

**Rekabet Kurumu Başkanlığından,**  
**REKABET KURULU KARARI**

**Dosya Sayısı** : 2021-2-012  
**Karar Sayısı** : **22-28/464-187**  
**Karar Tarihi** : 23.06.2022

**A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER**

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

**B. RAPORTÖRLER:** Didem ULUÇ SÜDEMEN, Ebrar KOCAMAN, İbrahim ŞAHİN,  
Ahmet SAĞDUYU, Muhammed Ali BEKTEMUR,  
Hasan Yıldırım KARAYEL, Harun ÇALI,  
Muhammet Cuma KÜRKCÜ

**C. İLGİLİ TARAF** : - Yeni Mağazacılık A.Ş.  
Temsilcisi: Av. Halil Emre ÖNAL  
Eski Büyükdere Cad. No: 26/84, Windowist Plaza, Kat:12, Maslak,  
Sarıyer/İstanbul

- (1) **D. DOSYA KONUSU:** Rekabet Kurulunun 25.11.2021 tarihli ve 21-57/796-M sayılı kararı uyarınca hızlı tüketim malları sektöründe perakendeci olarak faaliyet gösteren bazı teşebbüsler tarafından 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesinin ihlal edilip edilmediğinin tespitine yönelik olarak açılan soruşturma kapsamında 08.12.2021 tarihinde Yeni Mağazacılık A.Ş.'de yapılan yerinde incelemenin engellenmesine/zorlaştırılmasına yönelik değerlendirme.
- (2) **E. DOSYA EVRELERİ:** Rekabet Kurulunun (Kurul) 26.04.2021 tarih, 21-23/271-M sayılı ve 20.05.2021 tarih, 21-26/325-M sayılı kararları uyarınca hızlı tüketim malları sektöründe üretici/tedarikçi olarak faaliyet gösteren bazı teşebbüsler ile yine Kurulun 25.11.2021 tarih, 21-57/796-M sayılı kararı uyarınca hızlı tüketim malları sektöründe perakendeci olarak faaliyet gösteren bazı teşebbüsler hakkında 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (4054 sayılı Kanun) 4. maddesinin ihlal edilip edilmediğinin tespitine yönelik olarak soruşturma açılmasına karar verilmiştir.
- (3) Soruşturma kapsamında 08.12.2021 tarihinde Yeni Mağazacılık A.Ş.'de (A101) gerçekleştirilen yerinde incelemeye ilişkin olarak, raportörlerce incelemenin engellenmesi/zorlaştırılması sonucunu doğuran eylemler ile karşı karşıya kalındığına yönelik "Yerinde İnceleme Tutanağı" tutulmuştur.
- (4) Takiben raportörlerce söz konusu incelemenin engellenmesi/zorlaştırılmasına ilişkin olarak düzenlenen 15.06.2022 tarih ve 2021-2-012/BN-027 sayılı Bilgi Notu görüşülerek karara bağlanmıştır.
- (5) **F. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgili Bilgi Notu'nda,  
- Rekabet Kurulunun 25.11.2021 tarih ve 21-57/796-M sayılı kararı uyarınca 08.12.2021 tarihinde A101'de yapılan yerinde incelemenin engellendiğine ya da zorlaştırıldığına yönelik somut bir tespit yapılmadığı,  
- Bu nedenle anılan teşebbüse idari para cezası verilmesine yer olmadığı sonucuna ulaşıldığı ifade edilmiştir.

## G. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

### G.1. Yapılan Tespitler

- (6) Dosya konusu soruşturma kapsamında, A101'de yerinde inceleme yapmak üzere görevlendirilen meslek personeli tarafından 08.12.2021 tarihinde saat 10.30'da Burhaniye Mah. Nagehan Sokağı No:4B D:1, 34676 Üsküdar/İstanbul adresine gidilmiştir.
- (7) Dosya mevcudu bilgilere göre, 4054 sayılı Kanun'un 14. ve 15. maddelerinin raportörlere verdiği yetkiler ve aynı Kanun'un 16. ve 17. maddesinde düzenlenen idari para cezaları hakkında teşebbüs yetkililerinin bilgi edinmeleri sağlandıktan sonra, yerinde incelemenin planlanabilmesi için teşebbüs yetkililerinden teşebbüse ait organizasyon şeması talep edilmiş ve teşebbüs yetkililerinden teşebbüs geneline bir duyuru yapılarak teşebbüs çalışanlarına saat 10.49 itibarıyla rekabet uzmanları tarafından yerinde incelemenin başlatıldığı, bu an itibarıyla yerinde inceleme tamamlanana kadar bilgisayarlarından, elektronik postalarından ve sair veri depolama cihazlarından herhangi bir suretle e-posta ya da belge silinmemesi; aksi takdirde bu durumun tespit edilebileceği ve silinen içerikten bağımsız olarak yerinde incelemenin engellenmesi veya zorlaştırılması olarak değerlendirilebileceği konusunda uyarı yapılması yönünde bilgi verilmiştir.
- (8) Müteakiben ilgililerin tüm inceleme sürecindeki refakatleri eşliğinde, teşebbüste bulunan İcra Kurulu Üyesi (.....), Un ve Unlu Mamuller, Dondurma ve Dondurulmuş Ürünler Müdürü (.....), Bakliyat ve Makarna-Konserve ve Baharat Müdürü (.....), Sıvı İçecekler-Katı ve Sıvı Yağlar Müdürü (.....), Bisküvi, Kek ve Mamalar Müdürü (.....), Deterjan ve Temizlik Ürün-Kağıt Ürünleri Müdürü (.....), Kahvaltılık-Çikolata ve Şekerleme Müdürü (.....), Satın Alma Müdürü (.....), Satın Alma Müdürü (.....), Kozmetik Ürünleri-Çay, Kahve ve Toz İçecekler Müdürü (.....), Uzman (.....), Uzman Yardımcısı (.....), Uzman Yardımcısı (.....), Uzman Yardımcısı (.....), Kategori Uzmanı (.....)'in bilgisayarlarında ve mobil cihazlarında yerinde inceleme gerçekleştirilmiştir.
- (9) Daha sonra meslek personeli tarafından yukarıda özetlenen süreci anlatan ve ayrıca yerinde incelemede elde edilen belgelerin yer aldığı "Yerinde İnceleme Tutanağı" tutulmuştur.
- (10) Teşebbüste yapılan yerinde inceleme esnasında gerçekleşen gelişmeler Yerinde İnceleme Tutanağı'nda aşağıdaki şekilde ifade edilmiştir:
- Satın Alma Genel Müdürü (.....), kendisinin kullandığı ve teşebbüsün malvarlığı olan "354834099340352" IMEI numaralı mobil cihazda WhatsApp uygulamasını kullanmadığını sözlü olarak beyan etmiştir. Akabinde söz konusu mobil cihaz adli bilişim yazılımı kullanılarak indekslenmiş, indekslenen veriler incelenmiş ve telefonda Whatsapp uygulamasının bulunduğu dair bir bulguya ulaşılmamıştır. Bunun üzerine Satın Alma Genel Müdürü (.....) tarafından kullanılan ve teşebbüsün malvarlığı olmadığı belirtilen "357285098021773" IMEI numaralı mobil cihaz Yerinde İncelemelerde Dijital Verilerin İncelenmesine İlişkin Kılavuz (Yerinde İnceleme Kılavuzu) çerçevesinde teşebbüse ait dijital veri içerip içermediğinin tespiti amacıyla hızlı gözden geçirme yöntemi ile incelenirken Whatsapp uygulamasının kurulumu sırasında kullanıcıya yöneltilen kişisel bilgilere ilişkin sorular (ad, soyad, telefon numarası vb.) ekranda görülmüş ve bu sorular yanıtlanarak uygulamaya girilmiştir. Satın Alma Genel Müdürü (.....), mobil cihazdaki Whatsapp uygulamasının güncellenmesi nedeniyle söz konusu durumun yaşanmış olabileceğini ifade etmiştir. (.....), Whatsapp uygulamasında iş gruplarının ve özel grupların katılımcısı olarak görünse de ilgili gruplarda herhangi

bir yazışma bulunmadığı ve söz konusu gruplar dışındaki diğer tüm tekil sohbetlerde ise tespit edilen en eski mesajlaşmanın 08.12.2021 tarihinde saat 13.56'da gerçekleştiği görülmüştür. Akabinde uygulama mağazası App Store üzerinden yapılan incelemede, 08.12.2021 tarihinde güncellenen uygulamalar arasında Whatsapp uygulamasının bulunmadığı tespit edilmiştir. İlaveten yapılan tespitler arasında Whatsapp uygulamasındaki sohbet yedekleme özelliğinin kapalı olduğu<sup>1</sup> da yer almaktadır. Bununla birlikte ilgili cihaz adli bilişim yazılımı aracılığıyla incelenmiş olup Whatsapp uygulamasının kullanımına ya da silinip yeniden yüklenmesine ilişkin herhangi bir log kaydı tespit edilmemiştir.

