

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2022-2-039
Karar Sayısı : 22-53/797-327
Karar Tarihi : 01.12.2022

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Birol KÜLE
Üyeler : Ahmet ALGAN (İkinci Başkan), Şükran KODALAK,
Ayşe ERGEZEN, Cengiz ÇOLAK,

B. RAPORTÖRLER : Çağlar Deniz ATA, Cansu TOPAK KORKMAZ,
Celal Umut CAN, Merve GÖZÜKATI, Mert SÖNMEZ

C. TARAF : - Horizon Hızlı Tüketim AŞ
Temsilcisi: Av. Sena ŞENOL
Kısıklı Mah. Ferah Cad. No:1 34692 Üsküdar/İSTANBUL
- Pasifik Tüketim Ürünleri Satış ve Ticaret AŞ
Temsilcisi: Av. Sena ŞENOL
Kısıklı Mah. Ferah Cad. No:1 34692 Üsküdar/İSTANBUL

- (1) **D. DOSYA KONUSU:** Rekabet Kurulunun 03.11.2022 tarihli ve 22-50/737-M sayılı kararıyla yürütülen önaraştırma kapsamında, 08.11.2022 tarihinde Horizon Hızlı Tüketim AŞ ve Pasifik Tüketim Ürünleri Satış ve Ticaret AŞ'de yapılan yerinde incelemenin engellenmesi/zorlaştırılması.
- (2) **E. DOSYA EVRELERİ:** Rekabet Kurulunun (Kurul) 03.11.2022 tarihli ve 22-50/737-M sayılı kararıyla yürütülen önaraştırma kapsamında 08.11.2022 tarihinde Horizon Hızlı Tüketim AŞ (HORIZON) ve Pasifik Tüketim Ürünleri Satış ve Ticaret AŞ'de (PASİFİK) yapılan yerinde incelemenin engellenmesi/zorlaştırılması üzerine hazırlanan 27.11.2022 tarih ve 2022-2-039/BN-01 sayılı Bilgi Notu görüşülerek karara bağlanmıştır.
- (3) **F. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgili Bilgi Notu'nda özetle, 08.11.2022 tarihinde yerinde inceleme yapılmak istenen HORIZON ve PASİFİK'in yerinde incelemeyi zorlaştırdığı ve engellediği, bu nedenle anılan teşebbüse 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (4054 sayılı Kanun) 16. maddesinin birinci fıkrası uyarınca idari para cezası verilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

G. İNCELEME, GEREKÇE VE HUKUKİ DAYANAK

G.1. Yaşanan Gelişmelerin Özeti

- (4) Kurulun 03.11.2022 tarihli ve 22-50/737-M sayılı kararı uyarınca yerinde inceleme yapmak üzere görevlendirilen meslek personeli tarafından 08.11.2022 tarihinde HORIZON, PASİFİK ve Ülker Bisküvi Sanayi AŞ'de (ÜLKER BİSKÜVİ) yerinde inceleme gerçekleştirmek amacıyla Kısıklı Mah. Ferah Cad. No:1 34692 Üsküdar/İSTANBUL adresindeki teşebbüs¹ binasına giriş yapılmış, yerinde inceleme ekibi tarafından yetki belgesi ile Rekabet Kurumu kimlik kartları ibraz edilmiştir. 4054 sayılı Kanun'un 14. ve 15. maddelerinin verdiği yetkiler ile aynı Kanun'un 16. ve 17.

¹Bütün bu şirketler Yıldız Holding çatısı altında faaliyet gösteren ve Ülker Grubu olarak tanımlayabileceğimiz üretim, pazarlama, satış ve dağıtım şirketleridir. İncelemede pazarlama ve satış şirketleri olan PASİFİK ve HORIZON'a odaklanılmıştır.

maddelerinde düzenlenen idari para cezaları hakkında teşebbüs yetkililerinin bilgi edinilmesi sağlanmıştır.

