

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2024-3-056
Karar Sayısı : 24-50/1144-493
Karar Tarihi : 28.11.2024

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Birol KÜLE
Üyeler : Ahmet ALGAN (İkinci Başkan), Şükran KODALAK,
Hasan Hüseyin ÜNLÜ, Cengiz ÇOLAK, Rıdvan DURAN

B. RAPORTÖRLER: Yunus Salih YİĞİT, Abdulsamed TÜRLÜ, Ömer Mert AKÇİL,
Mehmet TUĞRUL, Selahattin Burak EKEN,
Abdurrahim YİĞİTTEKİN, Zeynep ÇUBUK

C. İLGİLİ TARAF : - Biofarma İlaç Sanayi ve Ticaret AŞ
Temsilci: Av. Mehmet DEDEOĞLU
Hacı Adil Caddesi No:19 34330, Levent/İstanbul

- (1) **D. DOSYA KONUSU:** Rekabet Kurulunun 18.10.2024 tarih ve 24-42/1008-M sayılı kararıyla yürütülen önaraştırma kapsamında, 24.10.2024 tarihinde Biofarma İlaç Sanayi ve Ticaret AŞ'de yapılan yerinde incelemenin engellenip engellenmediğinin tespiti.
- (2) **E. DOSYA EVRELERİ:** Rekabet Kurulunun (Kurul) 18.10.2024 tarih ve 24-42/1008-M sayılı kararıyla başlatılan önaraştırma kapsamında; 24.10.2024 tarihinde Biofarma İlaç Sanayi ve Ticaret AŞ'de (BİOFARMA) yapılan yerinde incelemenin engellenip engellenmediğinin tespitine ilişkin olarak hazırlanan 19.11.2024 tarihli ve 2024-3-056/BN-01 sayılı Bilgi Notu görüşülerek karara bağlanmıştır.
- (3) **F. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgili Bilgi Notu'nda özetle, 24.10.2024 tarihinde yerinde inceleme yapılmak istenen BİOFARMA'nın yerinde incelemeyi zorlaştırdığına veya engellediğine yönelik bir tespit yapılamadığı bu nedenle teşebbüs hakkında 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (4054 sayılı Kanun) 16. maddesinin birinci fıkrası uyarınca idari para cezası verilmesine gerek olmadığı ifade edilmiştir.

G. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

G.1. Yaşanan Gelişmelerin Özeti

- (4) İlgili önaraştırma kapsamında BİOFARMA'da yerinde inceleme gerçekleştirmek amacıyla görevlendirilen meslek personeli tarafından 24.10.2024 tarihinde saat 10.35'te Akpınar Mah. Osmangazi Cad. No:156 Samandıra Sancaktepe/İstanbul adresindeki teşebbüs merkezine gelinmiştir. Şirket yetkilisine yetki belgeleri ile Rekabet Kurumu (Kurum) kimlik kartları ibraz edilmiş ve 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, 08.10.2020 tarih ve 20-45/617 sayılı Kurul kararı ile kabul edilen "Yerinde İncelemelerde Dijital Verilerin İncelenmesine İlişkin Kılavuz" hakkında bilgi edinmesi sağlanmıştır. Ayrıca teşebbüs çalışanlarından hiçbirinin telefon ve bilgisayarlarından herhangi bir veriyi silmemesi gerektiği yönünde yetkililere bilgilendirme yapılmıştır.

- (5) Yerinde inceleme kapsamında, teşebbüste Ticari Operasyonlar Direktörü olarak görev yapan (.....)'e ait mobil cihazın XRY adli bilişim yazılımı aracılığıyla incelenmesi sırasında çeşitli WhatsApp iletilerinin silindiğine yönelik şüphe oluşmuştur.

G.2. Değerlendirme

- (6) Yerinde inceleme yetkisi, 4054 sayılı Kanun'un ihlal edilip edilmediğinin ortaya çıkarılmasında kullanılan en önemli araçlardan biridir. Bu yetkinin etkin bir şekilde kullanılması, yerinde incelemelerden beklenen sonuçlara ulaşılabilmesi açısından büyük öneme sahiptir.
- (7) 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: 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: 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 hâkimi kararı ile yerinde inceleme yapılır."

şeklinde düzenlenmiştir.

- (8) 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 gayri safi gelirlerinin binde beşi oranında idarî para cezası uygulamaktadır.
- (9) Teşebbüslere ait e-postaların veya mobil cihazlarda bulunan verilerin yerinde incelemenin başlangıcından sonra silinmesi de veri bütünlüğünün bozulması anlamına gelmekte olup, söz konusu eylemler nedeniyle inceleme konusuna yönelik bilgi ve bulgu edinme araçları etkin bir şekilde kullanılamamaktadır. Dolayısıyla bu eylemler nedeniyle, incelemede görevli meslek personelinin olası delillere erişimi güçleşmektedir. Kurul söz konusu silme eylemleri nedeniyle 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi çerçevesinde idari para cezası uygulamaktadır¹.

