

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2012-2-144
Karar Sayısı : **13-46/601-M**
Karar Tarihi : 18.07.2013

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Üyeler : Kenan TÜRK, Doç. Dr. Mustafa ATEŞ,
İsmail Hakkı KARAKELLE, Reşit GÜRPINAR, Fevzi ÖZKAN

B. RAPORTÖRLER: Sinan ÇÖRÜŞ, Hatice YAVUZ, Beyza AĞVAZ

C. İLGİLİ TARAF : - TTNET A.Ş.
Esentepe Mah. Salih Tozan Sok. Karamancılar İş Merkezi
D Blok No:16 34394 Şişli/İstanbul

- (1) **D. DOSYA KONUSU:** 19.12.2012 tarih, 12-65/1667-M sayılı ve 02.05.2013 tarih, 13-25/351-M sayılı Kurul kararları uyarınca yürütülen önaraştırmada TTNET A.Ş. tarafından yerinde incelemenin engellenmesi/zorlaştırılması.
- (2) **E. DOSYA EVRELERİ:** Rekabet Kurulunun 19.12.2012 tarih, 12-65/1667-M sayılı ve 02.05.2013 tarih, 13-25/351-M sayılı Kurul kararları uyarınca yapılan yerinde incelemenin engellenmesi üzerine hazırlanan 26.06.2013 tarih ve 2012-2-144/BN sayılı Bilgi Notu görüşülerek karara bağlanmıştır.
- (3) **F. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ:** İlgili Bilgi Notu'nda; 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (4054 sayılı Kanun)'un 16. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi uyarınca TTNET A.Ş.'ye idari para cezası verilmesi gerektiği görüşüne yer verilmiştir.

G. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

- (4) TTNET A.Ş. (TTNET)'nin hizmet iptali talep eden ADSL müşterilerine, uygulamada olan tarifeler ve kampanyalardan farklı teklifler sunarak, perakende genişbant internet piyasasındaki hâkim durumunu kötüye kullandığı iddiası üzerine, söz konusu teşebbüs hakkında 19.12.2012 tarih ve 12-65/1667-M sayılı kararı uyarınca önaraştırma başlatılmıştır. Ayrıca TTNET'in abonelerinin diğer internet servis sağlayıcılara (İSS) geçişlerinin; abone geçiş işlemlerinin bekletilmesi, taleplerin onaylanmaması veya yavaş onaylanması suretiyle engellendiği ve bu şekilde TTNET'in perakende genişbant internet erişim hizmetleri piyasasındaki hâkim durumunu kötüye kullandığı iddialarını içeren başvurular da 02.05.2013 tarih ve 13-25/351-M sayılı Kurul kararı ile söz konusu önaraştırmanın kapsamına dâhil edilmiştir.
- (5) Bu çerçevede yerinde inceleme yapmak amacıyla, 28.05.2013 tarihinde saat 10:00'da Raportörlerce TTNET'in Esentepe Mah., Salih Tozan Sok., No:16, Karamancılar İş Merkezi, D Blok, Şişli-İstanbul adresindeki binasına gidilmiştir. Teşebbüs çalışanı olan (.....) bilgisayarında gerçekleştirilen yerinde inceleme sırasında ilgili Raportör tarafından TTNETFILESERVER (T:)/Finans/Bütçe ve Raporlama/Finansal Karar ve Destek Kontrol/Fizibiliteler/YİKS Notları uzantılı "YİKS Notları" başlıklı klasör incelenmiştir. Bahse konu klasörün ilk açıldığında içinde çok sayıda word dokümanı bulunduğu, ancak daha sonra, inceleme devam ederken

klasör içinde sadece o an itibariyle açık durumda olan dört word dokümanının kaldığı tespit edilmiştir. Bunun akabinde, TTNET'in bilgi işlem faaliyetlerinden sorumlu "Altyapı, Operasyon" birimi ile iletişime geçilmiş, bu birim tarafından, talebimiz üzerine, ilgili klasörün içindeki dosyaların 13 saat ve 5 saat önceki hallerini gösteren belgeler sunulmuştur.

- (6) Klasördeki dosya eksikliğinin tespit edilmesi sonrasında TTNET'ten ilgili klasöre kimler tarafından erişildiği bilgisi talep edilmiştir. Bunun üzerine, sunulan bilgilerde klasöre;

- İncelemenin gerçekleştirildiği bilgisayarın sahibi olan (.....)'e,
- Klasör içeriğinde yaşanan değişiklik fark edildiğinde irtibata geçilen Altyapı Operasyon Birimi çalışanı Sistem Destek Uzmanı (.....)'a

ek olarak, TTNET Karar Destek Yöneticisi (.....) tarafından erişim gerçekleştirildiği tespit edilmiştir. Bahse konu kullanıcının gerçekleştirdiği işlemlerin bir dökümü TTNET tarafından sunulmuştur.

