



REKABET FORUMU

HUKUK-EKONOMİ-POLİTİKA

Eylül 2023, Sayı: 159

Rekabet Derneği, 20 Mayıs 2004 tarihinde kurulmuş bir sivil toplum örgütüdür. Derneğin amacı Türkiye’de rekabet ortamının ve rekabet kültürünün gelişmesine katkıda bulunmaktır.

Bu dergide ileri sürülen görüşler yazarlarına ait olup Rekabet Derneği’ni bağlayıcı değildir.

Web: www.rekabetderneği.org

YERİNDE İNCELEMELERİN DÜNÜ BUGÜNÜ VE GELECEĞİ

Av. Çiğdem Gizem OKKAOĞLU – Günay Erdoğan Avukatlık Bürosu - Ortak

Av. Yavuz Selim GÜNAY - Günay Erdoğan Avukatlık Bürosu - Ortak

Eymen KURT - Günay Erdoğan Avukatlık Bürosu – Stajyer Hukukçu

1. Giriş – Yerinde İnceleme

1.1. Yerinde İnceleme ve Amacı

Rekabet hukuku açısından yerinde inceleme rekabet otoritesinin yetkili personelince teşebbüs yerleşkesinde gerçekleştirilen inceleme faaliyeti olarak tanımlanabilmektedir. Yerinde incelemeler doğaları gereği gizli olan rekabeti engelleyici davranışlar hakkındaki delillerin ortaya çıkarılması açısından genellikle son çare olarak ortaya çıkmaktadır.¹ Bu kapsamda yerinde incelemelerle güdülen meşru amaç rekabeti kısıtlayan ve davranışı kanıtlamada kullanılabilecek olan delilleri korunması olduğu söylenebilecektir.² Nitekim Danıştay da bir kararında³ bu amaçla paralel olarak, yerinde incelemelerin doğaları gereği habersiz, ani, süratli ve kesintisiz şekilde gerçekleştirilmeleri gerektiğini belirtmiştir.

1.2. Yerinde İncelemelerin Kanuni Dayanağı

Rekabetin korunması Anayasa’nın 167. maddesinin *para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri*

¹ Cruz, A. R. (2016). Competition Litigation: "Dawn Raids" and Administrative Searches and Seizure. *Ataneo Law Journal*, 61(491), 492-553.

² Brom, H. (2022). On-site Inspection and Legal Certainty. *Prague Law Working Papers Series*, II (1).

³ Danıştay 13. Dairesi 2008/5890 E., 2013/847 K., 26.3.2013 tarihli karar, <https://www.rekabet.gov.tr/Safahat?safahatId=a6cb092a-444d-4a32-a194-906635e06474> , Erişim Tarihi: 16.08.2023..

alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler hükmüyle devlete temel bir sorumluluk olarak yüklenmektedir.

Yerinde incelemelerin kanuni dayanağı ise 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da ("**4054 sayılı Kanun**") yer almaktadır. Bu kanunun 15. maddesine göre Kurul gerekli gördüğü hallerde, teşebbüs ve teşebbüs birliklerinde incelemelerde bulunabilmektedir. 2020 yılında yapılan değişiklikle beraber fiziki ve elektronik ortam ile bilişim sistemlerinde tutulan her türlü verilerini ve belgelerini inceleyebilmekte, bunların kopyalarını alabilmektedir. İnceleme, Rekabet Kurulu ("**Kurul**") emrinde çalışan meslek personeli tarafından yapılmaktadır. Uzmanlar incelemeye giderken yanlarında incelemenin konusunu, amacını ve yanlış bilgi verilmesi halinde idari para cezası uygulanacağını gösteren bir yetki belgesi bulundurmaktadır. Yerinde inceleme hakkında mahkeme kararının gerekliliği ise yürürlükteki mevzuat uyarınca sadece incelemenin engellenmesi veya engellenme olasılığının bulunması olan durumlar için gereklidir.

Bununla beraber dijitalleşmenin ivmelenmesi ve dijital verilerin yerinde incelemeler bakımından daha kıymetli hale gelmesi itibarıyla, 2020 yılında uygulamadaki karışıklıkları önlemek için belirlilik ilkesine de uygun olarak Yerinde İncelemelerde Dijital Verilerin İncelenmesine İlişkin Kılavuz ("**Dijital Kılavuz**") yayınlanmıştır.⁴ Halihazırda Rekabet Kurumu ("**Kurum**") meslek personelince yapılan yerinde incelemeler ve bu süreçte dijital verilerin incelenmesi bu kapsamda yapılmaktadır.

1.3. Yerinde İnceleme Usulü ve Yetkiler

Yerinde incelemeler prensip olarak 4054 sayılı Kanun'un Kurul'a verdiği tüm görevler yerine getirilirken yapılabilmektedir. Yerinde incelemeler özellikle hakkında inceleme yürütülen teşebbüsler hakkında yapıldığı gibi, özünde böyle bir zorunluluk bulunmayıp gerekli görülen tüm teşebbüsler hakkında yerinde inceleme yapılabilmektedir.

Teşebbüs izin vermezse işyerine zorla girilememektedir. Bu durumda Kurul yerinde incelemenin engellendiğine dair bir karar almakta ve teşebbüse idari para cezası vermektedir. Aşağıda detaylı açıklanacağı üzere Kurul bu yetkisini kullanırken oldukça katı davranmakta ve yerinde incelemenin engellenmesi kavramını geniş yorumlamaktadır. Buna ek olarak; yerinde inceleme hakkındaki en önemli noktalardan biri de incelemenin gizliliğidir. Buna göre yerinde incelemeye gidileceğini yalnızca incelemeyi gerçekleştirecek personel bilmekte, yerinde incelemelerin organize edilmesi süreci Kurum içerisinde dahi gizlilikle yürütülmektedir.

Yerinde incelemeye gidecek personelin incelemeye yetki belgesi ile gelmesi zorunludur. Yetki belgesinde incelemenin konusu ve amacı açıkça belirtilmektedir. İnceleme, yetki belgesi kapsamı ile sınırlıdır. Ancak aşağıda da bahsedileceği üzere,

⁴ <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/kilavuzlar/yerinde-inceleme-kilavuz1-20201009091644514-pdf> , Erişim Tarihi: 16.08.2023.

teşebbüsler genellikle yetki belgesinin kapsamının belirsiz ve geniş olduğu şeklinde itirazlarda bulunmaktadır.

2. Yerinde İncelemelerin Dünü

2.1. 1998-2003 Dönemi – Sistemin İnşası

Yerinde incelemelerin kronolojik gelişiminin kavranması açısından kanunun ilgili maddelerinin ilk haline bakmak faydalı olacaktır. 4054 sayılı Kanunun 7.12.1994 tarihli ve 22140 sayılı Resmî Gazetede⁵ yayınlanan ilk halinde dijital veriler hakkında bir düzenleme bulunmadığı gibi 4054 sayılı Kanun'un 15. maddesi özelinde en önemli farklılık, 2003'te eklenen ve teşebbüslere istenen her türlü bilgi ve belgenin verilmesi yükümlülüğünü yükleyen ve incelemenin engellenmesi veya engellenme ihtimalinin olduğu hallerde yerinde incelemenin Sulh Ceza Hâkimi kararı ile yapılmasının sağlandığı üçüncü fıkradır.

4054 sayılı Kanun'un 1994 yılındaki ilk haliyle 2023 yılındaki hali arasında bir diğer önemli fark ise 16. madde açısından karşımıza çıkmaktadır. 16. maddenin 1-b bendinde ceza miktarları güncel düzenlemenin aksine 1994'te maktu olarak öngörülmüştür. Benzer bir durum 17. madde için de geçerlidir. Buna ek olarak 16. maddenin 1994 yılındaki halinin 3. fıkrasında yer alan ve yerinde incelemenin engellenmesi halinde tüzel kişi olan teşebbüslerin gerçek kişi yetkililerine de ceza uygulanabilmesini öngören düzenleme sonradan kaldırılmıştır. Ayrıca 1999'dan 2008'deki kanun değişikliğine kadar olan uygulamayı etkileyecek şekilde Kurum'un çıkardığı 1999/1 sayılı Tebliğ⁶ ile 16 ve 17. maddelerdeki idari para cezalarının miktarları değiştirilerek sekiz katına çıkarılmıştır.

Yerinde incelemenin engellenmesi nedeniyle ilk para cezası, Kurum'un resmi internet sitesinde yayımlanan gerekçeli kararlardan takip edilebildiği haliyle, 14.12.1999 tarih ve 99-57/614-391 sayılı kararla Telsim ve Turkcell'e⁷ verilmiştir. Kararın 2008 yılında yayınlanan gerekçesinden teşebbüslerin Kurul'a eksik, yanlış veya yanıltıcı bilgi vermeleri ve sonradan teşebbüsler tarafından yerinde incelemenin engellenmesini sona erdirecek bir davet yapılmaması olduğu ifade edilmiştir.

2.2. 2003-2008 Dönemi

2003'te 4054 sayılı Kanun'a eklenen en önemli düzenleme yukarıda da bahsedildiği gibi engelleme ihtimali olan durumlarda Sulh Ceza Hakimliği kararının

⁵ 7.12.1994 tarihli ve 22140 sayılı Resmî Gazete, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22140.pdf> , Erişim Tarihi: 16.08.2023.

⁶ 1999/1 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 16 ve 17 nci Maddelerinde Düzenlenmiş Olan İdari Para Cezalarının 31/12/1999 Tarihine Kadar Geçerli Olmak Üzere Artırılmasının Duyurulmasına İlişkin Tebliğ , <https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/tebligler/4054-sayili-rekabetin-korunmasi-hakkinda-kanunun-16-ve-17-nci-maddelerinde-duzenlenmis-olan-idari> , Erişim Tarihi: 16.08.2023.

⁷Telsim ve Turkcell Kararı - 14.12.1999, 99-57/614-391.

alınabilmesidir. Nitekim uygulamada bu yolun işletildiği önemli kararlar bulunmaktadır.⁸

Bununla beraber 2008 yılında kanunda yerinde incelemeyi ilgilendiren 16 ve 17. maddelerde çok önemli değişiklikler gerçekleştirilerek maddeler güncel halini almışlardır. 17. maddedeki değişiklik ise maktu olan para cezalarını, *karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan, bunun hesaplanması mümkün olmazsa karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin on binde beşi oranında idari para cezası verilir* hükmü ile değiştirilerek nisbi hale getirmiştir. Benzer bir durum 16. madde açısından da geçerlidir.

2.3. 2008-2020 Dönemi

2008-2020 arasındaki dönemde dijital verilerin incelenmesine daha temkinli yaklaşıldığı söylenebilecektir. 2018 yılındaki Ortodonti⁹ kararına kadar da dijital verilerin incelenmesinin incelemenin ana kapsamında olmadığı belirtilebilir. Bu kararda Kurum uzmanlarının elde ettiği WhatsApp yazışmaları (her ne kadar bilgisayardan edinilmiş olsalar da) WhatsApp'ın incelenip incelenemeyeceğine dair önemli tartışmaları beraberinde getirmiştir. Nitekim bu tarihten itibaren; e-mail hesapları, WhatsApp Web yazışmaları gibi dijital delillerin incelenmesi, gerekli işaretlerin görülmesi halinde, olağan bir uygulama haline gelerek ve gerek esas hakkındaki değerlendirmelerin gerekse bu makale özelinde dijital verilerin engellenmesi hususunun, incelemelerin temel konusu haline geldiği görülmektedir.¹⁰

Nitekim, Ortodonti kararından yaklaşık üç ay sonra alınan Mosaş Kararı¹¹ ile cep telefonu üzerindeki ilk detaylı inceleme gerçekleştirilmiştir. Ege Gübre Kararında ise Kurul teşebbüs yetkilisinin şahsi mail hesabı üzerinde yapılan inceleme için özel hayatın gizliliğinin ihlali itirazını kabul etmeyerek teşebbüse yine yerinde incelemenin engellenmesi nedeniyle para cezası vermiştir. Bu kararlar ekseninde gelişen süreç ise 2020 yılında dijital verilerin de yerinde incelemenin konusu olabileceğini düzenleyen kanun değişikliği ve onunla paralel olarak aynı yıl çıkacak olan Dijital Kılavuz ile gelişen sürece yol açmıştır. Bu tarihten itibaren dijital verilerin incelenmesine daha net bir hukuki temele oturtulmuş hale gelmiş bulunmaktadır.

