

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2022-4-016

Karar Sayısı : 23-06/75-24

Karar Tarihi : 26.01.2023

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Birol KÜLE

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

B. RAPORTÖRLER : Ebru ÖZAKTAŞ, Yakup GÖKALP, Sabrican SARAK,
Muammer BOZKURT, Mehmet Emin GÜNER,
Ömer Furkan ÖZDEMİR

C. İLGİLİ TARAF : - Oyak Çimento Fabrikaları AŞ
Temsilcileri: Dr. M. Fevzi TOKSOY, Bahadır BALKI,
Mustafa AYNA
Çamlıca Köşkü, Tekkeci Sokak, No:3-5 Arnavutköy,
Beşiktaş/İstanbul

- (1) **D. DOSYA KONUSU:** Rekabet Kurulunun 28.04.2022 tarihli ve 22-20/328-M sayılı kararıyla yürütülen önaraştırma kapsamında, 20.12.2022 tarihinde Oyak Çimento Fabrikaları AŞ Barkal Hazır Beton Tesisi'nde yapılan yerinde incelemenin veri silme yoluyla engellenip engellenmediğinin tespiti.
- (2) **E. DOSYA EVRELERİ:** Rekabet Kurulunun (Kurul) 28.04.2022 tarihli ve 22-20/328-M sayılı toplantısında; Adana ve Osmaniye illerinde faaliyet gösteren hazır beton üreticilerinin bölge paylaşımı yapmak ve fiyat tespitinde bulunmak suretiyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (4054 sayılı Kanun) 4. maddesini ihlal edip etmediklerinin tespitine yönelik olarak önaraştırma açılmasına ve söz konusu önaraştırma kapsamında 4054 sayılı Kanun'un 14. ve 15. maddelerinde yer alan yetkilerin kullanılmasına karar verilmiştir.
- (3) Önaraştırma kapsamında görevli meslek personeli tarafından 20.12.2022 ve 21.12.2021 tarihlerinde çeşitli teşebbüslerde yerinde incelemeler gerçekleştirilmiştir. Bu kapsamda Oyak Çimento Fabrikaları AŞ (OYAK) Barkal Hazır Beton Tesisi'nde 20.12.2022 tarihinde yapılan yerinde inceleme esnasında, incelemenin engellenmesi/zorlaştırılması sonucunu doğuran eylemler ile karşı karşıya kalındığına dair "Yerinde İnceleme Tutanağı" düzenlenmiştir.
- (4) Konu hakkında düzenlenen 20.01.2023 tarihli ve 2022-4-016/BN-03 sayılı Bilgi Notu görüşülerek karara bağlanmıştır.
- (5) **F. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgili Bilgi Notunda;
 - Kurulun 28.04.2022 tarihli ve 22-20/328-M sayılı kararı uyarınca yürütülmekte olan önaraştırma kapsamında OYAK Barkal Hazır Beton Tesisi'nde yapılan yerinde incelemenin *WhatsApp* uygulaması üzerinden yapılan yazışmaların silinmesi suretiyle engellendiği,
 - Bu çerçevede OYAK'a 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi uyarınca 2021 yılı gayri safi gelirin binde beşi oranında olmak üzere (.....) TL idari para cezası verilmesi gerektiği

sonuç ve kanaatine ulaşıldığı ifade edilmiştir.

G. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

G.1. Yaşanan Gelişmelerin Özeti

- (6) Görevli meslek personeli tarafından 20.12.2022 tarihinde saat 11.20'de Mersin Yolu Üzeri 5. km Onur Mah. 45115 Sk. No: 27/A Seyhan/ADANA adresindeki OYAK'a gidilmiş, yetki belgeleri ile Rekabet Kurumu (Kurum) kimlik kartları ibraz edilmiştir.
- (7) Adli bilişim cihazı kullanılarak yapılan incelemede, OYAK Bölge Satış Sorumlusu (.....) tarafından kullanılan ve teşebbüsün mal varlığı olduğu belirtilen "(.....)" IMEI numarasına sahip olan mobil cihazda, incelemeye başladıktan sonra *WhatsApp* uygulaması üzerinden yapılan birtakım yazışmaların kullanıcı tarafından silindiği tespit edilmiş olup silinmeye ilişkin log kaydına yerinde inceleme tutağının ekinde yer verilmiş ve bu tespite ilişkin hususlar yerinde inceleme tutanağında belirtilmiştir.
- (8) Silinen verilerin içeriğine (.....) tarafından kullanılan mobil cihaz üzerinden adli bilişim cihazları vasıtasıyla ulaşılamamıştır. Bununla birlikte ilgili yazışmaların OYAK Akdeniz Bölge Müdürü (.....), OYAK Satış Şefi (.....), OYAK Tesis Sorumlusu (.....) ile teşebbüsün müşterisi olduğu beyan edilen (.....) çalışanı olan ve mobil cihazda "(.....)" şeklinde kayıtlı kullanıcılarla gerçekleştirilen yazışmalar olduğu kullanılan adli bilişim cihazı vasıtasıyla tespit edilmiştir.

G.2. Değerlendirme

- (9) Yerinde inceleme yetkisi, 4054 sayılı Kanun'un ihlal edilip edilmediğinin ortaya çıkarılmasında kullanılan en önemli araçların başında gelmektedir. Bu yetkinin etkin bir şekilde kullanılması, rekabet ihlallerinin ortaya çıkarılmasına yönelik delillerin elde edilebilmesi bakımından verimli sonuçlar alınabilmesi noktasında büyük öneme sahiptir.
- (10) 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 idari 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 hâkimi kararı ile yerinde inceleme yapılır."

şeklinde düzenlenmiştir.

- (11) Diğer yandan, 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 maddeye göre Kurulun incelemenin engellenmesi ya da zorlaştırılması halinde, teşebbüs niteliğindeki gerçek ve tüzel kişiler ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerine gayri safi gelirlerinin binde beşi oranında idari para cezası verilebileceği hüküm altına alınmıştır.

