

Rekabet Kurulunun 20.02.2025 tarihli ve 25-07/156-M sayılı kararı uyarınca; aşağıda yer alan 19.09.2024 tarihli ve 24-38/898-385 sayılı Kurul Kararında düzeltme yapılmıştır.

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2023-3-077
Karar Sayısı : 24-38/898-385
Karar Tarihi : 19.09.2024

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

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

B. RAPORTÖRLER: Mehmet Mete BAŞBUĞ, Yunus Salih YİĞİT,
Zeynep KUŞDEMİR, Şenol SUAT, Hatice Berna ERMENEK,
Zeynep ÇUBUK

C. İLGİLİ TARAF : - Biota Bitkisel İlaç ve Kozmetik Laboratuvarları AŞ
Emek Mah. Sivatyolu Cad.9 Sancaktepe/İstanbul

- (1) **D. DOSYA KONUSU:** Rekabet Kurulunun 21.12.2023 tarih ve 23-60/1185-M sayılı kararıyla yürütülen önaraştırma kapsamında, 15.08.2024 tarihinde Biota Bitkisel İlaç ve Kozmetik Laboratuvarları AŞ'de yapılan yerinde incelemenin engellenmesi/zorlaştırılması.
- (2) **E. DOSYA EVRELERİ:** Rekabet Kurulunun (Kurul) 21.12.2023 tarih ve 23-60/1185-M sayılı kararıyla başlatılan önaraştırma kapsamında; 15.08.2024 tarihinde Biota Bitkisel İlaç ve Kozmetik Laboratuvarları AŞ'de (BİOTA) yapılan yerinde incelemenin engellenmesi/ zorlaştırılması üzerine hazırlanan 11.09.2024 tarihli ve 2024-3-077/BN-01 sayılı Bilgi Notu görüşülerek karara bağlanmıştır.
- (3) **F. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgili Bilgi Notu'nda özetle, 15.08.2024 tarihinde yerinde inceleme yapılmak istenen BİOTA'nın yerinde incelemeyi zorlaştırdığı ve engellediği, bu nedenle BİOTA, Derma Cos İlaç Medikal ve Kozmetik Sanayii ve İç Ticaret AŞ (DERMA COS İLAÇ) ve Derma-Cos Kozmetik Sanayi Ticaret İthalat ve İhracat Limited Şirketi'nden (DERMA COS KOZMETİK) oluşan ekonomik bütünlüğe 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (4054 sayılı Kanun) 16. maddesinin birinci fıkrası uyarınca idari para cezası verilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

G. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

G.1. Yaşanan Gelişmelerin Özeti

- (4) Kurulun 21.12.2023 tarih ve 23-60/1185-M sayılı kararıyla, BİOTA'nın yeniden satıcılarının satış fiyatını belirlemek ve internet satışlarını engellemek suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal edip etmediğinin tespitine ilişkin olarak 4054 sayılı Kanun'un 40. maddesi uyarınca önaraştırma açılmasına ve yapılacak önaraştırmada 4054 sayılı Kanun'un 14. ve 15. maddesinde yer alan yetkilerin kullanılmasına karar verilmiştir.
- (5) İlgili önaraştırma kapsamında BİOTA'da yerinde inceleme gerçekleştirmek amacıyla görevlendirilen meslek personeli tarafından 15.08.2024 tarihinde saat 10.18'de Emek Mah. Sivatyolu Cad.9 Sancaktepe/İstanbul adresindeki teşebbüs binasına gelinmiş, güvenliğe bilgi verilmiş ve saat 10.22 itibarıyla teşebbüse giriş yapılarak Fabrika Direktörü (.....)'a yetki belgesi ile Rekabet Kurumu (Kurum) kimlik kartları ibraz

edilmiştir. Ayrıca Fabrika Direktörü (.....)'ın 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 hakkında bilgi edinilmesi sağlanmış ve teşebbüs çalışanlarından hiçbirinin telefon, e-posta ve bilgisayarlarından herhangi bir veriyi silmemesi yönünde bilgilendirme yapılmıştır. İlâveten Bioxcin Marka Müdürü (.....) ve Bioblas, Restorex Pazarlama Müdürü (.....)'a teşebbüs çalışanlarından hiçbirinin telefon, e-posta ve bilgisayarlarından herhangi bir veriyi silmemesi yönünde tekrar bilgilendirme yapılmıştır. İlgili bilgilendirme sonrası Restorex Pazarlama Müdürü (.....) tarafından saat 10.47'de teşebbüste hazır bulunmayan Discount Market Kanal Müdürü (.....) aranarak inceleme için teşebbüse çağırılmış ve mobil cihazında, bilgisayarında ve e-posta adresinde inceleme yapılacağı ve herhangi bir veri silinmemesi gerektiği bilgisi verilmiştir.

