

T.C.
ANKARA
2. İDARE MAHKEMESİ

ESAS NO : 2022/254

YÜRÜTMENİN DURDURULMASINI

İSTEYEN (DAVACI) : SAHİBİNDEN BİLGİ TEKNOLOJİLERİ PAZARLAMA VE
TİCARET A.Ş.

VEKİLİ : AV. İLMUTLUHAN SELÇUK (e-tebligat)

KARŞI TARAF (DAVALI) : REKABET KURUMU / ANKARA

VEKİLİ : AV. MEHMET ALİ ERKAN (e-tebligat)

İSTEMİN ÖZETİ : Davacı şirket tarafından, Rekabet Kurulunun 01.04.2021 tarih ve 21-18/213-M sayılı kararı uyarınca yürütülmekte olan soruşturma kapsamında 09.04.2021 tarihinde yapılan yerinde incelemeyi engellediğinden ve zorlaştırdığından bahisle 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi uyarınca hakkında 2020 yılı gayri safi gelirlerinin % oranında olmak üzere 4.807.073,00-TL idari para cezası uygulanmasına ilişkin Rekabet Kurulunun 27.05.2021 tarih ve 21-27/354-174 sayılı kararının; hukuka aykırı olduğu, silindiği ifade edilen yazışmaların şirket çalışanının şahsi telefonundaki şahsi yazışmalar olduğu, Whatsapp gurubundaki yazışmaların gruba ait çalışanlardan sadece biri tarafından silindiği ve silindiği ifade edilen yazışmalara diğer çalışanların telefonlarından ulaşıldığı, salt bu nitelikte bir eylemin varlığının tek başına yerinde incelemeyi engelleme ve zorlaştırma sayılamayacağı, yerine inceleme kapsamında bilgi, belge veya veriye ulaşma hususunda herhangi bir sorun yaşanmadığı ileri sürülerek yürütmesinin durdurulması ve iptali istenilmektedir.

SAVUNMANIN ÖZETİ : Yazışmaların inceleme başladıktan sonra silindiğinin sabit olduğu, bu eylemin başlı başına yerinde incelemenin engellenmesine ve zorlaştırılmasına sebebiyet verdiği ve dava konusu işlemin hukuka uygun olduğu belirtilerek yürütmenin durdurulması isteminin ve davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Ankara 2. İdare Mahkemesince, yürütmenin durdurulması istemi hakkında gereği görüldü:

Dava, davacı şirket tarafından, Rekabet Kurulunun 01.04.2021 tarih ve 21-18/213-M sayılı kararı uyarınca yürütülmekte olan soruşturma kapsamında 09.04.2021 tarihinde yapılan yerinde incelemeyi engellediğinden ve zorlaştırdığından bahisle 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi uyarınca 2020 yılı gayri safi gelirlerinin binde beşi oranında hakkında idari para cezası uygulanmasına ilişkin Rekabet Kurulunun 27.05.2021 tarih ve 21-27/354-174 sayılı kararının iptali istemiyle açılmıştır.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında 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.

T.C.
ANKARA
2. İDARE MAHKEMESİ

ESAS NO : 2022/254

İnceleme, Kurul emrinde çalışan uzmanlar tarafından yapılır. Uzmanlar incelemeye giderken yanlarında incelemenin konusunu, amacını ve yanlış bilgi 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 hakimi kararı ile yerinde inceleme yapılır." hükmü,

"İdari para cezası" başlıklı 16. maddesinde; "Kurul, teşebbüs niteliğindeki gerçek ve tüzel kişiler ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerine;

a) Muafiyet ve menfi tespit başvuruları ile birleşme ve devralmalar için izin başvurularında yanlış ya da yanıltıcı bilgi veya belge verilmesi,

b) İzne tabi birleşme ve devralmaların Kurul izni olmaksızın gerçekleştirilmesi,

c) Kanunun 14 ve 15 inci maddelerinin uygulanmasında eksik, yanlış ya da yanıltıcı bilgi veya belge verilmesi ya da bilgi veya belgenin belirlenen süre içinde ya da hiç verilmemesi,

d) Yerinde incelemenin engellenmesi ya da zorlaştırılması,

hallerinden (a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilenler için teşebbüsler ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin binde biri oranında, (d) bendinde belirtilenler için ise aynı şekilde saptanacak olan gayri safi gelirlerinin binde beşi oranında idari para cezası verir. Ancak bu esasa göre belirlenecek ceza onbin Türk Lirasından az olamaz. Bu fıkranın (b) bendine göre idari para cezası birleşme işlemlerinde tarafların herbirine, devralma işlemlerinde ise sadece devralana verilir..." hükmü yer almıştır.