- (5) İnceleme başladıktan sonra, saat 09.51'de, teşebbüs yetkilisi (.....) tarafından, bir örneği alınan belgeler arasında yer alan, "Rekabet Kurumu Denetimi "ÖNEMLİ BİLGİLENDİRME" konulu e-posta teşebbüs çalışanlarına gönderilerek hiçbir ortamdan hiçbir yazışmanın silinmemesine dair uyarı yapılmıştır.
- (6) İncelemenin başlamasıyla ekonomik bütünlük yetkililerinden pazarlama ve satış şirketleri olan HORIZON ve PASİFİK'in organizasyon şeması talep edilmiş, ilgili şema yerinde inceleme ekibine sunulduktan sonra inceleme yapılması öngörülen HORIZON ve PASİFİK çalışanları görevli meslek personeli tarafından tespit edilmiştir.
- (7) Bu tespitler neticesinde inceleme yapılmasına karar verilen Satış Başkan Vekili (.....), Satış Yöneticisi (.....), Satış Yöneticisi (.....), Satış Yöneticisi (.....), Satış Yöneticisi (.....), Satış Müdürü (.....), Satış Müdürü (.....), Bölge Satış Müdürü (.....), Satış Yöneticisi (.....), Satış Yöneticisi (.....), Satış Müdürü (.....), Satış Yöneticisi (.....), Satış Yöneticisi (.....), Satış Direktörü (.....), Bölge Satış Müdürü (.....), Bölge Satış Müdürü (.....), Bölge Satış Müdürü (.....) ve Bölge Satış Müdürü (.....)'nın bilgisayarlarında, e-posta hesaplarında ve mobil cihazlarında inceleme gerçekleştirilmiştir. Ek olarak Satış Geliştirme Müdürü (.....)'ın ise yalnızca Whatsapp uygulamasında inceleme gerçekleştirilmiştir.
- (8) İnceleme esnasında, dört farklı kişide Whatsapp grubu ve mesajı silme işlemi tespit edilmiştir:
 - İnceleme sırasında teşebbüste hazır bulunan PASİFİK Satış Yöneticisi (.....)'nın, PASİFİK Satış Müdürü (.....)'in ve HORIZON Bölge Satış Müdürü (.....)'in Whatsapp log kayıtlarında aynı olduğu anlaşılan bir gruptan ayrıldıkları ve bu grubu sildikleri tespit edilmiştir. Ek olarak (.....)'in 9.40'ta, (.....)'nün 9.40'ta, (.....)'in ise saat 10.53, 11.27 ve 11.30'da bazı Whatsapp mesajlarını sildikleri log kayıtları ile tespit edilmiştir. Silinen söz konusu grubun ve mesajların içeriği ise tespit edilememiştir. Silinen WhatsApp grubunun id numarası kullanılarak incelemenin devamında diğer telefonlardan bu gruba, içeriğinin irdelenmesi amacıyla ulaşılmaya çalışılsa da, grup diğer telefonlarda bulunamamıştır. İnceleme başladıktan sonra veri bütünlüğünü bozacak şekilde müdahale edildiğini açıkça ortaya koyan log kayıtları ve ekran görüntüleri alınmıştır.
 - İnceleme sırasında teşebbüste hazır bulunan PASİFİK Satış Yöneticisi (.....)'ın ise saat 09.33, 09.38 ve 09.43'te bazı Whatsapp mesajlarını sildiği tespit edilmiştir. Silinme eylemi log kayıtları ile belgelenmiştir.
- (9) Teşebbüs vekilleri Av. (.....) ve Av. (.....) tarafından Whatsapp grubunun ve mesajlarının silinmesine ilişkin olarak:
 - Kurum uzmanlarının şirket tesisine varış saatinin 9.20 olduğu ve şirketin hukuk departmanı tarafından saat 9.51'de şirket çalışanlarına incelemenin başladığına ve hiçbir platformdan hiçbir verinin silinmemesi gerektiğine ilişkin yazılı uyarıda bulunulduğu,
 - İncelemeye tabi çalışanlardan (.....)'ın 09.33, 09.38 ve 09.43'te; (.....)'in 09.40'ta; (.....)'nün saat 09.40'ta henüz taraflarına hukuk biriminden silme işlemi yapılmaması gerektiğine dair e-posta gelmeden evvel şirket dışında oldukları ve incelemeyi haberdar olmadıkları bir zaman diliminde tamamen şahsi olan bazı Whatsapp yazışmalarını sildikleri,