- (7) TTNET yetkilileri tarafından ayrıca "yedekleme" kapsamında klasörün inceleme öncesindeki halini gösteren bir DVD ile TTNET Karar Destek Birimi Departman Müdürü (.....)'in TTNET'in Zincirlikuyu ofisinde olduğu belirtilen diğer bilgisayarından elde edilen bir DVD de sunulmuştur.
- (8) Bu noktada TTNET'in tarifelerinin belirlenmesi süreci hakkında bilgi verilmesinde fayda görülmektedir. TTNET'te kampanya ve paketlerin karlılık hesaplamaları TTNET'in finans birimi tarafından gerçekleştirilmektedir. Dosya mevcudu bilgilerden, finans birimine bağlı olarak faaliyet gösteren Finansal Destek ve Kontrol Birimi'nin görevlerinden birisinin Rekabet Kurumu kriterleri açısından fizibilite analizi yapmak olarak tanımlandığı anlaşılmıştır. TTNET'in herhangi bir birimi tarafından bir kampanya hazırlanması, tarifelerin düzenlenmesi, fiyatlandırma şemasının değiştirilmesi, bayi kanalına sunulan faydaların düzenlenmesi gibi şirket kârlılığını etkileyecek herhangi bir uygulama değişikliği halinde finans birimi bu durumun şirket kârlılığını ne şekilde etkileyeceği konusunda bir çalışma hazırlamakta, bu çalışmayı üst yönetime sunmaktadır. Böylece, üst yönetim uygulamayı benimseme veya benimsememe kararını verirken uygulamanın kârlılığına dair bir bilgi sahibi olmaktadır.
- (9) İşbu karara konu olan dosyalar, kârlılığı etkileyebilecek bu önerilere dair ilgili birimin değerlendirmelerini içeren word belgelerinden oluşmaktadır.
- (10) TTNET'in ilgili birimince kullanılan ifadelerin özellikle;
- Hangi paket ve kampanyaların düşük kârlılıklarla sürdürüldüğüne,
 - Hangi paket ve kampanyalarda TTNET açısından rekabet hukuku bağlamında bir risk söz konusu olabileceğine

yönelik önemli değerlendirmeler içerdiği ve yürütülmekte olan incelemenin seyrini etkileyebileceği dikkat çekmektedir.

- (11) Yerinde inceleme sonrasında hazırlanan tutanak aracılığıyla TTNET yetkililerine "anılan klasöre bahse konu şirket çalışanınca neden erişildiği ve neden dosyaların inceleme sırasında görülmediği" sorusu yöneltilmiş, cevaben aşağıdaki açıklamada bulunulmuştur:

"Diğer tüm birimlerde olduğu gibi Karar Destek Birimi çalışanları da, yetkileri dahilinde mevcut iş ve işlemlerinin yürütülmesi esnasında iş rutinlerinin bir gereği olarak 'ortak alan'da bulunan ve birimlerinin ortak kullanımı amacıyla tutulan

belgelerin üzerinde çalışmalarda bulunabilmekte, bu kapsamda her türlü belge üzerinde değişiklik yapabilmekte ve zaman zaman bu belgeleri kişisel bilgisayarlarına alabilmektedir. Bahsi geçen 'ortak alan' yalnızca Karar Destek Birimi çalışanlarının kullanımına açıktır. Bu kapsamda bahsi geçen belgeler de (.....)'e bağlı (.....) tarafından üzerinde çalışma yapılmak üzere kendi bilgisayarına taşınmış olup, belgeleri gizleme amacımız bulunmamaktadır. Nitekim yerinde inceleme sürecinde Rekabet Kurumu Uzmanlarına gerekli tüm IT desteğinde bulunmuş ve bahsi geçen belgeler de kısa sürede Altyapı Operasyon Birimi'nden temin edilen belgelerden bağımsız olarak ve Rekabet Uzmanı Sinan ÇÖRÜŞ tarafından üzerinde çalışılan belgelerin tamamen aynıları olacak şekilde ayrıca Uzmanların dikkatlerine sunulmuştur."

- (12) TTNET'in "Altyapı, Operasyon Birimi" tarafından sağlanan ve ilgili klasörün 5 saat ve 13 saat önceki hallerinin aynı olduğu ve her iki belgede de 30 Ocak ve 10 Eylül tarihleri arasındaki "YİKS" formlarının bulunduğu anlaşılmaktadır. Birim tarafından sunulan belgelerdeki "Date Modified" adlı sütunlarda ise söz konusu belgelerin en son değiştirilme tarihinin yer aldığı görülmektedir. Söz konusu sütundan klasörde yer alan 32 adet belge üzerinde 28.01.2012 ila 09.09.2012 tarihleri arasında değişiklikler yapıldığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, 09.09.2012 tarihinden itibaren söz konusu belgeler üzerinde tekrar kaydedilmek üzere herhangi bir düzeltme yapılmadığı sonucuna ulaşmak mümkündür.
- (13) Klasörde kim tarafından, hangi saatte ve ne tür bir değişiklik yapıldığını gösterir belge incelendiğinde ise bilgisayarın kullanıcısı olan TTNET Karar Destek Birimi Departman Müdürü (.....) ile aynı birimde çalışan TTNET Karar Destek Yöneticisi (.....) tarafından klasör üzerinde ikişer dakika aralıklarla üç ayrı zamanda işlem yapıldığı anlaşılmaktadır. İlk olarak, saat 12:37:21'de klasördeki bilgiler okunmuş ve herhangi bir silme işlemi gerçekleştirilmemiştir¹. İkinci olarak, saat 12:39:34'te klasördeki dosyaların büyük bir kısmı okunup silinmiştir². Son olarak 12:41:11'de Raportör tarafından işlem esnasında açık olan dört adet klasörün okunduğu ve bunların dışında bir belgenin ise silindiği tespit edilmiştir. Ayrıca Raportör tarafından açık olan bu klasörlerden bazılarında önceki iki giriş ile ulaşıldığı da görülmektedir. Bu bilgiler ışığında, belgelerin silinmeden önce de okunabilmesinin mümkün olduğu ve birden fazla belgede aynı anda toplu işlem yapıldığı anlaşılmaktadır.
- (14) Dolayısıyla, her ne kadar teşebbüs yetkililerince Raportör tarafından üzerinde çalışılan belgelerin tamamen aynılarının kısa sürede sunulduğu şeklinde bir açıklama yapılsa da, incelenen bilgisayar kullanıcısı tarafından üzerinde en son 09.09.2012 tarihinde kaydedilecek şekilde değişiklik yapılan ve bir önceki yıla ait olan toplam 32 adet belgenin okunabilmesinin ardından kopyalanmak yerine, niçin topluca silindiği hususunda bir açıklama yapılmamıştır. Ayrıca sunulan belgeler silindikten sonra tekrar Raportörlere ulaşıncaya kadar üzerlerinde herhangi bir değişiklik yapıp yapılmadığının tespiti de mümkün değildir.
- (15) Bu çerçevede, yukarıda yer verilen eylem, 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi uyarınca yerinde incelemenin engellenmesi ya da zorlaştırılması olarak değerlendirilmiştir.

