

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2022-3-032
Karar Sayısı : 22-41/573-234
Karar Tarihi : 08.09.2022

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 : Kemal KÜÇÜKKAVRUK, Ahmet Buğra KAZAK, Özlem NARHİN

C. İLGİLİ TARAF : - Disamed Sağlık Ürünleri San. ve Tic. Ltd. Şti.
Sümer Mah. 69100 Sok. Huriye Kahya Apt. No:2/5
Seyhan/Adana

- (1) **D. DOSYA KONUSU:** Rekabet Kurulunun 14.04.2022 tarih ve 22-17/289-M sayılı kararıyla yürütülen önaraştırma kapsamında 18.08.2022 tarihinde Disamed Sağlık Ürünleri San. ve Tic. Ltd. Şti.'de gerçekleştirilen yerinde incelemenin engellenmesi/zorlaştırılması.
- (2) **E. DOSYA EVRELERİ:** Rekabet Kurulunun (Kurul) 14.04.2022 tarih ve 22-17/289-M sayılı kararı ile aralarında Disamed Sağlık Ürünleri San. ve Tic. Ltd. Şti.'nin (Disamed) de bulunduğu teşebbüsler hakkında önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir.
- (3) 18.08.2022 tarihinde Disamed'de yapılan yerinde incelemede incelemenin engellenmesi/zorlaştırılması sonucunu doğuran eylemler ile karşı karşıya kalınmıştır. Bunun üzerine düzenlenen 25.08.2022 tarih ve 2022-3-032/BN-01 sayılı Bilgi Notu görüşülerek karara bağlanmıştır.
- (4) **F. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgili Bilgi Notu'nda,
- Dosya konusu önaraştırma kapsamında, Disamed'in 18.08.2022 tarihinde yapılmak istenen yerinde incelemeyi engellediği/zorlaştırdığı,
- Bu nedenle söz konusu teşebbüse 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (4054 sayılı Kanun) 16. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi uyarınca idari para cezası verilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

G. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

G.1. Yapılan Tespitler

- (5) Yerinde inceleme yapmak üzere görevlendirilen meslek personeli tarafından 18.08.2022 tarihinde saat 10.29'da Disamed'e gidilmiş, ancak şirket personelinin ilgili adreste bulunmadığı görülmüştür. Bunun üzerine teşebbüs sorumlu müdürü (.....) ile 10.29'da telefon görüşmesi yapılmış ve Disamed bünyesinde ön muhasebe elemanı olarak görev yapan (.....)'in yarım saat içerisinde adrese varacağı bilgisi alınmıştır. İlgili personelin 11.00'da adrese gelmesiyle birlikte yetki belgesi ile Rekabet Kurumu (Kurum) kimlik kartları ibraz edilmiş, 4054 sayılı Kanun ve Yerinde İncelemelerde Dijital Verilerin İncelenmesine İlişkin Kılavuz (Yerinde İnceleme Kılavuzu) hakkında bilgilendirme yapılmıştır.

- (6) Teşebbüs yetkilisi (.....)'ın inceleme sırasında İstanbul'da olması nedeniyle meslek personeli kendisi ile telefonla görüşüp ilgili Kanun maddeleri, inceleme yetkisi ve kapsamı, incelemenin engellenmesi durumunda uygulanacak yaptırımları detaylı biçimde aktarmıştır. Bu bağlamda kendisinin teşebbüs merkezinde bulunmasının incelemeyi gerçekleştirmek için zorunlu olmadığı, dizüstü bilgisayar ve mobil cihaz gibi teşebbüsü ilgilendiren ve inceleme kapsamına girebilecek verilerin uzaktan bağlantı yapmak yahut e-postanın başka bir bilgisayar üzerinden açılması biçiminde gerçekleştirilebileceği teşebbüs yetkilisi ve çalışanına bildirilmiştir.
- (7) Teşebbüs yetkilisi; İstanbul'da olduğunu, incelemeyi kabul etmediğini, uzaktan bağlantı yapılmasını istemediğini, dizüstü bilgisayarının tamirde olduğunu ve başka bir bilgisayar bulamayacağını, e-postasına bağlantı yapılmasını istemediğini, iş e-postasının incelenmesini kabul etmediğini ve iş e-postasının şifresini Disamed personeli (.....)'e yollamak suretiyle Kurum personeline açmayacağını, Kurum tarafından buna ilişkin verilebilecek idari para cezası riskini ve idari para cezası yaptırımına muhatap olma ihtimalini kabul ettiğini ifade etmiştir. Teşebbüs yetkilisine yerinde incelemenin engellenmesi hususunda uygulanabilecek yaptırımlara ilişkin mevzuat ve mahkeme kararları hakkında bilgi verilmiş, ancak teşebbüs yetkilisinin bu husustaki kararı değişmediğinden, saat 11.00 itibarıyla inceleme gerçekleştirilememiştir.
- (8) Devam eden süreçte, saat 12.00'de teşebbüs adına sözleşmeli olarak çalışan serbest muhasebeci mali müşavir (.....) teşebbüs adresine gelmiş, saat 12.10'de (.....) ile (.....)'ın görüşmesi neticesinde, (.....) yerinde incelemenin yapılmasını kabul ettiğini belirtmiş ve bu andan itibaren teşebbüs e-postasında inceleme yapılmaya başlanmıştır.
- (9) Teşebbüs sorumlu müdürü (.....)'a en kısa zamanda teşebbüsü ilgilendiren ve mobil cihazda yer alan dijital verilerin incelenebilmesini teminen *WhatsApp* uygulamasına uzaktan bağlantı sağlanması için uygun şartları sağlaması beklendiği iletilmiş, saat 13.07 itibarıyla uygun olduğunu belirtmesi üzerine uzaktan bağlantı sağlanarak incelemeye başlanmıştır. Devam eden süreçte şirket yetkilisi ve çalışanına ait dijital veriler üzerinde yerinde inceleme gerçekleştirilmiş ve yapılan inceleme sonrasında yerinde inceleme tutanağı ile yerinde incelemenin engellenmesine ilişkin tutanak hazırlanarak yerinde inceleme sonlandırılmıştır.
- (10) 25.08.2022 tarih ve 30617 sayı ile Disamed tarafından gönderilen cevabi yazı içeriğinde incelemenin engellenmediği ifade edilerek aşağıdaki beyanlarda bulunulmuştur:

“18.08.2022 tarihinde şirketimiz personellerinin hastanede ürün teslimi yapmaları sebebi ile işyerimiz geçici bir süre (yaklaşık 3 saat) kapalı kalmıştır. Kurum rekabet uzmanlarının 18.08.2022 tarih ve saat 10:29 sıralarında şirket müdürümüze telefon ile ulaşarak yarım saat içerisinde personellerimizden (.....)in şirket adresinde olacağı bilgisi verilmiştir.

Şirketimiz personeli ve rekabet uzmanlarının saat 11:00 sıralarında yapılan görüşmeler neticesinde şirkete ilişkin inceleme yapılacağı belirtilmiş şirket personellerinin kendi aralarında yapmış olduğu yazışmalar ve e posta kayıtlarının inceleneceği kurum personelleri tarafından belirtilmiştir. Şirket yetkilisinin şehir dışında bulunması ve şirket personelinin işletmeye ait Kişisel Verilerin Paylaşımı ile ilgili olarak tereddüt hasıl olmuştur. Şirketimizin bağımsız olarak Mali Müşavirliğini Yürüten SMM (.....)'ün şirket adresine gelerek kurum personelleri ve şirket müdürü ile görüşme neticesinde şirketimize ait tüm belge ve bilgiler sorunsuzca ilgili kurum personellerine aktarılmıştır.

Kurum personellerinin şirket müdürünün telefon yazışmaları ve e posta kayıtlarının incelenmesi talebi doğrultusunda şirket müdüründen bilgisayar bulunması istenilmiştir.

Şirket müdürünün taşınabilir bilgisayarının arızalı olması ve teknik serviste bulunması nedeni ile erişim imkanı aynı anda sağlanamamıştır.

Şirket müdürünün gerekli teknik şartları sağlaması neticesinde kurum personeli ile iletişim kurularak uzaktan bağlantı yapılmak sureti ile şirket yetkilisinin WhatsApp görüşmeleri ve e posta yazışmaları kurum personeli tarafından incelenmiştir.

Kurum Rekabet Uzmanlarına bilgi akışını sağlayacak her türlü teknik imkân sağlanmış olup incelemenin sağlıklı bir şekilde yapılması konusunda herhangi bir zorluk çıkarılmamış olup gerekli inceleme kurum personeli tarafından aynı gün yapılmış ve inceleme sonucu kurum personellerinin yazılı olarak cevaplanması istenilen sorular ayrıca cevaplandırılmıştır.”

Ayrıca teşebbüs tarafından yollanan e-postada, teşebbüs yetkilisi (.....)’a ait dizüstü bilgisayarın yetkili serviste bulunduğunu gösteren bir belgeye yer verilmiştir.

G.2. Değerlendirme

- (11) 4054 sayılı Kanun’un “Yerinde İnceleme” başlıklı 15. maddesinde;

“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 verilmesi halinde idarî para cezası uygulanacağını gösteren bir yetki belgesi bulundurlar.

(Ek: 01.08.2003-4971/ 25. Md.) İlgililer istenen bilgi, belge, defter ve sair vasıtaların suretlerini vermekle yükümlüdür. Yerinde incelemenin engellenmesi veya engellenme olasılığının bulunması durumunda sulh ceza hakimi kararı ile yerinde inceleme yapılır.”

hükümlerine yer verilmiştir.

