

Rekabet Kurumu Başkanlığından;

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2022-4-045
Karar Sayısı : 23-39/740-254
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 : Burak SAĞLAM, Burçin GÜLEŞ, Muammer BOZKURT,
Furkan ŞENEL, Mehmet Emin GÜNER, Esranur DOĞAN

C. İLGİLİ TARAF : - Vesuvius İstanbul Refrakter San. ve Tic. AŞ
Gebze OSB2 Mah. 1700 Sok. No: 1704/1 Çayırova/Kocaeli

- (1) **D. DOSYA KONUSU:** Rekabet Kurulunun 11.05.2023 tarih ve 23-21/413-M sayılı kararıyla başlatılan soruşturma kapsamında 31.05.2023 tarihinde Vesuvius İstanbul Refrakter San. ve Tic. AŞ'de yapılan yerinde incelemenin engellenip engellenmediğinin tespiti.
- (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) Anılan Kurul kararı ve Başkanlık Makamının 30.03.2023 tarihli ve 61645 sayılı olurları uyarınca 04.04.2023 tarihinden itibaren yürütülmekte olan önaraştırma sonrasında, 11.05.2023 tarihli ve 23-21/413-M sayılı Kurul kararı ile Piromet Pirometalurji Malzeme Refrakter Makine Sanayi ve Ticaret AŞ, Asmaş Ağır Sanayi Malzemeleri İmal ve Ticaret AŞ, Daussan Refrakter AŞ, Kümaş Manyezit AŞ ve Haznedar Durer Refrakter Malzemeleri San. ve Tic. AŞ hakkında 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ihlal edilip edilmediğinin tespitine yönelik olarak aynı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına ve Türkiye'de faaliyet gösteren refrakter malzemeleri üreticisi diğer teşebbüsler hakkında 4054 sayılı Kanun'un 14 ve 15. maddelerinde yer alan yetkilerin kullanılmasına karar verilmiştir. Bu doğrultuda 30.05.2023-01.06.2023 tarihleri arasında muhtelif teşebbüslerde yerinde incelemeler gerçekleştirilmiştir.
- (4) Bu teşebbüslerden Vesuvius İstanbul Refrakter San. ve Tic. AŞ'de (VESUVIUS) 31.05.2023 tarihinde yapılan yerinde incelemenin veri silme yoluyla engellenmesi/zorlaştırılması sonucunu doğurabilecek eylemler ile karşı karşıya kalındığı tespit edilmiştir. Bununla birlikte ilgili eylemlerin yerinde incelemenin engellenmesi teşkil edip etmediği hakkında Bilişim Teknolojileri Dairesi Başkanlığından (BTDB) 14.07.2023 tarihli ve 68347 sayılı yazı ile görüş alınması ihtiyacı hâsıl olmuştur. Buna istinaden BTDB tarafından 19.07.2023 tarihli ve 68685 sayılı görüş yazısı gönderilmiştir
- (5) Söz konusu eylemlere ve sürece ilişkin olarak düzenlenen 04.08.2023 tarihli ve 2022-4-045/BN-03 sayılı Bilgi Notu görüşülerek karara bağlanmıştır.

(6) **F. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgili Bilgi Notunda;

- Rekabet Kurulunun 11.05.2023 tarihli ve 23-21/413-M sayılı kararıyla yürütülmekte olan soruşturma kapsamında, 31.05.2023 tarihinde Vesuvius İstanbul Refrakter San. ve Tic. AŞ'de gerçekleştirilen yerinde incelemenin engellendiğinin ya da zorlaştırıldığı tespit edilemediği,
- Bu çerçevede Vesuvius İstanbul Refrakter San. ve Tic. AŞ'ye 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi uyarınca idari para cezası verilmesine gerek olmadığı

sonuç ve kanaatine ulaşıldığı ifade edilmiştir.

G. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

G.1. Yaşanan Gelişmelerin Özeti

- (7) Soruşturma kapsamında yerinde inceleme yapmak üzere görevlendirilen meslek personeli tarafından 31.05.2023 tarihinde saat 10.18'de Gebze OSB2 Mah. 1700 Sok. No: 1704/1 Çayırova/KOCAELİ adresindeki VESUVIUS'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 ve 2010/3 sayılı Dosyaya Giriş Hakkının Düzenlenmesine ve Ticari Sırların Korunmasına İlişkin Tebliğ'in 13. maddesi ve 08.10.2020 tarih ve 20-45/617 sayılı Kurul kararı ile kabul edilen "Yerinde İncelemelerde Dijital Verilerin İncelenmesine İlişkin Kılavuz" (Kılavuz) hakkında bilgi edinmesi sağlanmıştır. Teşebbüs yetkililerine saat 10.39 itibarıyla bilgisayar ve mobil cihazlarda herhangi bir veri silme işlemi 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.
- (8) Yerinde inceleme kapsamında, VESUVIUS Bölge Satış Direktörü (.....) teşebbüste hazır bulunmadığı anlaşılmış olup teşebbüsün bulunduğu il sınırları dışında olduğu beyan edilen söz konusu kişinin, inceleme kapsamında teşebbüs adresine gelmesi talep edilmiştir. Bu doğrultuda, 15.25 sularında teşebbüse gelen (.....) mobil cihazı ve dizüstü bilgisayarı inceleme yapmak üzere talep edilmiştir. (.....) teşebbüse ait veri içerdiği anlaşılan mobil cihazında çoğunlukla meslek personelinin teşebbüse giriş saatinden sonraya ait yazışmaların bulunması nedeniyle ilgili mobil cihaz ile yapılan yazışmaların silindiğinden şüphelenilmiştir. Bunun üzerine saat 15.30 sularında söz konusu mobil cihaz incelenmiştir. Mobil cihazın güncel yazılımı nedeniyle log kayıtlarına ulaşılamamıştır. Bununla birlikte, aşağıda ayrıntılarına yer verilen bazı yazışmalar açısından yazılım arayüzünde "You are added to chat" loglarına rastlanılmıştır. İlgili logların silme eylemini gösterip göstermediğine ilişkin yerinde inceleme esnasında BTDB'den görüş alınması ihtiyacı hâsıl olmuştur. İlgili logların "sohbeti temizle" işlevinin kullanılması sonucunda ortaya çıktığı şeklinde alınan görüş doğrultusunda ilgili husus tutanak altına alınmıştır.
- (9) Bu kapsamda, yapılan incelemede VESUVIUS Bölge Satış Direktörü (.....) tarafından;
- Katılımcıları "(.....)" olarak kayıtlı VESUVIUS Doğu, Orta Doğu, Afrika Bölgesi İnsan Kaynakları Direktörü (.....) ve "(.....)" olarak kayıtlı VESUVIUS Doğu, Orta

Doğu, Afrika Bölgesi Marjin Analiz Direktörü (.....) olan “Lulea Stars” adındaki *Whatsapp* grubundaki yazışmanın saat 11.17’de,

- “(.....)” olarak kayıtlı VESUVIUS Sistem Müdürü (.....) ile yapılan *Whatsapp* yazışmasının saat 13.38’de,
- “(.....)” olarak kayıtlı VESUVIUS Doğu, Orta Doğu, Afrika Bölgesi Başkan Yardımcısı (.....) ile yapılan *Whatsapp* yazışmasının saat 13.53’te,
- “(.....)” olarak kayıtlı İnsan Kaynakları Müdürü (.....) ile yapılan *Whatsapp* yazışmasının saat 15.01’de ve
- “(.....)” olarak kayıtlı (.....) ile yapılan *Whatsapp* yazışmasının saat 15.16’da (.....).