¹Altyapı, Operasyon' Birimi tarafından verilen belgede yapılan işlemler "ReadAttributes" ve "READ_CONTROLISYNCHRONIZEIReadIDataIReadEAIReadAttributes" şeklinde yer bulmaktadır.

² Altyapı, Operasyon' Birimi tarafından verilen belgede yapılan işlemler "DELETEIReadAttributes", "DELETEISYNCHRONIZEIReadAttributes" ve "READ_CONTROLISYNCHRONIZEI ReadIDataIReadEAIReadAttributes" şeklinde yer bulmaktadır. TTNET tarafından tutanakta işlem "çalışma yapılmak üzere bilgisayara taşıma olarak ifade edilmektedir".

13-46/601-M

- (16) 4054 sayılı Kanun'un "İdari Para Cezası" başlıklı 16. maddesinin ilk fıkrasının (d) bendi; yerinde incelemenin engellenmesi ve zorlaştırılması hallerinde, teşebbüs ve teşebbüs birliklerine veya bu birliklerin üyelerine eylemden bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmaz ise karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayrisafi gelirlerinin binde beşi oranında idari para cezası verilmesi hükmünü haizdir.
- (17) İlgili Kanun hükmü göz önünde bulundurulduğunda, teşebbüsün 2012 mali yılı sonunda oluşan gayri safi gelirinin binde beşi oranında idari para cezası verilmesinin uygun olacağı kanaatine varılmıştır.

H. SONUÇ

- (18) Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre,
- 1- Yapılan önaraştırma sırasında 28.05.2013 tarihinde yerinde inceleme yapılmak istenen TTNET A.Ş. tarafından bazı bilgi ve belgelerin saklanması/ortadan kaldırılması suretiyle yerinde incelemenin engellendiğine,
 - 2- Bu nedenle TTNET A.Ş.'ye 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrası (d) bendi uyarınca 2012 mali yılı sonunda oluşan gayri safi gelirinin binde beşi oranında olmak üzere 15.512.258,87 TL idari para cezası verilmesine
- OYÇOKLUĞU ile karar verilmiştir.

KARŞI OY GEREKÇESİ

(18.07.2013 tarihli ve 13-46/601-M sayılı Kurul Kararı)

İlgili dosya ve karar kapsamında, 28.05.2013 günü saat 10:00'da TTNET'in Esentepe-Şişli/İstanbul adresindeki binasında yapılan yerinde inceleme sırasında, Kurum uzmanlarınca tespit edilen bir "olumsuzluk", zabıt tutularak Kurula intikal ettirilmiş ve Kurul da "**yerinde incelemenin engellenmesi veya zorlaştırılması**" gerekçesiyle binde beş oranında idari para ceza verilmesine oy çokluğu ile hükmetmiştir.

Alınan Kurul Kararına aşağıdaki sayılan sebep ve izahlar ile katılmıyorum:

Bilindiği üzere Rekabet Kurulunun 09.08.2012 tarihli kararıyla Türk Telekomünikasyon A.Ş. (Türk Telekom) ve TTNET hakkında Kanun'un 6. Maddesini ihlal edip etmediklerinin belirlenmesi amacıyla bir soruşturma açılmış ve bu soruşturma 27.12.2012 tarihinde altı ay uzatılmış ve halen de devam etmektedir. Gerek bu soruşturma gerekse öncesindeki ön araştırma kapsamında, TTNET'in Esentepe ve Zincirlikuyu merkezlerinde bugüne kadar 20.06.2012, 21.06.2012, 15.08.2012 ve 01.04.2013 tarihlerinde olmak üzere 4 adet yerinde inceleme yapılmıştır. Bu incelemeler sırasında çok sayıda şirket çalışanının bilgisayarı ve/veya odasında belge veya bilgi elde etmek için inceleme gerçekleştirilmiştir.

