

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2021-2-015
Karar Sayısı : 21-63/882-431
Karar Tarihi : 23.12.2021

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Birol KÜLE
Üyeler : Şükran KODALAK, Ahmet ALGAN, Hasan Hüseyin ÜNLÜ,
Ayşe ERGEZEN, Cengiz ÇOLAK

B. RAPORTÖRLER: Didem ULUÇ SÜDEMEN, Mehmet Mustafa ŞEREF,
Emre KARA, Hasan Yıldırım KARAYEL, Fatma ABAZ

C. BAŞVURUDA

BULUNAN : İstanbul Gübre Sanayii A.Ş.
Temsilcisi: Av. Mert KARAMUSTAFAOĞLU
Ferko Signature Büyükdere Cad. No:175 Kat:3
34394 Esentepe/İstanbul

- (1) **D. DOSYA KONUSU:** Gübre sektöründeki fiyat artışlarının 4054 sayılı Rekabetin Korunması hakkında Kanun'un 4. maddesi çerçevesinde incelenmesi hakkında yürütülen önaraştırma kapsamında; Rekabet Kurulunun 12.08.2021 tarih ve 21-38/544-265 sayılı kararı ile İstanbul Gübre Sanayii A.Ş.'de yapılan yerinde incelemenin engellendiği ve zorlaştırıldığı gerekçesiyle verilen idari para cezasının 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 11. maddesi uyarınca kaldırılması veya yeniden incelenmesi talebinin değerlendirilmesi.
- (2) **E. DOSYA EVRELERİ:** Rekabet Kurumu (Kurum) kayıtlarına 26.11.2021 tarih ve 23242 sayı ile giren başvuru üzerine düzenlenen 20.12.2021 tarih ve 2021-2-015/BN-05 sayılı Bilgi Notu görüşülerek karara bağlanmıştır.
- (3) **F. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgili Bilgi Notunda; İstanbul Gübre Sanayii A.Ş. (İGSAŞ) tarafından 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 11. maddesi kapsamında yapılan başvuruya ilişkin olarak Rekabet Kurulunun (Kurul) 12.08.2021 tarih ve 21-38/544-265 sayılı kararının kaldırılmasına, geri alınmasına, değiştirilmesine veya yeni bir işlem tesisine yer olmadığı ifade edilmiştir.

G. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

G.1. Başvuruya İlişkin Süreç

- (4) Kurulun 01.04.2021 tarih ve 21-18/225-M sayılı kararı ile gübre sektöründeki fiyat artışlarının incelenmesi için önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir. Bu kapsamda aralarında İGSAŞ'ında bulunduğu teşebbüslere yönelik başlatılan önaraştırma çerçevesinde 07.07.2021 tarihinde İGSAŞ'ta yapılan yerinde inceleme esnasında,
 - Teşebbüste bulunan Genel Müdür (.....) ve Pazarlama Satış ve Sevkiyat Müdürü (.....)'a görevli meslek personelinin yetki belgeleri ve Kurum kimlik kartlarının ibrazının akabinde, söz konusu inceleme tamamlanana kadar bilgisayardan, elektronik posta kutularından ya da teşebbüse ait veri içeren sabit veya taşınabilir nitelikte herhangi bir cihazdan hiçbir suretle bilgi, belge veya yazışmanın silinmemesi, aksi takdirde bu durumun tespitinin mümkün olduğu ve böyle bir tespit silinen içerikten bağımsız olarak yerinde incelemenin engellenmesi veya zorlaştırılması olarak değerlendirilebileceği, teşebbüste hazırda bulunmayan

kişilere de bu bilginin ayrıca bildirilmesi, son zamanlarda yapılan yerinde incelemelerde bu tarz silinme olayları sebebiyle teşebbüslerin sıklıkla idari para cezasına çarptırıldığı yönünde detayı bilgiler ile 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (4054 sayılı Kanun) 14. ve 15. maddelerinin Kurul emrinde çalışan uzmanlara verdiği yetkiler ve aynı Kanun'un 16. ve 17. maddelerinde düzenlenen idari para cezaları hakkında bilgi verilerek bu bağlamda çalışanların uyarılmasında yarar bulunduğu bildirilmiş,

