

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2022-4-045

Karar Sayısı : 23-21/412-141

Karar Tarihi : 11.05.2023

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Birol KÜLE

Üyeler : Ahmet ALGAN (İkinci Başkan), Şükran KODALAK,
Hasan Hüseyin ÜNLÜ, Cengiz ÇOLAK, Berat UZUN

B. RAPORTÖRLER : Burak SAĞLAM, Burçin GÜLEŞ, Muammer BOZKURT,
Furkan ŞENEL, Mehmet Emin GÜNER, Esranur DOĞAN

C. İLGİLİ TARAF : - Asmaş Ağır Sanayi Malzemeleri İmal ve Ticaret AŞ
Temsilcileri: Av. Hakan ÖZGÖKÇEN, Av. Esen ERGÜL
Av. Cem BURAN, Av. İrem TURGUT
Atatürk Mahallesi, Ataşehir Bulvarı Gardenya Plaza-3
No:20 Kat:13 Ataşehir/İstanbul

- (1) **D. DOSYA KONUSU:** Rekabet Kurulunun 23.03.2023 tarihli ve 23-15/263-M sayılı kararıyla Türkiye’de faaliyet gösteren refrakter malzemeleri üreticilerinin fiyatları birlikte artırmak suretiyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 4. maddesini ihlal edip etmediklerinin tespitine yönelik olarak yürütülen önaraştırma kapsamında 04.04.2023 tarihinde Asmaş Ağır Sanayi Malzemeleri İmal ve Ticaret AŞ’de yapılan yerinde incelemenin veri silme yoluyla engellenmesi/zorlaştırılması.
- (2) **E. DOSYA EVRELERİ:** Rekabet Kurulunun (Kurul) 23.03.2023 tarihli ve 23-15/263-M sayılı kararıyla Türkiye’de faaliyet gösteren refrakter malzemeleri üreticilerinin fiyatları birlikte artırmak suretiyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un (4054 sayılı Kanun) 4. maddesini ihlal edip etmediklerinin tespitine yönelik olarak önaraştırma yapılmasına ve söz konusu önaraştırmada 4054 sayılı Kanun’un 14. ve 15. maddelerinde yer alan yetkilerin kullanılmasına karar verilmiştir.
- (3) İlgili önaraştırma kapsamında görevli meslek personeli tarafından 04.04.2023 tarihinde çeşitli teşebbüslerde eş zamanlı yerinde incelemeler gerçekleştirilmiştir. Bu teşebbüslerden Asmaş Ağır Sanayi Malzemeleri İmal ve Ticaret AŞ’de (ASMAŞ) 04.04.2023 tarihinde yapılan yerinde incelemede incelemenin engellenmesi/zorlaştırılması sonucunu doğuran eylemler ile karşı karşıya kalınmıştır.
- (4) Söz konusu eylemlere ve sürece ilişkin olarak düzenlenen 04.05.2023 tarihli ve 2022-4-045/BN-01 sayılı Bilgi Notu görüşülerek karara bağlanmıştır.
- (5) **F. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgili Bilgi Notunda;
 - Kurulun 23.03.2023 tarihli ve 23-15/263-M sayılı kararıyla yürütülmekte olan önaraştırma kapsamında, 04.04.2023 tarihinde ASMAŞ’ta gerçekleştirilen yerinde incelemenin *WhatsApp* uygulaması üzerinden yapılan yazışmaların silinmesi suretiyle engellendiği/zorlaştırıldığı,
 - Bu çerçevede ASMAŞ’a 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 16. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi uyarınca 2022 yılı gayri safi gelirinin binde beşi oranında olmak üzere (.....) TL idari para cezası verilmesi gerektiği,

sonuç ve kanaatine ulaşıldığı ifade edilmiştir.