3. Yerinde İncelemelerin Bugünü ve Dikkat Çekilmesi Gereken Noktalar: 2020-2023

3.1. Kanun Değişikliği ve Dijital Verilerin İncelenmesine İlişkin Kılavuz

⁸Hazır Beton Kararı 05.08.2010, 10-52/1049-388.

⁹Ortodonti Kararı – 29.03.2018 ,18-09/157-77.

¹⁰Mosaş Kararı – 21.06.2018, 18-20/356-176, Ege Gübre Kararı – 07.02.2019, 19-06/51-18, Coşkunlar Kararı - 13.03.2019 , 19-12/146-67, Siemens Healthcare Kararı – 07.11.2019 , 19-38/581-247, Askaynak Kararı – 26.12.2019 , 19-46/793-346, Groupe SEB Kararı – 09.01.2020 , 20-03/31-14.

¹¹Mosaş Kararı – 21.06.2018, 18-20/356-176.

YERİNDE İNCELEMELERİN DÜNÜ BUGÜNÜ VE GELECEĞİ

2020 yılında kanunda 7246 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla (“**7246 sayılı Kanun**”) yerinde incelemelerde dijital verilerin incelenmesini yakından ilgilendiren bazı değişiklikler yapılmıştır. İlgili kanunun gerekçesinde yerinde incelemenin rekabet soruşturmaları için önemine değinilmiş, bu kapsamda dijital verilerin incelenebilmesi ve kopyaları ile çıktılarının alınabilmesi açıklığa kavuşturulmasının gerekliliği vurgulanmıştır.¹² Bu kanun değişikliği sonucunda, yerinde incelemelerde dijital verilerin incelenebilirliği hukuki bir temele oturtan Dijital Kılavuz yayınlanmıştır. Bu Kılavuza göre görevli meslek personeli, teşebbüse ait sunucu, bilgisayar ve depolama araçlarında inceleme yapmaya yetkilidir. Taşınabilir iletişim cihazlarının incelemeye tabii tutulup tutulmayacağına, teşebbüse ait veri içerip içermediklerinin tespiti amacıyla yapılacak hızlı gözden geçirme sonucunda karar verilmektedir. Teşebbüse ait veri içeren cihazlar adli bilişim araçları vasıtasıyla incelenmektedir. İncelemede delil niteliği taşıdığı veriler ayrıştırılmakta ve diğer bütün veriler kalıcı olarak silinmektedir.

Tümüyle şahsi kullanıma özgü taşınabilir iletişim cihazları inceleme konusu yapılamamaktadır. İnceleme süresince, verilere ve verilerin tutulduğu dijital ortama müdahale edilmesini engellemek teşebbüsün sorumluluğundadır. Teşebbüs yetkilileri, meslek personelinin bilişim sistemlerine yönelik talep ettiği hususlarda tam ve aktif destek vermek zorundadır. İnceleme esnasında gerekli görülmesi durumunda; incelenecek dijital veriler, iki ayrı veri depolayıcılarına kopyalanmaktadır. Kopyalardan biri teşebbüse teslim edilmektedir. Düzenlenecek tutanağın ekinde verilerin orijinal halleriyle birebir aynı olduklarını teyit amacıyla *hash* değerlerine yer verilmektedir. İki nüsha olarak düzenlenen tutanağın bir nüshası teşebbüs yetkilisine verilmektedir. Tutanak, görevli meslek personeli ve teşebbüs yetkilisi tarafından imzalanmaktadır. Teşebbüs yetkilisinin imzadan imtina etmesi halinde, bu tutanağa yazılmakta ve tutanak en az iki meslek personeli tarafından imzalanmaktadır.

İncelemenin teşebbüs yerleşkesinde tamamlanması esastır. Ancak gerekli görülmesi durumunda inceleme kurum bünyesindeki adli bilişim laboratuvarında devam edebilmektedir. Cep telefonlarından elde edilen dijital verilerin incelenmesi her halükârda teşebbüs yerleşkesinde tamamlanmaktadır. Kurum merkezinde incelenecek dijital veriler üç ayrı veri depolayıcısına aktarılmaktadır. Kopyalardan bir tanesi teşebbüse bırakılıp diğer iki kopya zarfa konularak mühürlenmek suretiyle güvenlik altına alınmaktadır.

İnceleme bitiminde, yukarıda bahsedilen üç kopya hariç olmak üzere kullanılan tüm veri depolayıcıları, içerdiği veriler geri getirilemeyecek şekilde temizlenmektedir. İlgili teşebbüs, adli bilişim laboratuvarında devam edilecek inceleme için bir temsilci hazır bulundurmak üzere Kurum tarafından davet edilmektedir. Söz konusu dijital verilerde sır niteliğinde veri bulunduğunun ileri sürülmesi durumunda “Dosyaya Giriş

¹² 7246 sayılı kanunun gerekçesi: <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss215.pdf> .

Hakkının Düzenlenmesine ve Ticari Sırların Korunmasına İlişkin Tebliğ” kapsamında işlem yapılmaktadır.¹³

3.2. Avukat-Müvekkil Gizliliği

Günümüz hukuk dünyasında artık yerleşmiş bir ilke olan Avukat-Müvekkil gizliliği Anayasa'nın 36. maddesi ile güvence altına alınmıştır. Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (“**AİHM**”) göre de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (“**AİHS**”) 6. maddesindeki “adil yargılanma hakkı” ve 8. maddesindeki Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı, avukatlar ve müvekkileri arasındaki haberleşmeleri de kapsamaktadır.¹⁴ Rekabet hukuku özelinde 4054 sayılı Kanun ve diğer ikincil mevzuatta bu konuya açıkça değinilmemiş olmakla birlikte Kurul bu konuda diğer kanunlardaki hükümleri ve Avrupa Birliği uygulamasını yol gösterici olarak kullanarak bir uygulama geliştirmiştir.¹⁵

Bu konuya ilişkin en önemli kararlardan biri olan Sanofi-Aventis¹⁶ kararında teşebbüs tarafından yerinde inceleme sırasında elde edilen bazı belgelerin, kurum çalışanı olmayan bir avukat tarafından oluşturulduğu ifade edilerek, bu belgelerin avukat müvekkil gizliliği kapsamında delil olarak kullanılamayacağı öne sürülmüştür. Kararda, bu iddiayı destekleyecek somut dayanaklar olmadığı ifade edilmekle beraber Avrupa Birliği uygulamasından bahsedilmiştir. Buna göre avukat müvekkil imtiyazı için “söz konusu iletişim müvekkilin savunma hakkı kapsamında ve bu amaç çerçevesinde oluşturulmuş olmalıdır” ve “yazılı iletişim, müvekkil ile işveren-çalışan ilişkisi içinde olmayan; bağımsız avukatlar ile müvekkiller arasında olmalıdır.”. Buna göre öncelikle, teşebbüs altında çalışan avukat ile teşebbüs yetkilileri arasındaki yazışmalar bu imtiyazdan yararlanamayacağı gibi bağımsız avukatlarla olan ve içeriklerinden rekabet ihlalini tasarlayan, sürdürülmesini sağlayan veya gizlenmesine yönelik konularda olan yazışmalar da bu imtiyaz kapsamında korunmamaktadır.

Bu kapsamda, bu imtiyazın kapsamına girdiği iddia edilen belgelerde bu iddia bilgileri ve başka belgelerle desteklenmelidir. İddia yeterli dayanaklarla desteklenmişse ilgili belge mühürlü zarfa konularak Kurul'a getirilmektedir. Ancak temellendirilmeyen bir imtiyaz savunması nedeniyle yerinde belgenin alınmasına izin verilmemesi yerinde incelemenin engellenmesi teşkil edebilecektir.

Bununla beraber kurulun CNR¹⁷ kararında belirttiği üzere, *mühürlü zarf usulü, teşebbüslerin veya temsilcilerinin gizlilik iddiasını öne sürmeleri ve belgelerin korunmadan yararlanıp yararlanmadığına dair bir tartışmanın gündeme gelmesi durumunda izlenmesi öngörülen bir yöntemdir.* Buna göre bu imtiyazdan

¹³ Dosyaya Giriş Hakkının Düzenlenmesine Ve Ticari Sırların Korunmasına İlişkin Tebliğ 2010/3 Nolu Tebliğ, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/04/20100418-4.htm> .

¹⁴ Gürkaynak Gönenç, Rekabet Hukuku, Seçkin Yayınları, 2022, Ankara, s. 482.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Sanofi-Aventis Kararı, 20.04.2009, 09-16/374-88.

¹⁷ CNR Kararı, 06.12.2016, 09-46/1154-290.

yararlanmak isteyen teşebbüslerin en geç yerinde inceleme anında bunu ileri sürmeleri gerekmektedir.¹⁸ Zira, öğretide de belirtildiği üzere incelemeyi gerçekleştirecek raportörler avukat-müvekkil gizliliğinde yararlanacak belgeleri re'sen gözetmekle yükümlü değillerdir.¹⁹ Yine benzer bir konuda olan Dow²⁰ kararında ise teşebbüs yerinde inceleme sırasında herhangi bir itiraz ileri sürmemiş, tutanağa şerh düşmemiştir. Ancak, ilgili belgeler mühürlü zarfla kurula daha sonra teslim edilmiş bunlardan yukarıdaki kriterleri sağlayanlar teşebbüse iade edilmiştir.

Bu konuda daha detaylı yol gösterecek olan ise EnerjiSA²¹ kararıdır. Kurul, kararda rekabet uyum programıyla alakalı olan belgelerin imtiyazdan yararlanamayacağını ve zaten bu imtiyazdan yararlanabilecek olan yazışmaların ihlallere yardım edecek nitelikte olamayacağını, savunma hakkı ile ilgili olması gerektiğini belirtmiştir. Her ne kadar ilk derece mahkemesi²² rekabet uyum programı kapsamında hazırlanan raporlar kanunu dolanmayı veya şirketlere rekabet kurallarının ihlal edilmesi konusunda yol göstermeyi değil aksine şirketin rekabet hukuku kurallarına uyumunu amaçlar gerekçesiyle Kurul kararını hukuka aykırı bulsa da Bölge İdare Mahkemesi²³ böyle bir belgenin de savunma hakkı kapsamında olmadığına işaret ederek ilk derece mahkemesinin kararını kaldırmıştır. Danıştay²⁴ da bu kararı onamıştır. Nitekim daha ileri tarihli bir kararda da *yerinde incelemede alınan ve iadesi talep edilen toplam 16 sayfa belgenin tarihlerinin, ilgili yerinde incelemenin yapıldığı ön araştırmanın başlangıç tarihinden önce olduğu, dolayısıyla savunma hakkının kullanımıyla doğrudan ilgili olmadıkları anlaşıldığından, gizlilik ilkesi kapsamında değerlendirilemeyecekleri ve iade edilmeleri talebinin reddedilmesi gerektiği kanaatine ulaşılmıştır.*²⁵ Başka bir kararda da ilgili dokümanın yer aldığı mailin bilgi kısmında bağımsız avukatın yer almasının bu belge için avukat-müvekkil gizliliğinden yararlanma için yeterli olmadığı ifade edilmiştir.²⁶

Bütün bunlara ek olarak teşebbüs avukatlarının inceleme sırasında teşebbüste bulunma ve sürece müdahil olma, tutanağa şerh düşme haklarının mutlak olduğunu da belirtmek gerekmektedir. Bununla beraber meslek personeli incelemeye başlamak için avukatın gelmesini beklemek zorunda değildir.²⁷ Uygulamada genelde kurum uzmanlarının makul bir süre için avukatları beklediği görülmektedir²⁸ ancak bu süre makul düzeyi aşarsa uzmanlar incelemeye başlamakta ve aradaki

¹⁸ Gürkaynak, s. 484.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Dow Kararı, 02.08.2015, 15-42/690-259.