Dava dosyasının incelenmesinden; Kurul tarafından 01.04.2021 tarihinde 21-18/213-M sayı ile 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, işgücü piyasasına yönelik centilmenlik anlaşmaları yapmak suretiyle 4054 sayılı Kanun'u ihlal edip etmediklerinin tespiti amacıyla, aralarında davacı teşebbüsün de bulunduğu bazı teşebbüsler hakkında soruşturma açıldığı, ilgili karar kapsamında yerinde incelemede görevli meslek personeli tarafından 09.04.2021 tarihinde, davacı teşebbüsün adresinde yerinde inceleme gerçekleştirildiği, takiben raportörlerce söz konusu incelemenin engellenmesine/zorlaştırılmasına ilişkin 25.05.2021 tarih ve 2020-1-065/BN-04 sayılı Bilgi Notu'nun düzenlendiği, Bilgi Notu'nda Sahibinden'in 09.04.2021 tarihinde, yürütülmekte olan soruşturma kapsamında yapılan yerinde incelemeyi zorlaştırdığının ve engellediğinin, anılan teşebbüse 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi uyarınca idari para cezası verilmesi gerektiğinin ifade edildiği, bunun üzerine dava konusu Kurul kararı ile; "Sahibinden'de yerinde inceleme yapmak üzere görevlendirilen meslek personeli tarafından 09.04.2021 Cuma günü saat 09.51 de Değirmen Yolu Cad. No:28 Asia Ofis Park A Blok Kat:2 Ataşehir/İstanbul adresine gidilmiştir. Teşebbüs yetkililerinin, 4054 sayılı Kanun'un 14. ve 15. maddeleri kapsamında raportörlerin yetkileri ve aynı Kanun'un 16. ve 17. maddesinde düzenlenen para cezaları başta olmak üzere gerekli hususlarda bilgilendirilmesinin ardından inceleme yapılmıştır.

Bu kapsamda teşebbüs yetkilisi 'ın kullanımında olan ve teşebbüs malvarlığında bulunan46069762646 IMEI numaralı mobil cihaz adli bilişim cihazıyla incelenmiştir. Anılan mobil cihazdaki son Whatsapp yazışmasının tarihi, inceleme yapan meslek personeli tarafından 24.03.2021 olarak tespit edilmiştir. Son yazışma tarihinin incelemenin gerçekleştirildiği günden 16 gün öncesine dayanması sebebiyle oluşan şüphe üzerine cihaza ilişkin olay kayıtları adli bilişim yazılımı ile taranmış ve ilgili aktivitelere ilişkin log kayıtları alınmıştır.

Yerinde inceleme kapsamında ayrıca, teşebbüsün diğer bir yetkilisi 'nin kullanımında bulunan ve teşebbüse ait veri içerdiği tespit edilen02089211438 IMEI numaralı mobil cihaz adli bilişim cihazıyla incelenmiştir. Söz konusu cihazdan elde edilen belgelerde, "HRBP" ve

T.C.
ANKARA
2. İDARE MAHKEMESİ

ESAS NO : 2022/254

"HRBP'lerle" isimli Whatsapp gruplarındaki yazışmaların silindiği ve ekranın üst kısmında "Bugün" ve "Mesajlar ve aramalar uçtan uca şifrelidir. Whatsapp da dahil olmak üzere bu sohbetin dışında bulunan hiç kimse mesaj ve aramalarınızı okuyamaz ve dinleyemez daha fazla bilgi edinmek için dokununuz" ibarelerinin yer aldığı görülmektedir. Başka bir teşebbüs yetkilisi tarafından kullanıldığı beyan edilen ve teşebbüs malvarlığında yer alan0912347777 IMEI numaralı mobil cihazda yapılan incelemede ise 'nin mobil cihazında silinmiş olan "HRBP" grubuna ait yazışmaların yer aldığı görülmektedir. İnceleme günü olan 09.04.2021 tarihinde 12.10 ile 12.24 saatleri arasında yapıldığı anlaşılan yazışmalara aşağıda yer verilmektedir:

".....

Biz geldik ben

Şekerim düşük meyve suyu içiyom biraz yükselsin öyle çıkıcam 10 dk ya :)

Acele etme ben bi sorucam sizinkine uzaktan bağlanma sansi var mi? Yazarım

Hazırladım çift maske dezenfektanıyla tam koruma

Biz teslim ettik bilgisayarları falan bekliyoruz acele bir durum yok gibi

(...)

Ben şimdi çıktım 20 dk ya oradayım"

(...)