- Teşebbüste çalışanlardan bir diğeri olan Satın Alma Genel Müdürü (.....)'ün, bilgisayarını meslek personeli tarafından incelenirken "354834099546255" IMEI numaralı ve teşebbüsün malvarlığı olan mobil cihazını açtığı fark edilmiş, cihaza bir müdahalede bulunmuş olma ihtimaline karşı, kendisine mobil cihazda WhatsApp uygulaması bulunup bulunmadığı sorulmuştur. Uygulamanın mobil cihazında bulunduğunu söylemesi üzerine mobil cihazda uygulama aranmış, ancak uygulamanın yüklü versiyonu telefonda tespit edilememiştir. Bunun üzerine mobil cihazında bulunan uygulama mağazası App Store'da bir uygulamanın daha önce yüklendiği ancak o sırada telefonda bulunmadığı anlamına gelen bulut ikonunun WhatsApp uygulaması için çıktığı görülmüştür. Uygulama tekrar yüklendiğinde son yedeklemenin incelemeden önceki gün olan 07.12.2021 tarihinde saat 22.52'de yapıldığı anlaşılmış ve bunun üzerine WhatsApp uygulaması ilgili yedekleme yüklenerek yeniden kurulmuştur. Bu kapsamda inceleme son yedekleme kapsamında mevcut olan yazışmalar üzerinden gerçekleştirilmiştir. Bununla birlikte ilgili cihaz adli bilişim yazılımı aracılığıyla incelenmiş olup WhatsApp uygulamasının kullanımına yönelik herhangi bir log kaydı tespit edilmemiştir.
- Yerinde inceleme kapsamında incelenmesi planlanan ve teşebbüs dışında bulunan Un ve Unlu Mamuller, Dondurma ve Dondurulmuş Ürünler Müdürü (.....), bilgisayarında ve telefonunda inceleme yapılmak üzere teşebbüse çağrılmıştır. Bilgisayarında yapılan inceleme sonrasında (.....) teşebbüsün malvarlığında bulunmayan kişisel mobil cihazının bozulduğunu ve bu yüzden cihazı evde bıraktığını ifade ettiği için söz konusu cihaz incelenememiştir. Bununla birlikte (.....)'in yanında bulunan ve teşebbüsün malvarlığı olan "868274046081628" IMEI numaralı mobil cihaz incelenmek üzere talep edilmiş, ancak (.....) söz konusu telefonda yüklü WhatsApp uygulamasını, kişisel ve özel bilgiler bulunduran konuşmalar içerdiği gerekçesiyle sildiğini sözlü olarak beyan etmiştir. Yapılan hızlı gözden geçirme sonucunda uygulamanın mobil cihazda bulunmadığı görülmüştür. Bunun üzerine WhatsApp uygulaması, söz konusu mobil cihaza tekrar yüklenmiş olup yükleme sonucunda en son yedeklemenin 08.12.2021 tarihinde (inceleme günü) saat 07.00'de yapıldığı görülmüştür. Son yedekleme kapsamında mevcut olan yazışmalar Yerinde İnceleme Kılavuzu çerçevesinde teşebbüse ait dijital veri içerip içermediğinin tespiti amacıyla hızlı gözden geçirme yöntemi ile incelenmiş olup iş ile ilgili yazışmaların tespit edilmiş olması nedeniyle, mobil cihaz adli bilişim cihazı aracılığıyla incelemeye tabi tutulmuştur.

(11) Teşebbüs yetkilileri tarafından inceleme sürecine yönelik olarak aşağıdaki hususlar dile getirilmiştir:

<sup>1</sup> Whatsapp'ın yedekleme özelliği, uygulamanın mobil cihazdan kaldırılıp tekrar yüklenmesi halinde yedekleme tarihine kadar olan mesajlaşmaların uygulamaya geri getirilmesine imkan sağlamaktadır.

- "Öncelikle teşebbüs çalışanlarının kişisel mobil cihazlarında "hızlı bakış" adı altında herhangi bir şüphe bulunmadan standart bir inceleme yapılmasının Anayasa ile korunan kişi hak ve özgürlükleri ile özel hayatın gizliliği ilkelerine aykırılık teşkil ettiği düşünülmektedir. Bu kapsam dâhil incelemeye ilişkin her türlü yasal hakkımız saklıdır.

(.....)'in yukarıda bahsi geçen kişisel mobil cihazına ilişkin inceleme süreci şu şekilde gerçekleşmiştir: Yerinde inceleme için gelen Rekabet Kurumu yetkilileri, Şirkete giriş yapıp birinci kata çıktıklarında (saat 10:50-10:35 civarı) (.....) ve (.....) kendilerini karşılamış ve hep beraber aynı katta bulunan Yeniköy toplantı odasına geçilmiştir. Toplantı devam ederken (.....)'e Şirket mobil cihazı dışında başka bir kişisel mobil cihazının bulunup bulunmadığı sorulmuş, olumlu cevap verilmesi üzerine Rekabet Kurumu yetkililerin talebi doğrultusunda (.....) kişisel mobil cihazını kendilerine (refakatleri eşliğinde) teslim etmiştir. Dolayısıyla Rekabet Kurumu yetkililerinin Şirket'e geldiği andan (saat 10:30-10:35 civarı) mobil cihazlar teslim edilene kadar (.....) hep Rekabet Kurumu yetkililerinin yanında bulunduğundan (.....)'in mobil cihazlarına müdahalesi imkân dahilinde değildir. Bunun yanı sıra her ne kadar Rekabet Kurumu yetkililerince (.....)'e ait kişisel mobil cihazda WhatsApp uygulamasının yedekleme özelliğinin kapalı olduğu belirtilmişse de Ek-4'te de [Belge-466/17] görüldüğü üzere söz konusu yedekleme özelliği hiçbir zaman devreye alınmamıştır. Ayrıca (.....)'in kişisel mobil cihazında işle ilgili olduğu tespit edilen ancak içeriği görüntülenemeyen grup yazışmalarına (.....)'ün telefonundan ulaşılmıştır.

(.....)'ün yukarıda bahsi geçen mobil cihazına ilişkin inceleme süreci şu şekilde gerçekleşmiştir: Yerinde inceleme için gelen Rekabet Kurumu yetkilileri Şirkete giriş yapıp birinci kata çıktıklarında (saat 10:30-10:35 civarı) (.....) ve (.....) kendilerini karşılamış ve hep beraber aynı katta bulunan Yeniköy toplantı odasına geçilmiştir. Toplantı devam ederken Rekabet Kurumu yetkililerinin talebi üzerine (.....) hem iş hem kişisel amaçlı kullandığı mobil cihazını kendilerine teslim etmiştir. Dolayısıyla Rekabet Kurumu yetkililerinin Şirkete geldiği andan (saat 10:30-10:35 civarı) mobil cihaz teslim edilene kadar (.....) hep Rekabet Kurumu yetkililerinin yanında bulunduğundan (.....)'ün mobil cihazına müdahalesi imkân dahilinde değildir. (.....)'ün mobil cihazı ve bilgisayarı fiilen incelenmeye başlandığı sırada (.....) WhatsApp uygulamasının mobil cihazında bulunmadığını fark etmiş ve uygulamayı yüklemek için uygulama mağazası olan App Store 'a giriş yapmıştır. Bu esnada Rekabet Kurumu yetkilisinin sorusu üzerine kendisine durum açıklanmıştır. Akabinde uygulama Rekabet Kurumu yetkililerinin gözetimi altında mobil cihaza yüklenmiştir. Bu kapsamda (.....)'ün mobil cihazındaki WhatsApp uygulamasında yer alan 07.12.2021 tarihi saat 22:52'ye kadar olan tüm yazışmalar Rekabet Kurumu yetkililerince incelenmiştir. Ayrıca ilgili cihaz adli bilişim yazılımı aracılığıyla incelenmiş olup WhatsApp uygulamasının kullanımına ya da silinip yeniden yüklenmesine yönelik herhangi bir log kaydı tespit edilmemiştir.