28.05.2013 günü yapılan beşinci yerinde inceleme ise esasen ve yine aynı mahiyette yani 6. Madde çerçevesinde TTNET'in perakende genişbant internet erişimi hizmetleri pazarındaki hâkim durumunu kötüye kullandığı iddialarına yönelik olarak alınan yeni bir önaraştırma kararı kapsamında icra edilmiştir. Öğrenilmek, bilgi ve belge toplanmak istenilen hususlar, "**hizmet iptali talep eden ADSL müşterilerine uygulamada olan tarifeler ve**

kampanyalardan farklı teklifler sunulması” ve “abonelerin diğer internet servis sağlayıcılara geçişlerinin bekletilmesi, taleplerin onaylanmaması veya yavaş onaylanmak suretiyle engellenmesi” gibi hâkim durumun kötüye kullanımına ilişkin konulardır.

Hemen belirtmek gerekir ki, hâkim durumun kötüye kullanılması ve yıkıcı fiyatlandırma/fiyat sıkıştırması gibi ihlaller bakımından, yatay anlaşmalar yoluyla rekabetin ihlal edilmesinden farklı olarak, diğer belge ve bilgilere kıyasen maliyet ve fiyatlar arasındaki ilişkinin analizi çok daha önemlidir. Çünkü rekabet ihlali anlamına gelecek bir uygulama söz konusu ise bunu yok saymak, kapatmak veya başka bir gerekçeyle tevil etmek zordur. Bu sebeple, ilgili teşebbüslerden elde edilen veya edilecek olan belgelerin, rekabetin ihlal edildiğine dair hüküm vermek için daha az önemli olduğunu söyleyebiliriz.

TTNET bünyesinde oluşturulan Finansal Destek ve Kontrol Biriminin görevlerinden birisi, Rekabet Kurumu kriterleri açısından fizibilite analizi yapmak olarak açıklanmıştır. TTNET'in herhangi bir birimi tarafından bir kampanya hazırlanması, tarifelerin düzenlenmesi, fiyatlandırma şemasının değiştirilmesi gibi şirket kârlılığını etkileyecek durumlarda bu birim, bir rapor, tutanak ya da görüş hazırlayıp üst yönetime sunmaktadır. Cezaya esas olan, silinen ve daha sonra temin edilen dosyalar, kârlılığı etkileyebilecek değişikliklere dair ilgili birimin değerlendirmelerini içeren Word belgelerinden oluşmaktadır.

28.05.2013 günü 3 Rekabet Kurumu Uzmanı tarafından gerçekleştirilen yerinde inceleme kapsamında ayrı ayrı olmak üzere (.....)'ün masa ve bilgisayarından 122 sahife, (.....)'in bilgisayarından 3 sahife belge ve 2 DVD, (.....)'in bilgisayarından 77 sayfa belge alınmış, ayrıca TTNET Altyapı Operasyon Müdürü 2 sahife belge ve 1 DVD, TTNET Bilgi Güvenliği Birimi 20 sahife belge ve 1 DVD vermiştir.

İlgili bilgi notu ve tutanak içeriğinden (.....) bilgisayarında yapılan çalışma sırasında, Rekabet Uzmanı (.....) ortak alandaki bazı dokümanların silindiğini fark ettiği, akabinde Altyapı Operasyon Birimi ile temasa geçildiği, ilgili birimin silinen dosyaların 13 ve 5 saat önceki hallerini temin ederek ilgili Rekabet Uzmanına sunduğu, ayrıca TTNET yetkililerinden inceleme sürecinde ilgili klasöre kimlerin erişebildiği ve eriştiği bilgisinin alındığı anlaşılmaktadır.

İlgili uzmanlarca, TTNET yetkililerine, **“Bahse konu klasöre bilinen şirket çalışanı tarafından niçin erişildiği ve niçin dosyaların inceleme sırasında görülmediği”** sorusu yöneltilmiş ve şu cevap alınmıştır: **“Diğer tüm birimlerde olduğu gibi Karar Destek Birimi çalışanları da yetkileri dâhilinde mevcut iş ve işlemlerinin yürütülmesi esnasında iş rutinlerinin bir gereği olarak ‘ortak alan’da bulunan ve birimlerinin ortak kullanımı amacıyla tutulan belgelerin üzerinde çalışmalarda bulunabilmekte, bu kapsamda her türlü belge üzerinde değişiklik yapabilmekte ve zaman zaman bu belgeleri kişisel bilgisayarlarına alabilmektedir. Bahsi geçen ‘ortak alan’ yalnızca Karar Destek Birimi çalışanlarının kullanımına açıktır. Bu kapsamda bahsi geçen belgeler de (.....)'e bağlı (.....) tarafından üzerinde çalışma yapılmak üzere kendi bilgisayarına taşınmış olup, belgeleri gizleme amacımız bulunmamaktadır. Nitekim yerinde inceleme sürecinde Rekabet Kurumu Uzmanlarına gerekli tüm IT desteğinde bulunulmuş ve bahsi geçen belgeler de kısa sürede Altyapı Operasyon Biriminden temin edilen belgelerden bağımsız olarak ve Rekabet Uzmanı (.....) tarafından üzerinde çalışılan belgelerin tamamen aynıları olacak şekilde ayrıca uzmanların dikkatine sunulmuştur.”**

Yerinde incelemede görevli uzmanlar, Rekabet Uzmanı (.....)'ün çalıştığı bilgisayardaki bazı belgelerin silindikten sonra tekrar kendilerine ulaşıncaya kadar üzerlerinde herhangi bir değişiklik yapıp yapılmadığını tespit etmenin de mümkün olmadığını ifade etmişlerdir.

