

Rekabet Kurumu Başkanlığından,
REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2023-4-020
Karar Sayısı : 23-39/742-256
Karar Tarihi : 17.08.2023

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

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

B. RAPORTÖRLER : Esmâ AKSU, Emine YAŞAR, Büşra ÖZKUL, Furkan ŞENEL,
Ramazan Alper ÇETİN

C. İLGİLİ TARAF : Aydın Seramik İnşaat İnşaat Malzemeleri Kömür San. ve Tic. Ltd. Şti.
Kuyulu Mah. Arap Kuyusu Cad. No: 47/A Efeler/Aydın

- (1) **D. DOSYA KONUSU:** Rekabet Kurulunun 05.05.2023 tarih ve 23-20/395-M sayılı kararıyla başlatılan önaraştırma kapsamında 18.07.2023 tarihinde Aydın Seramik İnşaat İnşaat Malzemeleri Kömür San. ve Tic. Ltd. Şti.de yapılan yerinde incelemenin engellenmesi/zorlaştırılması.
- (2) **E. DOSYA EVRELERİ:** Rekabet Kurulunun (Kurul) 05.05.2023 tarihli ve 23-20/395-M sayılı kararıyla Aydın ilinde faaliyet gösteren hazır beton üreticilerinin birlikte fiyat belirlemek ve bölge/müşteri paylaşımı yapmak suretiyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (4054 sayılı Kanun) 4. maddesini ihlal edip etmediklerinin tespitine yönelik olarak aynı Kanun'un 40. maddesi uyarınca önaraştırma başlatılmıştır.
- (3) Önaraştırma kapsamında yapılan yerinde incelemelerden elde edilen bilgi ve belgeler doğrultusunda hazırlanan 15.06.2023 tarih ve 2023-4-020/ÖA sayılı Önaraştırma Raporu'nun görüşüldüğü 22.06.2023 tarihli Kurul toplantısında, anılan iddialar hakkında ek çalışma yapılmak üzere söz konusu önaraştırmanın Kurul gündeminde incelemeye alınmasına ve yapılacak ek çalışma kapsamında incelenen tarafların yanı sıra Aydın ilinde faaliyet gösteren diğer hazır beton üreticilerinde ve satıcılarında yerinde inceleme yapılmak üzere 4054 sayılı Kanun'un 14. ve 15. maddelerinde yer alan yetkilerin kullanılmasına 23-28/540-Mİ sayı ile karar verilmiştir.
- (4) Başkanlık Makamınının 11.05.2023 tarihli ve 64461 sayılı olurları uyarınca ilgili önaraştırma kapsamında görevli meslek personeli tarafından 18.07.2023, 19.07.2023 ve 20.07.2023 tarihlerinde çeşitli teşebbüsler nezdinde yerinde incelemeler gerçekleştirilmiştir. Anılan teşebbüslerden Aydın Seramik İnşaat İnşaat Malzemeleri Kömür San. ve Tic. Ltd. Şti.'de (AYDIN SERAMİK) 18.07.2023 tarihinde yapılan yerinde incelemede, incelemenin engellenmesi/zorlaştırılması sonucunu doğurabilecek eylemlerle karşı karşıya kalınmıştır. Konuya ilişkin düzenlenen 07.08.2023 tarihli ve 2023-4-020/BN-02 sayılı Bilgi Notu görüşülerek karara bağlanmıştır.
- (5) **F. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgili Bilgi Notu'nda,
- Rekabet Kurulunun 05.05.2023 tarih ve 23-20/395-M sayılı kararıyla başlatılan önaraştırma kapsamında 18.07.2023 tarihinde yerinde inceleme yapılan AYDIN SERAMİK çalışanının WhatsApp gruplarından çıkmak ve mobil cihaz üzerinde yer alan WhatsApp uygulamasını silmek suretiyle yapılan yerinde incelemeyi engellediği,
 - AYDIN SERAMİK'e 4054 sayılı 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

ifade edilmiştir.

G. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

G.1. Yaşanan Gelişmelerin Özeti

- (6) Öneri kapsamında yerinde inceleme yapmak üzere görevlendirilen meslek personeli tarafından 18.07.2023 tarihinde saat 10.01'de AYDIN SERAMİK'e gidilmiş; yetki belgeleri ile Rekabet Kurumu (Kurum) kimlik kartları ibraz edilmiş ve 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, 2010/3 sayılı Dosyaya Giriş Hakkının Düzenlenmesine ve Ticari Sırların Korunmasına İlişkin Tebliğ ve 08.10.2020 tarih ve 20-45/617 sayılı Kurul kararı ile kabul edilen "Yerinde İncelemelerde Dijital Verilerin İncelenmesine İlişkin Kılavuz" hakkında teşebbüs yetkililerinin bilgi edinmeleri sağlanmıştır.
- (7) İnceleme kapsamında, teşebbüste bulunan AYDIN SERAMİK Ortağı (.....) ile AYDIN SERAMİK Satış Temsilcisi (.....)'in bilgisayarlarında yerinde inceleme gerçekleştirilmiştir. Öte yandan AYDIN SERAMİK Ortağı (.....), AYDIN SERAMİK Satış Temsilcisi (.....), AYDIN SERAMİK Ortağı (.....), AYDIN SERAMİK Ortağı (.....), AYDIN SERAMİK Santral Şefi (.....) tarafından kullanılan ve teşebbüsün malvarlığı olduğu belirtilen mobil cihazlar ile AYDIN SERAMİK Santral Şefi (.....) tarafından kullanılan, teşebbüsün malvarlığında olmadığı ve fakat teşebbüse ait veri içerdiği beyan edilen mobil cihaz üzerinde inceleme gerçekleştirilmiştir. Bahse konu çalışanlardan (.....), incelemeye başladığı sırada teşebbüste hazır bulunmaması sebebiyle teşebbüse çağrılmış olup bu esnada kendisine yerinde inceleme yapılacağı, bu nedenle bilgisayarlardan ve kullandığı mobil cihazlardan hiçbir veri silinmemesi gerektiği, aksi halde idari yaptırım uygulanacağı konularında telefon ile iletişime geçilerek bilgilendirme yapılmıştır.
- (8) (.....)'ın teşebbüse gelmesiyle birlikte teşebbüs malvarlığında olmadığı belirtilen ve fakat teşebbüse ait veri içerdiği beyan edilen mobil cihazında yapılan incelemede "Şirket Telim" olarak kaydettiği telefon numarası ile üyesi olduğu "Aydın Sıva-Beton" ve "Aydın beton" isimli WhatsApp gruplarından, incelemeye başladıktan (kendisine bilgilendirme yapıldıktan sonra) sonra sırasıyla saat 10.45 ve 10.46'da ayrıldığı tespit edilmiştir. (.....) tarafından kullanılan ve teşebbüsün malvarlığında olduğu beyan edilen "Şirket Telim" olduğu anlaşılan mobil cihazda yapılan incelemede ise WhatsApp uygulamasının ve dolayısıyla söz konusu grupların bulunmadığı tespit edilmiştir. Tüm bu açıklamalardan hareketle (.....)'in incelemeye başlama anından sonra şirket hattını kullandığı telefonundan üye olduğu bahse konu WhatsApp gruplarından ayrıldığı ve anılan mobil cihaz üzerinde yer alan WhatsApp uygulamasını da sildiği anlaşılmıştır. Bu tespit sonrası (.....)'a WhatsApp gruplarından neden ayrıldığı ve WhatsApp uygulamasını neden sildiği soruları yöneltilerek açıklama talep edilmiştir. Bahse konu eylemlere ilişkin olarak AYDIN SERAMİK Santral Şefi (.....) tarafından: "Şirket telefonum yere düşüp kırılmasından dolayı internet çekiminde sıkıntı yaşadığım için ve her iki telefonun da bende mevcut olduğundan dolayı şirket telefonumu sadece müşterilerle konuşmak için ve gelen diğer grup mesajlarının diğer telefonda mevcut olduğu için WhatsApp uygulamasını sildim. Ayrıca telefon sizin nazarınızda kırık vaziyette gözükür. Farklı bir zihniyette olsaydım, bendeki diğer telefondaki görüşmeleri de silerdim." şeklinde açıklama yapılmıştır.