- (12) OYAK'ta adli bilişim cihazı kullanılarak yapılan incelemede (.....)'ın, *WhatsApp* uygulaması üzerinden yaptığı yazışmaların, inceleme başladıktan sonra silindiği tespit edilmiş ve silinmeye ilişkin log kaydı yerinde inceleme tutanağının ekinde alınmış olmakla birlikte adli bilişim cihazı vasıtasıyla silinen yazışmaların içeriğine erişilememiştir. Bununla birlikte ilgili yazışmaların (.....) ile OYAK Akdeniz Bölge Müdürü (.....), OYAK Tesis Sorumlusu (.....), OYAK Satış Şefi (.....) ve teşebbüsün müşterisi olduğu beyan edilen (.....) çalışanı "(.....)" şeklinde kayıtlı kullanıcılarla yapılan yazışmalar olduğu adli bilişim cihazı vasıtasıyla anlaşılmaktadır.
- (13) OYAK yetkilileri tarafından, silinen yazışmaların (.....)'ın iletişime geçtiği (.....), (.....), (.....) ve (.....)'nın telefonlarından *WhatsApp* uygulamasının sohbeti dışarı aktar özelliği kullanılmak suretiyle geri getirildiği belirtilmiştir. Yerinde inceleme ekibince silindiği tespit edilen verilerin, geri getirildiğine dair teşebbüs beyanı yerinde inceleme tutanağına eklenmiş ve anılan iletişimler yerinde inceleme tutağının eki halinde alınmıştır.
- (14) Teşebbüsün inceleme esnasında silinen verileri geri getirdiği yönündeki beyanı doğrultusunda, anılan verilerin silinen veri ile aynı içeriğe sahip olup olmadığı hususu ele alınmalıdır. OYAK yetkililerinin sohbeti dışarı aktarmak suretiyle geri getirdiğini beyan ettiği verilerin, silinmiş olan içerikle birebir örtüşüp örtüşmediği hususu birtakım teknik sebeplerden dolayı ortaya konulamamaktadır. İlk olarak teşebbüsün geri getirdiğini beyan ettiği içerikte sohbeti dışarı aktar işlemi yapılmadan önce herhangi bir verinin teşebbüs tarafından silinip silinmediği doğrulanmamaktadır.
- (15) Bu aşamada yazışmaların sohbeti aktar seçeneği yoluyla sunulması uygulamasının detaylarına yer verilmesinde fayda bulunmaktadır. İlk olarak anılan yöntem kapsamında dışarı aktar özelliği ile sohbetteki medya dâhil edilmeden en yeni kırk bin mesaj, medya dâhil edilerek en yeni on bin mesaj metin dosyası olarak *WhatsApp* uygulamasından aktarılır. Bu özellik ile elde edilen mesajlar yalnızca anlık mesajlardır. Bu yöntemle *WhatsApp* uygulamasındaki sohbet yedeğinden veri elde edilememektedir. Sonuç olarak sohbeti dışarı aktar özelliği kullanılmadan önce herhangi bir mesaj silinmiş ise sohbet içerisinden silinen mesaj dışarı aktarılamayacaktır.
- (16) İkinci olarak OYAK Bölge Satış Sorumlusu (.....)'ın silme işlemini yaparken *WhatsApp* uygulamasının herkesten sil özelliğini kullanıp kullanmadığı bilinmemektedir. *WhatsApp* uygulamasında gönderilen mesaj, gönderildiği andan itibaren iki gün içerisinde herkesten sil özelliği ile sohbetin her iki tarafından da silinebilmektedir. Herkesten sil özelliği kullanılarak bir mesaj silindiğinde sistem tarafından "Bu mesajı sildiniz" bildirimini sohbet ekranına gönderilir. Bu sistem mesajının üzerine basılı tutulduğunda "Sil" seçeneği çıkmaktadır. Sil seçeneği seçildikten sonra "Benden sil" yapılarak sistem mesajı sohbetin her iki tarafınca da silinebilir. Bu yöntemle sistem mesajı silindiğinde sohbeti dışarı aktar özelliği ile elde edilen içerik üzerinde, bir silme işlemi olup olmadığı tespit edilememektedir. İfade edilen teknik sebeplerden ötürü sohbeti dışarı aktar özelliği ile elde edilen sohbet içeriğinde herhangi bir mesaj silme işlemi olup olmadığı doğrulanamamakta ve dolayısıyla veri bütünlüğünün sağlanıp sağlanmadığı anlaşılamamaktadır.

