durumunda verileri geri getirerek cezadan kurtulma durumu söz konusu olacaktır. Bu durumda verileri anlaşılardan en iyi silen teşebbüs ve bu işi en gizli ve mahir şekilde yapan ödüllendirilmiş olacaktır. Bu nedendir ki, birçok mahkeme kararında “...15. maddesinin getirilme amacının, mevcut belgelere o anda ve mevcut hâliyle ...” ulaşılması önemli ve gerekli görülmüştür.

Aslında birçok Kurul kararında da bu husus özellikle ve açıkça belirtilmiştir.

Örneğin 18.07.2013 tarih ve 13-46/601-M sayılı TNET A.Ş. Kararında; ilk açıldığında çok sayıda Word dokümanı içeren bir klasöre bir süre sonra bakıldığında, sadece o an itibarıyla açık olan dört Word dokümanının kaldığı anlaşılmış, konunun detaylı araştırılması üzerine birden fazla belgenin uzaktan erişim yoluyla silindiği görülmüş, teşebbüsün, silinen belgelerin tamamıyla aynılarının kısa sürede meslek personeline sunulduğu şeklindeki açıklamasına rağmen Kurul, belgelerin neden silindiğine ilişkin bir açıklama yapılamadığını da vurgulayarak veri silinmesini yerinde incelemenin engellenmesi/zorlaştırılması olarak kabul etmiştir.

20.05.2021 tarih ve 21-26/327-152 sayılı Unmaş kararında Kurul; “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 söylenebilecektir.” değerlendirmelerine yer verilmiştir.

17. İdare Mahkemesi'nin 2018/782 E. 2018/2489 K. Sayılı Nuhoğlu Kararında “4054 sayılı Kanun'un 15. maddesinin getirilme amacının, mevcut belgelere o anda ve mevcut haliyle ulaşmak ve bu belgeler ışığında bir sonuca ulaşılmasını sağlamak olması ve bu

konuda e-posta bilgilerinin ilk ulaşılması gereken bilgiler olması karşısında, yerinde inceleme anında ulaşılabilecek belgelere ulaşılamaması halinde, sonradan yapılan incelemeler ile o andaki bilgi ve belgelere ulaşıldığından söz etme imkanı bulunamayacağından, gecikerek yahut belgelerin ortadan kaldırılmasının ardından yapılan bir yerinde incelemenin Kanun'la hedeflenen faydayı sağlamayacağı ve Kanun'un ilgili maddelerinin ihlali olarak kabul edilmesi gerektiği açıktır.” ifadeleri yer almaktadır.

Silme işlemi yapan kişinin iyi niyetli olması engelleme eylemini ortadan kaldırır mı?

Silme işlemini yapan kişinin tutanağa gezen ifadesinde “*silme işlemi yerinde incelemeyi engelleme amacıyla yapılmamıştır. M¼vekkilin de bu konuda uyarıları yapmış olduğu dikkate alınarak, yerinde incelemeyi engelleme olarak değerlendirilmemesi gerektiğini belirtmek isteriz.*” denilmektedir. Kararda “*uzaktan çalışmaktayken çağırılması ¼zerine iş telefonunun yanı sıra -zorunlu olmamasına rağmen- şahsi telefonunu da getirerek incelenmesini*” sağlaması iyi niyete dayanak olarak g¼sterilmiřtir. Yukarıda ifade edildiği ¼zere, çok sayıda Kurul ve Mahkeme kararında yerinde incelemenin engellenmesi/zorlaştırılması maddi vakıasının yanında, amaç, kasıt, iyi ya da k¼t¼ niyet gibi s¼bjektif unsurlar aranmamış, bu y¼nde yapılan aılama ve savunmalara ne Kurul ne de Mahkemeler tarafından itibar edilmiştir. Esasen ciroya bağlı olmakla birlikte takdire açık olmayan yerinde incelemenin engellenmesi cezası usule ilişkin bir ceza niteliğindedir. Bu t¼r cezalarda ihlal, olayın (maddi vakıanın) gerçekleşmesi ile sonuç doğurur ve s¼bjektif unsurlara bakılmaz. Tabi burada, engelleme eyleminin gerçekleşmesinde hukuk d¼zeni tarafından kabul edilen m¼cbir sebep, haklı gerekçe gibi bir durumun bulunması değerlendirmeyi değerştirebilecektir. Ancak dosya ve inceleme s¼recinde bu şekilde bir gerekçe ileri s¼r¼lmemiř ve tespit edilmemiştir.

S¼bjektif nedenlerin değerlendirildiği ve duruma g¼re kabul edildiği bir senaryoda, teřebb¼sler tarafından birçok gerekçe ve açıklama sunulacak, bu da hem kararları tartışılır hale getirecek, hem de en ¼nemli delil elde etme aracı olan ve kararlarda açıkça ifade edilen; haber verilmeksizin, ansızın, s¼ratlı ve kesintisiz biçimde gerçekleştirilmesi gereken yerinde incelemeleri etkisiz hale getirecektir.

21-48/678-338

Yukarıda yer verilen açıklama ve gerekçeler ile konu hakkında oturmuş içtihatlar ışığında, HEPSİBURADA'nın yapılan yerinde incelemeyi engellediği / zorlaştırdığı, bu nedenle teşebbüs hakkında 4054 sayılı Kanununun 16 ncı maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi uyarınca idari para cezası uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

Şükran KODALAK
Kurul Üyesi

Hasan Hüseyin ÜNLÜ
Kurul Üyesi