

Rekabet Kurumu Başkanlığından;

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2022-4-016

Karar Sayısı : **23-06/74-23**

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,
Muammer BOZKURT, Mehmet Emin GÜNER,
Ömer Furkan ÖZDEMİR

C. İLGİLİ TARAF : - Çimsa Çimento Sanayi ve Ticaret AŞ
Temsilcileri: Av. Gönenc GÜRKAYNAK,
Dilara YEŞİLYAPRAK, Av. Fırat EĞRİLMEZ,
Av. Öznur İNANILIR
Çitlenbik Sokak, No:12 Yıldız Mahallesi, 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 Çimsa Çimento Sanayi ve Ticaret AŞ'de yapılan yerinde incelemenin 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 21.12.2022 tarihlerinde çeşitli teşebbüsler nezdinde yerinde incelemeler gerçekleştirilmiştir. Bu teşebbüslerden Çimsa Çimento Sanayi ve Ticaret AŞ'de (ÇİMSA) 20.12.2022 tarihinde yapılan yerinde incelemede incelemenin engellenmesi/zorlaştırılması sonucunu doğurabileceğinden şüphe edilen eylemlerle karşı karşıya kalındığına ilişkin olarak "Yerinde İnceleme Tutanağı" düzenlenmiştir.
- (4) Konu hakkında düzenlenen 20.01.2023 tarihli ve 2022-4-016/BN-02 sayılı Bilgi Notu görüşülerek karara bağlanmıştır.
- (5) **F. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgili Bilgi Notunda;
 - Rekabet Kurulunun 28.04.2022 tarih ve 22-20/328-M sayılı kararıyla yürütülmekte olan önaraştırma kapsamında, 20.12.2022 tarihinde yerinde inceleme yapılan Çimsa Çimento Sanayi ve Ticaret AŞ'nin WhatsApp yazışmalarını silmek suretiyle yerinde incelemeyi engellediği,

- Anılan teşebbüse 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi uyarınca 2021 yılı gayri safi gelirinin 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) Önaraştırma kapsamında yerinde inceleme yapmak üzere görevlendirilen meslek personeli tarafından 20.12.2022 tarihinde saat 10.30'ta Güzelevler, 1995. Sk., 01316 Yüreğir/ADANA adresindeki ÇİMSA'ya gidilmiş, yetki belgeleri ile Rekabet Kurumu (Kurum) kimlik kartları ibraz edilmiştir. Bunların 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, 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, tesiste bulunan ÇİMSA İncirlik Lideri (.....)'in mobil cihazı ve bilgisayarında; ÇİMSA Türkiye Çimento Satış Grup Müdürü (.....)'in ise sadece mobil cihazında inceleme yapılmıştır. Şehirlerarası yolda seyahat halinde olduğu gerekçesiyle teşebbüste bulunmayan ÇİMSA Güney Bölge Müdürü (.....)'in mobil cihazındaki inceleme ise uzaktan erişim yöntemiyle WhatsApp Web uygulaması üzerinden gerçekleştirilmiştir. Mobil cihazında inceleme yapılan üç çalışana da inceleme öncesinde mobil cihazlarında bulunan WhatsApp adlı mobil uygulamaya ilişkin incelemenin an itibarıyla başladığı, bu andan sonra telefonlardan veya bilgisayarlardan herhangi bir veri silme işlemi gerçekleştirmemeleri gerektiği, bunun tespit edilmesi durumunda idari para cezası uygulanmasını gerektirecek yerinde incelemenin engellenmesi ve/veya zorlaştırılması kabahatinin söz konusu olabileceği bilgilendirilmesinde bulunulmuştur.
- (8) Yerinde inceleme esnasında Adana'da bulunmadığı belirtilen, toplantı gerekçesiyle Ankara istikametine doğru seyahat etmekte olan ve Ankara merkezine yakın olması gerekçesiyle ancak yaklaşık 4-5 saat içerisinde teşebbüse gelebileceği ifade edilen (.....)'e, uzaktan erişim yoluyla bağlanılarak incelemenin gerçekleştirilmesine karar verilmiştir. Bu kapsamda mobil cihazın incelenmesi amacıyla (.....)'in mobil cihazında kullanılan operatörün mobil veriye erişim sağlayabileceği bir noktaya en kısa sürede ulaşması gerektiği ve WhatsApp adlı mobil uygulamaya uzaktan erişimde bulunulabilmesi için gerekli imkânların sağlanması gerektiği hususları bildirilmiştir. Akabinde mobil veri erişiminin sağlandığı bir noktada araç durdurulmuş ve uzaktan erişim yöntemiyle (.....)'in mobil cihazındaki WhatsApp adlı mobil uygulama meslek personeli tarafından incelenmeye başlanmıştır.
- (9) Bu inceleme devam ederken eşanlı olarak, teşebbüste bulunan (.....)'in mobil cihazı da incelemeye tabi tutulmuştur. (.....)'in mobil cihazındaki WhatsApp adlı mobil uygulama saat 14:15'te incelenirken içerisinde teşebbüs çalışanlarının üyesi olduğu "HB Doğu Bölge" adlı bir WhatsApp konuşma grubunun bulunduğu tespit edilmiştir. Konuşma grubunun detayları incelendiğinde "eski katılımcıları görüntüle" sekmesine tıklandığında (.....)'in saat 12:56'da ilgili konuşma grubundan ayrıldığı görülmüştür. Ardından meslek personeline (.....)'in mobil cihazında ilgili WhatsApp grubunun