- (17) Ayrıca belirtmek gerekir ki silinmiş verilerin hiçbir kuşkuya mahal bırakmayacak şekilde geri getirilmesi sağlanmış olsa dahi, bu durum silme eyleminin gerçekleştirilmiş olmasını etkilemeyecektir. Bir başka deyişle 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesi kapsamında yerinde incelemenin engellenmesi veya zorlaştırılması şeklinde atfedilen davranış verilerin silinmesi eylemidir. Kurulun 20.05.2021 tarih ve 21-26/327-152 sayılı UNMAŞ kararında; *"Diğer taraftan silinen verilere adli bilişim cihazları yardımıyla erişilebilmiş olmasının, fiilin yerinde incelemenin engellenmesi/zorlaştırılması niteliğine bir etkisinin bulunmadığı değerlendirilmektedir."* demek suretiyle silinen verilerinin geri getirilmesinin incelemenin engellenmiş olması gerçeğini değiştirmeyeceği vurgulanmıştır. Yine Kurulun benzer bir görüşü yansıttığı 18.07.2013 tarih ve 13-46/601-M kararında *"her ne kadar teşebbüs yetkililerince Raportör tarafından üzerinde çalışılan belgelerin tamamen aynılarının kısa sürede sunulduğu şeklinde bir açıklama yapılsa da, incelenen bilgisayar kullanıcısı tarafından üzerinde en son 09.09.2012 tarihinde kaydedilecek şekilde değişiklik yapılan ve bir önceki yıla ait olan toplam 32 adet belgenin okunabilmesinin ardından kopyalanmak yerine, niçin topluca silindiği hususunda bir açıklama yapılmamıştır. Ayrıca sunulan belgeler silindikten sonra tekrar Raportörlere ulaşıncaya kadar üzerlerinde herhangi bir değişiklik yapıp yapılmadığının tespiti de mümkün değildir."* değerlendirmesinde bulunulmuştur.
- (18) Ankara Bölge İdare Mahkemesi 8. İdari Dava Dairesi'nin 2023/207 E. sayılı kararında ve 18. İdare Mahkemesi'nin 2022/318 E. 2022/3124 K. sayılı İGSAŞ (İstanbul Gübre Sanayii AŞ) 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 görülmektedir."* ifadeleri yer almaktadır.
- (19) Gerçekleştirilen yerinde inceleme sonrasında, tutanakla kayda alınan silme işlemine ilişkin olarak OYAK vekili tarafından gönderilen ve 18.01.2023 tarih ve 34826 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal eden yazıda özetle;
- Silindiği ileri sürülen yazışmalara ulaşılabilme adına bilişim alanında faaliyet gösteren Difose Bilişim Bilgisayar Eğitim Danışmanlık İth. İhr. Tic. Ltd. Şti. (DİFOSE) adlı teşebbüsle temasa geçtikleri,
 - DİFOSE tarafından yapılan çalışmalar kapsamında silme işlemini gerçekleştiren (.....)'ın ve yazışmaların tarafı olan (.....), (.....) ile (.....)'nın mobil cihazlarının incelemeye tabi tutulduğu,
 - (.....)'ın kullandığı telefonun otomatik yedekleme özelliğinden faydalandığı, bu çerçevede piyasadan tedarik edilen mobil bir cihaz üzerinde (.....)'ın kullandığı "WhatsApp" hesabının tedarik edilen cihaz üzerinde aktif hale getirildiği,
 - Google hesaplarından 16.12.2022 saat 02.00 tarihli WhatsApp yedeğinin geri getirilerek yazışmalara ulaşıldığı ve bu tarih öncesi yazışmaların tamamına ulaşıldığı,
 - (.....) çalışanı (.....) ile (.....) arasındaki yazışmaların yalnızca 07.09.2022–03.10.2022 döneminde gerçekleştiği, bu yazışmaların hemen yerinde inceleme tutanağı ile birlikte Kuruma sunulduğu ve DİFOSE tarafından yapılan inceleme ile (.....)'ın kendi telefonundan direkt olarak ulaşıldığı, bu nedenle şirket çalışanı olmayan (.....)'ın telefonunun ayrıca incelemeye tutulmadığı,

- 16.12.2022 tarihinden 20.12.2022 tarihli yerinde inceleme anına kadar eksik olan 4 günlük yazışmaların, *Whatsapp* uygulamasının özelliği olan sohbetin dışarı aktarılması usulüyle (.....)'nun, (.....)'in ve (.....)'nin telefonundan elde edildiği,

- Sonuç olarak tüm yazışmaların tam ve eksiksiz olarak bir araya getirildiği

ifade edilmiş, silinen yazışmalara ve DİFOSE'nin teknik görüşüne yazı ekinde yer verilmiştir.

- (20) Önceki bölümlerde detaylıca yer verildiği üzere yerinde inceleme esnasında teşebbüs çalışanı tarafından gerçekleştirilen silme işlemi ile yerinde incelemenin engellendiği değerlendirilmektedir.
- (21) Yukarıda yer verilen bilgi ve açıklamalar ışığında; OYAK'ta gerçekleştirilen yerinde inceleme esnasında (.....) tarafından kullanılan mobil cihazda gerçekleştirilen veri silme işleminin 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi uyarınca yerinde incelemenin engellenmesi veya zorlaştırılması olduğu kanaatine ulaşılmıştır.

H. SONUÇ

(22) Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre, Rekabet Kurulunun 28.04.2022 tarih ve 22-20/328-M sayılı kararıyla yürütülmekte olan önaraştırma kapsamında;

- Oyak Çimento Fabrikaları AŞ tarafından 20.12.2022 tarihinde Barkal Hazır Beton Tesisi'nde yapılan yerinde incelemenin engellendiğine ve zorlaştırıldığına,
- Bu nedenle, 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi uyarınca 2021 yılı gayri safi gelirlerinin binde beşi oranında olmak üzere; Oyak Çimento Fabrikaları 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.