G.1. Yaşanan Gelişmelerin Özeti

- (6) Önaraştırma kapsamında yerinde inceleme yapmak üzere görevlendirilen meslek personeli tarafından 04.04.2023 tarihinde saat 10.33'te Atatürk Mahallesi Ataşehir Bulvarı Gardenya Plaza-3 No:20 Kat:13 Ataşehir İstanbul adresindeki ASMAŞ'a gidilmiş, yetki belgeleri ile Rekabet Kurumu (Kurum) kimlik kartları ibraz edilmiştir. Bunun akabinde, teşebbüs yetkililerinin 4054 sayılı Kanun'un 14. ve 15. maddelerinin Kurul emrinde çalışan uzmanlara verdiği yetkiler ile aynı Kanun'un 16. ve 17. maddelerinde düzenlenen idari para cezaları, Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik (Pişmanlık Yönetmeliği) ve 2010/3 sayılı Dosyaya Giriş Hakkının Düzenlenmesine ve Ticari Sırların Korunmasına İlişkin Tebliğ'in (2010/3 sayılı Tebliğ) 13. maddesi ve 08.10.2020 tarih ve 20-45/617 sayılı Kurul kararı ile kabul edilen "Yerinde İncelemelerde Dijital Verilerin İncelenmesine İlişkin Kılavuz" hakkında bilgi edinmesi sağlanmıştır. Teşebbüs yetkililerine bilgisayar ve mobil cihazlarda herhangi bir silme gerçekleştirmemeleri gerektiği, aksi halde bu tür bir eylemin yerinde incelemenin engellenmesi teşkil edeceği ve idari yaptırıma tabi olabileceği, veri silinmesine ilişkin eylemin adli bilişim yazılımı aracılığıyla tespit edilebileceği, dolayısıyla gerekli dikkat ve özenin gösterilmesi gerektiği hususları bildirilmiştir.
- (7) Bunun akabinde, görevli meslek personeli tarafından, saat 10.49'ta ASMAŞ çalışanı (.....)'un teşebbüs malvarlığı olduğu belirtilen mobil cihazı (cep telefonu) üzerinde veri silme işlemi gerçekleştirdiği şüphesi nedeniyle ilgili cihaz adli bilişim yazılımı aracılığıyla incelenmek üzere talep edilmiştir. İnceleme sonucunda ilgili mobil cihaza ilişkin log kayıtlarına bakıldığında; saat 10.46'da (.....), (.....) ve (.....); saat 10.48'de ise (.....) ve (.....) numaralarıyla gerçekleştirilen toplamda 5 adet WhatsApp yazışmasının silindiği tespit edilmiştir. Bu hususları gösterir log kayıtları yerinde inceleme tutanağının ekinde yer alan DVD'ye yazdırılmıştır. Bununla birlikte, silindiği tespit edilen WhatsApp uygulaması üzerinden yapılan yazışmaların içeriği adli bilişim yazılımı aracılığıyla geri getirilememiştir.
- (8) Teşebbüs yetkililerinin refakatlerinde tamamlanan yerinde inceleme sonrasında yukarıda özetlenen sürece dair "Yerinde İnceleme Tutanağı" tutulmuştur. Bahsi geçen tutanakta da yer aldığı üzere, ASMAŞ çalışanı (.....) tarafından sürece ilişkin olarak:

"Ön araştırmanın hukuki kapsam ve sınırlarını tam olarak bilmediğini ve önaraştırma görevlilerinin yetkilendirilmesinde kanunen ve hukuken 'yetki devri' yapıp yapılmadığını tam olarak anlayamadığını ve bu nedenle görevli uzmanların yetki sınırlarını bilmediğini, bu nedenle ve bu hukuki gerekçelerle tutanağa itiraz hakları saklı kalmak üzere imzalayacağını beyan etmiştir. Buna ek olarak ASMAŞ yukarıda yer almakta olan çeşitli whatsapp mesajlarının silindiği iddiasına ilişkin olarak tüm savunma ve konuya ilişkin ilave beyanlarını sunma haklarını saklı tutmaktadır."

şeklinde bir açıklama yapılmıştır.

G.2. Değerlendirme

- (9) 4054 sayılı Kanun'un "Yerinde İnceleme" başlıklı 15. maddesi;

“Kurul, bu Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirirken gerekli gördüğü hallerde, teşebbüs ve teşebbüs birliklerinde incelemelerde bulunabilir. Bu amaçla teşebbüslerin veya teşebbüs birliklerinin:

- a) Defterlerini, fiziki ve elektronik ortam ile bilişim sistemlerinde tutulan her türlü verilerini ve belgelerini inceleyebilir, bunların kopyalarını ve fiziki örneklerini alabilir,*
- b) Belirli konularda yazılı veya sözlü açıklama isteyebilir,*
- c) Teşebbüslerin her türlü mal varlığına ilişkin mahallinde incelemeler yapabilir.*

İnceleme, Kurul emrinde çalışan uzmanlar tarafından yapılır. Uzmanlar incelemeye giderken yanlarında incelemenin konusunu, amacını ve yanlış bilgi verilmesi halinde idarî para cezası uygulanacağını gösteren bir yetki belgesi bulundurlar.

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.”

şeklinde düzenlenmiştir. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesinin 09.11.2022 tarihli, 2020/67 E. ve 2022/139 K. sayılı kararının 48. paragrafında, 4054 sayılı Kanun’un 15. maddesi ile ilgili olarak; *“Kurulun görevlerini yerine getirirken gerekli gördüğü hallerde teşebbüslerin veya teşebbüs birliklerinin bilgi, defter, belge ve verilerinin kopyalarını ve fiziki örneklerini alabileceğinin öngörülmesinin rekabete aykırı davranış ya da işlemlerin tespit edilmesini kolaylaştıracağı...”* değerlendirmesinde bulunmuştur.