Dosya mevcudu bilgilere göre, Sahibinden'de yerinde inceleme yapmak üzere görevlendirilen meslek personeli tarafından, 09.04.2021 Cuma günü saat 09.51 itibarıyla, yetki belgesi ile Rekabet Kurumu (Kurum) kimlik kartlarının ibraz edilmesi ve gerekli bilgilendirmelerin yapılması sonrasında inceleme gerçekleştirilmiştir. İnceleme sırasında teşebbüs yetkilileri ve 'nin telefonlarındaki yazışmaların silindiğine yönelik belgeler elde edilmiştir. Söz konusu belgelerin incelenmesi sonucunda, teşebbüs çalışanlarınca verilerin silindiği tarihin tereddütsüz olarak ortaya konulabilmesi için Kurum Bilişim Teknolojileri Dairesi Başkanlığından (BTDB) aşağıdaki hususlarda görüş talep edilmiştir:

- 'ın mobil cihazından alınan log kayıtlarını içeren belgelerin, inceleme günü olan 09.04.2021 tarihinde ve incelemeye başlandığı saat itibarıyla veri silme işlemi kesin şekilde ortaya koyup koymadığı,
- 'nin mobil cihazında yapılan incelemede "HRBP" ve "HRBP'lerle" isimli Whatsapp gruplarında yazışma bulunmamasına karşılık, ekranın üst kısmında görülen "Bugün" ve "Mesajlar ve aramalar uçtan uca şifrelidir. Whatsapp da dahil olmak üzere bu sohbetin dışında bulunan, hiç kimse, mesaj ve aramalarınızı okuyamaz ve dinleyemez. Daha fazla bilgi edinmek için dokununuz" ifadelerinin inceleme günü veri silindiğini ortaya koyup koymadığı.

BTDB'nin 17.05.2021 tarih ve 25472 sayılı görüşünde, 'ın mobil cihazından elde edilen belgelere ilişkin olarak;

- 'ın telefonuna ait log kayıtlarını içeren chat1 .txt ve chat2.txt dosyalarının detaylı incelemeye alındığı ve benzer bir telefon temin edilerek çeşitli senaryolar üzerinden testler yapıldığı,
- Senaryoların ilkinde bir Whatsapp grubu oluşturulduğu ve ilgili grupta çeşitli yazışmalar yapıldığı ve akabinde yazışmaların "Sohbeti Temizle" işlevi marifetiyle silindiği,

T.C.
ANKARA
2. İDARE MAHKEMESİ

ESAS NO : 2022/254

- Bu aşamada hem silme işlemi öncesi, hem de silme işlemi sonrası olmak üzere iki ayrı imaj alındığı ve ilgili log kayıtlarının analiz edildiği,
- İkinci senaryoda ise kalan hususlar aynı kalmak şartıyla yazışmaların "Mesajları Tek Tek Seçerek Silme" işlevi vasıtasıyla silindiği ifade edilmiştir.
- Yapılan testler sonucunda ise;
- İlgili grubun 28.03.2021 14.27.56'da kurulduğunun kesin olduğu,
- Grubun ismine ait bilginin yalnızca "Sohbeti Temizle" işlevi ile yok edilebileceği göz önünde bulundurularak ilgili grupta "Sohbeti Temizle" işlevi marifetiyle bir silme işlemi gerçekleştirildiği,
- İnceleme gününe ait herhangi bir emare bulunmadığı için silme işleminin inceleme günü gerçekleşmediği,
- İlgili konuşmanın log kaydının inceleme gününe ait loglarda gözükme sebebinin aynı gün alınan bir yedek olabileceği tespitleri yapılmıştır.

Yukarıda yer verilen hususlar çerçevesinde; 'ın telefonunda veri silindiği tespit edilebilmekle birlikte anılan silme işleminin inceleme gününde yapılmadığı görülmektedir. Bu doğrultuda söz konusu teşebbüs çalışanı özelinde yerinde incelemenin engellendiğine ilişkin bir değerlendirme yapılamamaktadır.

Diğer taraftan BTDB'nin teknik görüşünde 'nin mobil cihazından elde edilen belgelere ilişkin olarak;

- "Sohbeti Temizle" işlevi marifetiyle silinen yazışmalarda sistem mesajının tarihinin, silinme işleminin gerçekleştirildiği tarih ile değiştirildiği ve diğer tüm bilgilerin aynı kaldığı,

Bu kapsamda "HRBP" ve "HRBP'lerle" isimli Whatsapp gruplarında yer alan "Bugün" ve "*Mesajlar ve aramalar uçtan uca şifrelidir. Whatsapp da dahil olmak üzere bu sohbetin dışında bulunan hiç kimse mesaj ve aramalarınızı okuyamaz ve dinleyemez. Daha fazla bilgi edinmek için dokununuz.*" ifadelerinin, tek başına, inceleme günü, incelemenin başladığı saat itibarıyla veri silinmesini gösterdiğinin kesin olduğu ifade edilmiştir.