- (6) Yerinde inceleme kapsamında Discount Market Kanal Müdürü (.....)'ın (.....) IMEI numaralı teşebbüsün mal varlığı olmayan ancak şirket hattının ve şahsi hattın bir arada kullanıldığı mobil cihazın adli bilişim yazılımı aracılığıyla incelenmesi sırasında, (.....)'ın WhatsApp uygulamasından saat 11.15'te "(.....)", saat 11.16'da "(.....)", saat 11.17'de "(.....)" ve saat 11.18'de "(.....)" adlı WhatsApp grubu yazışmaları da dâhil olmak üzere WhatsApp yazışmalarının tamamının silindiği tespit edilmiştir.

G.2. Değerlendirme

G.2.1 BİOTA Hakkında Yapılan Ekonomik Bütünlük Değerlendirmesi

- (7) Dosya kapsamında ilk olarak; BİOTA'nın tamamına sahip olan (.....)'ın dosya konusu işlem ile ilgili aynı ilgili pazarda faaliyet gösteren, tek hissedarı olduğu ve tek kontrol ettiği DERMA COS İLAÇ'ın ve DERMA COS KOZMETİK'in, BİOTA ile aynı ekonomik bütünlük içerisinde yer alıp almadığının tespit edilmesi gerekmektedir.
- (8) 4054 sayılı Kanun'un "Tanımlar" başlıklı üçüncü maddesinde teşebbüs, "*Piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimleri*" şeklinde tanımlanmaktadır. Kanun gerekçesinde teşebbüs tanımı yapılırken ekonomik bütünlük ilkesinin benimsendiği; bir yavru şirketin tek başına değil, bağlı olduğu diğer şirket veya şirketlerle birlikte değerlendirileceği dile getirilmektedir.
- (9) Bir başka deyişle, anılan hükümden ekonomik faaliyetleri sırasında piyasada bağımsız karar veremeyen gerçek ve tüzel kişilerin, birbirinden ayrı hukuki kişilikleri olsa dahi, pay sahipliği ve karar alma süreçlerini etkileyebilme gücü bakımından kontrolü altında bulundukları, gerçek veya tüzel kişilerle birlikte ekonomik bir bütün oluşturdukları ve tek bir teşebbüs sayılmaları gerektiği anlaşılmaktadır.
- (10) Kurulun ASK¹ kararında ekonomik bütünlük tespitinde önem arz eden bağımsız karar verebilme hali, teşebbüsün aldığı kararların kendi dışında bir organın onayına tabi olmaması şeklinde belirtilmektedir. Bu anlamda doğru bir tespit için hukuki değil, ekonomik bağımsızlık esas alınmaktadır. Söz konusu kararda ekonomik bağımsızlık unsuru şu şekilde tanımlanmıştır: "*Bir işletmenin ekonomik bakımdan bağımsız sayılabilmesi için, o işletmenin yönetim ve muhasebe özerkliğine sahip olması, üretim finansman ve sürüm politikasının kendi ekonomik amaç ve çıkarları doğrultusunda kendi bünyesi içerisinde belirlenmesi, bu yoldaki ekonomik planlama ve karar yetkilerinin kendi bünyesi içerisinde kalması, kısaca başka bir işletmenin ekonomik egemenliği altında bulunmaması gerekmektedir.*"

¹ Kurulun 13.03.2001 tarihli ve 01-12/114-29 sayılı kararı.