Ayrıca, uzmanlar;

- a) Müdahalenin inceleme yapılan binadan (Esentepe) değil, diğer bir binadan (Zincirlikuyu) yapıldığını,
- b) Müdahalenin fark edildiği ana kadar olan kısmında teşebbüsün herhangi bir zorlaştırma ya da engelleme çabası içinde olmadığını, bilakis tespit sonrası teşebbüs yetkililerinin kaybolan belgeleri geri getirmek için çaba gösterdiklerini ve getirdiklerini,
- c) Raportörler olarak teşebbüs tarafından geri getirilen belgelerin inceleme yapılan belgelerden farklı ya da aynısı oldukları yönünde bir kanaate sahip olmadıklarını,
- d) İlgili teşebbüsün daha önce ve çoğu yakın zamanda olmak üzere çok sayıda inceleme geçirmiş olduğunu ortak görüş olarak ifade etmişlerdir.

Sonuç olarak, ilgili teşebbüsün Rekabet Kurumu uzmanlarına yönelik daha önceki ön araştırmalardaki genellikle olumlu denebilecek yaklaşımı, esasen bu sonuncusu için de geçerlidir. Fakat yerinde incelemeler yapılırken, teşebbüs yetkililerinin her adımda işbirliğini gözetmiş oldukları belli iken, üç uzmanın inceleme yaptığı sırada bir bilgisayarda tespit edilen ve kötü niyetli olduğu varsayıldığında teşebbüs açısından irrasyonel ve/veya saçma olduğu söylenebilecek mezkûr davranış, Kurul tarafından idari para cezası ile cezalandırılmıştır.

1-Kanaatimce, çoğunlukla alınan Kurul Kararı hukuka, hukukun ruhuna ve kamu yönetiminin sahip olması gereken etkinlik ve sorumluluk anlayışına aykırıdır. Bilinmektedir ki, 4054 sayılı Kanun'un 16. Maddesinde "**Yerinde incelemenin engellenmesi ya da zorlaştırılması**" durumunda bir önceki yıla ait gayri safi gelirler üzerinden Kurulun binde beş oranında idari para cezası vereceği hükme bağlanmıştır "**Yerinde incelemenin engellenmesi ya da zorlaştırılması**" denildiğinde ne anlamak gerektiği ya da neyin anlaşılmasının uygun olacağı üzerinde durup düşünmek, bir tanımlama yapmaya çalışmak ya da "**makul bir yaklaşımı benimsemek**" herhalde uygun olacaktır. Kanun'un ilgili maddedeki fıkra ile ilgili gerekçesinin iyi anlaşılması icap etmektedir. **Engellenme ya da zorlaştırma kavramlarının ne anlama geldiği konusunda hiç tereddüt yok, herkes aynı şeyi anlıyor ise mesele de yoktur ve bu tür davranış veya durumları önlemek için en ağır ceza da verilmeye çalışılmalıdır.** Ama eğer durum böyle değil, engellenme veya zorlaştırma anlamına gelecek veya gelmeyecek çok sayıda durum ve davranış var ise, önümüze çıkan hasbelkader her türlü istenmeyen durum ve davranışı kestirmeden cezalandırmak da bürokratik keyfilikten ve sorumsuzluktan öteye gitmeyecektir. Kanunsuz suç olmadığı gibi, ceza da olmamalıdır. İşte bu yüzden, tam da Kanun'un hedeflediği, idareyi güçlendirecek ve etkin kılacak yol ve yöntem, makul olmayan bir gerekçeye sığınmak ya da dayanmak yerine, hakkaniyeti esas almaktan geçmektedir.

2-Söz konusu incelemeye ve/veya "**tutanak konusu olay**"ın akışına yakından bakmak gerekirse; **ilgili teşebbüste son bir yıl içinde yapılan beşinci yerinde incelemeden söz edildiğini unutmamak gerekir.** Eğer Rekabet Kurumu açısından olumsuzluk teşkil edecek, teşebbüsü zora sokacak belge ve bilgiler var idiyse, bunların teşebbüs yetkilileri tarafından çok daha önceden silinmesi beklenirdi. Teşebbüs açısından tedbirli

olmak ya da bir bakıma “**rasyonel davranış**” bunu gerektirir. Aksi yöndeki bir değerlendirme, teşebbüsün ya da teşebbüs yetkililerinin kendilerini zor duruma düşürecek durumlardan sakınmadıkları, ceza vb. konularda duyarsız oldukları anlamına bile gelecektir. İlgili teşebbüsün, sırf rekabet hukukuna uyum göstermek ve Rekabet Kurulu kararlarını gözeterek uygulama yapmak adına teşkil ettiği özel bir birimin varlığı bu düşünce ve yorumları haklı çıkarmaya yetecektir.