- (10) Teşebbüs yetkililerinin refakatlerinde tamamlanan yerinde inceleme sonrasında yukarıda özetlenen sürece dair “Yerinde İnceleme Tutanağı” tutulmuştur. Bahsi geçen tutanakta da yer aldığı üzere teşebbüs yetkilileri tarafından sürece ilişkin olarak:

“Whatsapp konuşmalarının silinmesine dair iddiaları VESUVIUS’un değerlendirecek vakti ve imkânı olmadığından VESUVIUS bu konudaki tüm itiraz ve savunma haklarını saklı tutmaktadır.”

şeklinde bir açıklama yapılmıştır.

G.2. Değerlendirme

- (11) Yerinde inceleme yetkisi, 4054 sayılı Kanun’un ihlal edilip edilmediğinin ortaya çıkarılmasında kullanılan en önemli araçların başında gelmektedir. Bu yetkinin etkin bir şekilde kullanılması, verimli sonuçlar elde edilebilmesi noktasında büyük öneme sahiptir. Yukarıda ayrıntılarıyla anlatılan ve VESUVIUS Bölge Satış Direktörü (.....) tarafından gerçekleştirilen davranışların yerinde incelenmenin engellenmesi ya da zorlaştırılması niteliğinde olup olmadığının değerlendirilmesine geçmeden önce 4054 sayılı Kanun’un 15. maddesinin kapsamına yer verilmesi ve mevcut dosya bakımından yorumlanmasında fayda görülmektedir.

- (12) 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. 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.

- (13) Bunlara ek olarak, Kılavuzda 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.
- (14) Bu çerçevede, VESUVIUS'a inceleme yapmak üzere saat 10.18'de giriş yapılmış olup yapılan inceleme kapsamında teşebbüs yetkililerine saat 10.39 itibarıyla bilgisayar ve mobil cihazlarda herhangi bir veri silme eylemi gerçekleştirilmemesi gerektiği, aksi halde bu tür bir eylemin yerinde incelemenin engellenmesini teşkil edeceği ve idari yaptırıma tabi olabileceği yönünde uyarılar yapılmıştır.
- (15) Bunun ardından ise teşebbüste hazır bulunmadığı anlaşılan, teşebbüsün bulunduğu il sınırları dışında olduğu beyan edilen, inceleme yapmak üzere teşebbüse çağrılan ve 15.25 sularında teşebbüse gelen (.....) mobil cihazı ve dizüstü bilgisayarı inceleme yapmak üzere talep edilmiştir. (.....) teşebbüse ait veri içerdiği anlaşılan mobil cihazında çoğunlukla meslek personelinin teşebbüse giriş saatinden sonraya ait yazışmaların bulunması nedeniyle ilgili mobil cihaz ile yapılan yazışmaların silindiğinden şüphelenilmiştir. Bunun üzerine saat 15.30 sularında söz konusu mobil cihaz incelenmiştir. Ancak ilgili mobil cihazın güncel yazılımı nedeniyle log kayıtlarına ulaşılamamıştır. Bununla birlikte, bazı yazışmalar açısından yazılım arayüzünde "You are added to chat" loglarına rastlanılmıştır. İlgili logların silme eylemini gösterip göstermediğine ilişkin yerinde inceleme esnasında BTDB'den ilgili logların "sohbeti temizle" işlevinin kullanılması sonucunda ortaya çıktığı, diğer bir deyişle yazışmaların manuel olarak silindiği şeklinde alınan görüş doğrultusunda ilgili husus tutanak altına alınmıştır. Bununla birlikte, BTDB tarafından ilgili logların silme eylemini gösterip göstermediğine ilişkin gönderilen görüş yazısında,
- Oxygen Forensics Detective (OFD) yazılımı ile (.....) adlı kişiye ait mobil cihazın adli kopyası incelendiğinde "Lulea Stars" sohbet grubunun yer aldığı "Lulea Stars" adlı bir topluluk olduğunun görüldüğü,
 - OFD yazılımından elde edilen raporda sohbeti temizleme, gruba katılımcı ekleme, kişi ile sohbet başlatma vb. işlemler sonucunda oluşan "You are added to chat" loglarına rastlandığı, ilgili logların yerinde inceleme sürecinde elde edilmiş olması dolayısıyla cihazda silme işlemi gerçekleştirildiği şüphesi oluştuğu,
 - Ancak inceleme sırasında alınan verilerin, Whatsapp uygulamasının yeni bir özelliği olan "Topluluklar" bölümünden alınmış olması, ilgili sohbet grubuna ilişkin bir veri olmaması dolayısıyla "You are added to chat" logunun, silinme

ihtimaline yönelik güçlü bir şüphe oluştursa da net bir dayanak ortaya koymadığı,