- (.....), bir süredir kişisel mobil cihazının bozuk olması sebebiyle teşebbüsün malvarlığında olan mobil cihazındaki WhatsApp uygulamasını hem kişisel hem de iş amaçlı kullanmaktadır. Teşebbüse ait mobil cihazında bulunan WhatsApp uygulamasındaki özel yazışmalar sebebiyle Rekabet Kurumu yetkilileri yerinde incelemeye gelmeden önce uygulamayı silmiştir. Ancak özel verilerinin incelenmeyeceğinin kendisine bildirilmesi üzerine uygulama yüklenmiştir. Bu kapsamda (.....)'in mobil cihazındaki WhatsApp uygulamasında yer alan 08.12.2021 tarihi saat 07:00'a kadar olan tüm yazışmalar Rekabet Kurumu

yetkililerince incelenmiştir. Bunun yanı sıra bozuk olan kişisel cihazı da evinden aldırılarak Rekabet Kurumu yetkililerine teslim edilmiştir.

## G.2. Değerlendirme

(12) Yerinde inceleme yetkisi, 4054 sayılı Kanun'un ihlal edilip edilmediğinin ortaya çıkarılmasında kullanılan en önemli araçların başında gelmektedir. Bu yetkinin etkin bir şekilde kullanılması, incelemelerden verimli sonuçlar elde edilebilmesi noktasında büyük öneme sahiptir.

(13) 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) (Değişik bent: 16.06.2020-7246/ 4.Md) 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 fıkra: 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."*

şeklinde düzenlenmiştir.

(14) 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.

(15) 4054 sayılı Kanun'un 15. ve 16. maddeleri ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Uygulanması Çerçevesinde Rekabet Kurumunca Yapılacak Yerinde İncelemelere İlişkin Usul ve Esaslara Dair Yönerge'nin "Yerinde İncelemenin Kapsamı" başlıklı 12. maddesi göz önünde bulundurulduğunda; dosya konusu yerinde incelemede meslek personelinin incelemeye fiilen başlamış bulunduğu saat 10.30 itibarıyla Satın Alma Genel Müdürü (.....), Satın Alma Genel Müdürü (.....) ve Un ve Unlu Mamuller, Dondurma ve Dondurulmuş Ürünler Müdürü (.....) tarafından kullanılan mobil cihazlardan verilerin yok edilmesine yönelik faaliyetlerde bulunmuş olması şüphesi doğmuş olsa da (.....) ve (.....)'ün telefonlarında adli bilişim cihazlarıyla yapılan indeksleme sonucunda Whatsapp uygulamasının silindiğine dair herhangi bir log kaydı bulunmamış, (.....)'in ise telefonunun indeksinin alınamaması nedeniyle silinme işlemine dair herhangi bir log kaydı elde edilmemiştir. Dolayısıyla teşebbüs çalışanlarının Whatsapp uygulamasını sildiklerine veya silip yeniden yüklediklerine yönelik olarak adli bilişim cihazlarıyla bir tespit yapılmamıştır. Teşebbüs çalışanı (.....) her ne kadar yerinde inceleme tutanağında da geçtiği şekilde Whatsapp uygulamasını sildiğini beyan etmiş olsa da kendi cihazının bozuk olması sebebiyle iş için kullandığı telefonu özel amaçlarla da kullandığını, bu sebeple özel amaçlı yazışmalarını mahremiyet gereği sildiğini belirtmiştir. (.....)'a ait telefonda indeksleme işlemi yapılamadığı için Whatsapp uygulamasının silinip silinmediğine ve silme işlemi olmuş ise söz konusu silme işleminin yerinde incelemeye

başlamadan önce ya da sonra mı yapıldığına ilişkin bir tespitte bulunulmamıştır. Ayrıca yerinde inceleme yapıldığı sırada (.....)'a ait olan ve bozuk olduğu iddia edilen şahsi telefon da üçüncü bir kişi vasıtasıyla teşebbüs binasına getirilmiş ve incelemeyi gerçekleştiren meslek personeli tarafından teslim alınmıştır. Kurulun yerleşik içtihadına göre, yerinde incelemenin engellenmesine yönelik idari para cezası tesis edilmesi için silme işleminin yerinde incelemede görevli meslek personelinin incelemeye başlamasından sonra gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Söz konusu olayda ise her üç teşebbüs çalışanına ait telefonlarda silme işleminin yapıp yapılmadığına ve silme işlemi yapılmışsa işlemin ne zaman yapıldığına ilişkin bir tespit yapılmamıştır.

- (16) Bu çerçevede, A101 hakkında yerinde incelemenin engellenmesi sebebiyle idari para cezası verilmesine yer olmadığı sonuç ve kanaatine varılmıştır.

## H. SONUÇ

- (17) Düzenlenen rapora, incelenen dosya kapsamına ve A101 temsilcileri tarafından gönderilen ve Kurumumuz kayıtlarına 20.12.2021 tarihinde intikal eden yerinde inceleme tutanağına ilişkin ek beyan ve savunmalara göre, 22-27 sayılı toplantıda yapılan ilk oylama ve 22-28 sayılı toplantıda yapılan ikinci oylama sonucunda; Rekabet Kurulunun 25.11.2021 tarihli ve 21-57/796-M sayılı kararı uyarınca 08.12.2021 tarihinde Yeni Mağazacılık A.Ş.'de yapılan yerinde incelemenin engellendiğine ya da zorlaştırıldığına yönelik somut bir tespit yapılamadığı, bu nedenle anılan teşebbüse idari para cezası verilmesine yer olmadığına gerekçeli kararın tebliğinden itibaren 60 gün içinde Ankara İdare Mahkemelerinde yargı yolu açık olmak üzere, OYÇOKLUĞU ile karar verilmiştir.

**23.06.2022 tarih, 22-28/464-187 sayılı Karara ilişkin karşı görüş**

Rekabet Kurulunun 25.11.2021 tarihli ve 21-57/796-M sayılı kararı uyarınca hızlı tüketim malları sektöründe perakendeci olarak faaliyet gösteren bazı teşebbüsler tarafından 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4 üncü maddesinin ihlal edilip edilmediğinin tespitine yönelik olarak açılan soruşturma kapsamında 08.12.2021 tarihinde Yeni Mağazacılık A.Ş. (A101)'de yapılan yerinde incelemenin engellenmesi/zorlaştırılması iddiasına/şüphesine yönelik olarak; rapora, incelenen dosya kapsamına ve A101 temsilcileri tarafından gönderilen ve Kurum kayıtlarına 20.12.2021 tarihinde intikal eden yerinde inceleme tutanağına ilişkin ek beyan ve savunmalara göre, 22-27 sayılı toplantıda yapılan ilk oylama ve 22-28 sayılı toplantıda yapılan ikinci oylama sonucunda; Yeni Mağazacılık A.Ş.'de yapılan yerinde incelemenin engellendiğine ya da zorlaştırıldığına yönelik somut bir tespit yapılamadığına, bu nedenle anılan teşebbüse idari para cezası verilmesine yer olmadığına oyçokluğu ile karar verilmiştir. Aşağıda yer verilen açıklama ve gerekçelerle Kurul'un bu kanaat ve sonucuna katılmamız mümkün olmamıştır.

Esasa ilişkin görüş ve değerlendirmelerimize geçmeden önce safahat ile ilgili kısa bilgi verilmesinde fayda görülmektedir.