- (10) Ek olarak Anayasa Mahkemesi mezkûr kararın 49. paragrafında; 4054 sayılı Kanun’un 15. maddesi ile ilgili olarak; *“İletişim, veri depolama ve pazarlama gibi alanlardaki teknolojik gelişim ve dönüşüm gözetildiğinde rekabet ihlallerinin teşebbüslerin içyapıları ve piyasa gücü gibi veriler üzerinde uzman incelemesi yapılmaksızın ortaya çıkarılması mümkün değildir. Bu durum teşebbüsler bünyesinde bulunan defter, kayıt, belge ve elektronik verilerin elde edilmesini ve değiştirilemeyecek ya da ortadan kaldırılamayacak şekilde saklanmasını gerektirmektedir...”* değerlendirmelerinde bulunarak yerinde incelemeler ile bu kapsamda elde edilebilecek belgelerin önemine vurgu yapmıştır.
- (11) 4054 sayılı Kanun’un *“İdari Para Cezası”* başlıklı 16. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde *“yerinde incelemenin engellenmesi ya da zorlaştırılması”*, teşebbüslere idari para cezası verilmesini gerektiren hallerden biri olarak sayılmıştır. Söz konusu hükme göre Kurul, incelemenin engellenmesi ya da zorlaştırılması halinde, teşebbüs niteliğindeki gerçek ve tüzel kişiler ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerine karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin binde beşi oranında idari para cezası uygulamaktadır.
- (12) Bunlara ek olarak, *“Yerinde İncelemelerde Dijital Verilerin İncelenmesine İlişkin Kılavuz”*da da taşınabilir iletişim cihazlarının (cep telefonu, tablet vb.) teşebbüse ait dijital veri içerip içermediğinin tespiti amacıyla yapılacak hızlı gözden geçirme sonucunda bu cihazların incelemeye tabi tutulup tutulmayacağına karar verildiği ve tümüyle şahsi kullanıma özgü olduğu tespit edilen taşınabilir iletişim cihazlarının inceleme konusu yapılmayacağı belirtilmektedir. Ayrıca inceleme süresince, inceleme

kapsamındaki verilere ve verilerin tutulduğu ortama müdahale edilmesini engellenmenin de teşebbüsün sorumluluğunda olduğu ifade edilmektedir.

- (13) Bu çerçevede, yerinde inceleme başladıktan sonra gerçekleştirilen silme eylemlerinin değerlendirildiği Kurul kararlarına değinmek gerekirse, anılan eylemin, olası delil ve bulgulara erişimin ortadan kaldırılması sebebiyle yerinde incelemenin engellemesi/zorlaştırması olarak kabul edildiği görülmektedir. Örneğin Kurulun 03.03.2022 tarihli ve 22-11/161-65 sayılı kararında; Kınık Maden Suları AŞ'de yapılan yerinde inceleme esnasında görevli meslek personeli özellikle elektronik ortam ve bilişim sistemlerinde tutulan hiçbir verinin silinmemesi uyarısında bulunmasına rağmen, bazı teşebbüs çalışanlarının Microsoft Outlook hesabında elektronik postaların silindiği tespit edilmiş, ayrıca teşebbüs yetkilisinin *WhatsApp* uygulamasında da çeşitli mesaj içeriklerinin silindiği tespit edilmiştir. Kurul tarafından bu eylem yerinde incelemenin engellenmesi olarak değerlendirilerek anılan teşebbüse idari para cezası uygulanmasına karar verilmiştir.
- (14) Benzer şekilde, Kurulun 29.04.2021 tarihli ve 21-24/278-123 sayılı kararında; Eti Gıda San. ve Tic. AŞ çalışanının mobil cihazında yapılan inceleme esnasında kendilerine daha önceden herhangi bir verinin silinmemesi uyarısında bulunulmasına rağmen inceleme ekibi tarafından incelemeye başlandıktan sonra bazı *WhatsApp* yazışmalarının silindiğinin anlaşılması nedeniyle teşebbüs hakkında yerinde incelemenin engellenmesi/zorlaştırılması nedeniyle idari para cezası uygulanmasına karar verilmiştir.
- (15) Ayrıca Kurulun 17.06.2021 tarihli ve 21-31/400-202 sayılı kararında; Medicana Samsun Özel Sağlık Hizmetleri AŞ Genel Müdürünün mobil cihazının inceleme yapılmak üzere görevli meslek personeli tarafından talep edildiği, cihazın arabada kaldığının belirtilmesi üzerine genel müdürün 10 dakikalığına meslek personelinin bulunduğu toplantı odasından cihazı getirmek için ayrıldığı, önceden herhangi bir veri silinmemesi uyarısında bulunulmasına rağmen yapılan incelemede genel müdürün cep telefonunu getirmek için toplantı odasını terk ettiği zaman zarfında telefonundaki sohbet içeriklerini sildiği tespit edilmiş, bu gerekçeyle teşebbüse yerinde incelemenin engellenmesi/zorlaştırılması nedeniyle idari para cezası uygulanmasına karar verilmiştir.
- (16) Keza Kurulun 08.07.2021 tarihli ve 21-34/452-227 sayılı kararında; Procter and Gamble Tüketim Malları Sanayi AŞ çalışanının mobil cihazında yapılan inceleme esnasında söz konusu çalışana daha önceden herhangi bir veri silinmemesi uyarısında bulunulmasına rağmen şahsın *WhatsApp* uygulaması üzerindeki birçok yazışma grubunu terk ettiği anlaşılmıştır. İnceleme esnasında söz konusu çalışan tarafından bazı özel yazışmalarının olduğu gruplarda yer alan konuşmaları henüz kendisi teşebbüse ait işyerine ulaşmadan sildiği yönünde savunma yapılmış ancak silinen yazışmaların "The team", "Ben bitti demeden bitmez", "(.....)", "(.....)", "(.....)" isimli yazışma grupları olduğunun tespit edilmesi nedeniyle teşebbüs hakkında yerinde incelemenin engellenmesi/zorlaştırılması nedeniyle idari para cezası uygulanmasına karar verilmiştir.
- (17) Bu çerçevede ASMAŞ'ta yapılan yerinde incelemede, inceleme esnasında alınan log dosyalarından ve bunlara ilişkin ekran görüntülerinden, ASMAŞ çalışanı (.....) tarafından kullanılan ve teşebbüsün malvarlığı olan mobil cihazda sırasıyla saat 10.46'da (.....), (.....) ve (.....), saat 10.48'de ise (.....) ve (.....) numaralarıyla *WhatsApp* uygulaması üzerinde gerçekleştirilen toplamda 5 adet yazışmanın silindiği