- (11) Öte yandan rekabet hukukunda ekonomik bütünlüğün tespit edilebilmesi için kişiler ve/veya gruplar arasında ekonomik ve ailesel bağların bulunup bulunmadığı; ekonomik bağların temelleri, niteliği, büyüklüğü ve varsa bunların bağımsız faaliyetleri ve son olarak taraflar arasında çıkar birliği olup olmadığı hususlarının değerlendirilmesi gerekmektedir. Kurul, gerçek kişiler tarafından kontrol edilen teşebbüsler söz konusu olduğunda bu gerçek kişiler ve bunların mensubu olduğu ailenin fertlerinden oluşan yapıyı grup olarak nitelendirmekte ve aile bireylerinin ekonomik bütünlük içinde olduğunu kabul etmektedir².
- (12) Bu noktada gerçek kişiler arasındaki ilişkiler açısından “kontrol” kavramı değil rekabet motivasyonunu ortadan kaldıran “çıkart birliği” kavramı geçerlidir. Kurulun aldığı *Billkom*³ kararında kontrol kavramı yerine aile bağlarıyla güçlendirilmiş ortak çıkart birliği ön plana çıkarılarak kardeşler arasında paylaşılan şirketler aynı ekonomik bütünlük içerisinde kabul edilmiştir. Aynı şekilde *Altıparmak Gıda*⁴ kararında kardeşler tarafından kontrol edilen şirketler aynı ekonomik bütünlük içerisinde değerlendirilmiştir. Kararda ayrıca ailesel bağların ekonomik bütünlük analizini önemli ölçüde etkilediği belirtilmiş ve kardeşler tarafından kontrol edilen şirketlerin aynı pazarda faaliyet gösteriyor olması çıkart birliğini destekleyici bir unsur olarak ele alınmıştır. Yine *Misbis*⁵ kararında bir ailenin beş farklı bireyince eşit paylarla kontrol edilen bir teşebbüsün bu bireylerden sadece biri tarafından kontrol edilen teşebbüsle aynı ekonomik bütünlük içerisinde olduğuna karar verilmiştir. *Mavi*⁶ kararında taraflar arasında güçlü ailesel bağlar ve taraflar arasında ekonomik çıkart birliği oluşturacak unsurların da bulunduğu ve salt şekilsel bir yaklaşımla kontrol kavramına odaklanmak yerine esasa ilişkin bir yaklaşım benimsenmesi gerektiği belirtilmiştir.
- (13) Mevcut dosya bakımından da; BİOTA, DERMA COS İLAÇ ve DERMA COS KOZMETİK’in aynı ekonomik bütünlük içerisinde yer alıp almadığı değerlendirilirken ilk olarak her bir şirketin kontrol yapısı ve teşebbüslerin bağımsız karar verebilme kriteri değerlendirilmelidir. BİOTA, DERMA COS İLAÇ ve DERMA COS KOZMETİK’in hissedarlık yapısı incelendiğinde, (.....)’in üç şirketin de tek hissedarı olduğu ve söz konusu teşebbüslerin (.....) tarafından tek kontrol edildiği anlaşılmaktadır. Dosya kapsamında edinilen bilgilerden söz konusu üç şirketin; yönetim kadrolarının ve organizasyon şemalarının aynı olduğu ve bu şirketlerin aynı yönetim binasını kullandıkları da görülmüştür. Dolayısıyla Kurulun yerleşik içtihadı çerçevesinde; BİOTA, DERMA COS İLAÇ ve DERMA COS KOZMETİK’in aynı ekonomik bütünlük içerisinde yer aldığı ve üç şirketin rekabet hukuku mevzuatı ve yerleşik içtihat kapsamında tek bir teşebbüs olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

² Kurulun 24.10.2000 tarihli ve 00-41/446-244 sayılı, 28.05.2002 tarihli ve 02-32/366-152 sayılı, 09.03.2006 tarihli ve 06-18/217-56 sayılı kararları.

³ Kurulun 09.01.2001 tarihli ve 01-03/10-3 sayılı kararı.

⁴ Kurulun 31.03.2010 tarihli ve 10-27/393-146 sayılı kararı.

⁵ Kurulun 08.11.2007 tarihli ve 07-85/1039-401 sayılı kararı.

⁶ Kurulun 08.03.2018 tarihli ve 18-07/121-65 sayılı kararı.

G.2.2 Yerinde İncelemenin Engellenmesine/Zorlaştırılmasına İlişkin Değerlendirme

- (14) 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.

- (15) 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 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 hâkimi kararı ile yerinde inceleme yapılır."

şeklinde düzenlenmiştir.

- (16) 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 hüküm doğrultusunda Kurul, yerinde 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. 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 uygulamaktadır⁷.

⁷ Kurulun; 26.12.2019 tarihli ve 19-46/793-346 sayılı, 29.04.2021 tarihli ve 21-24/278-123 sayılı, 29.04.2021 tarih ve 21-24/279-124 sayılı, 20.05.2021 tarihli ve 21-26/327-152 sayılı, 12.08.2021 tarih 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 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.