- Gerçekleştirilen silme işlemlerinin büyük bir bölümünün çalışanların incelemenin başladığından haberinin dahi olmadığı, şirketin çalışanlara uyarı e-postası gönderilmediği ve çalışanların şirket dışında olduğu bir zaman diliminde gerçekleştiği, silinen yazışmaların şahsi yazışmalar olduğu dikkate alındığında somut olayda yerinde incelemenin engellenmesini teşkil eden bir fiilin olmadığı,
- Rekabet Kurumunun güncel içtihadındaki 07.10.2021 tarihli ve 21-48/678-338 sayılı D-Market Kararı'nda da "Silinen WhatsApp yazışmalarının bazıları Cellebrite yazılımı vasıtasıyla geri getirilebilmiş" olması sebebiyle yerinde incelemenin engellenmesi tespitine yer olmadığına hükmedildiği,
- Ankara 2. İdare Mahkemesinin 2022/254 sayılı yürütmenin durdurulması kararında da; inceleme başladıktan sonra yapılan silme işlemine ilişkin Kurul kararına karşı silinen verinin şahsiliğinin de dikkate alınarak yürütmenin durdurulmasına karar verildiği,
- Anılan kararlardan Kurulun ve Mahkemenin silme işlemi tek başına yerinde incelemenin engellenmesi olarak değerlendirmedeğinin anlaşıldığı ve silinen verinin şahsiliği gibi unsurlar dikkate alındığında somut olayın yerinde incelemenin engellenmesi teşkil etmediği

hususları ifade edilmiştir.

- (10) Ayrıca teşebbüse veri sildikleri tespit edilen çalışanların hangi şirket bünyesinde çalıştıkları sorulmuş, (.....)'in HORIZON, (.....), (.....) ve (.....)'in ise PASİFİK çalışanı olduğu beyan edilmiştir.

G.2. DEĞERLENDİRME

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

- (13) 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.
- (14) Yerinde incelemenin engellendiği veya zorlaştırıldığı tespitlerinin bulunduğu geçmiş tarihli Kurul kararlarında² da, yerinde inceleme kapsamında ilgili teşebbüslere ait e-postaların ve mobil cihazlarda bulunan verilerin teşebbüs çalışanlarınca silindiği ortaya konulmuş ve bu durum yerinde incelemenin engellenmesi/zorlaştırılması olarak değerlendirilmiştir. Bu çerçevede Kurul, yerinde incelemelerin engellenmesi/zorlaştırılması nedeniyle 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi uyarınca söz konusu teşebbüslere idari para cezası uygulanmasına karar vermiştir. Ayrıca Kurulun 13.03.2019 tarihli ve 19-12/146-67 sayılı kararına karşı ilgili teşebbüs tarafından açılan dava Ankara 16. İdare Mahkemesi tarafından 2019/622 E., 2019/2482 K. sayı ile reddedilerek söz konusu Kurul kararında hukuka aykırılık bulunmadığına karar verilmiştir.
- (15) Danıştay 13. Dairesinin 2008/5890 E., 2013/847 K. sayılı kararında, dosya konusu olayda incelemeye konu teşebbüs yetkilisi tarafından gerçekleştirilen eylemler nedeniyle incelemeye iki saatlik bir gecikmeyle başlanması ve yaşanan bu süreçte yapılan uyarılara rağmen anılan teşebbüse ait bilgisayardan bir klasörün silinmesine ilişkin olarak, Mahkeme tarafından; yerinde incelemenin doğası gereği teşebbüslere haber verilmeksizin, ansızın, süratli ve kesintisiz biçimde gerçekleşmesi gereken bir uygulama olduğu, incelemeye başlanması için teşebbüs avukatının makul bir süre beklenebileceği ancak bu süre içinde teşebbüs tarafından dosyalarda oynama yapılmaması ve hiçbir şekilde delil karartmaya yönelik davranışlarda bulunulmaması gerektiği ifade edilerek incelemenin iki saat süreyle geciktirilmesi ve yapılan sözlü uyarılara rağmen teşebbüs yetkilisinin bilgisayardan bir klasörü silmesi nedeniyle yerinde incelemenin engellendiğine hükmedilmiştir. Söz konusu karar daha sonra temyiz edilmiş ve Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunda görüşülerek 2013/3389 E., 2016/23 K. sayılı karar ile onanmıştır.
- (16) Ankara 13. İdare Mahkemesinin 2013/1598 E., 2014/1495 K. sayılı kararı ile de, dosya konu teşebbüste yapılmak istenen yerinde inceleme esnasında inceleme yapılan teşebbüs çalışanının bilgisayarındaki bir klasörden bazı belgelerin silindiğine yönelik yapılan tespitler neticesinde incelemenin engellendiğine yönelik Kurul kararı hukuka uygun bulunmuştur.
- (17) Yukarıda değinilen Kurul kararları ile idari yargı kararlarından da görüleceği üzere, yerinde inceleme başladıktan sonra teşebbüse ait klasör, e-posta vb. verilerin silinmesi delil karartmaya yönelik eylem olarak nitelendirilmekte ve bu eylem neticesinde incelemede görevli meslek personelinin olası delillere erişiminin zorlaştırıldığı anlaşılmaktadır.