tespit edilmiştir. Bununla birlikte, silinen yazışmaların adli bilişim cihazıyla geri getirilmesi de teknik gerekçelerle mümkün olmamıştır.

- (18) Ancak Kurulun 13.01.2022 tarihli ve 22-03/35-16 sayılı kararında da yer aldığı üzere, silme eylemlerinin kapsamının tespitinin net bir şekilde yapılması her durumda mümkün olmamakta ve yerleşik içtihatla silinen verilerin geri getirilip getirilmediği yahut bu verilere ulaşıp ulaşılmadığı sonucu etkilememektedir. Anılan kararda, 4054 sayılı Kanun'un 15. ve 16. maddelerinde düzenlenen yerinde incelemenin engellenmesine yönelik hükümlerin, bizatihi, delil elde edilmesi bakımından en etkin araç olan yerinde inceleme faaliyetinin kendisini korumayı amaçladığı belirtilmektedir.
- (19) Ayrıca bu hususa ilişkin Ankara 18. İdare Mahkemesi'nin 2022/1621 E. 2022/3150 K. sayılı kararında *"silinen e-postaların içeriğinin (özel ya da iş ile ilgili olup olmaması) ya da geri getirilip getirilememesinin cezai müeyyideye bağlanan halin oluşmasına herhangi bir etkisinin bulunmadığı, silinen e-posta içeriği yazışmalar yerinde incelemeyi gerçekleştiren uzmanlar tarafından geri getirilmiş olsa dahi verilere uzmanların geç ulaşması nedeniyle yerinde incelemenin zorlaştırıldığı hususunun açık olduğu"* şeklinde ifade edilen gerekçeyle European Endüstri İnşaat Sanayi ve Ticaret AŞ hakkında idari para cezası verilmesi yönünde tesis edilen Kurul kararı hukuka uygun bulunmuştur.
- (20) Yukarıdaki açıklamalar kapsamında, ASMAŞ'ın 04.04.2023 tarihinde yapılmak istenen yerinde incelemeyi engellediği, bu bakımdan adı geçen teşebbüse 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi gereğince gayri safi gelirlerinin binde beşi oranında idari para cezası verilmesi gerektiği kanaatine ulaşılmıştır.

H. SONUÇ

- (21) Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre, Rekabet Kurulunun 23.03.2023 tarih ve 23-15/263-M sayılı kararıyla yürütülmekte olan önaraştırma kapsamında;
- 04.04.2023 tarihinde yapılan yerinde incelemenin Asmaş Ağır Sanayi Malzemeleri İmal ve Ticaret AŞ tarafından engellendiğine ve zorlaştırıldığına,
 - Bu nedenle, 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi uyarınca 2022 yılı gayri safi gelirlerinin binde beşi oranında olmak üzere; Asmaş Ağır Sanayi Malzemeleri İmal ve Ticaret AŞ'ye (.....) TL idari para cezası verilmesine

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