²¹ EnerjiSA Kararı, 06.12.2016, 16-42/686-314.

²² Ankara 15. İdare Mahkemesi, E. 2017/412, K. 2017/3045, T. 16.11.2017.

²³ Ankara Bölge İdare Mahkemesi, 8. İdari Dava Dairesi, E. 2018/658, K.2018/1236, T. 10.10.2018.

²⁴ Danıştay 13. Daire, 2019/865 E., 2022/3005 K., T. 05.07.2022.

²⁵ Warner Bros Kararı, 19-04/36-14, 17.01.2019.

²⁶ Huawei Kararı, 14.11.2019, 19-40/670-288.

²⁷ Çekok Gıda, 08.02.2018, 18-04/56-31.

²⁸ Koçak Petrol – 05.08.2009 , 09-34/837-M ; Danıştay 13. Dairesi 2008/5890 E. 2013/847 K. Sayılı Karar ; Danıştay İDDK., 2013/3389 E. 2016/23 K., T. 18.1.2016.

sürede yapılan belge imhaları gibi eylemler yerinde incelemenin engellenmesi durumunu teşkil etmektedir.

3.3. Kişisel Veriler Hakkındaki Tartışmalar ve AYM 2022/139 Karar Sayılı Norm Denetimi

Yerinde incelemeler sırasında incelemeye itiraz olarak teşebbüslerce pek çok kez kişisel verilerle ilgili endişelerin öne sürüldüğü görülmektedir. Ancak, bugüne kadarki kararlara baktığımızda Kurul bu konudaki endişeleri yerinde bulmayarak, yerinde incelemenin engellenmesinde kişisel verilere dayanılsa da tavizsiz bir şekilde ceza vermeye devam etmiştir. Teşebbüslerin kişisel verilerle ilgili endişelerinin genellikle şahsi mail hesaplarında inceleme yapılamayacağını öne sürmeleri, sistemlerinde üçüncü kişilere dair verilerin olduğu ve veriler üçüncü kişilere ait olmasa da verilerin bulunduğu yerde Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün (General Data Protection Regulation – “**GDPR**”) uygulanması nedeniyle Avrupa’da veri koruma hukukuna ilişkin sorumluluk altında kalmak istememeleri olduğu görülmektedir. Kurul’un zaman içinde oturan içtihadına göre en son olarak teşebbüsle ilgili bilgi içermeleri kaydıyla, bu yönde bir işaret olması şartıyla, şahsi cihazlar veya uygulamalar da incelenebilmektedir.²⁹

Ege Gübre³⁰ kararında rekabete ilişkin ihlalleri konu alabileceği anlaşılan bir e-postanın, teşebbüs yetkilisinin şahsi e-posta hesabında yer aldığı gerekçesiyle Kurum uzmanlarınca kopyasının alınmasının engellenmesi söz konusudur. Bunun üzerine raportörlerin ilgili e-postaya erişebilmesi için Sulh Ceza Hakimliği kararı gerekmiştir. Olayda teşebbüs, ilgili yetkilinin şahsi mail hesabına erişilmesinin kişinin haberleşme hürriyetinin açık ihlali olduğu öne sürülmüş ve bu yolla elde edilen delillerin hukuken bir karşılığı olamayacağını iddia etmiştir. Ancak Kurul aslında belli bir hukuki temeli de olduğu söylenebilecek bu savunmayı yerinde görmeyerek ve o tarihte yürürlükte olan 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununa (“**6698 sayılı Kanun**”) herhangi bir atıfta bulunmayarak yerinde incelemenin engellenmesi nedeniyle para cezasına hükmetmiştir. Bununla beraber dosyadan anlaşıldığı kadarı ile teşebbüsün de 6698 sayılı Kanun’u temel alan herhangi bir açıklamada bulunmamış olması da ilginçtir.

Bunun aksine, daha ileri tarihli bir karar olan Burdur Otogaz³¹ kararında ise Kurul’un açıklamaları hukuki açıdan daha iyi temellendirilmiştir. Bu kararda şahsi taşınabilir cihazlarda yapılan incelemenin mahremiyete yönelik endişeler doğurabileceği kabul edilmiş ancak Kurul İspanya uygulamasını örnek göstererek ve 1/2003 sayılı Konsey Tüzüğü’nün 20/4. maddesine atıf yaparak teşebbüs ticari faaliyetiyle ilgili olan her türlü alanın incelemenin konusu olabileceğini belirtmiştir.³²

²⁹ Gürkaynak, 480.

³⁰ Ege Gübre Kararı – 07.02.2019 , 19-06/51-18.

³¹ Burdur Otogaz Kararı – 09.01.2020, 20-03/28-12.

³² Gürkaynak, s. 481.

YERİNDE İNCELEMELERİN DÜNÜ BUGÜNÜ VE GELECEĞİ

Kurul 2019 yılındaki bir kararında³³ şahsi e-posta hesaplarının ne zaman incelenebileceğini daha net kriterle ortaya koymaktadır. Buna göre, şahsi e-posta hesaplarının “iş amaçlı kullanıldığına” yönünde bir işaret olduğunda bu hesaplar incelenebilmektedir, zira özellikle kartel iddiaları bakımından yazışmalar, ihlali ortaya koymada son derece önemli olduğundan iş için kullanılan şahsi e-posta hesaplarının da incelenmesi, yerinde incelemenin akıbetini doğrudan etkilemektedir. Zaten, gerekçe incelemenin doğrudan şahsi hesaplar üstünde başlamadığı, kurumsal hesaptaki maillerden elde edilen deliller doğrultusunda şahsi hesapların incelenmeye başlandığı vurgulanmaktadır. Bu bakımdan Kurul’un şahsi hesaplar hakkındaki içtihadının zamanla hukuki anlamda daha sağlam temellere oturduğu söylenebilmektedir. Nitekim, 2020 yılında yayınlanan Dijital Kılavuz’da da şahsi hesap ve cihazların teşebbüse ait bilgi içerip içermediğinin anlaşılması için *hızlı gözden geçirme* yapılması uygulaması getirilmiştir.

Kişisel verilerle ilgili endişeler hakkında en dikkat çekici kararlardan biri de *Siemens Healthcare*³⁴ kararıdır. Karara konu olan olayda teşebbüsün veri tabanında Türkiye’deki çalışanlar bakımından yapılacak arama için *eDiscovery* uygulamasında kurum personeline küresel yetki verilmesi talep edilmiştir. Teşebbüs ise bu talebi AB’de mukim çalışanları nedeniyle farklı veri koruma yasalarının ihlal edilebileceği gerekçesiyle reddetmiştir. Teşebbüs daha sonradan böyle bir ihlale neden olmayacak şekilde sistemi kurarak Kurum uzmanlarını inceleme için davet etse de Kurul, kurulan sistemde verilerin ilk inceleme gününde istenen şekilde korunduğunun ispatlanamaması ve incelemenin *eDiscovery* sistemi ile yapılamaması nedeniyle engelleme nedeniyle para cezasına hükmetmiştir. Kurul bu kararda da aslında belli bir hukuki temeli olan kişisel verilerin korunması hakkındaki itirazlara dayanan gecikmeye karşı tavizsiz yaklaşmıştır. Bu kararın gerekçesi Kurul içtihadının neden bu yönde olduğu yönünde dikkate değerdir. Kurul; doğası gereği yerinde incelemelerin habersiz, ani, süratli ve kesintisiz şekilde gerçekleştirilmeleri gerektiğini tekrarlamakta ve yerinde incelemenin engellenmemesinden anlaşılması gerekenin; sunulacak belgelerin ve sunulma tarihinin teşebbüsün izin verdikleri değil; Kurum’un uygun gördükleri olması olduğunun altını çizmektedir.

Bununla beraber, yerinde incelemelerde kişisel verilerin korunması hakkındaki tartışmalar bununla sınırlı kalmamaktadır. 4054 sayılı Kanun’da 2020 yılında yapılan yerinde inceleme sırasında teşebbüslere ait verilerin kopyalarını ve fiziki örneklerini alınabilmesine imkân veren değişiklik Türkiye Büyük Millet Meclisi (“**TBMM**”) milletvekillerce soyut norm denetimi yoluyla iptal talebi ile Anayasa Mahkemesinin (“**AYM**”) önüne getirilmiştir.³⁵ İptal talebinin gerekçesi, söz konusu kopya alma işlemine dair hiçbir sınırlama getirilmemesi nedeniyle kişisel verilerin korunması hakkına yönelik belirsiz ve orantısız bir müdahalenin olduğudur. Ancak AYM bu görüşe katılmamıştır. AYM’ye göre kuralda tanınan yetkinin konusu, kapsamı ve

³³ Askaynak Kararı – 26.12.2019 , 19-46/793-346.

³⁴ Siemens Healthcare Kararı – 07.11.2019 , 19-38/581-247.

³⁵ AYM, E.2020/67, K.2022/139, 09/11/2022.

sınırları ile kullanılacağı hallerin belirtilmiş olması nedeniyle anayasa aykırı bir durum yoktur ve zaten yerinde incelemelerde tüm süreç 6698 sayılı Kanun'a uygun yürütülecektir. Ayrıca, ilgili kanundaki kural piyasalardaki tekelleşmeyi önleme yükümlülüğü kapsamında olduğundan demokratik toplumun gerekleri nezdinde meşru bir temele oturmaktadır.

Ancak oyçokluğu ile alınan bu kararın karşı oylarında da dikkat çekici açıklamalar vardır. Başkan Zühtü Arslan karşı oy yazısında iptali istenen kuralın “*her türlü verinin*” alınabileceğini öngördüğü bu veriler içinde kişilerin rızası hilafına işlenebilmesi ancak “*kanunlarda öngörülen hallerde mümkün olan*” özel nitelikli kişisel verilerinde olabileceğini ve ilgili kanunda özel nitelikli verilere yönelik herhangi bir güvence öngörülmediğini belirtmiş bu nedenle ilgili kanun maddesini Anayasaya aykırı bulmayan çoğunluk görüşüne katılmamıştır.

3.4. İncelemenin Fiziksel Olarak Engellenmesi

Yerinde incelemeler hakkında en çarpıcı hususlardan biri de yerinde incelemelerin fiziksel olarak engellenmesidir. Fiziksel engelleme kurum uzmanlarının teşebbüs yerleşkesine hiç alınmaması şeklinde ortaya çıkabileceği gibi uzmanlar incelemeyi gerçekleştirirken elektriğin kesilmesi, kabloların çıkarılması, kasaların sökülmesi gibi yollarla da ortaya çıkabilmektedir. Buna ek olarak, teşebbüslerin çeşitli laf cambazlıklarıyla uzmanları oyaladığı, yerleşkede bulunan yetkililer hakkında yanlış bilgi verildiği ve hatta kimi zaman bu olayların ciddi tartışmalara da döndüğü de görülmektedir.