Yukarıda yer verilen teknik görüşün yanı sıra "HRBP" grubunda yapılan yazışmaların inceleme başladıktan sonra silindiği, diğer teşebbüs çalışanlarının cihazlarından elde edilen belgelerden de doğrulanabilmektedir. Nitekim yukarıda yer verildiği üzere 'ın telefonunda yapılan incelemede, "HRBP" isimli grupta inceleme günü 12. 1 0 ile 12. 14 saatleri arasında yazışma yapıldığı görülmektedir. Anılan yazışmanın 'nin telefonunda bulunmaması, inceleme başladıktan sonra anılan kişi tarafından gruptaki yazışmaların silindiğini göstermektedir. Böylece meslek personelinin yerinde incelemede elde etmesi olası delil ve bulgulara erişiminin zorlaştırıldığı ve engellendiği değerlendirilmektedir. "tespit ve değerlendirmelerine yer verilerek Rekabet Kurulunun 0 1.04.2021 tarihli ve 21-18/213-M sayılı kararı uyarınca yürütülmekte olan soruşturma kapsamında 09.04.2021 tarihinde davacı şirketin yerinde incelemeyi engellediği ve zorlaştırdığına ve bu nedenle 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi uyarınca 2020 yılı gayri safi gelirlerinin oranında olmak üzere 4.807 .073 ,00-TL idari para cezası cezalandırılmasına karar verildiği, anılan kararın iptali istemiyle de bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

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 gerçekleştirilmesi gereken bir uygulamadır. Uzmanlarca yerinde incelemeye gidildiği ve gerekli bilgilendirmeler yapıldığı andan itibaren teşebbüs hiçbir şekilde delil karartmaya yönelik davranışlarda bulunulmaması gerekmektedir.

Bununla birlikte, idari yaptırım gerektiren eylemlerin somut bilgi ve belgelerle ortaya konulması suretiyle işlem tesis edilmesi gerekmektedir. Buna karşılık, yaptırım gerektiren eylem tüm unsurlarıyla ortaya konulmadan, ceza tesis edilemeyeceği de tartışmasıdır.

T.C.
ANKARA
2. İDARE MAHKEMESİ

ESAS NO : 2022/254

Uyuşmazlıkta, dava konusu Kurul kararında, 'nin kullanımında bulunan mobil cihazdan, inceleme günü, incelemenin başladığı saat itibarıyla veri silindiği ve bu durumun yerinde incelemenin engellenmesi veya zorlaştırılması sonucunu doğurduğu belirtilerek davacı şirketin idari para cezasıyla cezalandırılması yönünde karar verilmiş ise de; davacı şirket tarafından, inceleme günü saat 11.36'da çalışanlarına "Bugün mesai saatleri içerisinde Rekabet Kurumu uzmanları, resmi bir inceleme yapacaktır. Bu doğrultuda 'e-postalarınızı ve telefon yazışmalarınızı' silmemenizi önemle rica ederiz." şeklinde mail atılarak çalışanlarının, kayıtlarının silinmemesi ve istenen her türlü belgenin görevlilere verilmesi hususunda bilgilendirildiği, ayrıca silindiği ifade edilen yazışmalara diğer çalışanların telefonlarında yapılan incelemelerde ulaşıldığı, veri silindiği tespit edilen telefonun nin kişisel telefonu olduğu ve silindiği ifade edilen yazışmaların şirket işlerine ilişkin hususları içermediği de dikkate alındığında, bu eylemin idari para cezasına dayanak oluşturacak nitelikte olmadığı, bunun dışında davacının bahsi geçen fiili işlediğine yönelik somut bilgi ve belgenin de bulunmadığı anlaşılmakta olup, dava konusu kurul kararında hukuka uygunluk bulunmamıştır.

Öte yandan dava konusu işlemin uygulanması halinde davacı şirket açısından telafisi güç veya imkansız zarar doğacağı da açıktır.

Açıklanan nedenlerle; hukuka aykırılığı açık olan dava konusu işlemin, uygulanması halinde telafisi güç zararlar doğabileceğinden, 2577 sayılı Kanun'un 27. maddesi uyarınca teminat alınmaksızın **yürütmesinin durdurulmasına**, kararın tebliğini izleyen günden itibaren **7 (yedi) gün içerisinde Ankara Bölge İdare Mahkemesine itiraz yolu açık olmak üzere**, 15/04/2022 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan
ERTUĞRUL TURAN
119368

Üye
RAMAZAN SELİM
178588

Üye
ERHAN PEKTAŞ
212513