- Teşebbüse gidildiği ve söz konusu uyarıların yapıldığı zaman dilimi içerisinde teşebbüste bulunmayan ve turnike kayıtlarından teşebbüse saat 11.42'de giriş yaptığı tespit edilen Satış Pazarlama Uzmanı (.....)'ın telefonunda yapılan incelemede hiçbir WhatsApp mesajının bulunmadığının görülmesi üzerine raportörler tarafından kendisine bu durumun nedeni sorulmuş, (.....) WhatsApp uygulamasını çok kullanmadığını, iletişimi genellikle telefon ile arama yoluyla gerçekleştirdiğini belirtmiş, bunun üzerine raportörler tarafından bir diğer Satış Pazarlama Uzmanı olan (.....)'nın telefonu üzerinde yapılan incelemede (.....)'ın şirket konuşmaları hakkında oluşturulan bir WhatsApp grubundan teşebbüse giriş saati olan 10.15'ten yarım saat kadar sonra 10.45'te ayrıldığı tespit edilmiş ve söz konusu silme işlemine ilişkin ekran görüntüleri alınmış,
 - Ayrıca, teşebbüste hazır bulunmayan ve uzaktan bağlantı yoluyla erişilerek inceleme yapılan Bölge Satış Yöneticileri (.....) ve (.....)'ın e-posta hesaplarında inceleme başladıktan sonra sırasıyla 165 ve 171 adet e-postanın silindiği tespit edilerek ekran görüntüleri alınmış, söz konusu silme işlemlerinin (.....) tarafından saat 13.45 ile 16.40 arasında; (.....)'a ait e-postaların ise saat 15.51 ile 17.13 aralığında silindiği tespit edilmiştir.
- (5) Yukarıda detaylarına yer verilen silme işlemleri neticesinde Kurulun 12.08.2021 tarih ve 21-38/544-265 sayılı kararı ile Kurulun 01.04.2021 tarih ve 21-18/225-M sayılı kararı uyarınca yürütülmekte olan önaraştırma kapsamında 07.07.2021 tarihinde yerinde inceleme yapılmak istenen İGSAŞ'ın yerinde incelemeyi zorlaştırdığı ve engellediğine ve bu nedenle teşebbüse 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi uyarınca 2020 yılı gayri safi gelirlerinin binde beşi oranında olmak üzere (.....) TL idari para cezası verilmesine karar verilmiştir. Söz konusu karar, İGSAŞ'a 02.11.2021 tarihinde elektronik tebligat yolu ile tebliğ edilmiştir.
- (6) Önaraştırma sürecinde yapılan tespit ve değerlendirmeler neticesinde hazırlanan 04.08.2021 tarih ve 2021-2-015/ÖA sayılı Önaraştırma Raporu, Kurulun 12.08.2021 tarihli toplantısında görüşülmüş olup, 21-38/543-M sayılı karar ile gübre sektöründe faaliyet gösteren ve aralarında İGSAŞ'ında yer aldığı bazı teşebbüsler hakkında 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal edip etmediklerinin tespiti amacıyla aynı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına karar verilmiştir.

G.2. Başvurunun Konusu

- (7) İGSAŞ tarafından yapılan başvuruda özetle;
- Yerinde incelemenin engellenmesinden veya zorlaştırılmasından söz edebilmek için idari para cezasına konu eylemin Kurum personelinin yerinde inceleme faaliyetine olan etkisi, teşebbüsün kasıtlı tutumunun olup olmadığı ve Kurulun araştırmasında delillere erişiminin ortadan kalkıp kalkmadığı hususlarının değerlendirilmesi gerektiği,
 - İGSAŞ'ın, incelemenin sağlıklı ve eksiksiz gerçekleştirilmesi için elinden gelen tüm gayreti gösterdiği ve derhal tüm çalışanlarını incelemeye ilişkin bilgilendirdiği, Kurum

personeline ihtiyaç duyulan çalışma alanı ve altyapı desteğinin sağlandığı, teşebbüste bulunmayan çalışanlara ait verilerin hızlı ve etkili şekilde incelenmesi için uzaktan bağlanma yöntemi ile gerek duyulan bilgi ve belgelerin Kurum personelinin incelemesine sunulduğu,