*Mosaş*³⁶ kararında teşebbüsçe internet bağlantısı kesilmiş ve kurum uzmanları tarafından söz konusu davranışın yerinde incelemeyi engellediği belirtilmesine rağmen teşebbüs yetkililerince bilgisayar kasaları sökülerek incelenmemeleri için götürülmüştür. Burada özellikle bir teşebbüs yetkilisinin “*isterseniz tutanağınızı tutun bunu götürmek zorundayız*” ifadesi teşebbüslerin fiziksel engellemelerdeki tavırlarını yansıtmaları açısından önemlidir. Nitekim buna ek olarak da teşebbüs yetkililerin bulunduğu bir WhatsApp grubunda “*modemi bozalım, “interneti keselim*” gibi planlar yaptıkları da görülmüştür. Bunun sonucunda teşebbüse yerinde incelemenin engellenmesi nedeniyle ceza verilmiştir. Bu karardaki olayın yansımaları da 2020’de yayınlanan kılavuzda “*inceleme süresince, verilere ve verilerin tutulduğu ortama müdahale edilmesini engellemek teşebbüsün sorumluluğundadır*” şeklinde yer bulmaktadır. Bu karar özelinde teşebbüsün başvurduğu sistem kesintileri gibi yollara takip eden süreçteki bazı yerinde incelemelerde de rastlanılmaktadır.³⁷

Yerinde incelemenin fiziksel olarak engellenmesi kimi zaman yalan beyanlarla veya gerekli planlamaların yapılmasını sağlayacak belgelerin verilmemesiyle Kurum uzmanlarının incelemeye başlamalarının olanaksız hale getirilmesiyle engellenmesi

³⁶ Mosaş Kararı – 21.06.2018, 18-20/356-176.

³⁷ Coşkunlar Kararı - 13.03.2019 , 19-12/146-67.

olarak ortaya çıkabilmektedir. Lafarge Beton³⁸ kararında teşebbüs yetkilileri incelemenin planlanması ile ilgili bazı belgelerin meslek personellerince alınmasına engel olmaya çalışmıştır.

Gerçeği yansıtmayan beyanlarla uzmanların teşebbüsün işleyişine dair bilgi edinmemesi sonucu incelemeye başlamalarının engellenmesine en önemli örnek ETİ³⁹ kararıdır. Kararda pandemi zamanında yapılan yerinde incelemede Kurum uzmanları teşebbüse geldiklerinde güvenlikçe yerleşkede yalnızca kendisinin olduğu bilgisi verilmiştir. Ancak daha sonra yapılan detaylı incelemede başta verilen bilginin aksine bazı üst düzey yetkililerin sürecin başından beri yerleşkede olduğu anlaşılmıştır. Bu durum teşebbüse yerinde incelemenin engellenmesi nedeniyle ceza verilmesinin nedenlerinden biridir. Nitekim, Kurum uzmanlarının istediği belgeleri bulup onlara göstermek teşebbüsün sorumluluğundadır.⁴⁰

3.5. İncelemenin Dijital Ortamda Engellenmesi

Yerinde incelemelerin dijital ortamda engellenmesi en çok karşılaşılan engelleme yollarından biri olup niteliği gereği pek çok farklı şekilde de ortaya çıkabilmektedir. En çok karşılaşılan engelleme yolları ise genellikle ilgili belgelerin veya mesajların silinmesidir. Ancak, bir aşağıda kullanılan teknolojiler de daha detaylı olarak açıklanacağı üzere verilerin silindiğini oldukça kolay bir şekilde tespit edebildiği gibi kimi zaman da bu verileri geri getirebilmektedir. Verilerin silindiği durumlarda Kurul'un genel eğilimi çok net bir şekilde, verinin niteliği veya teşebbüsün genel iş birliği hakkında bile tartışmalara girmeden yerinde incelemenin engellenmesi kararının verilmesidir.

Verilerin silinmesi noktasında yerinde incelemenin engellendiği kararlarına yönelik en genel itirazlardan biri de silme işleminin ilgili yetkilinin kendi insiyatifi ile gerçekleştiğidir. Ancak Kurul bu itirazları oldukça kesin bir şekilde yerinde görmemektedir.⁴¹ Buna ek olarak silinen verinin adli bilişim cihazlarıyla sonradan geri getirilebilmiş olması da ilgili eylemin yerinde incelemenin engellenmesi olarak nitelendirilmesine engel değildir. Kurul aksinin kabulünün teşebbüsler için ödül anlamına geleceğini belirtmektedir.⁴²

Silme faaliyetini en net şekilde ortaya koyan durumlardan biri de ilgili cihazdaki verilerin yerinde inceleme tarihinden çok daha öncesine dayanmasıdır.⁴³ Bununla beraber, Kurul engelleme hükmünü kurarken yalnız buna dayanmamakta ilgili cihazın *log* kayıtları incelenmekte ve Kurum yerleşkesindeki laboratuvarlarda

³⁸ Lafarge Beton Kararı – 09.12.2009, 09-58/1396-364.

³⁹ ETİ Kararı – 29.04.2021, 21-24/278-123.

⁴⁰ Aslan, İsmail Yılmaz., Rekabet Hukuku – Teori ve Uygulama, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2021, s. 1294.

⁴¹ Unmaş Kararı – 20.05.2021, 21-26/327-152.

⁴² Ibid.

⁴³ Sahibinden Kararı – 27.05.2021 , 21-27/354-174 ; Medicana Kararı – 17.06.2021 , 21-31/400-202 ; P&G Kararı Kararı – 08.07.2021 , 21-34/452-227.

YERİNDE İNCELEMELERİN DÜNÜ BUGÜNÜ VE GELECEĞİ

teşebbüsün savunması özelinde simülasyonlar gerçekleştirilerek silme işlemi ispatlanmaktadır.⁴⁴

Yerinde incelemeler sırasında silme işleminin meşru gerekçelere dayandığını desteklemek için teşebbüslerin dayandığı bir diğer husus da silinen mesajlarda kullanılan ifadeler nedeniyle ilgili kişi için ciddi bir mahcubiyetin doğacağıdır. P&G⁴⁵ kararında grup isimlerinin başlıklarının işle alakalı olması nedeniyle ilgili yetkilinin silme işleminin nedeninin kullandığı müstehcen ifadelerin başkaları tarafından görülmesi nedeniyle yaşayacağı mahcubiyet olduğu yönündeki savunmasına itibar edilmemiştir.

Bunlara ek olarak, yerinde incelemelerde teşebbüsler verileri silme ve dolayısıyla incelemeyi engellemek teknik anlamda oldukça karmaşık yollara da başvururlar. TNET kararında⁴⁶ teşebbüs çalışanının bilgisayarında yapılan inceleme sırasında bilgisayar ilk açıldığında incelemeyi gerçekleştiren meslek personeline içinde çok sayıda Word dokümanı bulunan bir klasörde, daha sonra sadece o an inceleme amacıyla zaten açık bulunan dört Word dokümanının kaldığı görülmüştür. Bunun üzerine yapılan teknik incelemede klasördeki diğer belgelerin teşebbüsçe bilgisayara uzaktan erişim yoluyla silindiği anlaşılmıştır. Belgeler daha sonradan teşebbüs tarafından incelemeyi gerçekleştiren meslek personeline sunulsa da üzerlerinde herhangi bir değişiklik yapıp yapılmadığının tespitinin mümkün olmadığı gerekçesiyle verilerin silinmesi yerinde incelemenin engellenmesi olarak değerlendirmiştir. Bu karar teşebbüslerin yerinde incelemeyi engelleme yollarının nereye varabileceğini göstermesi açısından önemlidir.

Yerinde incelemenin dijital ortamda engellenmesinin bir diğer yolu da verilerin incelenebileceği sistemle ilgili gerekli yetkilerin incelemeyi gerçekleştirecek meslek personeline verilmemesidir. Nitekim pek çok kararda görüldüğü üzere teşebbüsler eDiscovery yoluyla verilerin incelenmesi için teşebbüs tarafından verilmesi gereken “yetkinin” sağlanmasını “teşebbüsün global bir işleyişi olduğundan global yönetim tarafından izin verilmesi gerektiği” veya “teşebbüsün pek çok ülkede faaliyet gösteriyor olması nedeniyle o ülkelerdeki kişisel verilerle ilgili düzenlemeler” gibi nedenler ileri sürülerek reddetmektedir.⁴⁷ Bunun sonucunda incelemeyi gerçekleştirecek raportörlerin verilere erişimi mümkün olmamaktadır. Aşağıda detaylandırılacağı üzere kurul bu durumlarda yerinde incelemenin engellendiğine hükmetmektedir.

Son olarak yerinde incelemenin dijital ortamda engellendiğinin ispatının güçlüğü de önemli bir tartışma konusu olarak ortaya çıkmaktadır. Bu durumu ilişkin en dikkat çekici karar ise A101 kararıdır.⁴⁸ Söz konusu kararda teşebbüs yetkilisinin iş için

⁴⁴ Sahibinden Kararı – 27.05.2021 , 21-27/354-174.

⁴⁵ P&G Kararı Kararı – 08.07.2021 , 21-34/452-227.

⁴⁶ TNET Kararı – 18.07.2013, 13-46/601-M.

⁴⁷ Unilever Kararı, 07.11.2019/19-38/584-250 ; Siemens Healthcare Kararı – 07.11.2019, 19-38/581-247

⁴⁸ A101 Kararı, 23.06.2022, 22-28/464-187.

kullandığı telefonda WhatsApp uygulamasının olmaması sebebiyle cihaz adli bilişim yazılımıyla incelenmiş ve WhatsApp uygulamasının bulunduğu gösteren bir veriye rastlanmamıştır. Başka bir teşebbüs yetkilisinin telefonunda WhatsApp uygulamasına girildiğinde ise uygulamanın telefon numarası ve isim gibi bilgileri sorduğu başlangıç ekranında kaldığı görülmüştür. Bunun üzerine WhatsApp yedeklemelerine ulaşıldığında ise son yedeklemenin yerinde incelemeye bir gün önce yapıldığı görülmüştür. Adli bilişim cihazıyla yapılan incelemede ise WhatsApp'a dair herhangi bir log kaydına rastlanamamıştır. Bunun sonucunda *telefonlarda silme işleminin yapılıp yapılmadığına ve silme işlemi yapılmışsa işlemin ne zaman yapıldığına ilişkin bir tespit yapılmaması* sebebiyle yerinde incelemenin engellenmesi sebebiyle idari para cezası verilmesine gerek olmadığına hükmedilmiştir.

3.6. Yerinde İncelenmeler ve Konut Dokunulmazlığı - AYM'nin Ford Otosan Bireysel Başvuru Kararı ve Etkileri

3.6.1. AYM Kararının Özeti

Kararda⁴⁹ AYM, Ford Otosan'ın "mülkiyet hakkı" ve "aynı fiil nedeniyle yeniden yargılanmama ve cezalandırılmama" ilkesinin ihlal edilmediğine hükmederken, ön araştırma ve idari yargı sürecinin tamamlanması arasında neredeyse 10 yıl olması nedeniyle "makul sürede yargılanma hakkının" ve bu makalenin ana konusu olacak şekilde, yerinde incelemelerin mahkeme kararı olmaksızın yapılıyor olması nedeniyle "konut dokunulmazlığı hakkının" ihlal edildiğine hükmetmiştir.

AYM, kararına işyerlerinin de konut kavramına dahil olduğunu belirterek başlamaktadır. AYM'ye göre Anayasa'daki hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının ölçütlerinden biri de Anayasa'nın sözüne uygunluktur. Nitekim Anayasa'nın 21. maddesinin birinci fıkrasında usulüne göre verilmiş mahkeme kararı olmadıkça kimsenin konutuna girilemeyeceği vurgulanmıştır. Rekabet Kurulu gibi yetkili bir merciinin onayı ile konuta girilmesi ise yalnızca gecikmesinde sakınca bulunan haller için olabilir ancak bu hallerde de yetkili merciinin kararının 24 saat içinde görevli hâkimin onayına sunulması gerekmektedir.

4054 sayılı Kanun'un 15. maddesi ise, Anayasa'daki bu kurallara uygun bir düzenleme öngörmemektedir. Nitekim, Anayasadaki ilgili düzenleme kamu görevlilerinin kişilerin konutlarına rızaları hilafında girmeye çalıştıkları her durum için geçerlidir. Buna göre, yerinde incelemelerdeki mevcut uygulamayla başvuru sahibinin "konut dokunulmazlığı" hakkı ihlal edilmiştir.