- 08.12.2021 tarihinde, A-101'in de tarafları arasında yer aldığı yürütülen bir soruşturma kapsamında, A101'de yerinde inceleme yapılmış, söz konusu incelemede engelleme/zorlaştırma anlamına gelebilecek bir takım gelişmeler yaşanmış ve bu hususlar teşebbüs yetkililerinin görüşleriyle birlikte tutanağa kaydedilmiştir.
- 20.12.2021 tarihinde yerinde incelemenin engellenmesi/zorlaştırılması şüphesiyle ilgili olarak A-101 tarafından hazırlanan yerinde inceleme tutanağına ilişkin ek beyan ve savunmalar Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.
- 21.01.2022 tarihinde ilgili daire tarafından, Bilişim Teknolojileri Dairesi Başkanlığı'ndan konuya ilişkin teknik değerlendirme ve görüşleri talep edilmiştir.
- 10.02.2022 tarihinde Bilişim Teknolojileri Dairesi Başkanlığı, konuya ilişkin cevabi yazısını ilgili daireye iletmiştir.
- 29.04.2022 tarihinde ilgili daire, soruşturma raporunu ilgili taraflara tebliğ etmiştir.
- 02.06.2022 tarihinde konu ilk kez Kurul'da görüşülmüş (30.05.2022 tarihli bilgi notu ile), genel olarak ihlal kanaati oluştuğundan dosyanın ayrıntılandırılması,



gerekçelerin güçlendirilmesi amacıyla ilgili gündem maddesi 22-25/397-64 sayı ile Kurul Başkanı tarafından gündemden geri çekilmiştir.

- 10.06.2022 tarihli Bilişim Teknolojileri Dairesi Başkanlığı tarafından yerinde incelemeye ilişkin ek görüş, 15.06.2022 tarihli yerinde inceleme heyeti tarafından hazırlanan yerinde incelemeye ilişkin bilgilendirme yazısı dosyaya girmiştir.
- 16.06.2022 tarihinde, ilgili daire tarafından yapılan ek çalışmalar ile birlikte konu ikinci defa Kurul'da görüşülmüş ve 3/2 nisapla yerinde incelemenin engellendiğine/zorlaştırıldığına karar verilmiş ((.....) karşı görüş beyan etmiştir), ancak 4054 sayılı Kanun'un 51inci maddesi uyarınca karar yeter sayısı oluşmadığından, konu ikinci oylamaya kalmıştır.
- 23.06.2022 tarihinde yapılan ikinci oylama (üçüncü görüşme) sonucunda 4/2 nisabıyla yerinde incelemenin engellenmediğine/zorlaştırılmadığına, dolayısıyla A-101'e idari para cezası verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir.

Kurul, yerinde incelemenin engellenmediği/zorlaştırılmadığı kararını verirken esasen; silmeye ilişkin *Log* kayıtlarının tespit edilememiş olmasından hareketle, somut delilin bulunmadığı gerekçesine dayanmıştır. Aşağıda ilgili Kurul ve mahkeme kararlarına da yer verilerek bu hususlara ilişkin görüşlerimiz yer almaktadır. Ancak bundan önce mahkemelerin yerinde incelemelere nasıl baktığının geçmiş Kurul Kararlarına dayanarak özetlenmesinde fayda görülmektedir.

### **Mahkemelerin yerinde inceleme yetki ve uygulamasına bakışı**

Yerinde inceleme yetkisi, Rekabet Kurulu'nun rekabet ihlallerini ortaya çıkarabilmesi için delil elde edilmesinin en önemli ve etkili aracıdır. Yapıları gereği özellikle kartel soruşturmaları gizli, karmaşık ve ispatı çoğunlukla zor rekabet ihlalleridir. Bu itibarla rekabet ihlallerini ortaya çıkarabilecek deliller de, informel ve teşebbüsler tarafından kolaylıkla gizlenebilecek ya da yok edilebilecek niteliktedir. Bu nedenle yerinde inceleme yetkisi (4054 sayılı Kanun'un 15 inci maddesi) "*doğası gereği teşebbüslere haber verilmeksizin, ansızın, süratli ve kesintisiz biçimde gerçekleşmesi gereken*" bir delil bulma yöntemidir.

Diğer taraftan söz konusu yetki, delillere buldukları haliyle ve o anda ulaşılmasını gerektirmekte, sonradan yapılan bir incelemenin amaca uygun olmayacağı mahkemeler tarafından ifade edilmektedir. Esasen bu ifadeler, muhtemel delil karartma uygulamalarının önüne geçilmesi ve maddi vakıanın objektif bir şekilde ortaya çıkarılması amacıyla alınmış tedbirler olarak değerlendirilebilir.

16. İdare mahkemesinin 2020/807 E. ve 2021/1050 K. sayılı kararında şu ifadelere yer verilmiştir:

*“Yerinde inceleme yapma yetkisi, 4054 sayılı Kanun’un 15. maddesi uyarınca Kurul’a Kanun’un kendisine verdiği görevleri yerine getirmek üzere tanınan ve doğası gereği teşebbüslere haber verilmeksizin, ansızın, süratli ve kesintisiz biçimde gerçekleşmesi gereken bir uygulamadır.*

*Öte yandan, 4054 sayılı Kanun’un 15. maddesinin getirilme amacının, mevcut belgelere o anda ve mevcut hâliyle ulaşmak ve bu belgeler ışığında bir sonuca ulaşılmasını sağlamak olması karşısında, daha sonradan yapılan incelemeler ile o andaki bilgi ve belgelere ulaşıldığından söz etme imkânı bulunmayacağından, gecikerek yapılan bir yerinde incelemenin Kanun’la hedeflenen faydayı sağlamayacağı ve Kanun’un ilgili maddelerinin ihlâli olarak kabul edilmesi gerektiği açıktır.”*

17. İdare Mahkemesi’nin 2018/782 E. 2018/2489 K. Sayılı Nuhoğlu Kararında “4054 sayılı Kanun’un 15. maddesinin getirilme amacının, mevcut belgelere o anda ve mevcut haliyle ulaşmak ve bu belgeler ışığında bir sonuca ulaşılmasını sağlamak olması ve bu konuda e-posta bilgilerinin ilk ulaşılması gereken bilgiler olması karşısında, yerinde inceleme anında ulaşılabilecek belgelere ulaşamaması halinde, sonradan yapılan incelemeler ile o andaki bilgi ve belgelere ulaşıldığından söz etme imkanı bulunamayacağından, gecikerek yahut belgelerin ortadan kaldırılmasının ardından yapılan bir yerinde incelemenin Kanun’la hedeflenen faydayı sağlamayacağı ve Kanun’un ilgili maddelerinin ihlali olarak kabul edilmesi gerektiği açıktır.” ifadeleri yer almaktadır.

**- Log kayıtları silmeye ilişkin tek somut delil midir?**

Log kaydı, bir bilişim sistemindeki olayların, saatin, kullanıcı adının ve eylem cinsinin otomatik olarak kaydedilmesi işlemidir. Dolayısıyla log kayıtları diğer işlemlerde olduğu gibi silme işlemlerinde de güvenilir ve kesin bilgi vermektedir. Ancak, özellikle cep telefonu incelemelerinde her olayın log kaydı tespit edilememektedir. Bunun, Bilişim Teknolojileri Dairesi Başkanlığı’nın görüş yazılarında da yer verildiği üzere, çeşitli teknik nedenleri ve açıklamaları bulunmaktadır (Versiyon uyumsuzluğu, incelemede kullanılan yazılımın güncelliği, yüksek güvenlik duvarları, bu nedenlerden bazılarıdır.). Dolayısıyla işleme ilişkin log kaydının bulunması yapılan işlemle ilgili neredeyse kesin denilebilecek ölçüde bir tespit yapılmasına imkan tanırken, log kaydının bulunmaması yahut elde

edilememiş olması (mefhumu muhalifinden) işlemin gerçekleştirilmediğinin kanıtı olarak öne sürülemez. Bu durumda diğer delillere ve bilgilere bakmak gerekmektedir. Nitekim Kurul'un da *log* kaydı tespit edilememiş olmakla birlikte, başka delillere dayanarak telefonda silme işleminin gerçekleştirildiği, dolayısıyla yerinde incelemenin engellendiği/zorlaştırıldığı sonucuna vardığı birçok kararı bulunmaktadır. Aşağıda bu kararlardan bazılarına yer verilmiştir.