- İdari para cezası kararında, İGSAŞ Satış Pazarlama Uzmanı (.....)'ın Whatsapp uygulamasından, Bölge Satış Yöneticileri (.....) ve (.....)'ın e-posta hesaplarından bazı verilerin silindiğine yer verildiği, ancak silinen söz konusu içeriğin yeniden yüklenerek veya ortak grupların incelenmesi aracılığıyla kontrol edildiği, dolayısıyla eylemin delil karartma, yok etme veya Kurulun inceleme yapma ve araştırma imkânını kısıtlayıcı bir nitelik taşımadığı,
- (.....)'ın teşebbüse ait mobil cihazındaki Whatsapp uygulamasında herhangi bir yazışma olmamasının, incelemenin zorlaştırılmasına gerekçe olarak kabul edilmiş olmasına rağmen, söz konusu kişinin İGSAŞ'ın ticari iş ve işlemleri ile ilgili yazışmalarının diğer çalışanların bulunduğu ortak gruplar vasıtasıyla tespit edilebildiği ve Kurum personeli tarafından önaraştırma kapsamında alındığı,
- (.....) ile (.....)'ın silinen e-postalarının ise sistem üzerinden geri çağrılarak incelendiği, bahse konu silinen e-postaların içeriğinin “vefa”, “veda” “Şubat 2021 yemek ve kahvaltı mönü hk.”, “aramıza katılanlar”, “çay ocaklarının aktivasyonu”, “Yıldızlı sohbetler” konulu, teşebbüsün gündelik çalışma düzenine ilişkin yazışmalar olduğu,
- Yukarıda yer verilen e-posta içeriklerinin göz ardı edilmek suretiyle idari para cezasına hükmedildiği,
- Söz konusu e-postaların belirli aralıklarla silinmesinin, incelemeyi bağımsız olarak, iş hayatında olağan karşılandığı ve güncelliğini yitiren konuların kısıtlı e-posta saklama kapasitelerinin yönetimi amacıyla silinebileceği,
- Teşebbüsün bu açıklamaları ve yerinde inceleme tutanağında yer alan açıklamalar çerçevesinde herhangi bir delilin karartılmasına veya veriyi inceleme imkânının ortadan kaldırılmasına sebebiyet verecek bir eylemin meydana gelmediğinin açık olduğu, aksine söz konusu ihtimalin ortadan kaldırılması bağlamında silinen verilere erişilebilmesi için her türlü imkânın Kurum personeline sunulduğu,
- Kurulun 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi uyarınca idari para cezasına hükmetmeden önce cezaya gerekçe teşkil eden eylemlerin yerinde incelemenin geneline olan etkisini dikkate alması gerektiği, aksi bir durumda yasal düzenlemenin teşebbüsün profesyonel üst yönetiminde yer almayan ve ani/habersiz bir inceleme ile ilk kez karşılaşılan teşebbüs çalışanının kapıldığı insani telaşın cezalandırılmasına aracılık edeceği,
- Teşebbüsün tüm çalışanlarına detaylı ve düzenli şekilde rekabet hukuku eğitimleri verdiği, ancak şahsi telefon ve sair cihazlar üzerinde yapılacak incelemeler sırasında bilhassa teşebbüste üst yönetim sorumluluğunu taşımayan kişilerin özel hayatlarına dair mahrem sayılabilecek bilgilerinin Kurum personeli ve teşebbüs temsilcisi tarafından görülmesinden duyacağı çekince ile istemsiz bir paniğe kapılmalarının doğal olduğu,
- 4054 sayılı Kanun'un yukarıda anılan hükmü çerçevesindeki cezalandırma yetkisinin tüm yerinde incelemeler açısından bir standart olmayıp incelemenin etkinliğini koruyan hukuki bir araç olabilmesi için her bir veri silme işleminin doğrudan yerinde incelemenin zorlaştırıldığına dayanak teşkil etmediği,

- İnceleme esnasında silinen verilere erişim sağlanıp sağlanmadığının, söz konusu verilerin içeriğinin, silme işleminin gerçekleştiren kişinin pozisyonunun dikkate alınarak karara varılması gerektiği

ifade edilmiştir.

- (8) Tüm bu hususlar doğrultusunda, İYUK'un 11. maddesi ve 4054 sayılı Kanun ile Kurula tanınan yetkiler de kullanılmak suretiyle, anılan idari para cezası kararının kaldırılması veya her hâlükârda yeniden incelenmesi talep edilmiştir.