Doğrusu, ilgili birimdeki çalışanların, aleyhlerine olabileceği endişesiyle panik halinde, bazı dosyaları silmiş olabilecekleri ihtimal dâhilindedir. Diğer yandan, teşebbüs yetkilileri ise konuyu, “**ortak alandan bazı dosyaların üzerinde çalışma yapılmak üzere kişisel bilgisayara alınması**” şeklinde açıklamışlardır. Ve maalesef, inceleme sürecinde ortak alandan kendi bilgisayarına bazı dosyaları alan görevliye, bu işi niçin ve o gün yaptığı sorulup, kısa savunması veya açıklaması da incelemeyi yapan ve tutanağı tutan uzmanlar tarafından alınmamıştır. Kurul karar alırken, olan bitenlere bakıp Kanun’daki “**incelemenin engellenmesi veya zorlaştırılması**” ifadesini yeterli bulmuş, ihtimal, şüphe ve tereddüt konusu olabilecek hususları, teşebbüs yani bir bakıma “**sanık lehine**” kullanmamıştır.

Sosyal konu ve olaylarda parçadan bütüne değil, bütünden parçaya gitmek, gerçeklere ulaşma yoludur: Çünkü “**Bütün, parçalarının toplamından daha fazladır.**” İncelenen konu, inceleyiciler, muhatap, zaman, mekân vb. unsurlar büyük fotoğrafın mütemmimi olsalar da, unsurlar arası ilişkilerin mahiyetini anlamak ya da gerçeğe yakın durmak için illâ ki, tablonun tamamına bakmak gerekecektir.

3-Uygulamalarla elde edilen deneyimler göstermiştir ki, bu tür durumlarda, Kanun’da, “**binde beş**” oranında uygulanmak üzere düzenlenen idari para cezasının bu şekilde düzenlenmek yerine, “**binde beşe kadar**” olması gerektiği ve bu suretle de Kurulun ölçülü, yerinde veya hakkaniyete uygun hareket edebileceği; takdir ve inisiyatif sahibi olabileceği konusunda Rekabet Kurulu üyeleri ve teknisyenler arasında neredeyse bir mutabakat vardır. En basitinden en karmaşığına, engellenme veya zorlaştırma denebilecek çok farklı tezahürler karşısında, aynı müeyyidenin aynı şekilde uygulanması adalet ve insaf duygusuna ters düşmektedir. Sırf kanunda yazdığı için, rekabet ihlali cezasına eşdeğer ağırlıkta olabilen bu usûl cezasının zorunlu olduğu iddiası doğru değildir. Tabii ki, usûl önemlidir; esasa mukaddemdir, ama cezanın zorunluluğına ya da tutanakta tespit edilen durumun, “**yerinde incelemenin engellenmesi veya zorlaştırılması**” anlamına gelip gelmediğine, dolayısıyla, ceza vermeyi gerektirir nitelikte olduğuna Kurul karar verecektir.

4-Karar vericiler, hayatın olağan akışına uygun olmayan durumlar ya da olan bitenler ile kanun/hukuk kuralını ya da adaleti sağlayacak hükmü bağdaştırmak durumundadırlar. “**Kötü düzenlemeler, “iyi karar verici”ler tarafından yontularak uygulanmalıdır.**” Rekabet Kurulu bir bakıma bunun için teşkil edilmiştir. Fotoğrafın ya da tablonun bütününe bakılacak, tutanak ve raportör görüşü masaya yatırılacak, ince elenip sık dokunulacak ve gerekirse ceza verilecektir. Mevcut kararda, kestirmeden bir sebep sonuç ilişkisi ihdas edilmiş, bütün bu sözü edilen karine, mülâhaza ve diğer gerçekler Kurul çoğunluğu tarafından ihmal edilmiştir.

Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Başkan

KARŞI OY GEREKÇESİ

(18.07.2013 tarihli ve 13-46/601-M sayılı Kurul Kararı)

Kurulun 18.07.2013 tarihli ve 13-46/601-M sayılı toplantısında görüşülen 19.12.2012 tarih,12-65/1667-M sayılı ve 02.05.2013 tarih, 13-25/351-M sayılı Kurul kararları uyarınca yürütülen ön araştırmada TTNET AŞ tarafından yerinde incelemenin engellenmesi/zorlaştırılması konulu Bilgi Notunun görüşülmesi sonrasında alınan;

1. Yapılan önaraştırma sırasında 28.05.2013 tarihinde yerinde inceleme yapılmak istenen TTNET AŞ tarafından bazı bilgi ve belgelerin saklanması/ortadan kaldırılması suretiyle yerinde incelemenin engellendiğine,
2. Bu nedenle TTNET AŞ ye 4054 Sayılı Kanunun 16. Maddesinin birinci fıkrası (d) bendi uyarınca 2012 mali yılı sonunda oluşan gayri safi gelirin binde beşi olmak üzere 15.512.258,87TL idari para cezası verilmesi,

kararına aşağıdaki gerekçelerle karşıyım.