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, incelemelerde verimli sonuçlar elde edilebilmesi açısından büyük

öneme sahiptir. Yukarıda ayrıntılarıyla anlatılan ve AYDIN SERAMİK Santral Şefi (.....) tarafından gerçekleştirilen silme eyleminin yerinde incelenmenin engellenmesi ya da zorlaştırılması niteliğinde olup olmadığı aşağıda değerlendirilmiştir.

- (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 idarî para cezası uygulanacağını gösteren bir yetki belgesi bulundurlar.

(Ek: 01.08.2003-4971/ 25. Md.) 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."

şeklindedir.

- (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) Mevcut dosya kapsamında yapılan yerinde incelemede görevli ekip tarafından teşebbüse 10.01'de girildiği ve yukarıda yer verilen hükümler hakkında teşebbüste hazır bulunan ve bulunmayan tüm yetkililerin bilgilendirildiği görülmektedir. Bu doğrultuda (.....)'ın şirket hakkında görüşmelerini yaptığı biri şahsi diğeri şirket hattının takılı olduğu iki ayrı telefonu olduğu tespit edilmiş, bu nedenle her iki telefonu da incelemeye tabi tutulmuştur. (.....)'ın şahsi hattının yer aldığı telefonda yapılan inceleme esnasında şirket hattı ile üye olduğu WhatsApp adlı mobil uygulamadaki "Aydın Sıva-Beton" isimli gruptan saat 10.45'te, "Aydın beton" isimli gruptan ise saat 10.46'da ayrıldığı ve anılan gruplara şirket hattının kayıtlı olduğu telefonda ulaşmak istendiğinde ise WhatsApp uygulamasını söz konusu mobil cihazından sildiği tespit edilmiştir. Bununla birlikte AYDIN SERAMİK Ortağı (.....)'nın mobil cihazında gerçekleştirilen inceleme neticesinde ilgili gruptaki yazışmalara erişilmiş olup anılan grupta rekabet ihlali şüphesi yaratacak çok sayıda belge elde edilmiştir.
- (13) Bu noktada yerinde inceleme sırasında veri silinmesine yönelik hususların değerlendirildiği çok sayıda Kurul kararında, teşebbüsler nezdinde yerinde inceleme başladıktan sonra verilere yönelik silme işlemleri, olası delil ve bulgulara erişimi ortadan

kaldırmaları sebebiyle yerinde incelemenin engellemesi/zorlaştırması olarak kabul edilmiştir¹.

- (14) Dosya konusu yerinde incelemede meslek personelinin incelemeye başlamış olduğu 10.01 itibarıyla (.....)'ın teşebbüs malvarlığında olmadığı belirtilen ve fakat teşebbüse ait veri içerdiği beyan edilen mobil cihazında yapılan incelemede "Sirket Telim" olarak kaydettiği telefon numarası ile üyesi olduğu "Aydın Sıva-Beton" ve "Aydın beton" isimli WhatsApp gruplarından incelemeye başladıktan sonra sırasıyla saat 10.45 ve 10.46'da ayrıldığı tespit edilmiştir. Ayrıca (.....) tarafından kullanılan ve teşebbüsün malvarlığında olduğu beyan edilen gruplardan ayrılma işleminin gerçekleştirildiği söz konusu mobil cihazda yapılan incelemede WhatsApp uygulamasının ve dolayısıyla söz konusu grupların bulunmadığı tespit edilmiştir. Bu bağlamda saat 10.45 ve 10.46'da gerçekleşen ilgili WhatsApp gruplarından ayrılma işleminin, incelemeye başlama saati olan 10.01'den sonra gerçekleşmesi nedeniyle WhatsApp uygulamasının mobil cihaz üzerinden silinmesi eyleminin de incelemeye başladıktan sonra meydana geldiği değerlendirilmektedir. Söz konusu gruplardaki silme eyleminin saati adli bilişim yazılımlarıyla tespit edilmeye çalışılmış ancak anılan cihazın imajı alınamadığından cihazdaki silme olayına ilişkin log kayıtlarına² ulaşılammıştır. Ayrıca bu belgeye ek olarak (.....)'nın mobil cihazından "[18.07.2023 10:45:46] (.....) Bey Aydın Beton Santral: (.....) Bey Aydın Beton Santral ayrıldı" kaydına ulaşılmıştır. Bahse konu silme eyleminin saatine adli bilişim yazılımları ile ulaşılammış olsa da inceleme başladıktan sonra veri bütünlüğünü bozacak şekilde müdahale edildiğini açıkça ortaya koyan ekran görüntüsü ile gruptan ayrılma işlemine ilişkin kayıt alınmıştır. Dolayısıyla incelemeye başladıktan sonra Whatsapp gruplarında gerçekleştirilen ayrılma ve Whatsapp uygulamasının silinme eylemleri nedeniyle meslek personelinin yerinde incelemede elde etmesi olası delil ve bulgulara erişiminin engellendiği değerlendirilmektedir.
- (15) Sonuç olarak, (.....) tarafından kullanılan ve teşebbüs malvarlığında olduğu belirtilen mobil cihaza ilişkin olarak WhatsApp gruplarından çıkma eyleminin incelemeye başladıktan sonra gerçekleşmesi ve bu sebeple WhatsApp uygulamasının da incelemeye başladıktan sonra silinmiş olması nedeniyle, ilgili teşebbüse yerinde incelemenin engellenmesi davranışları için 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi gereğince 2022 yılı gayri safi gelirlerinin binde beşi oranında idari para cezası verilmesi gerektiği değerlendirilmektedir.