3.6.2. AYM Kararının Hukuki Sonuçları

Temel olarak bireysel başvuru kararlarının objektif ve subjektif olmak üzere iki işlevi vardır. Subjektif işlev, bireyin temel hak ve özgürlüklerinin anayasa yargısı ile

⁴⁹ Ford Otomotiv Sanayi A.Ş., B. No: 2019/40991, 23/3/2023,

<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2019/40991> , Erişim Tarihi: 08.08.2023..

korunmasını sağlamakken; objektif işlev, hukuk düzeninin korunması ve anayasa yargısı içtihatlarının geliştirilmesi ile sınırlıdır.⁵⁰ Buna göre, bireysel başvuru kararlarının en temel özelliği, doğrudan etkilerini yalnızca başvuru özelinde göstermeleri olup, norm denetiminin aksine objektif işlevleri doğrudan doğruya herkes özelinde ortaya çıkmaz ve kanun maddeleri -anayasa aykırı olduğu görüşünde olursa bile- iptal edilemez.

Kararın etkilerinin tartışmalı olduğu husus ise ilgili kanun maddesinin hala yürürlükte olması nedeniyle ilerleyen süreçte ne olacağıdır. Nitekim Rekabet Kurumu'nun yerinde inceleme usulünde herhangi bir değişiklik olmadığı görülmektedir. Bu noktada, kanunun hala yürürlükte olması nedeniyle yerinde incelemeye giden kurum uzmanlarının TCK m. 24 kapsamında kanuna aykırı emir itirazında bulunamayacağı da söylenebilecektir.

Bu durumda incelenmesi gereken ilk husus, kararın derece mahkemeleri üzerinde nasıl bir etki doğuracağıdır. Doktrinde bu konudaki tartışmaların bireysel başvuru kararlarının gerekçelerinin de bağlayıcı olup olmaması özelinde yoğunlaştığı görülebilecektir. Bu konuda bireysel başvuru kararlarının gerekçelerinin de diğer tüm mahkemeler için bağlayıcı olduğu söyleyen yazarlar olduğu gibi⁵¹, böyle bir yorumun pozitif bir dayanaktan yoksun olduğu söyleyen yazarlar da bulunmaktadır.⁵²

Bu açıklamalar düşünüldüğünde, yaygın bir uygulama olduğu söylenebilecek yerinde incelemeler bakımından; teşebbüslerin derece mahkemelerinde AYM kararını öne sürerek kendileri lehine bir hüküm almaya çalışmaları oldukça muhtemeldir. Uygulamaya bakıldığında ise bireysel başvuru kararları ile uyum içinde olan derece mahkemesi kararları olduğu gibi; AYM kararıyla çelişen ve ancak sonradan, ayrı bir bireysel başvuruyla özel olarak ihlal kararı verilmesiyle AYM içtihadının (zorunlu olarak) takip edildiği kararların da olduğu söylenebilecektir.⁵³

Ancak; yazarların ortak noktaları, paralel ve tekrarlanan durumlar açısından, açık bir şekilde bir bireysel başvuru kararı ile ilişkilendirilebilen olaylarda mahkemelerin AYM içtihadını takip etmesinin konunun zaten büyük ihtimalle tekrar AYM önüne götürülecek olması nedeniyle gereksiz tazminat ve iş yükünü önlemek için gerekli olduğudur.⁵⁴

⁵⁰ Perdecioğlu, İsmail Emrah. Anayasa Mahkemesi Kararlarının Uyumlaşma Sorunu Mülkiyet Hakkı Örneği. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.

⁵¹ Kanadoğlu, Korkut. Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru. On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 260-266 ; Perdecioğlu s. 25.

⁵² Akçil, Yılmaz. "Bireysel Başvuru Kararlarının Subjektif ve Objektif Etkisinin İdari Yargı Yönünden İncelenmesi". *Anayasa Yargısı*, Cilt: 39, Sayı: 1, (2022), s. 1-45.

⁵³ Perdecioğlu s. 67; *Kemal Aktaş ve Selma Irmak*, B. No:2014/85, 3/1/2014, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/85> , Erişim Tarihi: 08.08.2023.

⁵⁴ Akçil, Kanadoğlu, Perdecioğlu.

Bu durumda Rekabet Kurumunun yerinde incelemeleri mahkeme kararı olmadan yürütmeye devam etmesi durumunda daha seçici hareket etmesinin makul olacağı söylenebilecektir. Zira aksi takdirde ortaya çıkabilecek tazminatlarda Kurum'a rücu edilebilme ve Kurum bakımından ciddi bir ekonomik yük doğma ihtimali tamamen dışlanamamaktadır.

Bu noktada kararın AYM'nin kararın hüküm kısmında belirttiği üzere⁵⁵ keyfiyetin yürürlükte bulunan bir yasadaki "yapısal sorundan" kaynaklanması nedeniyle, ihlalin giderilmesi için kararın bir örneğinin TBMM'ye gönderilmesinin ardından gelişebilecek sürece de değinmek gerekmektedir.⁵⁶ Aşağıda daha detaylı değinilecek olmakla beraber, bu durumda TBMM yasayı değiştirebilecek veya yasa değişikliği yapmayabilecek ve kendisine gönderilen yazıyı iade edebilecektir. Eylül 2023 itibariyle AYM'nin keyfiyete yol açan yapısal sorunun kaldırılması için TBMM'ye gönderdiği 11 bireysel başvuru kararı bulunmaktadır.⁵⁷ Bu örneklerle bakıldığında; birinde TBMM kararı AYM'ye iade ederken⁵⁸ , diğerlerinde herhangi bir aksiyon alındığı bilgisine ulaşılamamıştır.

En son ihtimalde ise, söz konusu normun AYM'nin önüne Anayasa'nın 21. maddesine aykırılık iddiasıyla, bu sefer somut norm denetimi yoluyla iptal davası için getirilmesi söz konusu olabilir.⁵⁹ Bu durumda bireysel başvuru kararının, yasa maddesinin iptali için güçlü bir dayanak olduğu söylenebilecektir. Nitekim; AYM bir bireysel başvuru kararında⁶⁰ evli kadının kendi soyadını tek başına kullanamıyor olması nedeniyle hak ihlali kararı vermesinin ardından ilgili konu somut norm denetimiyle önüne gelince bu normu iptal etmiştir.⁶¹ Ancak iki karar arasında neredeyse 10 yıl olduğu da göz önünde bulundurulmalıdır. Başka bir örnekte ise, AYM bireysel başvuru sonucunda ihlal kararı vermesinin ardından⁶² yeniden yargılama yapan mahkemenin norm denetimi başvurusunu, ilgili kanunun bu seferki yargılamada uygulanma imkânı bulunmamasından dolayı yetkisizlik gerekçesiyle

⁵⁵ Ford Otomotiv Sanayi A.Ş., B. No: 2019/40991, paragraf VI/C, s. 48.

⁵⁶ Bkz: Kılıç, Abbas. "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Türkiye Büyük Millet Meclisine Bildirilmesi", *Anayasa Yargısı*, Cilt: 38, Sayı: 1, (2021), s. 85–126.

⁵⁷ Y.T. B. No: 2016/22418, Süleyman Başmeydan B. No: 2015/6164, Bedrettin Morina B. No: 2017/40089, Sabri Uhrağ Application No: 2017/34596, Kadri Enis Berberoğlu (1) (2) (3), Sabri Uhrağ B. No: 2017/34596, Süleyman Kurtel B. No: 2016/1808, Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri B. No: 2018/14884, Nevriye Kuruç B. No: 2021/58970, Yeni Gün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık A.Ş. ve diğerleri B. No: 2016/5903, Tarık Yüksel B. No: 2019/1255, E.Y. B. No: 2018/10482.

<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?KelimeAra%5B%5D=Yap%C4%B1sal+sorunun+%C3%A7%C3%B6z%C3%BCm%C3%BC+i%C3%A7in+keyfiyetin+T%C3%BCrkiye+B%C3%BCy%C3%BCk+Mill+et+Meclisine+B%C4%BOLD%C4%B0R%C4%B0LMES%C4%B0NE>.

⁵⁸ Kadri Enis Berberoğlu Başvurusu; (1) B. No: 2017/27793, (2) B. No: 2018/30030, (3) B. No: 2020/32949

⁵⁹ Bkz: Şahbaz, İbrahim. "Bireysel Başvuru Üzerine Verilen İhlal Kararı Sonrası

Somut Norm Denetimi". *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, S:1, s. 117-175.

⁶⁰ Sevim Akat Eşki, B. No: 2013/2187.

⁶¹ AYM, E.2022/155, K.2023/38, T. 22/02/2023 ; ancak bunun aynı konudaki birden çok norm denetimi başvurusundan en günceli olduğu unutulmamalıdır.

⁶² AYM; G.B. B. No: 2016/3122.

reddetmiştir.⁶³ Tüm bu ihtimaller göz önünde bulundurulduğunda gerek yukarıda aktarılan ihtimallerin karmaşık hukuki süreçler olması, gerekse bu ihtimallerden hangisinin gerçekleşeceğini gerçekten belirsiz olması nedeniyle gelişecek süreç hakkında net bir görüş bildirmek güçtür. Nitekim özellikle derece mahkemelerinin izleyeceği yolun netleşmesi yılları alabilir.

3.6.3. Türkiye Dışındaki Durum

Konut dokunulmazlığı hakkındaki AİHM içtihadı ve yerinde incelemeler açısından diğer ülkelerdeki durumları da incelemek faydalı olacaktır. AİHM'nin yerinde incelemeler özelindeki temel kararı işyerlerinin de konut statüsünde olduğuna hükmettiği Niemetz⁶⁴ kararıdır. Buna ek olarak AİHM, konut dokunulmazlığı hakkına kamu gücüyle yapılan müdahalelerin meşru olarak nitelendirilebilmesi için müdahalenin kanunla öngörülmüş olması, meşru bir amaç gütmesi ve demokratik bir toplumda gerekli olan ölçüde olması gerektiğini belirtmiştir.⁶⁵ Yerinde incelemeler açısından ise meşru amaç, rekabet hukuku yoluyla ülkenin ekonomik refahının korunması olarak ortaya çıkar.⁶⁶

Bununla beraber, AİHM müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olması ölçütünde ilgili kamu otoritesinin yetkilerinin kötüye kullanılmasını önleyecek yeterli ve etkili güvencelerin varlığını aramaktadır.⁶⁷ Bu bakımdan AİHM, otoritelerin gerçekleştirecekleri incelemelerin özelliklerinin neredeyse tümünü kendileri belirlemesinin gerekli ve etkili güvenceleri sağlamadığına hükmetmiştir.⁶⁸ Bununla beraber; AİHM, işyerlerinde yapılacak aramalarda mahkeme kararını her zaman zorunlu görmemektedir. Fakat, mahkeme kararı olmadan yapılan bir aramanın meşru kabul edilebilmesi için aramaya bağımsız bir gözlemcinin katılması zorunludur.⁶⁹

Nitekim; AİHM Rekabet Kurumunun yetkilerine çok benzer şekilde, yerinde incelemenin yerindeliğini, sayısını, süresini ve kapsamını tek başına belirlemeye

⁶³ AYM, Genel Kurul, E. 2020/102, K. 2021/1, KT: 14.1.2021; R.G.: 25.2.2021, Sayı: 31406.

⁶⁴ Niemetz v. Germany, Application No: 13710/88,

<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57887%22%5D%7D> , Erişim Tarihi: 08.08.2023.

⁶⁵ Gündüz, Harun. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Rekabet Hukukuna Etkileri. Ankara: Rekabet Kurumu, 2009. s. 21.