**17.06.2021 tarih, 21-31/400-202 Medicana Samsun Kararı**

Söz konusu kararda;

... Genel Müdür, yerinde inceleme esnasında bulunulan toplantı odasından, cep telefonunun arabasında olduğunu belirterek ayrılmış, saat 11.44'te toplantı odasına geri dönmüştür. Hemen ardından teşebbüsün mobil cihaz incelemesine ilişkin vermiş olduğu onay ile birlikte, Genel Müdür'ün cep telefonu adli bilişim cihazı kullanılarak incelenmeye başlanmıştır. Adli bilişim cihazına bağlanan cep telefonunun imajı alınmak istense de cep telefonunun USB girişindeki temassızlık sebebiyle adli bilişim cihazı ile cep telefonu arasındaki bağlantı ve imaj alma işlemi arka arkaya kesintiye uğramış, bunun üzerine WhatsApp yazışmalarının WhatsApp Web üzerinden incelenmesi için teşebbüsten onay alınmıştır. Bu doğrultuda, Genel Müdür'ün WhatsApp yazışmaları WhatsApp Web uygulaması üzerinden incelenmeye başlanmıştır. Görevli meslek personeli yazışmaların Genel Müdür'ün cep telefonunu getirmek için toplantı odasını terk ettiği zaman zarfında silindiğini (sohbet içeriklerinin temizlendiğini) fark etmiştir. Nitekim WhatsApp uygulamasında birçok kişisel ve grup sohbet kutucuğunun mevcudiyetine rağmen, Genel Müdür'ün cep telefonunu getirmek için ayrıldığı saatten (11.34) daha önceki mesajların/yazışmaların hiçbirisinin bulunmadığı, bu saat itibarıyla tüm sohbet içeriklerinin (yalnızca mesajların/yazışmaların) temizlendiği ve telefonun teslim edildiği an mevcut en eski WhatsApp mesajının (.....)'nun toplantı odasına dönüş yapmasına yakın bir saat olan 11.40'ta olduğu tespit edilmiş ve bu tespitlere ilişkin ekran görüntüleri alınmıştır.

Bununla birlikte, cep telefonu rehberinde kayıtlı olmasına rağmen herhangi bir cep telefonu numarasının Genel Müdür (.....)'nun WhatsApp uygulamasında gözükmediği (kayıtlı olmadığı) anlaşılmıştır.

tespitleri yapılmıştır. Görüldüğü üzere bu olayda da herhangi bir *log* kaydı elde edilememiş, zira teknik bir nedenle telefon cihaza bağlanamamıştır. Bu tespitlere ilişkin olarak teşebbüs yetkilileri şu açıklamada bulunmuştur:

(.....)'e ait telefonda yer alan grup yazışmalarının sık kullanılan gruplar olmadığı gibi, telefon hafızasının dolması ve yine WhatsApp'taki güncel yasal değişiklikler nedeniyle uygulamada bilgi-belge bulundurmama alışkanlığı edinilmiş olması nedeniyle, yazışma içerikleri bulunmayabilir. Telefonun istenilmesi ile teslim edilmesi arasında geçen kısa süre içerisinde bu şekilde bir silme işlemi yapılmadığı gibi yapılması da fiilen zaten mümkün değildir. Telefonun incelenmesi sırasında uçak moduna alınmış olması

nedeniyle internet bağlantısının olmaması mesajların açılmasından sonraki bir saatte gelmesi de olasıdır. Salt yazışma bulunmamasından yola çıkılarak yapılan soyut değerlendirmelerin ve ithamların tarafımızdan kabulü mümkün değildir. Soruşturma sürecinin başından bu yana bilgi-belge paylaşımı konusunda kurumunuz yetkililerine yardımcı olunmuş olup, aksi yöndeki soyut iddia ve ithamları kabul etmiyoruz.

İlgili dosyaya ilişkin kararda Kurul aşağıda yer alan gerekçelerle (şüphe, tereddüt bırakmaması) yerinde incelemenin engellendiği/zorlaştırıldığı sonucuna vararak oybirliği ile teşebbüse idari para cezası uygulamıştır:

...11 dakika sonrasında cep telefonunun yanında olmadığını (arabasında olduğunu) belirterek cep telefonunu getirmek adına 11.34-11.44 saatleri aralığında toplantı odasını terk etmesi son derece şüphe uyandırıcı bulunmuştur.

... telefonun USB girişindeki temassızlık nedeniyle imajı alınamamış ve adli bilişim cihazı üzerinden inceleme gerçekleştirilememiştir. Bu durumda teşebbüsün onayı alınarak cep telefonundaki WhatsApp yazışmalarına WhatsApp Web üzerinden erişilmiştir. Bu erişimin ardından WhatsApp uygulamasında, inceleme günü olan 25.05.2021 tarihinde saat 11.40'tan sonra mesajların olduğu, ancak bu tarih ve saatten daha önceki sohbet kutucuklarının hepsinin içeriğinin silindiği görülmüştür.

Yerinde inceleme tutanağında her ne kadar teşebbüs tarafından ilgili süre zarfında WhatsApp konuşmalarının silinemeyeceği belirtilse de 10 dakika içerisinde birçok aleyhte veya lehte olabilecek delil niteliğini haiz yazışmanın, günümüz teknoloji çağında kolaylıkla silinmesinin mümkün olduğu belirtilmelidir. Nitekim WhatsApp üzerinden tüm sohbet içeriği veya sohbet kutucukları dâhil tüm yazışmalar kolaylıkla silinebilmektedir.

... tespit edilen birçok kişisel veya grup sohbet kutucuğunun varlığı ve telefonun teslim edilmesiyle birlikte ilgili cihaza birçok WhatsApp mesajının gelmesi karşısında Genel Müdür'ün toplantı odasını terk ettiği 11.34 saatinin öncesine ait herhangi bir mesaj bulunmaması WhatsApp üzerinde gerçekleşen yazışma içeriğinin temizlenmesi işleminin 11.34-11.44 saatleri arasında gerçekleştiği hususunda da bir tereddüt bırakmamaktadır.

... Bununla birlikte Genel Müdür (.....)'nun cep telefonu, USB girişindeki temassızlık nedeniyle adli bilişim cihazına bağlanamadığından, silinen verilere ulaşılabilmesi ve silme işleminin teşebbüse ait veri üzerinde gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti mümkün olmamıştır. Diğer taraftan silinen verilere adli bilişim cihazları yardımıyla erişilebilmiş olsaydı dahi, bu durumun, fiilin yerinde incelemenin engellenmesi niteliğine bir etkisinin bulunmayacağı değerlendirilmektedir. Aksi bir durumun kabulü, teşebbüslerin söz konusu verileri sildiği, ancak adli bilişim cihazları tarafından silme işleminin tespit edilemediği bir durumda bu teşebbüsler bakımından bir ödüllendirme anlamına gelebilecektir. Nitekim mobil cihazlarda gerçekleştirilen incelemelerde, silinen verilerin geri getirilmesi bu cihazların yazılımı ve teknik özelliklerinden kaynaklanan nedenlerle her durumda mümkün olamamaktadır.

**27.05.2021 tarih, 21-27/354-173 sayılı Çiçek Sepeti Kararı**

Söz konusu kararda da silme işlemine ilişkin herhangi bir *log* kaydına yer verilmemiş, diğer telefonlardaki karşı mesajlar, mesaj içerikleri ve alınan ekran görüntüleriyle incelemeye başlanmasından sonra silme işleminin yapıldığına kanaat getirilerek para cezası uygulanmıştır:

Teşebbüs yetkilisi (.....)'ın kullanımında olan ve teşebbüse ait mobil hattın bulunduğu (.....) IMEI numaralı mobil cihazda yapılan incelemede, (.....) tarafından bir diğer teşebbüs yetkilisi (.....)'ye inceleme günü saat 11.52'de bir Whatsapp mesajı gönderildiği ve bu mesajın daha sonra silindiği görülmüştür. (.....) tarafından kullanılan (.....) IMEI numaralı ve kendisine ait olmakla birlikte teşebbüse ait veriler içeren mobil cihaz incelendiğinde de söz konusu Whatsapp mesajının bulunmadığı tespit edilmiştir. Ayrıca her iki mobil cihazın söz konusu silme işlemine ilişkin ekran görüntüleri alınmıştır.

Son olarak teşebbüse ait olduğu ve teşebbüsün bir diğer yetkilisi (.....) tarafından kullanıldığı sözlü beyan ile tespit edilen (.....) IMEI numaralı mobil cihazda yapılan incelemede, (.....) ve (.....) arasında herhangi bir Whatsapp yazışmasının olmadığı görülmüştür. Buna karşılık (.....)'ın mobil cihazı üzerinde yapılan incelemede (.....) ile inceleme günü saat 11.17 ile 11.21 arasında yazışma gerçekleştiği tespit edilmiştir. Söz konusu yazışmaya ait ekran görüntüleri görevli meslek personeli tarafından kayıt altına alınmıştır.