² Kurulun 13.03.2019 tarihli, 19-12/146-67 sayılı; 26.12.2019 tarihli, 19-46/793-346 sayılı; 29.04.2021 tarihli, 21-24/278-123 sayılı; 29.04.2021 tarihli, 21-24/279-124 sayılı; 20.05.2021 tarihli, 21-26/327-152 sayılı; 17.06.2021 tarihli 21-31/400-202 sayılı; 08.07.2021 tarihli, 21-34/451-226 sayılı; 08.07.2021 tarihli, 21-34/452-227 sayılı ve 12.08.2021 tarihli, 21-38/544-265 sayılı kararları

- (18) Bu çerçevede HORİZON ve PASİFİK'in, 08.11.2022 tarihinde saat 09.20'de yerinde inceleme başladıktan sonra bazı teşebbüs çalışanları tarafından Whatsapp grubunun ve mesajlarının silinmesi suretiyle yerinde incelemeyi engellediği/zorlaştırdığı ve bu davranışın delil karartmaya yönelik eylem olarak nitelendirilmesi gerektiği değerlendirilmektedir.
- (19) Bunlara ek olarak yerinde incelemenin engellenmesi/zorlaştırılması eylemini gerçekleştiren çalışanların aynı teşebbüs bünyesinde yer alan iki ayrı şirketin çalışanı olduğu tespit edilmiş olup, idari para cezası hesaplanırken bu iki şirketin gayri safi gelirlerinin ayrı ayrı dikkate alınması gerektiği değerlendirilmiştir.
- (20) Bu bağlamda, HORİZON ve PASİFİK tarafından yerinde incelemede gerçekleştirilen silme işleminin yerinde incelemenin engellenmesi/zorlaştırılması niteliğinde olduğu ve bu nedenle 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi çerçevesinde HORİZON ve PASİFİK'e ayrı ayrı gayri safi gelirlerinin binde beşi oranında idarî para cezası verilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

H. SONUÇ

(21) Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre, Rekabet Kurulunun 03.11.2022 tarihli ve 22-50/737-M sayılı kararıyla yürütülen önaraştırma kapsamında;

- Horizon Hızlı Tüketim AŞ ve Pasifik Tüketim Ürünleri Satış ve Ticaret AŞ tarafından 08.11.2022 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; Horizon Hızlı Tüketim AŞ'ye (.....) TL, Pasifik Tüketim Ürünleri Satış 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.