¹ 23.06.2022 tarihli ve 22-28/464-187 sayılı; 25.01.2021 tarihli ve 21-26/327-152 sayılı; 29.04.2021 tarihli ve 20-24/278-123 sayılı; 17.06.2021 tarihli ve 21-31/400-202 sayılı; 08.07.2021 tarihli ve 21-34/452-227 sayılı; 12.08.2021 tarihli ve 21-38/544-265 sayılı Kurul kararları.

² Log kaydı, bir bilişim sistemindeki olayların, saatin, kullanıcı adının ve eylem cinsinin otomatik olarak kaydedilmesi işlemidir.

H. SONUÇ

(16) Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre, Rekabet Kurulunun 05.05.2023 tarih ve 23-20/395-M sayılı kararıyla yürütülen önaraştırma kapsamında;

- 18.07.2023 tarihinde yapılan yerinde incelemenin Aydın Seramik İnşaat İnşaat Malzemeleri Kömür San. ve Tic. Ltd. Şti. 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; Aydın Seramik İnşaat İnşaat Malzemeleri Kömür San. ve Tic. Ltd. Şti.'ye (.....) TL idari para cezası verilmesine

gerekçeli kararın tebliğinden itibaren 60 gün içinde Ankara İdare Mahkemelerinde yargı yolu açık olmak üzere Kurul Üyesi Hasan Hüseyin ÜNLÜ'nün farklı gerekçesi ve OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.

17.08.2023 tarih, 23-39/742-256 sayılı Karara Farklı Gerekçe

Anayasa Mahkemesi'nin 20 Haziran 2023 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan bir bireysel başvuru kararında, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 15. maddesinde düzenlenen yerinde inceleme yetkisinin kullanımında ihlal kararı verilmiştir. Kararın bireysel başvuru kararı olması ve 15. maddenin hali hazırda yürürlükte bulunması nedeniyle yerinde inceleme yetkisinin Kanunda düzenlendiği şekilde kullanılmaya devam edilmesinin önünde bir engel bulunmadığı kuşkusuzdur. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kararı sonrasında, idari yargının uygulamaya ne istikamette yön vereceği tartışmalı ve belirsizdir. Bu itibarla özellikle yerinde inceleme yetkisinin kullanımıyla doğrudan ilgili olan ve sonuç doğuran engelleme/geciktirme fiillerinin ve buna göre verilecek idari para cezalarının, idari yargıda içtihat oluşana kadar görüşülmemesi gerektiği kanaatindeyim. Bununla birlikte Kurul tarafından konunun görüşülmesine karar verilmesi nedeniyle, 4054 sayılı Kanun'un 49. maddesi (ikinci cümlesi-çekimser kalamama) dikkate alınarak, yerinde incelemenin engellenmesi/zorlaştırılması fiilinin vuku bulduğu düşüncesiyle Kurul kararının bu yöndeki karar ve sonucuna katılmaktayım.

Hasan Hüseyin ÜNLÜ

Kurul Üyesi