1. Ceza uygulanmasına esas Kanunun 16. Maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde geçen “yerinde incelemenin engellenmesi ya da zorlaştırılması” fiilinin gerçekleştirildiği düşünülmektedir Zira Raportörler TTNET AŞ ye işbu dosya kapsamında ve yürütülen soruşturma kapsamında dört defa gittikleri ve bu gidişleri sırasında görevin yürütülmesine yönelik bir engelleme ve zorlaştırma ile karşılaşmamışlardır. Bu durumu zaten Raportörler de Raporlarında belirtmektedirler. 28.5.2013 tarihli gidişleri sırasında ise yine herhangi bir engelleme karşılıksız görevlerini yürütürken TTNET AŞ personeli (.....)’e ait bilgisayarda bulunan ortak alandaki dosyaların incelendiği esnada bir kısım dosyaların ortak alandan çekildiği bir kısmının delete edildiği ifade edilmektedir. Teşebbüs yetkilisi ile tutulan tutanakta bu durum normal bir uygulama olarak değerlendirilmekte ve TTNET in diğer birimlerinde olduğu gibi Karar Destek birimi çalışanları da mevcut iş ve işlemlerin yürütülmesi sırasında iş rutinlerinin bir gereği olarak ortak alandaki dosyaları kendi bilgisayarlarına taşıyabildiklerini, olayda gizleme amacının bulunmadığını, taşındığı ifade olunan dosyaların kısa sürede Altyapı Operasyon Biriminden temin edilerek Rapotörlere sunulduğunu ifade edilmiştir. Tutanaktaki ifadeler sanki olayın rutin bir seyir içerisinde cereyan ettiği, olağan dışı bir durumun olmadığı, ya da bahse konu olayın cezai müstelzim bir olay gibi yansıtılmadığı, böyle olunca da karşı tarafın olayın vakay-ı adiyeden gibi cevap verdikleri anlaşılmaktadır. Bilindiği üzere 02.10.2010 tarihli, 10-62/1350-RM (6) kurul kararı ile yürürlüğe konulan “4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun Uygulanması Çerçevesinde Rekabet Kurumunca yapılacak yerinde incelemelere ilişkin usul ve Esaslara ilişkin Hizmete Özel Yönetmelik”in, **Yerinde incelemenin engellenmesi ya da zorlaştırılması başlıklı 17. Maddesinde** Kanunla verilen ve bu Yönergeyle açıklanan yetkilerin kullanılmasının doğrudan veya dolaylı olarak engellenmesi ya da zorlaştırılması halinde, Yönerge’nin ekinde yer alan Ek-7 sayılı örnek çerçevesinde tutanak hazırlanacağı, Tutanakta Temel olarak yönergede yer verilen diğer hususların yanında (c) bendi olarak **Yerinde incelemenin engellenmesi ya da zorlaştırılması olarak değerlendirilen olayın mahiyetinden**

bahsedileceği anlaşılmaktadır, Oysaki tutanağın incelenmesinden raportörlerce engellenmenin niteliğinden hiç bahsedilmediği, inceleme esnasında birim elemanlarınca ortak alandan çekilen dosyaların niçin çekildiğine ilişkin bir açıklama gibi değerlendirildiği anlaşılmaktadır.

2. Bilindiği üzere Kamu kurum ve kuruluşlarında denetim yapan denetim birimleri gibi rekabet uzmanları da yerinde inceleme yaparken teşebbüslerin iş rutinlerine karışmamaları iş akış düzenlerini bozmamaları esastır. Nitekim yukarıda bahse konu Hizmete Özel Yönetmeliğin “ *Teşebbüslerin Hakları*” başlıklı Dördüncü Bölümünün 18. Maddesinde **Genel haklar başlığı altında (a) bendi olarak** uzmanların, yerinde incelemeyi mümkün olduğunca belgelerin düzenini koruyacak ve iş akışını sekteye uğratmayacak şekilde yapmaya özen gösterecekleri belirtilmiştir. Anılan düzenlemeden hareketle eğer aksi belirtilmemişse incelemeye konu teşebbüs yetkililerinin iş akışlarının gerektirdiği çalışma rutinlerini yürütmeye devam edecekleri açıktır. Raportörler inceleme yaptıkları ortak alandaki dosyalarla ilgili olarak teşebbüs yetkililerine herhangi bir uyarı ve talimatları olmamış, onlar da iş akışlarının gereği iş ve işlemlerine devam etmişlerdir.
3. Raportörlerin incelemekte olan ortak alandaki dosyaların ortak alandan çekilerek delete edildikleri kanaatinde oldukları işlemlerle ilgili olarak teşebbüs yetkilileri kısa bir zaman süresi içerisinde **işlemin yapıldığı bilgisayar ile teşebbüsün bilişim biriminden diğer bir ifade ile iki ayrı yer/birimden** delete edildiği belirtilen dosyaları raportörlere sunmuşlardır. Delete etmek kastı ile yapılan bir eylemin kısa bir süre içerisinde ilk haline getirilmesi zor olsa gerektir.
4. Raportörlerin yerinde incelemeleri esnasında ortak alandan çekilen dosyaların uzmanların Raporlarında da belirtildiği gibi tamamının değil bir kısmının delete edildiği belirtilmiştir. Bu tespit bile olayda bir gizleme amacının olmadığını ortaya koymaktadır. Şayet böyle bir şey olsaydı olaya sistemsel bir arıza gerekçesi altında tamamının delete edilmesi gerekeceği, böyle bir hareket tarzının daha uygun olacağı düşünülmektedir.
5. Raportörler olayın kasıtlı mı yapıldığı, gizleme amacının olup olmadığı, personel hatasından mı ya da sistemsel bir arızadan mı kaynaklandığı konusunu yeterince açıklığa kavuşturmamışlardır. İşlemi gerçekleştiren kişi ile görüşülmemiş, sistemsel bir arıza olup olmadığı konusunda ilgili birimden bilgi alınmamış, işlemin gerekçesinin açıklanmasını istedikleri tutanakta işlemin cezai müstelzim bir fiil olduğundan bahsedilmemiştir. Eylem sadece dıştan görünür haliyle değerlendirmeye tabi tutulmuştur.
6. Bugüne kadar Kurul tarafından verilen kararlarla çok sayıda yerinde incelemeye ve bir kısım işlemleri nedeniyle de cezai işlemlere tabi tutulan bir kurumun yetkililerinin acemi bir şekilde Kurum raportörlerine yönelik bu tür bir engelleme davranışları içerisinde olabileceğini düşünmek akla mantığa pek uygun düşmemektedir.