Teşebbüs yetkililerinin konuyla ilgili aşağıda yer alan açıklamalarına itibar edilmemiştir:

... Bunun sebebi o dakikalarda eşimden, yakın arkadaşlarımdan ve işle alakası olmayacak ve başkaları tarafından okunursa mahrem olabileceğini düşündüğüm mesajların gelmemesi için ve meşgul olduğumu iletmek amacıyla çok hızlı şekilde mesajlar gönderdim. Aynı zamanda öğleden sonraki toplantı trafiğimi hızlıca ertelemem ve iptal etmem gerekiyordu. Birden fazla kişiye bununla ilgili mesajlar yazdım. (.....)'ye de başkasına atmayı planladığım bir mesajı sehven gönderdiğim ve onu ilgilendirmeyen mesaj olduğu için sildim.

Kurumun incelemesini zorlaştırmak veya engellemek gibi bir amacımız bulunmadığı gibi tam tersine istedikleri her türlü cihazı kişiseller dahil anında kendilerine teslim ettik.

**12.08.2021 tarih, 21-38/544-265 sayılı İstanbul Gübre Kararı**

Söz konusu kararda Kurul yerinde inceleme sırasında ne suretle olursa olsun veri silinmesini delil karartma olarak değerlendirmiştir. İncelemeye yardımcı olunması, silinen verilerin inceleme konusuyla ilgili olmaması, silme işleminin şirketin bir ilgisi ve talimatı dışında gerçekleştirilmesi, silinen verilerin geri getirilmesi veya başka cihazlardan silinen verilere ulaşılabilmiş olması gibi savunmaları kabul etmemiştir.

“Yukarıda yer verilen Kurul kararlarından ve idari yargı kararlarından da görüldüğü üzere teşebbüse ait klasör, e-posta vb. verilerin silinmesi delil karartmaya yönelik eylem olarak

nitelendirilmekte ve incelemede görevli meslek personelinin olası delillere erişimini zorlaştırarak bu delillere ulaşmasının engellendiği sonucuna ulaşılmaktadır.”

- **Dosyada log kaydı dışında silmeye (yerinde incelemenin engellenmesine/zorlaştırılmasına) ilişkin somut delil bulunmamakta mıdır?**

Yerinde inceleme sırasında engelleme/zorlaştırma olarak değerlendirilebilecek birçok olay yaşanmış ve tamamı tutanaklarla kayıt altına alınmıştır. Ancak silindiğinden şüphe edilen hususlarla ilgili log kaydı bulunamadığı da tutanakta açıkça ifade edilmiştir. Aşağıda başlıklar halinde log kaydı dışındaki somut delillere yer verilerek değerlendirilmiştir.

#### **Yerinde incelemenin teşebbüse girişten sonra 15 dk. gecikmeli başlanabilmesi**

08.12.2021 tarihli tutanak ve 15.06.2022 tarihli bilgilendirme yazısında yer alan bilgilere göre, yerinde inceleme için yetki dahilinde teşebbüse intikal eden inceleme heyeti Satın Alma Genel Müdürü (.....)'ün de ismi verilerek (yerinde incelemeye başlayabilmek için) yetkililerle görüşmek istemelerine rağmen 15 dakika boyunca bir toplantı salonunda bekletildikleri anlaşılmaktadır. Kanaatimizce diğer delillerle birlikte (özellikle Yolbulan kararı dikkate alındığında) bu sürenin veri silme/delil karartma için yeterince uzun bir süre olduğu düşüncesindeyiz.

#### **Whatsapp uygulamasını sildiği iddia/tespit edilen kişilerin yerinde incelemenin doğrudan odağı ve hedefi olan üst düzey çalışanlar (satın alma genel müdürü/müdürü veya kategori müdürü) olması**

Esasen hem rekabet ihlallerinin gerçekleştirilmesi yönüyle, hem de delil elde edilmesi yönüyle ilgili çalışanların, teşebbüsü temsil durum ve yetkilerinin ya da teşebbüs içindeki pozisyonlarının bir önemi bulunmamaktadır. Bununla birlikte, binlerce çalışanın bulunduğu bir teşebbüste, her çalışan özelinde yerinde inceleme yapılma olanağı bulunmayacağından, etkili ve verimli bir inceleme yapılabilmesi için önceden yapılan çalışmalar ile büyük ölçüde hedefli ve odaklı yerinde incelemeler yapılmaktadır. Buna göre çoğunlukla satış/pazarlama bölümleri ve bu birimin başta en üst düzey çalışanları öncelikli hedef olarak belirlenmektedir. Zira aranan muhtemel delillerin buralardan elde edilmesi beklenmektedir.

İncelenmek istenen telefonda veri silme işlemi yapan kişilerin tamamı pazarlama/satış bölümü üst düzey yöneticileri, yani incelemenin birinci derecedeki odağındaki kişilerdendir. Birisi de teşebbüse ilk girişte yerinde incelemeye başlanabilmesi için ilk temas kurulmak istenen kişi olan Satın Alma Genel Müdürü (.....)'dür.

**Söz konusu eylemin üst düzey 3 kişi tarafından ayrı ayrı gerçekleştirilmiş olması.**

İncelenmek istenen telefonda veri silme işlemi, üç farklı kişi tarafından ayrı ayrı gerçekleştirilmiştir. Bu da silme işleminin, tesadüf ya da panikle refleks olarak değil, bilinçli ve planlı olarak yapıldığını göstermektedir.

**Her üç kişinin de uygulamayı telefonundan kaldırmış olması ve yerinde inceleme esnasında ya uygulamanın hiç yüklü olmaması, ya da yüklü olup kullanım için gerekli olan giriş prosedürünün yapılmamış olması.**

Yukarıda ifade edildiği üzere silme işlemi üç farklı üst düzey kişi tarafından ayrı ayrı gerçekleştirilmiştir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, bu üç kişi de incelenmek istenen telefonlarda Whatsapp isimli haberleşme uygulamasının bulunduğunu ve bu uygulamayı kullandıklarını beyan etmiştir. Aşağıda, yerinde inceleme tutanağı, bilgilendirme yazısı ve teşebbüs tarafından iletilen ek beyanlar uyarınca, her bir kişi özelinde silme işleminin nasıl yapıldığı ya da nasıl tespit edildiği izah edilecektir.

(.....): Satın Alma Genel Müdürü (.....)'ün bilgisayarında inceleme yapılırken, mobil cihazı da incelemenin gerçekleştiği masanın üzerinde veri güvenliğini sağlamak adına uçak modu açık bir şekilde, sırası geldiğinde adli bilişim cihazı aracılığıyla incelenmek üzere gözetim altında tutmak amacıyla bırakılmıştır. Satın Alma Genel Müdürü (.....)'ün, başka bir meslek personeli tarafından bilgisayarı incelenirken, yine incelemede görevli bulunan Rekabet Uzmanı (.....) tarafından (.....)'ün mobil cihazını masadan aldığı ve üzerinde işlem yaptığı fark edilmiştir. Bunun üzerine bir süre (.....) tarafından fark edilmeden kişinin mobil cihazda yaptığı işlemler Rekabet Uzmanı (.....) tarafından kişiye fark ettirilmeden izlenmiş ve (.....)'ün bu süreçte uygulama mağazası olan App Store'da dolaştığı görülmüştür. Yaklaşık bir dakika süren bu izleme Av. (.....)'in durumu fark edip odaya girmesi ve (.....)'e telefonunun inceleme amacıyla alındığını ve dokunmaması gerektiğini belirtmesi üzerine sonlanmıştır. Ardından Rekabet Uzmanı (.....) tarafından (.....)'ün telefonunda, Av. (.....) nezaretinde WhatsApp uygulaması aranmış ancak vekilin ve teşebbüs çalışanının da teyidiyle uygulamanın yüklü olmadığı görülmüştür. Mobil cihaz incelendiğinde, App Store'da WhatsApp'ın, daha önce yüklendiği ancak o sırada telefonda bulunmadığı anlamına gelen bulut ikonunun olduğu görülmüştür.