bulunup bulunmadığı kontrol edilmiş ve bahsi geçen grubun bulunmadığı tespit edilmiştir. Dolayısıyla anılan kişinin ilgili gruptan inceleme başladıktan sonra ayrıldığı ve akabinde grubu sildiği anlaşılmıştır. Bu tespit sonrası (.....)'e gruptan neden ayrıldığı ve ilgili konuşma grubundaki sohbetlerin neden temizlendiği soruları yöneltilerek bilgi talep edilmiştir. (.....) tarafından cevaben;

“Telefonumda çok fazla yazışma biriktiğinden her gün düzenli olarak grup mesajlarını siliyorum”

ifadesi kullanılmıştır.”

G.2. Değerlendirme

(10) 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 ÇİMSA Güney Bölge Müdürü (.....) tarafından gerçekleştirilen silme eyleminin yerinde incelenmenin engellenmesi ya da zorlaştırılması niteliğinde olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.

(11) 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 bulundururlar.

(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.”

şeklinde düzenlenmektedir.

(12) 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) Mevcut dosya kapsamında yapılan yerinde incelemede görevli ekip tarafından teşebbüse 10.30'da girildiği ve yukarıda yer verilen hükümler hakkında yetkililerin

bilgilendirildiği görülmektedir. Bu doğrultuda (.....)'in teşebbüste inceleme yapıldığı esnada mobil cihazında yer alan WhatsApp adlı mobil uygulamadaki "HB Doğu Bölge" adlı gruptan ayrıldığı ve sohbeti temizlediği tespit edilmiştir. Bununla birlikte ÇİMSA İncirlik Lideri (.....)'in mobil cihazında gerçekleştirilen inceleme neticesinde ilgili gruptaki yazışmalara erişilmiş olup anılan grupta rekabet ihlali şüphesi yaratacak herhangi bir veri yahut belgenin bulunmadığından bahisle söz konusu gruptan herhangi bir belge alınmasına gerek görülmemiştir.

- (14) Bu noktada yerinde inceleme sırasında veri silinmesine yönelik hususların değerlendirildiği bazı Kurul kararlarına ve mahkeme kararlarına değinilmesi faydalı olacaktır.
- (15) Kurulun 18.07.2013 tarihli ve 13-46/601-M sayılı kararında TTNET AŞ tarafından yerinde incelemenin engellenmesi/zorlaştırılması hususu ele alınmaktadır. Bir teşebbüs çalışanının bilgisayarında yapılan inceleme sırasında ilk açıldığında içinde çok sayıda Word dokümanı bulunan bir klasörün, daha sonra inceleme devam ederken sadece o an itibarıyla açık durumda olan dört Word dokümanını ihtiva ettiği anlaşılmıştır. Bunun üzerine yapılan incelemede birden fazla belgenin uzaktan erişim yoluyla silindiği görülmüştür. Teşebbüs tarafından yapılan, "*silindiği görülen belgelerin tamamıyla aynılarının kısa sürede sunulduğu*" şeklindeki açıklamaya rağmen Kurul, sunulan belgeler silindikten sonra tekrar meslek personeline sunulana kadar üzerlerinde herhangi bir değişiklik yapıp yapılmadığının tespitinin mümkün olmadığı gerekçesiyle veri silinmesini yerinde incelemenin engellenmesi olarak değerlendirmiştir.
- (16) 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) Ankara 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 ulaşılacak 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.
- (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) Mevcut olayda da silinme işlemine rağmen teşebbüste hazır bulunan (.....)'ın mobil cihazından anılan WhatsApp grubundaki yazışmalara erişildiği ve söz konusu yazışmalarda inceleme konusuyla ilgili herhangi bir bulgu ve/veya belgeye rastlanılmadığı görülse de silme eylemini gerçekleştiren çalışana ait telefonun şirket telefonu olduğu, ilgili yazışma grubunun şirket işlerine ilişkin hususları içerdiği ve Kurul içtihadında ağırlıklı olarak Kurulun engelleme/zorlaştırma halinin tespiti adına veri silinmesinin ortaya koyulmasını yeterli kabul etmesi dikkate alındığında ilgili teşebbüse yerinde incelemenin zorlaştırılması/engellenmesi davranışları için 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi gereğince 2021 yılı gayri safi gelirlerinin binde beşi oranında idari para cezası verilmesi gerektiği kanaatine ulaşılmıştır.

H. SONUÇ

- (20) Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre, Rekabet Kurulunun 28.04.2022 tarih ve 22-20/328-M sayılı kararıyla yürütülmekte olan önaraştırma kapsamında;
- Çimsa Çimento Sanayi ve Ticaret AŞ tarafından 20.12.2022 tarihinde 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; Çimsa Çimento Sanayi ve Ticaret AŞ'ye (.....) TL idari para cezası verilmesine

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