⁶⁶ Soci t  Colas Est and others v. France, Application No: 37971/97,

<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/?library=ECHR&id=001-60431&filename=CASE%20OF%20STES%20COLAS%20EST%20AND%20OTHERS%20v.%20FRANCE.docx&logEvent=False> , Erişim Tarihi: 08.08.2023.

⁶⁷ Gündüz, s. 22.

⁶⁸ Cr mieux v. France, Application No: 11471/85,

<https://hudoc.echr.coe.int/ENG#%7B%22itemid%22:%5B%22002-9644%22%5D%7D> , Erişim Tarihi: 08.08.2023.

Miailhe V. France, Application No: 12661/87,

https://www.stradalex.com/en/sl_src_publ_jur_int/document/echr_12661-87_001-82929 , Erişim Tarihi: 08.08.2023.

⁶⁹ Gündüz, s. 23 ; Camenzind v. Switzerland, Application No: 136/1996/755/954,

<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/pdf?library=ECHR&id=001-58125&filename=CASE%20OF%20CAMENZIND%20v.%20SWITZERLAND.pdf&logEvent=False> ,

Erişim Tarihi: 08.08.2023.

yetkili olan Fransız Rekabet Otoritesinin mahkeme kararına dayanmayan ve bağımsız bir unsurun katılmadığı yerinde incelemesinin konut dokunulmazlığı hakkını ihlal ettiğine hükmetmiştir.⁷⁰ Bu bakımdan AYM'nin bireysel başvuruda verdiği hak ihlali kararının AİHM içtihadına uygun olduğu söylenebilecektir. Son olarak; konuya Avrupa Birliği ülkelerinde yerinde inceleme için mahkeme kararı gereken ülkelerin azınlıkta olduğu söylenebilir. Bu ülkeler Pınar'ın 2011 tarihli çalışmasında aktardığı tespitlerine göre: Avusturya, Almanya, Bulgaristan, Fransa, İrlanda, İsveç, Macaristan ve Portekiz'dir.⁷¹

3.6.4. Türkiye Bakımından Gelecek Senaryolar

Türkiye bakımından kararın etkileri açısından, AİHM kararlarının da benzer olduğu göz önünde bulundurulduğunda TBMM'nin alacağı tavır açısından olası senaryolara bakmak faydalı olacaktır. İlk olarak TBMM yasayı değiştirerek yerinde incelemeler için Ankara'da genel yetkili bir mahkeme belirleyebilecektir. Böyle bir sisteme geçilmesi halinde Anayasa m. 21 ile de paralel olacak şekilde gecikmesinde sakınca bulunan hallerde incelemenin Kurul kararıyla yapılması daha sonra 24 saat içinde görevli hâkimin onayına sunulması imkânı sağlanmış olacaktır.

Bundan farklı bir senaryoda, ilgili yasa değişikliği ile yerinde inceleme kararı için yetkili mahkeme teşebbüsün yargı çevresindeki olarak belirlenebilecektir. Bu durumda da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Kurul'un izni ile inceleme yapılması imkânı olsa da mahkemenin teşebbüsün yargı çevresinde olması gizliliğin zarar göreceğine ve doğal olarak yerinde incelemeden beklenen amacın sekteye uğrayacağına yönelik tartışmaları tetikleyebilecektir. Son olarak mahkemenin ceza veya hukuk mahkemesi olarak belirlenmesi de mahkemelerin eğilimleri nedeniyle farklı etkiler yaratabilecektir.

Son senaryoda ise TBMM herhangi bir yasa değişikliğine gitmeyebilecek, bunun sonucunda yerinde incelemeye konu olan teşebbüslerin yargıya başvuruları artacaktır. Böyle bir senaryoda derece mahkemelerinin iş yükünün artması neredeyse kesin olmakla beraber, derece mahkemelerinin alacağı tavırla bağlantılı olarak AYM'nin konuya dair iş yükünün artması ihtimali de yüksektir. Önüne gelen bireysel başvurularda da önceki kararını dikkate alması muhtemel olan AYM'nin vereceği tazminat kararlarıyla hem mali anlamda devlete ciddi bir yük doğacakken, aynı zamanda hem de uygulamacılar hem de teşebbüsler açısından oldukça karmaşık bir durum ortaya çıkma ihtimali hayli yüksek görülmektedir.

⁷⁰ Gündüz, s. 24 ; Société Colas Est and others v. France, Application No: 37971/97,

<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/?library=ECHR&id=001-60431&filename=CASE%20OF%20STES%20COLAS%20EST%20AND%20OTHERS%20v.%20FRANCE.docx&logEvent=False> , Erişim Tarihi: 08.08.2023.

⁷¹ Pınar, Hamdi. "Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda AB Komisyonunun İnceleme Yetkisi." Rekabet Dergisi 12.4 (2011): 117-118 ; Gündüz, s. 33 dn.

4. Yerinde İncelemelerin Geleceği: 2023 sonrası ve Teknolojinin Artan Rolü

4.1. Yerinde İncelemelerde Verim ve Dijital Delil Toplama

Yerinde incelemeler rekabet otoriteleri için etkili bir araç olmuştur, çünkü geleneksel yöntemler gizli nitelikleri nedeniyle rekabet ihlallerine yönelik eylemlere ilişkin kanıtları tespit etmek için yeterli olmamaktadır. Genellikle soruşturmalarda başarıya ulaşmanın yolu, yerinde incelemelerde toplanan kanıtlara dayanmaktadır.⁷²

Teşebbüslerin çalışma sistemlerinde artan dijitalleşme nedeniyle, günümüzde en yaygın delil türü, yukarıda bahsedilen kararlarda da görüleceği üzere, dijital olanlardır. Bu noktada daha klasik olarak nitelendirilebilecek e-posta yazışmaları ve WhatsApp mesajlarına ek olarak "bulut depolama sistemleri" de ayrı bir önem arz etmektedir. Bulut depolama, veri ve dosyaların bir sağlayıcı aracılığıyla çevrimiçi olarak depolandığı bulut bilişimin bir parçasıdır. Bu verilere kamuya açık ya da - bazen- özel ağ bağlantıları üzerinden erişilebilmektedir.⁷³ Bu sistemler uygun maliyetli oldukları için popüler hale gelmişlerdir. Ancak bu sistemlerin sunucularının genellikle farklı ülkelerde olması, veri aktarımına ilişkin düzenlemeler ve verilerin kopyalanmasındaki teknik zorluklar nedeniyle bulut tabanlı sistemlerin yetkililer tarafından denetlenmesi daha zordur.

4.2. Yerinde İncelemelerde Teknoloji Kullanımının Gerekliliği

Yerinde incelemelerde taranması gereken veri miktarı insan gücüyle çalışan sistemlerin kapasitesini aşabilir çünkü ilgisiz verilerin elenmesi gerekir. Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü'nün de (Organisation for Economic Co-operation and Development – "OECD") belirttiği gibi, amacına ulaşacak verimli ve faydalı bir inceleme için ilgili ve doğru verilere ulaşılması gerekmektedir.⁷⁴ Genel olarak uygulamada, yetkililer veri depolama cihazlarını kopyalama ve bunları Kurum tesisinde inceleme yolunu izlemektedirler zira denetim sırasında elde edilen veri miktarı nedeniyle, bu veri miktarını yönetmek ve ilgisiz olanları elemek için yapılacak incelemenin süresi çok ciddi saatlere varabilmektedir. Bu nedenle rekabet otoriteleri bu süreçle başa çıkabilmek için eDiscovery tarzı araçlar kullandıkları görülmektedir.

İncelemelerde elde edilen veri miktarı nedeniyle zaman da önemli bir konu haline gelmektedir. Zira her yargı sürecinde olduğu gibi, rekabet soruşturmalarının da makul bir süre içinde yürütülmesi gerekmektedir.⁷⁵ Buna ek olarak, teknolojik cihazlar veya yazılımlar, kavramlarla arama yapma ve bilgileri kategorize etme gibi yetenekleri sayesinde incelemelerde daha başarılı olabilmektedir. Ayrıca, bu

⁷² Cruz, Axel Rupert M. "Competition Litigation: "Dawn Raids" and Administrative Searches and Seizure." Ataneo Law Journal 61.491 (2016):492-553.

⁷³ What Is Cloud Storage? Amazon Web Services, https://aws.amazon.com/what-is/cloud-storage/?nc1=h_ls, Access: 08.08.2023.

⁷⁴ Volpin, Cristina and Ohno, Takuya, Digital Evidence Gathering in Cartel Investigations (September 2020).

⁷⁵ Ford Otomotiv Sanayi A.Ş. Bireysel Başvurusu [GK], B. No: 2019/40991, 23/3/2023, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2019/40991>, Access: 15.08.2023.

sistemler yapay zekâ ve makine öğrenimi yeteneklerini sayesinde de her incelemede daha akıllı hale gelmektedirler.

Önemli miktarda veriyi incelemenin getirdiği yük, teknolojik cihazların ya da yazılımların yetersizliği ve araştırmanın insan gücü ile yürütülmesi; gerekli ve önemli bazı bilgilerin atlanmasına neden olabilmektedir. Bir insanın detaylı bilgileri gözden kaçırmaması ve soruşturmanın kaderini olumsuz yönde etkilemesi oldukça olasıdır. Ancak yapay zekâ destekli ve makine öğrenimi avantajlarına sahip, araştırmasını ilgili bilgilerle ilişkilendirme kavramını kullanarak yürüten bir yazılımın bir bilgiyi gözden kaçırmama ihtimali bir insana göre oldukça azdır.

4.3. Yerinde İncelemeler Kullanılan Teknolojilere Dünyadan Örnekler

Doğal Dil İşleme (Natural Language Processing – “NLP”), açıklama, kategorizasyon, veri yoğunlaştırma, konuların ve duyguların incelenmesi dahil olmak üzere çeşitli analitik hedeflere hizmet etmek için veri kaynaklarından elde edilen önemli çıkarımlar sunmaktadır. NLP, etiketleri, ifadeleri ve bunların bağlantılarını tanımlamak gibi metnin kavramsal bir anlayışını oluşturmak için istatistiksel ve dilbilimsel analiz yöntemlerini içerir. Sistemin sağlayacağı çıktı, yetkililer için önemli bir yol göstericidir.⁷⁶ Bu teknik, farklı teşebbüslerden elde edilen belgelerle ilgili benzerlikleri otomatik olarak tanımlamak, ölçmek, dışarı aktarılan metnin doğruluğunu kontrol etmek ve hatta belgeden elde edilen bilgilerin bir projeksiyonda olası etkisini belirlemek için kullanılmaktadır.⁷⁷

Anahtar kelime arama, yerinde incelemede elde edilen verileri analiz etmek için en çok kullanılan yöntemdir. Bu süreçte yetkililer genellikle EnCase ve Nuix gibi yazım hatalarına rağmen anahtar kelimeleri tespit edebilen ve kapsamlı sonuçlar alabilen, kendi kendine öğrenen algoritmalarla tespit kabiliyetini artıracak gelişmiş adli arama yazılımlarını kullanmaktadır. Ayrıca bu yazılımlar, bir insanın yapabileceklerinin çok üstünde bir süreç olan “kavramsal arama” yeteneğine de sahiptir.⁷⁸ Kavramsal arama sistemi, eşanlamlı kelimeleri ve yazım hatalarını tespit etmeyi, anahtar kelimelerin varyasyonlarını belirlemeyi ve hatta düzenli olarak kullanılan iletişim adreslerini tespit etmeyi içermektedir.⁷⁹ Ayrıca, bu tür bir yazılım şifrelenmiş bilgileri de tespit edebilmektedir.⁸⁰ Genellikle NLP tekniği ve eDiscovery araçları birlikte kullanılmaktadır.

⁷⁶ Louisa Parks & Wim Peters (2023) Natural Language Processing in Mixed-methods Text Analysis: A Workflow Approach, International Journal of Social Research Methodology, 26:4, 377-389.