¹ Kurulun; 26.12.2019 tarihli ve 19-46/793-346 sayılı, 29.04.2021 tarihli ve 21-24/278-123 sayılı, 29.04.2021 tarihli ve 21-24/279-124 sayılı, 20.05.2021 tarihli ve 21-26/327-152 sayılı, 12.08.2021 tarihli ve 21-38/544-265 sayılı, 08.07.2021 tarihli ve 21-34/452-227 sayılı, 28.04.2023 tarihli ve 23-19/364-126

- (10) Geçmiş Kurul kararlarında esas itibarıyla ilgili teşebbüslere ait e-postaların veya mobil cihazlarda bulunan verilerin teşebbüs çalışanlarınca silinmesi, Kurul tarafından yerinde incelemenin engellenmesi/zorlaştırılması olarak değerlendirilmiştir. Yerinde inceleme başladıktan sonra WhatsApp mesajlarının silinmesi, veri bütünlüğünün bozulduğu ve dolayısıyla Kurulun inceleme konusuna yönelik bilgi ve bulgu edinme araçlarının önüne geçildiği sonucuna ulaşılmaktadır. Dolayısıyla bu eylemler neticesinde incelemede görevli meslek personelinin olası delillere erişiminin zorlaştırıldığı sonucuna ulaşılmaktadır. 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.
- (11) Yerinde incelemenin engellenmesi veya zorlaştırılmasına ilişkin tespitler bakımından teşebbüs tarafından verilerin silinme anı büyük önem taşımaktadır. Bu kapsamda, yerinde incelemenin engellenmesine yönelik idari para cezası tesis edilmesi için silme işleminin yerinde incelemede görevli meslek personelinin incelemeye başlamasından sonra gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Kurulun çeşitli kararlarında² aşırı cezalandırma riskine atıf yapılarak verilerin silinme anının kesin bir biçimde tespitinin gerektiğine ve bunun için log kaydının gerekliliğine dikkat çekilmiştir. Mevcut dosya bakımından (.....)'e ait mobil cihazda WhatsApp iletilerinin silindiğine yönelik şüphe üzerine alınan belgeler, yerinde inceleme tarihinden sonra Kurumda yapılan değerlendirmeler ve Bilişim Teknolojileri Dairesi'nden edinilen bilgiler çerçevesinde ele alınmış olup ilgili silme işleminin yerinde inceleme esnasında gerçekleştirildiği noktada netlik olmadığı kanaatine varılmıştır.
- (12) Bu doğrultuda ilgili yerinde incelemede tespit edilen silme işleminin gerçekleştiği tarih ve saat net olarak tespit edilememiş olup, teşebbüs hakkında 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi uyarınca idari para cezası uygulanmasına gerek olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

sayılı, 28.04.2023 tarihli ve 23-19/365-127 sayılı, 19.10.2023 tarihli ve 23-49/945-337 sayılı, 05.10.2023 tarihli ve 23-47/898-318 sayılı kararları.

² Kurulun 17.08.2023 tarih ve 23-39/744-258 sayılı kararı, Kurulun 17.08.2023 tarih ve 23-39/740-254 sayılı kararı.

H. SONUÇ

- (13) Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre, Rekabet Kurulunun 18.10.2024 tarih ve 24-42/1008-M sayılı kararıyla yürütülmekte olan önaraştırma kapsamında; 24.10.2024 tarihinde yapılan yerinde incelemenin Biofarma İlaç Sanayi ve Ticaret 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 OYÇOKLUĞU ile karar verilmiştir.

Rekabet Kurulunun 28.11.2024 Tarih ve 24-50/1144-493 Sayılı Kararına

Karşı Oy Gerekçesi

Rekabet Kurulunun 18.10.2024 tarihli ve 24-42/1008-M sayılı kararıyla yürütülmekte olan önaraştırma kapsamında 24.10.2024 tarihinde gerçekleştirilen yerinde incelemenin Biofarma İlaç Sanayi ve Ticaret AŞ (BİOFARMA) tarafından engellenmediğine ya da zorlaştırılmadığına, dolayısıyla adı geçen teşebbüse idari para cezası verilmesine yer olmadığına OYÇOKLUĞU ile karar verilmiştir. Aşağıda belirttiğim nedenlerle Kurulun çoğunluk kararına iştirak etmem mümkün olmamıştır.