- (17) Yapılan incelemede, Discount Market Kanal Müdürü (.....) tarafından saat 11.15'te "(.....)", saat 11.16'da "(.....)", saat 11.17'de "(.....)" ve saat 11.18'de "(.....)" adlı *WhatsApp* gruplarında yer alan mesajların silindiği tespit edilmiştir.
- (18) Söz konusu tespitler ışığında 15.08.2024 tarihinde yapılan yerinde inceleme ile ilgili olarak;
- Teşebbüs yetkililerine 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 hakkında bilgilendirmenin yapıldığı, söz konusu bilgilendirmelerin yapıldığının görevli meslek personelinin ve teşebbüs vekilinin imzalarıyla tutanak altına alındığı,
 - Discount Market Kanal Müdürü (.....) tarafından mobil cihazında yer alan *WhatsApp* gruplarındaki mesajların incelemenin başlangıcından sonra silindiği,
 - Bahse konu silme işlemlerinin, bu işlemlere ilişkin ekran görüntüleri ile sabit olduğu ve söz konusu *WhatsApp* yazışmalarının silinmesinin delil karartmaya yönelik bir eylem olduğu ve teşebbüsün veri bütünlüğünün bozulduğu,
 - İnceleme başlangıcında herhangi bir veri silinmemesi uyarısında bulunulması karşısında verilerin silinmiş olmasının silme iradesinden bağımsız olarak yerinde incelemenin engellenmesi/zorlaştırılması niteliğinde bir eylem olduğu
- sonucuna ulaşılmıştır.
- (19) Bu sonuç çerçevesinde, söz konusu yerinde incelemenin engellenmesi/zorlaştırılması eyleminden yalnızca BİOTA'nın mı yoksa dâhil olduğu ekonomik bütünlüğün mü sorumlu tutulacağı belirlenmelidir. BİOTA hakkında yapılan ekonomik bütünlük değerlendirmesi başlığı altında izah edildiği üzere, (.....)'ın aynı ilgili pazarda yer alan tek hissedarı olduğu ve tek kontrol ettiği DERMA COS İLAÇ ve DERMA COS KOZMETİK unvanlı teşebbüslerin BİOTA ile aynı yönetim binasını paylaştığı, yönetim kadrolarının ve organizasyon şemalarının ortak olduğu bu nedenle bir şirketi diğerinden ayırmanın mümkün olmadığı görülmektedir. Ayrıca yerinde inceleme esnasında söz konusu engelleme/zorlaştırma eylemini gerçekleştiren ve BİOTA Discount Market Kanal Müdürü olarak tanıtılan (.....)'ın önaraştırma kapsamında talep edilen bilgi ve belgeler neticesinde DERMA COS İLAÇ bünyesinde çalıştığı öğrenilmiştir. Bu bakımdan dosya kapsamında ihlal şüphesi ile önaraştırma konusu edilen davranışların varlığını tespit etmek üzere gerçekleştirilen yerinde incelemelerin muhatabı aynı ekonomik bütünlükte bulunan BİOTA, DERMA COS İLAÇ ve DERMA COS KOZMETİK olup engelleme davranışı da bu üç şirketin faaliyetleri dolayısıyla ortaya çıkabilecek bir ihlalin varlığını ve kapsamını ortaya çıkarmak bakımından olumsuz bir etki yarattığı sonucuna ulaşılmıştır.
- (20) Anılan nedenlerle, yerinde incelemenin engellenmesi/zorlaştırılması gerekçesiyle, BİOTA, DERMA COS İLAÇ ve DERMA COS KOZMETİK'ten oluşan ekonomik bütünlük hakkında 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi uyarınca 2023 yılı gayri safi gelirlerinin binde beşi oranında idari para cezası verilmesi kanaatine varılmıştır.

H. SONUÇ

- (21) Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre, Rekabet Kurulunun 21.12.2023 tarih ve 23-60/1185-M sayılı kararıyla yürütülen önaraştırma kapsamında, 15.08.2024 tarihinde Biota Bitkisel İlaç ve Kozmetik Laboratuarları AŞ'de gerçekleştirilen yerinde incelemenin engellendiğine ve zorlaştırıldığına; bu nedenle, 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi uyarınca 2023 yılı gayri safi gelirinin binde beşi oranında olmak üzere; Biota Bitkisel İlaç ve Kozmetik Laboratuarları AŞ, Derma Cos İlaç Medikal ve Kozmetik Sanayii ve İç Ticaret AŞ ve Derma-Cos Kozmetik Sanayi Ticaret İthalat ve İhracat Limited Şirketi'nden oluşan ekonomik bütünlüğe (.....)-TL idari para cezası verilmesine gerekçeli kararın tebliğinden itibaren 60 gün içinde Ankara İdare Mahkemelerinde yargı yolu açık olmak üzere OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.