Uygulama tekrar yüklendiğinde son yedeklemenin incelemeden önceki gün olan 07.12.2021 tarihinde saat 22.52'de yapıldığı anlaşılmış ve bunun üzerine WhatsApp uygulaması ilgili yedekleme ile yüklenerek yeniden kurulmuştur. Bu kapsamda inceleme son yedekleme kapsamında mevcut olan yazışmalar üzerinden gerçekleştirilmiştir. Bununla birlikte ilgili cihaz adli bilişim yazılımı aracılığıyla incelenmiş olup WhatsApp uygulamasının kullanımına yönelik herhangi bir *log* kaydı tespit edilmemiştir.

(.....): (.....) ile ilgili yaşanan gelişmeler üzerine Satın Alma Müdürü (.....)'in cep telefonu da aynı endişe nedeniyle kontrol edilmiştir. (.....), WhatsApp uygulamasını kullanmadığını sözlü olarak beyan etmiştir. Yine (.....) nezaretinde yapılan incelemede uygulamanın telefonda bulunduğu, ancak uygulama açılmak istendiğinde kurulum aşamasında kullanıcıya yöneltilen kişisel bilgilerin (ad, soyad, telefon numarası v.b.) talep edildiği görülmüştür. (.....)'in talep üzerine söz konusu bilgileri girmesinin ardından WhatsApp uygulaması açılmış ve yazışma gruplarının içeriğinin boş olduğu görülmüştür. Diğer tekil sohbetler incelendiğinde ise tespit edilen en erken mesajın 08.12.2021 tarihi, saat 13.56'da gerçekleştiği görülmüştür. Buna ilişkin ekran görüntüleri Yerinde İnceleme Tutanağının ekinde alınmıştır.

(.....)'in bu durumun uygulamanın güncellenmesinden kaynaklanabileceğini belirtmesi üzerine, uygulama mağazası App Store üzerinden yapılan incelemede 08.12.2021 tarihinde güncellenen uygulamalar arasında WhatsApp uygulamasının bulunmadığı tespit edilmiş, buna ilişkin ekran görüntüsü de Tutanak ekinde alınmıştır. Kaldı ki, Bilişim Teknolojileri Dairesi Başkanlığının görüşü de güncellemelerin veri/sohbet kaybına yol açmayacağı yönündedir. Yedekleme özelliği de kapalı olduğundan içerik incelemesi yapılamamıştır. Bununla birlikte ilgili cihaz adli bilişim yazılımı aracılığıyla incelenmiş olup WhatsApp uygulamasının kullanımına ya da silinip yeniden yüklenmesine yönelik herhangi bir *log* kaydı tespit edilmemiştir.

(.....): Un ve unlu mamuller, dondurma ve dondurulmuş ürünler müdürü (.....)'in da bilgisayar ve telefonunda inceleme yapılmak istenmiş, ilgili kişi teşebbüs dışında olduğundan teşebbüs mahalline çağırılmıştır. (.....)'in telefonu incelendiğinde, WhatsApp uygulamasının bulunmadığı görülmüş, bunun sebebi sorulduğunda ise, kendisi kişisel ve özel bilgiler bulunduğu gerekçesiyle WhatsApp'ı sildiğini beyan etmiştir. Uygulama tekrar yüklenmiş ve yükleme sonucunda son yedeklemenin 08.12.2021 tarihinde saat 07:00'da yapıldığı görülmüştür. İlgili telefonun imajı alınamadığından cihazla teknik inceleme yapılamamıştır.



Birçok Kurul ve Mahkeme kararlarında açıkça belirtildiği üzere silinen yazışmaların içeriğinin engelleme anlamında bir önemi bulunmamaktadır. Özel/şahsi yazışma olduğu iddiasıyla silme işlemi yapılan vakılarda dahi Kurul ve Mahkemeler, engellenenin bulunduğuna karar vermiştir (Örnek kararlar için bkz. 24.01.2013 tarih ve 13-07/70-39 sayılı; 21.06.2018 tarih ve 18-20/356-176İ; 05/08/2009 tarih, 09-34/837-M sayılı kararlar).

### **Uygulamanın tekrar yüklenebildiği cihazlarda tüm grupların boş olması, hiçbir yazışmanın bulunmaması**

Üç satış ve pazarlama yetkilisinin telefonunda, inceleme esnasında WhatsApp uygulamasının kurulu bulunmadığı anlaşılmaktadır. Teşebbüsün iddiası/savunması, bu kişilerin yerinde inceleme başlamadan önce WhatsApp uygulaması kaldırma ya da uygulamada silme işlemi yapılmış olabileceği ya da güncelleme nedeniyle bazı sohbetlerin silinmiş olabileceği yönündedir. Güncellenenin veri kaybına ya da silinmeye neden olmadığı yukarıda izah edilmişti.

Esasen bazı kişilerin zaman zaman tedbiren veyahut başka nedenlerle, WhatsApp uygulamasını kaldırıp yeniden yüklediği ya da içeriğini tamamen veya kısmen sildiği bilinmektedir. Ancak bu durumda silme ya da yeniden yükleme yapıldığı andan sonraki zaman diliminde yani yazışmalar ve içeriklerin oluşması gerekmektedir. Zira inceleme konusu kişilerin iş tanımları ve görevleri gereği yoğun mesaj alış verişi söz konusu olmaktadır. Oysa uzmanlar üç kişinin de ilgili uygulamasında hiçbir yazışmaya rastlayamamıştır. Zaten WhatsApp uygulamasının üç kişinin telefonunda da yüklü ya da kullanılabilir halde olmadığı görülmektedir. İncelemeden önce silme/kaldırma işlemi yapıldığı savunmasının kabul edilebilmesi için, öncelikle telefonlarda kullanılabilir bir WhatsApp uygulamasının bulunması ve en azından incelemeye başlama saatinden sonrasına ait yazışmalar bulunması beklenirdi. Uygulamanın incelemeden önce kaldırıldığı, fakat tekrar yüklenmediği/aktif hale getirilmediği gibi bir senaryo/iddia, somut delillerle ispatlanmadığı sürece hayatın olağan akışı uygun değildir ve kabul edilme imkanı bulunmamaktadır.

Teşebbüs yetkililerinin açıklamalarında/savunmalarında dile getirilen bir diğer husus, özellikle (.....) ve (.....)'in incelemenin başından itibaren uzmanlarla birlikte oldukları, dolayısıyla telefonlarında herhangi bir silme yapmalarının mümkün olmadığı yönündedir.

Oysa yukarıda da belirtildiği üzere ilgili kişiler 15 dk. kadar sonra uzmanların yanına gelmiştir. Bir telefonda bir uygulamanın kaldırılma süresinin saniyeler mertebesinde olduğu aşıkardır. Diğer yandan (.....)'ün telefonu incelenmek üzere uzmanlar tarafından gözetim/emanet altına alındıktan sonra, uzmanlardan habersiz bir şekilde uçak modunda bulunan telefonunu alarak üzerinde işlem yaptığı tutanağa geçirilmiş ve yukarıda ifade edilmişti. Tek başına bu eylemin dahi, Mahkeme ve Kurul kararları uyarınca yerinde incelemenin engellenmesi olarak kabul edilmesi gerekir. Esasen gözetim/emanet altına alınan ve uçak modunda bulunan telefonun, (.....) tarafından habersizce alınarak üzerinde işlem yaptığı teşebbüs yetkililerince de kabul edilmektedir. Teşebbüs yetkililerinin yerinde inceleme tutanağına kaydedilen ifadelerinde bu konuda şu hususlara yer verilmiştir: “(.....)'ün mobil cihazı ve bilgisayarını fiilen incelenmeye başladığı sırada (.....) WhatsApp uygulamasının mobil cihazında bulunmadığını fark etmiş ve uygulamayı yüklemek için uygulama mağazası olan App Store'a giriş yapmıştır. Bu esnada Rekabet Kurumu yetkilisinin sorusu üzerine kendisine durum açıklanmıştır.”

- **Silinen uygulamaların geri yüklenerek (varsa) son yedeklemeden itibaren incelenmesi, yerinde incelemenin engellenmesi/zorlaştırılması sonucunu ortadan kaldırır mı?**

Bazı teknolojik yöntem ve yazılımlarla silinen bazı dijital veriler, teknik olarak geri getirilebilmektedir. Ancak her durumda tamamının ve eski hallerinin geri getirilip getirilemediği kesin ve net olmamaktadır. Bu nedenle verilerin geri getirilmesinden bağımsız olarak, silme işleminin bizatihi kendisi (tamamı tartışmasız ve net bir şekilde geri getirilse dahi) yerinde incelemenin engellenmesi olarak kabul edilmektedir. Aksi bir yorum teşebbüsleri verileri silmeye teşvik edecektir. Zira fark edilmesi durumunda verileri geri getirerek cezadan kurtulma durumu söz konusu olacaktır. Bu durumda verileri anlaşılmadan en iyi silen teşebbüs ve bu işi en gizli ve mahir şekilde yapan ödüllendirilmiş olacaktır. Bu nedenledir ki, birçok mahkeme kararında “...15. maddesinin getirilme amacının, mevcut belgelere o anda ve mevcut hâliyle ...” ulaşılması önemli ve gerekli görülmüştür.