Kurulun işbu kararına konu olan yerinde incelemeyi gerçekleştirmek üzere görevlendirilen meslek personelinin 24.10.2024 tarihinde, saat 10.35'te BİOFARMA'nın merkezine intikal ettiği, yerinde inceleme tamamlanana kadar bilgisayar, elektronik posta ve sair veri depolama cihazlarından e-posta, bilgi, belge ve yazışmanın silinmemesi gerektiği yönünde teşebbüs yetkililerine bilgilendirme yaptığı, bu bilgilendirmeye rağmen teşebbüste Ticari Operasyonlar Direktörü'nün çeşitli WhatsApp iletilerini sildiği, yerinde incelemeyi takiben meslek personeli ve teşebbüs yetkilisi arasında imzalanan "Yerinde İnceleme ve Bilgi İsteme Tutanağı"ndan anlaşılmaktadır. Söz konusu silme işleminin gerçekleştiği tarih ve saatin tespiti amacıyla ilgili yazışmaların log kayıtları incelendiğinde WhatsApp grubundaki mesajların adı geçen şahıs tarafından 24.10.2024 tarihinde, saat 11.11'de yani görevli meslek personelinin teşebbüse intikalinden 36 dakika sonra silindiği görülmektedir.

Kurul kararlarında, yerinde inceleme başladıktan sonra WhatsApp mesajlarının silinmesi, veri bütünlüğünün ihlal edildiği ve bu nedenle inceleme kapsamında bilgi ve bulgu edinme imkanının engellendiği şeklinde değerlendirilmektedir³. Yerinde inceleme sırasında gerçekleştirilen silme eylemleri, silinen verilerin geri getirilebilip getirilemediğine veya içeriğine bakılmaksızın, Rekabet Kurulu tarafından "yerinde incelemenin engellenmesi veya zorlaştırılması" olarak değerlendirilmektedir. Bu yaklaşım, hem Rekabet Kurulu kararlarında hem de idari yargı içtihatlarında istikrarlı

³ Kurulun 28.04.2023 tarih ve 23-19/365-127 sayılı; 19.10.2023 tarih ve 23-49/945-337 sayılı, 05.10.2023 tarih ve 23-47/898-318 sayılı kararları.

bir şekilde benimsenmiştir⁴. Bu yaklaşıma ek olarak Ankara 12. İdare Mahkemesinin yakın tarihli bir kararında teşebbüslerin “denetim yükümlülüğünden” bahsedildiği görülmektedir. Bu yükümlülük, Türk Ticaret Kanunu'nun 18. maddesinde düzenlenen "basiretli tacir" ilkesiyle de ilişkilendirilmiş ve teşebbüslerin yerinde inceleme sırasında gerekli özeni göstermesi gerektiği ifade edilmiştir. Karara göre denetim yükümlülüğü, teşebbüslerin yerinde inceleme başladığı andan itibaren gerekli tedbirleri almasını, çalışanlarını zamanında bilgilendirmesini ve potansiyel delil karartma risklerini önlemesini gerektirmektedir. Söz konusu kararda mahkeme, teşebbüsün bu süre zarfında delil karartmayı engelleyebilecek önlemleri almadığını, bu nedenle denetim yükümlülüğünün ihlal edildiğini ifade ederek yerinde incelemenin engellenmesi gerekçesiyle takdir edilen idari para cezasının hukuka uygun olduğunu karara bağlamıştır⁵.

Somut olay çerçevesinde, BİOFARMA'da gerçekleştirilen yerinde incelemenin teşebbüse intikal saati olan 10.35 itibarıyla başladığı, veri silme işleminin ise saat 11.11'de gerçekleştiği, silme işlemini gerçekleştiren teşebbüs çalışanın yerinde inceleme hakkında bilgilendirilmesinin ve veri bütünlüğünün güvence altına alınmasının teşebbüsün denetim yükümlülüğü kapsamında olduğu ancak yerinde inceleme sürecinde bu yükümlülüğe aykırı olarak veri bütünlüğünün tesis edilemediği gerekçesiyle BİOFARMA hakkında 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi uyarınca idari para cezası uygulanması gerektiği kanaatiyle Kurulun çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Şükran KODALAK

Kurul Üyesi

⁴ Ankara 18. İdare Mahkemesinin E: 2022/548, K:2022/2882 sayılı kararı; Ankara 21. İdare Mahkemesinin E:2023/1410 K:2024/182 sayılı kararı

⁵ Ankara 12. İdare Mahkemesinin E:2024/13, K:2024/1724 sayılı kararı.