G.3. Değerlendirme

- (9) İYUK'un "Üst makamlara başvurma" başlıklı 11. maddesinde, bir idari işleme karşı ilgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılmasının, geri alınmasının, değiştirilmesinin veya yeni bir işlem yapılmasının üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenebileceği hükmü yer almaktadır.
- (10) Anılan madde kapsamında bir başvuruda bulunabilmek için başvurunun idari dava açma süresi içinde yapılması gerekmekte olup bu süre Danıştay'da ve idare mahkemelerinde açılacak iptal davaları için 60 gün olarak belirlenmiştir. Kurulun gerekçeli kararı; İGSAŞ'a 02.11.2021 tarihinde tebliğ edilmiştir. İYUK'un 11. maddesi kapsamındaki başvuru ise; İGSAŞ tarafından 26.11.2021 tarihinde yapılmıştır. Dolayısıyla, başvurunun yasal süresi içinde yapıldığı anlaşılmaktadır.
- (11) Başvuruya konu Kurulun 12.08.2021 tarih ve 21-38/544-265 sayılı kararında;
- 4054 sayılı Kanun'un "Yerinde İnceleme" başlıklı 15. maddesinin; *"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. ..."* şeklinde düzenlendiği,
 - 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 sayıldığı,
 - 4054 sayılı Kanun'un 15. ve 16. maddeleri göz önünde bulundurulduğunda; yapılan uyarılara rağmen İGSAŞ Satış Pazarlama Uzmanı (.....)'ın teşebbüse ait konuların konuşulduğu WhatsApp grubundan çıkması ve teşebbüse ait verilerin İGSAŞ Bölge Satış Yöneticileri (.....) ve (.....) tarafından e-posta hesaplarından silinmesi sebebiyle meslek personelinin incelemede elde edebileceği olası delil ve bulgulara erişiminin zorlaştırıldığı ve yerinde incelemenin engellenmeye çalışıldığı

değerlendirilmiştir.

- (12) İGSAŞ tarafından İYUK'un 11. maddesi doğrultusunda uygulanan idari para cezası kararının kaldırılması veya her hâlükârda yeniden incelenmesi talep edilmektedir.
- (13) Kurul tarafından yerinde incelemenin zorlaştırılması ve engellenmesi olarak

değerlendirilen eylemlerin incelemeye konu belgelerin silinmesi ile tamamlandığı, söz konusu silme işlemlerinin ve silinen belgelerin incelemeyi gerçekleştiren meslek personelinin dikkat ve özeni neticesinde ortaya çıkarıldığı, belgelerin meslek personeli tarafından geri getirilmesi halinde idari para cezası verilmemesi yönünde oluşacak bir uygulamanın meslek personelinin dikkatinden kaçacağı beklentisi ile silme işlemlerinin artmasına sebebiyet verebileceği, yerinde incelemeler sırasında teşebbüslerin gereken özenin gösterilmesi için çalışanları üzerinde gerekli tedbirleri alma yükümlülüğünün bulunduğu, diğer yandan İGSAŞ tarafından yapılan başvuruda, somut olaydaki değerlendirmeyi etkileyebilecek herhangi bir belge veya olgunun ortaya konmadığı hususları göz önüne alındığında, İYUK'un 11. maddesi kapsamında İGSAŞ tarafından yapılan başvurunun yeni bir hukuki durum ortaya çıkarmadığı ve ilgili Kurul kararında yapılan değerlendirmelerin değiştirilmesini gerektirecek bir hususun söz konusu olmadığı anlaşılmaktadır.

- (14) Anılan nedenlerle, Kurulun 12.08.2021 tarih ve 21-38/544-265 sayılı kararının kaldırılmasına, geri alınmasına, değiştirilmesine veya yeni bir işlem tesisine gerek bulunmadığı kanaatine ulaşılmıştır.

H. SONUÇ

- (15) Yapılan yeniden değerlendirme sonucunda; İYUK'un 11. maddesi kapsamında 12.08.2021 tarih ve 21-38/544-265 sayılı Kurul kararının kaldırılmasına, geri alınmasına, değiştirilmesine veya yeni bir işlem yapılmasına yer olmadığına gerekçeli kararın tebliğinden itibaren 60 gün içinde Ankara İdare Mahkemelerinde yargı yolu açık olmak üzere, OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.