⁷⁷ Thibault, Schrepel and Groza, Teodora, The Adoption of Computational Antitrust by Agencies: 2nd Annual Report (June 15, 2023). 3 StaSchrepelInford Computational Antitrust 55 (2023), Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4476321>, Erişim Tarihi: 13.07.2023.

⁷⁸ Volpin and Ohno, s. 9.

⁷⁹ S. Ardiyok and B. Yüksel (2016), “The Use of Digital Evidence and Technological Tools in Competition Enforcement Actions and their Interference with Private and Privileged Information and Data Protection Rules”, <https://www.mondaq.com/turkey/trade-regulation-practices/479716/the-use-of-digital-evidence-and-technological-tools-in-competition-enforcement-actions-and-their-interference-with-private-and-privileged-information-and-data-protection-rules>. Access: 15.08.2023 ; Volpin and Ohno, s. 9.

⁸⁰ Volpin and Ohno, s. 9.

Yerinde incelemelerde yetkililerce kullanılan donanım için kritik bileşen farklı giriş tipleri ile veriye ulaşmaktır.⁸¹ Örneğin TX1 adı verilen standart bir veri toplama cihazı SATA, USB 3.0, PCIe, FireWire, Ethernet ve IDE bağlantı noktalarına sahiptir.⁸² Bu sayede yetkililer, flash sürücülerden SSD'lere kadar tüm veri depolama türlerini inceleyebilecektir. Bir diğer popüler cihaz da silinen verileri geri getirmek için kullanılan Cellebrite'tir.⁸³ Verilerin silinmesi, yerinde denetimlerde çok yaygın bir "kaçış yolu" olduğundan, bu cihazın önemli bir işlevi olduğu görülebilecektir.

4.4. Türkiye Örneği

Kurum; gerekli gördüğü hallerde teşebbüsün bilişim sistemi ve güvenlik altyapısı üzerinde inceleme yapmaktadır. Bu incelemede, teşebbüsün rakip teşebbüslerin alan/IP aralığına erişim/kullanım kısıtlaması uygulayıp uygulamadığı kontrol edilmektedir. Bu süreçte özellikle güvenlik duvarı, WAF, e-posta, log tutma ve SIEM sunucuları üzerinde incelemeler yapılmaktadır.⁸⁴ Güvenlik Duvarı, WAF gibi alt türleri ile ağ web aktivitesini yöneten bir sınır kapısı olarak düşünülebilecektir.⁸⁵ SIEM ise log tutma, aktiviteler ve etkiler arasındaki bağlantıyı gösteren bir diğer güvenlik çözümüdür.⁸⁶ Bu sistemlerin işletmenin web faaliyetlerini denetlemek için kullanılmasının akıllıca ve verimli bir kestirme yol olduğu söylenebilecektir.

Kurum ayrıca dijital ortamda depolanan verileri toplamak ve analiz etmek için yerinde denetimler sırasında adli yazılım ve donanımlar kullanmaktadır.⁸⁷ Yetkililer bu süreçte, teşebbüs sisteminden veri toplamak ve silinmiş verileri geri almak için Cellebrite ve XRY'nin cihazlarını kullanmaktadırlar. Bu cihazların etkisi dosyalarda doğrudan görülebilecektir.⁸⁸

Cellebrite ve XRY, özellikle gelişmiş mantıksal veri aktarımı için kullanılan çeşitli ürünlere sahiptir. Gelişmiş mantıksal aktarım, mantıksal ve dosya sistemi aktarımlarını birleştirerek karmaşık çıkarmaların üstesinden gelmeyi sağlayan bir aktarma yöntemidir.⁸⁹ Mantıksal aktarım, bir sistemden tüm verileri ayıklamak için

⁸¹ Thibault and Groza

⁸² <https://digitalintelligence.com/storeproducts/d6280> , Access: 15.08.2023.

⁸³ TMMOB Elektrik Müh. Odası Kararı –20.10.2022, 22-48/698-296,

<https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=9108b51c-ae30-4dc1-8217-ec488a5315a7> , Erişim Tarihi: 29.08.2023.

⁸⁴ Thibault and Groza.

⁸⁵ <https://www.kaspersky.com/resource-center/definitions/firewall> , Access: 15.08.2023.

⁸⁶ <https://www.microsoft.com/tr-tr/security/business/security-101/what-is-siem#:~:text=SIEM%20bir%20kurumun%20siber%20g%C3%BCvenlik,ak%C4%B1%C5%9Flar%C4%B1n%C4%B1%20etkin%20bir%20C5%9Fekilde%20kolayla%C5%9Ft%C4%B1r%C4%B1r> , Access: 15.08.2023.

⁸⁷ <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/kilavuzlar/yerinde-inceleme-kilavuz1-20201009091644514-pdf> , Access: 15.08.2023.

⁸⁸ TMMOB Elektrik Müh. Odası Kararı – 20.10.2022, 22-48/698-296,

<https://www.rekabet.gov.tr/tr/Kararlar?sayfaAdi=&YayinlanmaTarihi=&PdfText=&KararTuruID=&KararSaisyisi=22-48%2F698-296&KararTarihi=> , Access: 15.08.2023.

⁸⁹ Şirket başka bir şirketle birleştiğinden doğrudan websitesine ulaşamamakla birlikte WebArchive kullanarak yakın tarihli sayfalar görüntülenebilir:

yazılım kullanmaktadır; bu veriler daha sonra cihazın durumunu ve içerdiği bilgileri yeniden yapılandırmak için kullanılmaktadır.⁹⁰ Klasik - dosya sistemi aktarımında ise yalnızca veriler aktarılmakta, yazılım kullanarak cihazın durumunu yeniden yapılandırılmamaktadır.⁹¹ Veri aktarımının bir başka yolu da veri depolama cihazlarına fiziksel olarak erişmeyi içermektedir. Ancak bu yöntem bağımsız veri depolamasına sahip olan cihazlar için kullanılabilir de depolama kısımları, zararsız bir yöntem olmadan çıkarılmadığı için cep telefonu tipi cihazlar için kullanılmamaktadır.

XRY ayrıca bulut depolama sistemlerinde uzmanlaşmış gelişmiş sistemlere sahiptir. Sistem, uygulama işlevselliğini kolaylaştırmak için mobil cihazlardaki tokenlardan yararlanmaktadır ve kullanıcıların oturum açma kimlik bilgilerini tekrar tekrar girme ihtiyacını ortadan kaldırmaktadır. Bu sistem Google, iCloud ve WhatsApp gibi platformlar için çevrim içi içerik ve uygulamalarla ilgili veri ararken avantajlıdır.

Kurum, dijital ortamları inceleyen hemen her yerinde incelemede eDiscovery araçlarını kullanmaktadır. Bu araç, e-posta ve WhatsApp gibi donanım ve iletişim uygulamalarında depolanan verilerde kullanılmaktadır. Yetkililer ilk olarak Microsoft Outlook'taki "silinen öğeleri kurtar" özelliği gibi yerleşik veri tespit sistemlerini kullanmaktadır. Bununla beraber kurum uzmanları kimi zaman kendi bilgileriyle manuel yollarla da incelemeler gerçekleştirebilmektedir.

Kurum ayrıca gelişmiş eDiscovery incelemesi için Oxygen'in yazılımını kullanmaktadır.⁹² Oxygen Corporate Explorer, işletmeler ve özel kuruluşlar için tasarlanmıştır ve uzak iş istasyonlarından, bulut platformlarından ve mobil/IoT cihazlarından uyarlanabilir veri aktarımı yoluyla hayati kanıtların etkin bir şekilde keşfedilmesini sağlamaktadır. Bu gelişmiş dijital adli bilişim aracı, otomatik toplama, kapsamlı analiz ve çok yönlü raporlamayı basitleştirerek soruşturma süreçlerini hızlandırır ve hatta silinen verileri tespit etmektedir.⁹³

4.5. Geleceğe Dair Öngörüler

Teknolojinin hızla ilerlemesi, veri toplama, analiz ve işleme süreçlerini daha verimli hale getirecektir. Bu gelişmeler aşağıdaki şekilde örneklendirilebilecektir:

Otomasyon ve Yapay Zekâ Entegrasyonu: Yerinde incelemelerde otomasyon ve yapay zekâ kullanımı artırılarak, veri toplama ve analiz süreçlerinin hızını ve doğruluğu daha da geliştirilecektir. Yapay zekâ algoritmalarının artırılması, zaten

<https://web.archive.org/web/20230206070433/https://celebrite.com/en/glossary/advanced-logical-extraction-mobile-device-forensics/> ; <https://www.msab.com/product/xry-extract/xry-logical/> , Access: 15.08.2023.

⁹⁰ İbid.

⁹¹ <https://web.archive.org/web/20230201022940/https://celebrite.com/en/glossary/file-system-extraction-forensics/> ; <https://www.msab.com/product/xry-extract/xry-logical/> , Access: 15.08.2023.

⁹² Güven Grup Kararı- 08.12.2022, 22-54/831-341, <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=4558f52a-f32a-470c-a47b-886a41fa32cc> , Access: 15.08.2023.

⁹³ <https://oxygenforensics.com/en/products/oxygen-corporate-explorer/> , Access: 15.08.2023.

halihazırdaki çeşitli yazılımlarla filtrelenen verileri daha da detaylandırılarak bir ön rapor sunabilecektir.

Veri Madenciliği ve Projeksiyonlar: Gelecekte, yerinde incelemelerde kullanılan teknolojiler, daha fazla veri madenciliği ve projeksiyon hazırlama yetenekleri sunabilecektir. Büyük veri analitiği sayesinde, rekabet ihlallerine ilişkin belirtileri daha erken aşamalarda tespit edilebilecektir. Bu, rekabet otoritelerine daha proaktif bir yaklaşım sunabilecektir.

Blokzincir Teknolojisi ile Güvenlik ve İzlenebilirlik: Blok zincir teknolojisi, yerinde incelemelerde elde edilen verilerin daha güvenli bir şekilde saklanmasını ve izlenmesini sağlayabilecektir. Yerinde incelemelerin başında kullanılan blok zincire dayalı bir sistem, verilerin teşebbüslerce sonradan silinmesi ve manipüle edilmesini önlemek için kullanılabilir.

5. Sonuç

Yerinde incelemelerin rekabet ihlallerini ortaya çıkarmada uzun süredir en başarılı yöntemlerden biri olmaları sebebiyle rekabet hukuku açısından vazgeçilmez bir uygulama oldukları ve gelecekte de bu şekilde kalacakları aşikardır. Yerinde incelemelerde hakkında temel tartışmalar ise incelemenin usulü, mahkeme kararının gerekmemesi nedeniyle keyfilik iddiaları ve aslında bundan dolayı doğan, teşebbüslerce gerçekleştirilen engellemelerdir. AİHM içtihadında yerinde incelemenin ya mahkeme kararına dayanması ya da bağımsız bir unsurun katılımının aramasının nedeni de aslında budur. Böylece teşebbüs üstünde yargının veya bağımsız bir unsurun sağladığı güvence ile olası keyfilik iddiaları ortadan kaldırılacaktır. Sağlanan bu güvenceler nedeniyle belki de teşebbüsler daha makul davranacak ve teşebbüslerin yerinde incelemeleri engelleme girişimleri azalacak azalmasa da mahkeme kararı veya bağımsız bir unsurun katılımıyla yerinde incelemeler daha belirli ve şeffaf yürütüleceği için verilecek cezalar daha net hukuki gerekçelere oturabilecektir. Ancak, Türkiye uygulamasında yerinde incelemelerde mahkeme kararı alınması gerektiği hakkında verilen kararın norm denetimi değil, bireysel başvuru olması Türkiye'nin AİHM'nin ön gördüğü unsurları benimsemesi ihtimalinde gelişebilecek süreçte çeşitli karışıklıklara neden olacaktır.