- (12) 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 hükme göre Kurul, 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 uygulamaktadır.
- (13) Dosya konusu olayda, yerinde inceleme sırasında şirket merkezinde olmadığı anlaşılan şirket yetkilisi (.....) raportörlerle yaptığı telefon görüşmesinde özetle, “İstanbul’da olduğunu, incelemeyi kabul etmediğini, uzaktan bağlantı yapılmasını istemediğini, dizüstü bilgisayarının Mediamarkt isimli serviste tamirde olduğunu ve başka bir bilgisayar bulamayacağını, e-postasına bağlantı yapılmasını istemediğini, iş e-postasının incelenmesini kabul etmediğini ve iş e-postasının şifresinin Disamed personeli (.....)’e yollamak suretiyle Rekabet Kurumu personeline açmayacağını, Kurum tarafından buna ilişkin verilebilecek idari para cezası riskini ve idari para cezası yaptırımına muhatap olması ihtimalini kabul ettiğini” ifade etmiş, bu hususlar raportörlerce tutanak ile kayıt

altına almıştır. İnceleme, şirket yetkilisinin saat 12.10 itibarıyla incelemenin gerçekleştirilmesini kabul etmesi üzerine yapılmıştır. Söz konusu eylemler nedeniyle saat 11.00-12.10 saatleri arasında teşebbüste yerinde inceleme yapılması mümkün olmamıştır.

- (14) Esasen yerinde incelemenin doğası gereği; ani, süratli ve kesintisiz bir şekilde gerçekleştirilmesi gerekmektedir.¹ Yerinde incelemenin kısa süre dahi olsa yavaşlatılmasına yönelik eylemler, 4054 sayılı Kanun kapsamında yerinde incelemenin engellenmesi teşkil edebilmektedir. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun emsal nitelikteki kararında *“40 dakikalık süre kısa bir süre gibi gözükse de bu sürenin ön araştırma konusu olaya ilişkin delil ihtiva etmesi muhtemel olan materyallerin binadan uzaklaştırılması ihtimalinin gerçekleşmesine yeteceği...”* ifade edilerek 40 dakikalık gecikme süresinin yerinde incelemenin engellenmesi için yeterli bir süre olduğuna kanaat getirilmiştir.² Somut olay özelinde de yerinde incelemenin geciktirildiği sürede incelemenin konusuna ilişkin dijital verilerin ortadan kaldırılmasının mümkün olabileceği değerlendirilmektedir.
- (15) Belirtilmesi gereken bir diğer husus ise, şirket yetkilisinin şehir dışında oluşu ya da bilgisayarının inceleme anında orada bulunmamasının yapılan incelemeyi etkilememesidir. E-postanın başka bir bilgisayarda açılmak suretiyle, e-posta incelemesinin teşebbüs çalışanlarının refakatinde gerçekleştirilmesi mümkündür. Bu husus yapılan telefon görüşmesinde meslek personeli tarafından teşebbüs yetkilisine bildirilmiştir. Bunun yanında, Yerinde İnceleme Kılavuzu'nun 5. paragrafında *“Teşebbüs yetkilileri, Meslek Personelinin bilişim sistemlerine yönelik talep ettiği hususlarda tam ve aktif destek vermek zorundadır. Örneğin teşebbüs; kullanılan bilişim teknolojileriyle ilgili yazılım ve donanımlar hakkında bilgi vermek, sistem yöneticisi yetkilerini sağlamak, teşebbüs çalışanlarının e-posta hesaplarına uzaktan erişim hakkı tanımak, bilgisayar ve sunucuları ağ ortamından izole etmek, kullanıcıların kurumsal hesaplarına erişimlerini sınırlandırmak, yedeklenmiş kurumsal verileri geri yüklemek gibi hususlarda yükümlülük altındadır.”* açıklaması yer almaktadır. Mevcut dosya kapsamında teşebbüsün söz konusu yükümlülüğünü yerine getirmediği değerlendirilmektedir.
- (16) Yukarıda yer verilen bilgi ve değerlendirmeler ışığında Disamed'e yerinde incelemeyi engellemesi nedeniyle 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi uyarınca 2021 yılı gayri safi gelirlerinin binde beşi oranında idarî para cezası verilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

¹ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 2011/926 YD İtiraz No'lu Kararı.

² Danıştay 13. Dairesinin 22.03.2016 tarih ve E. 2011/2660, K. 2016/775 sayılı Kararı.

H. SONUÇ

(17) Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre, Rekabet Kurulunun 14.04.2022 tarih ve 22-17/289-M sayılı kararıyla yürütülen önaraştırma kapsamında;

- Disamed Sağlık Ürünleri San. ve Tic. Ltd. Şti.'de, 18.08.2022 tarihinde yapılan yerinde incelemenin engellendiğine ve zorlaştırıldığına, bu nedenle, 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi uyarınca 2021 yılı gayri safi gelirlerinin binde beşi oranında olmak üzere Disamed Sağlık Ürünleri San. ve Tic. Ltd. Şti.'ye (.....) TL

idari para cezası verilmesine gerekçeli kararın tebliğinden itibaren 60 gün içinde Ankara İdare Mahkemelerinde yargı yolu açık olmak üzere, OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.