7. Raportörler anılan işleme uyduğunu belirttikleri daha önce alınan Kurul kararlarının bu işlemle bir benzerlik içermediğini belirtmek gerekmektedir. İncelemeye konu eylemle uyduğu belirtilen dosyaların bir kısmının raportörler huzurunda fiziki engelleme kapsamında değerlendirilebilecek davranışlarla yapılması(*Reysaş, Koçak Petrol, Konya MTSK kararları*,)bir kısmının ise önceden raportörler tarafından yapılan bilgilendirme ve uyarılara rağmen gerçekleştirilmesi(*Biobak, Avrupa Birliği Komisyonunun verdiği 28.03.2012 tarihli EPH kararı*,)işbu işlemin örnek verilen kararlarla uyduğunu ortaya koymamaktadır. Dosya konusu olayda hem fiziki anlamda bir engelleme eyleminin bulunmadığı ve hem de Raportörlerin teşebbüs yetkililerine yönelik ortak alanda bulunan dosyalarla ilgili olarak ne şekilde hareket edeceklerine ilişkin bir bilgilendirme ve talimatlarının olmadığı belirtilmelidir.
8. Diğer taraftan Kurumumuz Raportörlerince TTNET te yapılan inceleme konularında esasen sektör spesifik Kurul olan BTK'nın da yaptığı inceleme sonucunda 08.05.2013 tarih 2013/DK-SDD/251 sayılı karar ile Raportörlerimizin de incelediği iddia konularını haklı görerek TTNET 'in 2011 yılı cirosunun yüzbinde altı oranında ceza verdiği, diğer bir kısım iddialar konusunda da Kurulumuzca Raportörlerin Raporu doğrultusunda Türk Telekom ve TTNET konusunda hakim durumun kötüye kullanılmasına yönelik bir soruşturma yürütüldüğü dikkate alınarak yeni bir soruşturma açılmasına gerek olmadığı kararına ulaşıldığı bir aşamada; esasa yönelik olmayan ve engelleme amacı taşıyıp taşımadığı tartışmalı bir eyleme böyle bir ceza verilmesi hakkaniyet sınırlarını zorlamaktadır.
9. Bu dosya kapsamında dikkate alınması gerekli diğer bir husus ise önaraştırma konusunun bir hakim durumun kötüye kullanılması dosyası olduğu bir kartel doyası olmadığıdır. Kartel dosyalarında bilgi ve belgeye ulaşmak çok zor ve zahmetli olduğu için yerinde incelemeyi engellemeye ve zorlaştırmaya yönelik teşebbüs yetkililerinin eylemlerinin anlaşılabilir bir anlamı vardır. Ancak Kanunun 6. Maddesine yönelik incelemelerde iddiaların doğru olup olmadığını uygulamalardan teşebbüsün işlemlerinden tespit etmek büyük ölçüde mümkündür. Bu tür eylemlerin saklanabilecek gizlenebilecek tarafı yoktur. Bu itibarla teşebbüs yetkililerinin gizleme yapmak gibi bir gayret içine girmelerine gerek bulunmamaktadır.
- 10.Sonuç olarak; bahse konu dosya konusu ile ilgili olarak;
- Kurumumuz raportörlerinin teşebbüs nezdinde teşebbüsçe kurulumu yapılan bilgisayarda inceleme yaptıkları sırada; teşebbüs yetkilisi birim görevlilerinin de iş rutinlerinin bir gereği olarak işlem yaptıkları ortak alandan dosyaların tamamını değil, bir kısmını delete etmeleri eylemi ile ilgili olarak kendilerine bu konuda bir bilgilendirme yapılmaması,
 - olayın gizleme ve engellemeye yönelik bir girişim olduğunun yeterince ortaya konulmaması,
 - incelemeye konu hususların esasen BTK'nın görevleri kapsamında olan ve anılan Kurumca da gerekli işlemlerin yapıp sonuçlandırılması,
 - eylemin esasen bir kartel dosyasında değil Hakim durumun kötüye kullanılması dosyasında meydana gelmesi, bu tür dosyalarda gizleme ve engelleme eylemlerinin bir anlamının olmadığı, zira iddia olunan olayların kayıtlardan ya da uygulamalardan tespitinin kolaylıkla yapılabileceği,

13-46/601-M

- anılan eylemlere uyduğu belirtilen Kurul kararlarına konu eylemlerin mevcut olayla uygunluk arz etmediği,

gerekçeleriyle anılan konuda ceza verilmesi kararına katılmam mümkün olmamıştır.

Fevzi ÖZKAN
Kurul Üyesi