

Hukuk Bülteni

Rekabet Hukuku | Türkiye | Kasım 2019

Rekabet Hukukunda WhatsApp Yazışmalarının Delil Niteliği

WhatsApp üzerinden yapılan yazışmaların delil olarak kullanılması Rekabet Kurulu kararlarında karşımıza çıkan yeni bir unsur. Rekabet Kurulu, hakkında inceleme yürütülen taraflar arasındaki her türlü iletişimi delil olarak kullanabiliyor ancak WhatsApp yazışmalarının hangi koşullarda elde edilebileceği konusunun aydınlatılmaya ihtiyacı var.

Rekabet Kurulu'nun WhatsApp yazışmalarını ilk defa delil olarak kullandığı Ankara Ortodonti¹ kararı, delillerin elde edilme yöntemi ile ilgili ipuçları içeriyor. Kararda delil olarak kullanılan yazışmaların *"bir şirket çalışanının bilgisayarından elde edilen ve şirket GSM hattı üzerinden yapıları"* yazışmalar olduğu birden çok kez vurgulanıyor. Bilindiği üzere, Kurulun yürüttüğü yerinde incelemelerde iş bilgisayarlarında arama yapılıyor ve inceleme esnasında bilgisayarda WhatsApp Web uygulaması açıksa buradaki yazışmaların incelenmesi hukuken mümkün. Karardan da yazışmaların çalışanın bilgisayarında açık olan WhatsApp Web uygulaması üzerinden elde edildiğini ve mobil cihazın incelenmediğini anlıyoruz. Kararda vurgulanan bir diğer nokta ise yazışmalar için şirket GSM hattının kullanılmış olması. Her ne kadar WhatsApp OTT uygulama olduğu için GSM hattından bağımsız kullanılabilse de Rekabet Kurulu yazışmaların ilk olarak yapıldığı mobil cihazda şirket GSM hattı kullanılmasını konu ile ilgili görüyor. Peki bu yazışmaların mobil cihazlarda incelenmesi hukuken mümkün mü? AB Komisyonu tarafından 1/2003 no'lu Tüzüğü'nün 20(3)

¹ Rekabet Kurulu'nun 18-09/157-77 sayılı ve 29 Mart 2018 tarihli kararı

KOLCUOĞLU DEMİRKAN KOÇAKLI

maddesinin uygulanmasına ilişkin yayınlanan açıklamada bu husus ele alınıyor² ve şirkete ait her türlü mobil cihaz ile iş amaçlı kullanılan "kişisel" elektronik cihazların inceleme yetkisinin kapsamında olduğu belirtiliyor. Bu noktada, Rekabet uzmanlarının yerinde incelemelerdeki yetkilerinin kapsamını hatırlamakta fayda var. 4054 sayılı Kanun'un "Yerinde İnceleme" başlıklı 15. maddesi Kurum uzmanlarına "*Teşebbüslerin her türlü mal varlığına ilişkin mahallinde incelemeler*" yapma yetkisini veriyor. Teşebbüslerin her türlü malvarlığında inceleme yapılabilmesi yetkisi şirkete ait tüm mobil cihazlarda veya şirkete ait GSM hattının kullanıldığı cihazlarda inceleme yapılmasının önünü açıyor ancak AB uygulamasının aksine kişisel bir mobil cihazın incelenmesinin -iş amaçlı kullanılıyor olsa dahi- 15. madde ile tanınan yetkinin dışında kaldığı söylenebilir.

Dolayısıyla kişisel mobil cihazlarda tespit edilen yazışmaların delil olarak kullanılması, delillerin hukuka uygunluğu bakımından soru işareti oluşturabilecek bir husus. Rekabet uzmanlarının işyerinde bulunan ve iş amaçlı kullanılan kişisel elektronik cihazları incelenme yetkisinin olup olmadığı konusunda, Rekabet Kurulu'nun 15. maddeyi nasıl yorumladığı belirsizliğini korumakta. Bununla birlikte, olası bir yerinde inceleme esnasında Kurum uzmanları bilgisayar dışındaki elektronik cihazları incelemek istediğinde, şirket mülkiyetinde olmayan veya şirkete ait GSM hattı kullanılmayan cihazların özellikle belirtilmesinde fayda var.

İLETİŞİM



Neyzar Ünübol

nunubol@kolcuoglu.av.tr

² http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/explanatory_note.pdf para. 10