Aslında birçok Kurul kararında da bu husus özellikle ve açıkça belirtilmiştir.

Örneğin 18.07.2013 tarih ve 13-46/601-M sayılı TTNET A.Ş. Kararında; ilk açıldığında çok sayıda Word dokümanı içeren bir klasöre bir süre sonra bakıldığında, sadece o an itibarıyla açık olan dört Word dokümanının kaldığı anlaşılmış, konunun detaylı

araştırılması üzerine birden fazla belgenin uzaktan erişim yoluyla silindiği görülmüş, teşebbüsün, silinen belgelerin tamamıyla aynılarının kısa sürede meslek personeline sunulduğu şeklindeki açıklamasına rağmen Kurul, belgelerin neden silindiğine ilişkin bir açıklama yapılamadığını da vurgulayarak veri silinmesini yerinde incelemenin engellenmesi/zorlaştırılması olarak kabul etmiştir.

20.05.2021 tarih ve 21-26/327-152 sayılı Unmaş kararında Kurul; *“Diğer taraftan silinen verilere adli bilişim cihazları yardımıyla erişilebilmiş olmasının, fiilin yerinde incelemenin engellenmesi/zorlaştırılması niteliğine bir etkisinin bulunmadığı değerlendirilmektedir. Aksi bir durumun kabulünün, teşebbüslerin söz konusu verileri sildiği ancak adli bilişim cihazları tarafından silme işleminin tespit edilemediği bir durumda bu teşebbüsler bakımından bir ödüllendirme anlamına gelebileceği söylenebilecektir.”* değerlendirmelerine yer verilmiştir.

17. İdare Mahkemesi'nin 2018/782 E. 2018/2489 K. Sayılı Nuhoğlu Kararında *“4054 sayılı Kanun'un 15. maddesinin getirilme amacının, mevcut belgelere o anda ve mevcut haliyle ulaşmak ve bu belgeler ışığında bir sonuca ulaşılmasını sağlamak olması ve bu konuda e-posta bilgilerinin ilk ulaşılması gereken bilgiler olması karşısında, yerinde inceleme anında ulaşılabilecek belgelere ulaşamaması halinde, sonradan yapılan incelemeler ile o andaki bilgi ve belgelere ulaşıldığından söz etme imkanı bulunamayacağından, gecikerek yahut belgelerin ortadan kaldırılmasının ardından yapılan bir yerinde incelemenin Kanun'la hedeflenen faydayı sağlamayacağı ve Kanun'un ilgili maddelerinin ihlali olarak kabul edilmesi gerektiği açıktır.”* ifadeleri yer almaktadır.

- **Taraf vekilince gönderilen 20.12.2021 tarihli beyan ve savunmalarda, lehlerine olabilecek ne bir log kaydına ne de soyut beyanlar dışında silme işleminin inceleme öncesinde gerçekleştirildiğine ilişkin somut bir delile yer verilmemiştir.**

Yukarıda ifade edildiği üzere log kaydı dijital cihazlarda silme/değiştirme v.b. her tür işlem için güvenilir teknik bir kanıt sunmaktadır. Ama özellikle cep telefonu gibi karmaşık, sürekli güncellenen ve güvenlik duvarları yüksek cihazlarda çeşitli teknik nedenlerle bazı durumlarda log kaydına ulaşamamaktadır. Bu durumda diğer delil ve bilgilere bakmak gerekmektedir.

Teşebbüs görüşünde/savunmasında, WhatsApp uygulamasının silinmesine ilişkin log kaydının bulunmadığı, dolayısıyla silme işleminin inceleme sırasında gerçekleştirildiğine

ilişkin somut bir delil sunulmadığı ifade edilmiştir. Bu hususta şu ifadelere yer verilmiştir: *“Kurul’un emsal kararlarında yerinde incelemeye gelen Rekabet Kurumu yetkililerinin uyarısı akabinde dijital verilerin silindiğinin tespit edilmesi halinde idari para cezası tesis edildiği açık bir biçimde görülmektedir. Somut olay bazında ise böyle bir durumun söz konusu olmadığını ve bu yönde herhangi bir delil de bulunmadığını bir kere daha ifade etmek gerekir.”*

(.....), (.....) ve (.....)’in cep telefonlarından WhatsApp uygulamasının sildikleri/kaldırdıkları somut bir gerçektir. Bu durum teşebbüs yetkilileri tarafından da kabul edilmekte, zaten bunu delillendirecek ifadeler ve ekran görüntüleri de bulunmaktadır. Tartışma konusu; WhatsApp uygulamasının ne zaman silindiği/kaldırıldığıdır. Şayet inceleme başlamadan önce silme/kaldırma işlemi gerçekleştirilmişse yerinde incelemenin engellenmesi olarak değerlendirilmeyecek, inceleme başladıktan sonra herhangi bir veri silinmişse, yerinde incelemenin engellenmesi olarak değerlendirilecektir. Teşebbüs yetkilileri ısrarla silme/kaldırma işleminin inceleme başlamadan önce yapıldığını ifade etmektedir. Ancak bu iddiasını destekleyecek ne bir *log* kaydı ne de soyut beyanlar dışında somut bir delil ortaya koyamamaktadır. Oysa ilgili cep telefonları kendilerindedir ve kendilerinde kalmıştır. İncelemeden sonra cep telefonları üzerinde hiçbir işlem yapmadan kendilerine geri verilmektedir. Şayet teşebbüsün iddiası doğru ise, silme/kaldırma işleminin inceleme başlamadan önce gerçekleştirildiğinin *log* kayıtlarını sunabilirlerdi. Ama böyle bir delil/bilgi sunulamamıştır.

Diğer taraftan yukarıda ayrıntılı olarak yer verildiği üzere silme/kaldırma işleminin inceleme başladıktan sonra gerçekleştirildiğine ilişkin dosyada birçok somut bilgi ve delil bulunmaktadır. Özetlenecek olursa;

- İncelemenin 15 dakika geciktirilmesi (bu sırada uzmanların tek başlarına bir salonda bekletilmeleri),
- (.....)’ün incelenmek üzere gözetime/emanete alınan cep telefonunu uzmanlardan habersiz olarak alıp üzerinde işlem yapması,
- (.....)’in WhatsApp uygulamasını kullandığını ifade ettiği halde uygulamanın kullanılabilir halde bulunmaması,
- Tekrar yüklenen/kullanılabilir hale getirilen WhatsApp uygulamalarının içeriğinin boş olması,

- (.....)'ın özel/gizli yazışmaları bulunduğu gerekçesiyle WhatsApp uygulaması sildiğini beyan etmesi,
- Teşebbüs yetkililerinin soyut beyanlar dışında iddialarını kanıtlayabilecek *log* kaydı ya da somut delil sunamamış olması,

WhatsApp uygulamasının silinmesi/kaldırılması işleminin inceleme esnasında gerçekleştirildiğinin birer somut delilidir. Bu itibarla bu kadar somut delil varken, teşebbüs yetkilileri/temsilcileri tarafından ifade edilen “şüpheden sanık yararlanır” ilkesinin de burada geçerli olmayacağı, zira engellemeye/zorlaştırmaya ilişkin şüphe değil, çok sayıda somut delil bulunduğu düşüncesindeyiz.

Yukarıda yer verilen açıklama ve gerekçeler ile konu hakkında oturmuş hem Kurul hem de mahkeme içtihatları ışığında, A101'in yapılan yerinde incelemeyi engellediği / zorlaştırdığı, bu nedenle teşebbüs hakkında 4054 sayılı Kanununun 16 ncı maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi uyarınca idari para cezası uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

**Hasan Hüseyin ÜNLÜ**

**Kurul Üyesi**

**Berat UZUN**

**Kurul Üyesi**