Bunun dışında delil elde etmede verimli bir yöntem olan yerinde incelemelerde her geçen gün teknolojik yazılım ve donanımların kullanımı artmaktadır. Bunun etkisinin çok büyük oranda pozitif yönde olduğu söylenebilecektir. Zira rekabet ihlalleri hem daha başarılı hem de daha hızlı şekilde tespit edilebilecek, böylece hem toplumun uğradığı ekonomik kaybın daha hızlı ortadan kaldırılması hem de ilgili teşebbüsün makul sürede yargılanma hakkının sağlanmasını sağlayacaktır. Nitekim OECD gibi uluslararası kuruluşların da tavsiyeleri bu yöndedir. Gelecekte teknolojinin gelişmesiyle yerinde incelemelerde kullanılan teknolojilerin de bunlardan etkilenmesi ise kaçınılmaz görünmektedir.

KAYNAKÇA

- Kitap ve Makaleler

Cruz, A. R. (2016). Competition Litigation: "Dawn Raids" and Administrative Searches and Seizure. *Ataneo Law Journal*, 61(491), s. 492-553

Brom, H. (2022). On-site Inspection and Legal Certainty. *Prague Law Working Papers Series*, II (1).

Gürkaynak Gönenç, Rekabet Hukuku, Seçkin Yayınları, 2022, Ankara,

Aslan, İsmail Yılmaz., Rekabet Hukuku – Teori ve Uygulama, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2021, Bursa

Perdecioğlu, İsmail Emrah. Anayasa Mahkemesi Kararlarının Uyumlaşma Sorunu Mülkiyet Hakkı Örneği. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018

Kanadoğlu, Korkut. Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru. On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 260-266

Akçil, Yılmaz. "Bireysel Başvuru Kararlarının Subjektif ve Objektif Etkisinin İdari Yargı Yönünden İncelenmesi". *Anayasa Yargısı*, Cilt: 39, Sayı: 1, (2022), s. 1-45

Kılıç, Abbas. "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Türkiye Büyük Millet Meclisine Bildirilmesi", *Anayasa Yargısı*, Cilt: 38, Sayı: 1, (2021), s. 85–126.

Şahbaz, İbrahim. "Bireysel Başvuru Üzerine Verilen İhlal Kararı Sonrası Somut Norm Denetimi". *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, S:1, s. 117-175

Gündüz, Harun. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Rekabet Hukukuna Etkileri. Ankara: Rekabet Kurumu, 2009

Pınar, Hamdi. "Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda AB Komisyonunun İnceleme Yetkisi." *Rekabet Dergisi* 12.4 (2011)

Cruz, Axel Rupert M. "Competition Litigation: "Dawn Raids" and Administrative Searches and Seizure." *Ataneo Law Journal* 61.491 (2016):492-553.

Volpin, Cristina and Ohno, Takuya, Digital Evidence Gathering in Cartel Investigations (September 2020). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3917878> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3917878>
Access: 08.08.2023

Louisa Parks & Wim Peters (2023) Natural Language Processing in Mixed-methods Text Analysis: A Workflow Approach, *International Journal of Social Research Methodology*, 26:4, 377-389,

Thibault, Schrepel and Groza, Teodora, The Adoption of Computational Antitrust by Agencies: 2nd Annual Report (June 15, 2023). 3 StaSchrepelInford Computational Antitrust 55 (2023), Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4476321>, Erişim Tarihi: 13.07.2023

S. Ardiyok and B. Yüksel (2016), “The Use of Digital Evidence and Technological Tools in Competition Enforcement Actions and their Interference with Private and Privileged Information and Data Protection Rules”, <https://www.mondaq.com/turkey/trade-regulation-practices/479716/the-use-of-digital-evidence-and-technological-tools-in-competition-enforcement-actions-and-their-interference-with-private-and-privileged-information-and-data-protection-rules>. Access: 15.08.2023

- **Kurul Kararları**

Telsim ve Turkcell Kararı - 14.12.1999, 99-57/614-391.

Hazır Beton Kararı 05.08.2010, 10-52/1049-388.

Ortodonti Kararı – 29.03.2018 ,18-09/157-77.

Mosaş Kararı – 21.06.2018, 18-20/356-176.

Ege Gübre Kararı – 07.02.2019, 19-06/51-18.

Coşkunlar Kararı - 13.03.2019, 19-12/146-67.

Siemens Healthcare Kararı – 07.11.2019, 19-38/581-247.

Askaynak Kararı – 26.12.2019, 19-46/793-346.

Groupe SEB Kararı – 09.01.2020, 20-03/31-14.

Sanofi-Aventis Kararı, 20.04.2009, 09-16/374-88.

CNR Kararı, 06.12.2016, 09-46/1154-290.

Dow Kararı, 02.08.2015, 15-42/690-259.

EnerjiSA Kararı, 06.12.2016, 16-42/686-314.

Warner Bros Kararı, 19-04/36-14, 17.01.2019.

Huawei Kararı, 14.11.2019, 19-40/670-288.

Çekok Gıda, 08.02.2018, 18-04/56-31.

Koçak Petrol – 05.08.2009 , 09-34/837-M.

YERİNDE İNCELEMELERİN DÜNÜ BUGÜNÜ VE GELECEĞİ

Burdur Otogaz Kararı – 09.01.2020, 20-03/28-12.

Lafarage Beton Kararı – 09.12.2009, 09-58/1396-364.

ETİ Kararı – 29.04.2021, 21-24/278-123.

Unmaş Kararı – 20.05.2021, 21-26/327-152.

Sahibinden Kararı – 27.05.2021 , 21-27/354-174.

Medicana Kararı – 17.06.2021 , 21-31/400-202.

P&G Kararı – 08.07.2021 , 21-34/452-227.

TMMOB Elektrik Müh. Odası Kararı – 20.10.2022, 22-48/698-296.

Güven Grup Kararı- 08.12.2022, 22-54/831-341.

Unilever Kararı, 07.11.2019/19-38/584-250.

A101 Kararı, 23.06.2022, 22-28/464-187.

- Yargı Kararları

Danıştay 13. Dairesi 2008/5890 E., 2013/847 K., 26.3.2013 Tarihli karar <https://www.rekabet.gov.tr/Safahat?safahatId=a6cb092a-444d-4a32-a194-906635e06474> , Erişim Tarihi: 16.08.2023.

Ankara 15. İdare Mahkemesi, E. 2017/412, K. 2017/3045, T. 16.11.2017.

Ankara Bölge İdare Mahkemesi, 8. İdari Dava Dairesi, E. 2018/658, K.2018/1236, T. 10.10.2018.

Danıştay 13. Daire, 2019/865 E., 2022/3005 K., T. 05.07.2022.

Danıştay İDDK., 2013/3389 E. 2016/23 K., T. 18.1.2016.

AYM, E.2020/67, K.2022/139, 09/11/2022..

Ford Otomotiv Sanayi A.Ş., B. No: 2019/40991, 23/3/2023, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2019/40991>, Erişim Tarihi: 08.08.2023.

Kemal Aktaş ve Selma Irmak, B. No:2014/85, 3/1/2014, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/85> , Erişim Tarihi: 08.08.2023
Y.T. B. No: 2016/22418.

Süleyman Başmeydan B. No: 2015/6164.

Bedrettin Morina B. No: 2017/40089.

YERİNDE İNCELEMELERİN DÜNÜ BUGÜNÜ VE GELECEĞİ

Sabri Uhrağ Application No: 2017/34596.

Kadri Enis Berberoğlu (1) (2) (3).

Sabri Uhrağ B. No: 2017/34596.

Süleyman Kurtel B. No: 2016/1808.

Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri B. No: 2018/14884.

Nevriye Kuruç B. No: 2021/58970.

Yeni Gün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık A.Ş. ve diğerleri B. No: 2016/5903.

Tarık Yüksel B. No: 2019/1255.

E.Y. B. No: 2018/10482.

Kadri Enis Berberoğlu Başvurusu; (1) B. No: 2017/27793, (2) B. No: 2018/30030, (3) B. No: 2020/32949.

Sevim Akat Eşki, B. No: 2013/2187.

AYM, E.2022/155, K.2023/38, T. 22/02/2023.

AYM; G.B. B. No: 2016/3122.

AYM, Genel Kurul, E. 2020/102, K. 2021/1, KT: 14.1.2021; R.G.: 25.2.2021, Sayı: 31406.

Niemetz v. Germany, Application No: 13710/88, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57887%22%5D%7D> , Erişim Tarihi: 08.08.2023.

Société Colas Est and others v. France, Application No: 37971/97, <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/?library=ECHR&id=001-60431&filename=CASE%20OF%20STES%20COLAS%20EST%20AND%20OTHERS%20v.%20FRANCE.docx&logEvent=False> , Erişim Tarihi: 08.08.2023.

Crémieux v. France, Application No: 11471/85, <https://hudoc.echr.coe.int/ENG#%7B%22itemid%22:%5B%22002-9644%22%5D%7D> , Erişim Tarihi: 08.08.2023.

Miailhe V. France, Application No: 12661/87, https://www.stradalex.com/en/sl_src_publ_jur_int/document/echr_12661-87_001-82929 , Erişim Tarihi: 08.08.2023.

Camenzind v. Switzerland, Application No: 136/1996/755/954, <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/pdf?library=ECHR&id=001-58125&filename=CASE%20OF%20CAMENZIND%20v.%20SWITZERLAND.pdf&logEvent=False> , Erişim Tarihi: 08.08.2023.

- **Diğer Kaynaklar**

7.12.1994 tarihli ve 22140 sayılı Resmî Gazete, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22140.pdf> , Erişim Tarihi: 16.08.2023.

1999/1 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 16 ve 17 nci Maddelerinde Düzenlenmiş Olan İdari Para Cezalarının 31/12/1999 Tarihine Kadar Geçerli Olmak Üzere Artırılmasının Duyurulmasına İlişkin Tebliğ , <https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/tebligler/4054-sayili-rekabetin-korunmasi-hakkinda-kanunun-16-ve-17-nci-maddelerinde-duzenlenmis-olan-idari> , Erişim Tarihi: 16.08.2023.

7246 sayılı kanunun gerekçesi: <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss215.pdf>.

What Is Cloud Storage? Amazon Web Services, https://aws.amazon.com/what-is/cloud-storage/?nc1=h_ls , Access: 08.08.2023.

<https://digitalintelligence.com/storeproducts/d6280> , Access: 15.08.2023.

<https://www.kaspersky.com/resource-center/definitions/firewall> , Access: 15.08.2023.

<https://www.microsoft.com/tr-tr/security/business/security-101/what-is-siem#:~:text=SIEM%2C%20bir%20kurumun%20siber%20g%C3%BCvenlik,ak%C4%B1%C5%9Flar%C4%B1n%C4%B1%20etkin%20bir%20%C5%9Fekilde%20kolayla%C5%9Ft%C4%B1r%C4%B1r> , Access: 15.08.2023.

<https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/kilavuzlar/yerinde-inceleme-kilavuz1-20201009091644514-pdf> , Access: 15.08.2023.

<https://web.archive.org/web/20230206070433/https://cellebrite.com/en/glossary/advanced-logical-extraction-mobile-device-forensics/> ; <https://www.msab.com/product/xry-extract/xry-logical/> , Access: 15.08.2023

<https://web.archive.org/web/20230201022940/https://cellebrite.com/en/glossary/file-system-extraction-forensics/> ; <https://www.msab.com/product/xry-extract/xry-logical/> , Access: 15.08.2023.

<https://oxygenforensics.com/en/products/oxygen-corporate-explorer/> , Access: 15.08.2023.

YERİNDE İNCELEMELERİN DÜNÜ BUGÜNÜ VE GELECEĞİ

<https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/kilavuzlar/yerinde-inceleme-kilavuz1-20201009091644514-pdf> , Erişim Tarihi: 16.08.2023.