- İnceleme kapsamındaki cihazın, OFD'nin IOS Agent yönteminin mobil cihazın güncel IOS sürümünü desteklememesi nedeniyle cihazın imajı alınamadığından *Whatsapp* uygulamasına ait log kayıtlarının incelenemediği,
- Benzer sistem loglarına “(.....)”, “(.....)”, “(.....)” ve “(.....)” şeklinde aynı cihaza kayıtlı kişilerle olan konuşmalarda da rastlandığı, ancak bahsi geçen kişilerle konuşma “*You are added to chat*” logundan sonra devam ettiğinden dolayı OFD yazılımından elde edilen “*You are added to chat*” loglarının tarihlerinin sohbetin silinme tarihini değil sohbetin başlama tarihini gösterdiği,
- Sonuç olarak, “*Lulea Stars*” grubu için kesin olarak silme işleminin yapıldığı söylenemese de silme şüphesinin bulunduğu ancak diğer kullanıcılar ile yapılan sohbetlerin silindiği çıkarımını yapmanın mümkün olmadığı

belirtilmiştir.

- (16) Bu bilgiler doğrultusunda, yerinde inceleme esnasında Bölge Satış Direktörü (.....) tarafından kullanılan mobil cihaz ile yapılan yazışmaların “*sohbeti temizle*” işlevi ile silindiği ön tespiti yapılmış olmakla beraber BTDB'den alınan ve yukarıda özetlenen görüş neticesinde anılan silme işleminin vuku bulduğuna yönelik kesin bir tespite ulaşılabilmemesinin mümkün olmadığı değerlendirilmektedir. Zira BTDB'nin görüş yazısında, yerinde inceleme esnasında silme tespitinin yapıldığı yazışmalardan sadece “*Lulea Stars*” grubu için silme eylemi şüphesi bulunmakla beraber bu konuda net bir dayanağın olmadığı ve diğer yazışmalar bakımından da silme eyleminin vuku bulmadığı ifade edilmektedir. Bu kapsamda 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; yerinde incelemenin başlangıç anından sonra *Whatsapp* uygulaması üzerinden yapılan yazışmaların silindiğinin ortaya koyulamaması nedeniyle yerinde incelemenin engellendiği/zorlaştırıldığı sonucuna ulaşılamamıştır.
- (17) Yukarıdaki açıklamalar kapsamında, VESUVIUS'ta 31.05.2023 tarihinde yapılan yerinde incelemenin engellendiği ya da zorlaştırıldığı sonucuna ulaşılamadığı, bu bakımdan adı geçen teşebbüse 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi uyarınca idari para cezası uygulanmasına gerek olmadığı kanaatine ulaşılmıştır.

H. SONUÇ

- (18) Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre, Rekabet Kurulunun 11.05.2023 tarih ve 23-21/413-M sayılı kararıyla başlatılan soruşturma kapsamında; 31.05.2023 tarihinde yapılan yerinde incelemenin Vesuvius İstanbul Refrakter San. ve Tic. AŞ tarafından engellenmediğine ya da zorlaştırılmadığına dolayısıyla adı geçen teşebbüse idari para cezası verilmesine yer olmadığına 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, 23-39/740-254 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 bulmadığı düşüncesiyle Kurul kararının bu yöndeki karar ve sonucuna katılmaktayım.

Hasan Hüseyin ÜNLÜ

Kurul Üyesi